

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS (“FECUNDAÇÃO *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA

SENTENÇA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No Caso *Artavia Murillo e outros* (“*Fecundação in vitro*”),

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:¹

Diego García-Sayán, Presidente;
Leonardo A. Franco, Juiz;
Margarette May Macaulay, Juíza;
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;
Alberto Pérez Pérez, Juiz, e
Eduardo Vio Grossi, Juiz;

presentes ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte² (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença que se estrutura na seguinte ordem:

¹ Em conformidade com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso (nota 3 *infra*), que estabelece que “[n]os casos a que se refere o artigo 44 da Convenção Americana, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação, quando sejam nacionais do Estado demandado”, o Vice-Presidente da Corte, Juiz Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidade costarriquenha, não participou na tramitação do presente caso nem na deliberação e assinatura desta Sentença.

² Regulamento da Corte aprovado pelo Tribunal em seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 28 de novembro de 2009, o qual, em conformidade com seu artigo 78, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010.

Tabela de Conteúdo

I INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA	4
II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE	5
III EXCEÇÕES PRELIMINARES.....	9
A) <i>Falta de esgotamento dos recursos internos</i>	9
B) <i>Extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez Acuña</i>	12
C) Incompetência da Corte para conhecer "fatos novos não incluídos" nos "fatos da demanda".....	14
IV COMPETÊNCIA	15
V PROVA.....	15
A) Prova documental, testemunhal e pericial	16
B) Admissibilidade da prova.....	17
B.1) Admissibilidade da prova documental	17
B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas, e da prova testemunhal e pericial	18
VI FATOS.....	20
A) Técnicas de Reprodução Assistida e Fecundação <i>in Vitro</i>	20
B) O Decreto Executivo	23
C) Sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000	24
D) Recursos interpostos por Ileana Henchoz e Karen Espinoza	27
E) Projetos de lei.....	29
F) Situação particular das supostas vítimas	29
F.1) Grettel Artavia Murillo e Miguel Mejías Carballo	29
F.2) Ileana Henchoz Bolaños e Miguel Yamuni Zeledón	30
F.3) Oriéster Rojas e Julieta González.....	33
F.4) Víktor Sanabria León e Claudia Carro Maklouf	34
F.5) Geovanni Vega e Joaquinita Arroyo	35
F.6) Karen Espinoza e Héctor Jiménez	36
F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras .	37
F.8) Enrique Acuña Cartín e Ana Cristina Castillo León	38
F.9) Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia	39
VII CONSIDERAÇÃO PRÉVIA SOBRE O OBJETO DO PRESENTE CASO	39
VIII DIREITO À VIDA PRIVADA E FAMILIAR E DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, EM RELAÇÃO À AUTONOMIA PESSOAL, À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA, AO DIREITO A GOZAR DOS BENEFÍCIOS DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO E AO PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO	43
A) Alcance dos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à vida privada e familiar no presente caso	43
B) Efeitos da proibição absoluta da FIV	49
C) Interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso	52
C.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos	55
C.2) Interpretação sistemática e histórica	61
C.2.a) Sistema Interamericano de Direitos Humanos	61
C.2.b) Sistema Universal de Direitos Humanos	68

C.2.c)	Sistema Europeu de Direitos Humanos	71
C.2.d)	Sistema Africano de Direitos Humanos	74
C.2.e)	Conclusão sobre a interpretação sistemática	75
C.3).	Interpretação evolutiva	75
C.3.a)	O <i>status</i> jurídico do embrião	76
C.3.b)	Regulamentações e práticas sobre a FIV no direito comparado	79
C.4)	O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado	80
C.5)	Conclusão da interpretação do artigo 4.1	82
D)	Proporcionalidade da medida de proibição	82
D.1)	Severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso.....	86
D.2)	Severidade da interferência como consequência da discriminação indireta pelo impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica	88
D.2.a)	Discriminação indireta em relação à condição de incapacidade.....	890
D.2.b)	Discriminação indireta em relação ao gênero.....	92
D.2.c)	Discriminação indireta em relação à situação econômica.....	94
D.3)	Controvérsia sobre a alegada perda embrionária	95
D.4)	Conclusão sobre o balanço entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade pretendida.....	98
E)	Conclusão final sobre o mérito do caso	98
IX	REPARAÇÕES	98
A)	Parte Lesada	99
B)	Medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição	99
B.1)	Medidas de reabilitação psicológica	99
B.2)	Medidas de satisfação: publicação da Sentença	101
B.3)	Garantias de não repetição	101
B.3.1)	Medidas estatais que não impeçam a prática da FIV	101
B.3.2)	Campanha sobre direitos das pessoas com incapacidade reprodutiva	103
B.3.3)	Outras medidas solicitadas	104
C)	Indenização compensatória por dano material e imaterial	104
C.1)	Dano material	104
C.2)	Dano imaterial	107
D)	Custas e gastos	109
E)	Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados	111
X	PONTOS RESOLUTIVOS	112
	Voto concordante do Juiz Diego García-Sayán	
	Voto dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi	

I**INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA**

1. Em 29 de julho de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Comissão Interamericana" ou "a Comissão") apresentou à jurisdição da Corte Interamericana o escrito de submissão do caso 12.361, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, contra o Estado da Costa Rica (doravante "o Estado" ou "Costa Rica"). A petição inicial foi apresentada perante a Comissão Interamericana em 19 de janeiro de 2001, pelo senhor Gerardo Trejos Salas. Em 11 de março de 2004, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 25/04.³ Em 14 de julho de 2010, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito 85/10,⁴ em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana (doravante denominado também "o Relatório de Mérito" ou "o Relatório nº 85/10"), no qual realizou uma série de recomendações ao Estado. Depois de conceder três extensões de prazo ao Estado para o cumprimento destas recomendações, a Comissão decidiu apresentar o caso à Corte. A Comissão designou como delegados o Comissário Rodrigo Escobar Gil e o então Secretário Executivo Santiago A. Canton, e designou como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi e Rosa Celorio.

2. A Comissão afirmou que o caso se refere a alegadas violações de direitos humanos que haveriam ocorrido como consequência da suposta proibição geral de realizar a Fecundação *in vitro* (doravante denominada "FIV"), que havia estado vigente na Costa Rica desde o ano de 2000, depois de uma decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (doravante denominada "Sala Constitucional") deste país. Entre outros aspectos, foi alegado que esta proibição absoluta constituiu uma ingerência arbitrária nos direitos à vida privada e familiar e a formar uma família. Além disso, alegou-se que a proibição constituiu uma violação do direito à igualdade das vítimas, já que o Estado lhes impediu o acesso a um tratamento que lhes teria permitido superar sua situação de desvantagem em relação à possibilidade de ter filhas ou filhos biológicos. Além disso, este impedimento teria produzido um impacto desproporcional nas mulheres.

3. 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 de 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, María del Socorro Calderón Porrás, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza.

³ Neste Relatório a Comissão Interamericana declarou admissível a petição em relação à suposta violação dos artigos 11, 17 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste tratado. *Cf.* Relatório de Admissibilidade nº 25/04, Caso 12.361, Ana Victoria Sánchez Villalobos e outros, Costa Rica, 11 de março de 2004 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos do representante Gerardo Trejos, tomo I, anexo 2, folhas 3900 a 3914). Neste relatório a Comissão declarou "inadmissível a denúncia em relação às empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. e Instituto Costarricense de Fertilidade".

⁴ Relatório de Mérito nº 85/10, Caso 12.361, Grettel Artavia Murillo e outros, Costa Rica, 14 de julho de 2010 (expediente de mérito, folhas 7 a 37).

II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

4. Em 29 de agosto e em 14 de setembro de 2011, o senhor Boris Molina Acevedo enviou à Corte as procurações de representação de 12 supostas vítimas.⁵

5. Em 31 de agosto de 2011, o senhor Trejos Salas enviou à Corte as procurações de representação de seis supostas vítimas.⁶

6. A submissão do caso foi notificada ao Estado e aos representantes em 18 de outubro de 2011. Tendo em consideração que os representantes das supostas vítimas não chegaram a um acordo sobre a designação de um interveniente comum, o Presidente da Corte, em aplicação do artigo 25.2 do Regulamento da Corte, dispôs a designação dos senhores Molina Acevedo e Trejos Salas como intervenientes comuns com participação autônoma.

7. Em 19 de dezembro de 2011, os intervenientes comuns apresentaram à Corte seus respectivos escritos de petições, argumentos e provas (doravante denominado "escrito de petições e argumentos"), em conformidade com o artigo 40 do Regulamento do Tribunal. Os intervenientes comuns coincidiram em geral com o alegado pela Comissão. O representante Molina alegou a violação dos artigos 17.2, 11.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das supostas vítimas que representa. O representante Trejos Salas alegou a violação dos artigos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das supostas vítimas que representa.

8. Em 30 de abril de 2012, a Costa Rica apresentou à Corte seu escrito de exceções preliminares, contestação ao escrito de submissão do caso e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado "escrito de contestação"). Neste escrito, o Estado apresentou duas exceções preliminares e alegou a inexistência de violações de direitos humanos no presente caso. O Estado designou como Agente Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora Geral da República e, como co-Agente, Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Geral Adjunta da República.

9. Em 8 de maio de 2012, Huberth May Cantillano comunicou que as supostas vítimas representadas por Gerardo Trejos Salas o haviam designado como novo representante, em razão do falecimento do senhor Trejos. Além disso, anexou as respectivas procurações.

10. Em 22 e 21 de junho de 2012, a Comissão Interamericana e os intervenientes comuns apresentaram, respectivamente, suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado (par. 8 *supra*).

11. Por meio da Resolução de 6 de agosto de 2012,⁷ o Presidente da Corte ordenou receber as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) de dois

⁵ Supostas vítimas: Ileana Henchoz Bolaños, Joaquinita Arroyo Fonseca, Julieta González Ledezma, Karen Espinoza Vindas, Enrique Acuña Cartín, Carlos E. Vargas Solórzano, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Giovanni Antonio Vega Cordero, Oriéster Rojas Carranza, Héctor Jiménez Acuña, Víctor Hugo Sanabria León, e María del Socorro Calderón Porras.

⁶ Supostas vítimas: Germán Alberto Moreno Valencia, Miguel Gerardo Mejías Carballo, Grettel Artavia Murillo, Ana Cristina Castillo León, Claudia Carro Macklouf, e Andrea Bianchi Bruna.

⁷ Cf. *Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 6 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf.

declarantes a título informativo, quatro supostas vítimas e sete peritos, as quais foram apresentadas em 24 de agosto de 2012. Além disso, por meio desta Resolução, o Presidente convocou as partes a uma audiência pública (par. 12 *infra*).

12. A audiência pública foi realizada nos dias 5 e 6 de setembro de 2012, durante o 96º Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado na sede do Tribunal.⁸ Na audiência foram recebidas as declarações de duas supostas vítimas e de quatro peritos, bem como as observações e alegações finais orais da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado. Durante a referida audiência, o Tribunal requereu às partes e à Comissão que apresentassem determinada documentação e prova para melhor decidir.

13. Por outro lado, o Tribunal recebeu 49 escritos em qualidade de *amicus curiae*, apresentados por: 1) Mónica Arango Olaya, Diretora Regional para a América Latina e o Caribe do Centro de Direitos Reprodutivos, e María Alejandra Cárdenas Cerón, Assessora Jurídica deste Centro; 2) Marcela Leandro Ulloa, do Grupo a Favor do *In Vitro*; 3) Filomena Gallo, Nicolò Paoletti e Claudia Sartori, representantes da Associação *Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica* e do *Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito*; 4) Natalia Lopez Moratalla, Presidente da Associação Espanhola de Bioética e Ética Médica; 5) Lilian Sepúlveda, Mónica Arango, Rebecca J. Cook e Bernard M. Dickens;⁹ 6) *Equal Rights Trust* e *Human Rights Clinic of the University of Texas School of Law*;¹⁰ 7) *International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School*;¹¹ 8) Viviana Bohórquez Monsalve, Beatriz Galli, Alma Luz Beltrán y Puga, Álvaro Herrero, Gastón Chillier, Lourdes Bascary e Agustina Ramón Michel;¹² 9) Ricardo Tapia, Rodolfo Vásquez e Pedro Moraes;¹³ 10) Alejandro Leal Esquivel, Coordenador da Seção de Genética e Biotecnologia na Escola de Biologia da Universidade da Costa Rica; 11) Rita Gabriela Chaves Casanova, Deputada da Assembleia Legislativa da Costa Rica; 12) Alexandra Loría Beeche; 13) Claudio Grossman, Decano da *American University Washington College of Law* e Macarena Sáez Torres, *Faculty Director* do *Impact Litigation Project* da *American University Washington College of Law*; 14) Jon O'Brien, Presidente da *Catholics for Choice* e Sara Morello, Vice-

⁸ A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Tracy Robinson, Comissária, Emilio Álvarez-Icaza, Secretário Executivo, Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Assessora; b) pela representação de Huberth May Cantillano: Huberth May Cantillano, representante das supostas vítimas e Antonio Trejos Mazariegos, advogado; c) pela representação de Boris Molina Acevedo: Boris Molina Acevedo, representante das supostas vítimas, William Vega Murillo, advogado, Alicia Neuburger, Maria Lorna Ballesterero Muñoz, Alejandro Villalobos Castro, Alejandra Cárdenas Cerón, Carlos Valerio Monge, Boris Molina Mathiew, Mauricio Hernández Pacheco, e Ángela Rebeca Martínez Ortiz; e d) pelo Estado da Costa Rica: Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora Geral da República, Agente do Estado da Costa Rica, Magda Inés Rojas Chaves, Agente do Estado da Costa Rica, Alonso Ernesto Moya, Silvia Patiño Cruz, Ana Gabriela Richmond Solís, Grettel Rodríguez Fernández, e Jorge Oviedo Álvarez, funcionários da Procuradoria Geral da República.

⁹ Lilian Sepúlveda é Diretora do Centro de Direitos Reprodutivos, Mónica Arango Olaya é Diretora Regional para a América Latina e o Caribe deste centro. Rebecca J. Cook e Bernard M. Dickens são co-diretores do *The International Reproductive and Sexual Health Law Programme of the University of Toronto, Faculty of Law*.

¹⁰ O escrito foi assinado por Ariel E. Dulitzky, Professor da *University of Texas Law School* e Diretor da *Human Rights Clinic* nesta faculdade.

¹¹ O escrito foi apresentado por Francisco J. Rivera Juaristi, Diretor e Advogado Supervisor da *International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School*; Britton Schwartz, Advogada Supervisora desta clínica e Amanda Snyder, Bernadette Valdellon e Sophia Areias, estudantes desta clínica.

¹² Viviana Bohórquez Monsalve, membro da Mesa pela Vida e pela Saúde das Mulheres; Beatriz Galli, membro da IPAS; Alma Beltrán y Puga, Coordenadora Jurídica do Grupo de Informação de Reprodução Escolhida GIRE; Álvaro Herrero, Diretor Executivo da Associação pelos Direitos Civis; Gastón Chillier, Diretor Executivo do Centro de Estudos Legais e Sociais CELS, Lourdes Bascary, membro do Centro de Estudos Legais e Sociais e Agustina Ramón Michel, Bolsista da Área da Saúde do CEDES.

¹³ Ricardo Tapia é o Presidente do Colégio de Bioética A.C. (México). Rodolfo Vásquez é o Vice-Presidente deste colégio. Pedro Morales, Secretário Executivo deste colégio.

Presidente Executiva desta organização; 15) Carlos Polo Samaniego, Diretor do Escritório para a América Latina do *Population Research Institute*; 16) Reynaldo Bustamperante Alarcón, Presidente do Instituto Solidariedade e Direitos Humanos; 17) Hernán Collado Martínez; 18) Carmen Muñoz Quesada, Rita Maxera Herrera, Cristian Gómez, Seidy Salas, e Ivania Solano;¹⁴ 19) Enrique Pedro Haba, Professor da Universidade da Costa Rica; 20) Organização de Litígio Estratégico de Direitos Humanos Litiga OLE;¹⁵ 21) Susie Talbot, Advogada do *Center for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS* e Helen Duffy, Conselheira Principal do *INTERIGHTS*; 22) Andrea Acosta Gamboa, Professora da Universidade da Costa Rica; 23) Andrea Parra, Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil e Sebastián Rodríguez Alarcón;¹⁶ 24) Leah Hocht, Assessora Jurídica da Comissão Internacional de Juristas; 25) Margarita Salas Guzmán, Presidente da Coletividade pelo Direito a Decidir e Larissa Arroyo Navarrete, Advogada da Coletividade pelo Direito a Decidir; 26) Caio Fabio Varela, Marcelo Ernesto Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade Irineu e Mario Pecheny;¹⁷ 27) María del Pilar Vásquez Calva, Coordenadora de Relação Governamental da Associação Vida e Família A.C, México; 28) Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida e Ian Cooke, Professor Emérito da Universidade de Sheffield; 29) Priscilla Smith, *Senior Fellow* do Programa para o estudo da Justiça Reprodutiva da Sociedade da Informação (*Information Society Project ISP*) da Universidade de Yale e Genevieve E. Scott, Professora Visitante do ISP; 30) Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida e Santiago Munné, Presidente da *Reprogenetics*; 31) Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade;¹⁸ 32) José Tomás Guevara Calderón; 33) Carlos Santamaría Quesada, Chefe da Divisão de Diagnóstico Molecular no Laboratório Clínico do Hospital Nacional das Crianças; 34) Cesare P.R. Romano, Professor de Direito, Joseph W. Ford, Fellow e co-Diretor do Projeto sobre Cortes e Tribunais Internacionais (PICT) na *Loyola Law School*, Los Angeles;¹⁹ 35) Defensoria dos Habitantes;²⁰ 36) Hernán Gullco e Martín Hevia, professores

¹⁴ Carmen Muñoz Quesada, Deputada da Assembleia Legislativa da Costa Rica; Rita Maxera Herrera, assessora parlamentar e Ivania Solano, advogada. Cristian Gómez pertence à Associação Demográfica Costarricense. Seidy Salas pertence à Coletividade pelo Direito a Decidir.

¹⁵ O escrito foi apresentado por Graciela Rodríguez Manzo, Diretora Geral da Litiga OLE; Geraldina González de la Vega, Colaboradora da Litiga OLE; Adriana Muro Polo, Advogada da Litiga OLE; Marisol Aguilar Contreras, Advogada da Litiga OLE.

¹⁶ Andrea Parra, Diretora do Programa de Ação pela Igualdade e pela Inclusão Social (PAIIS) da Faculdade de Direito da Universidade de los Andes, Colômbia e Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil e Sebastián Rodríguez Alarcón, estudantes do PAIIS.

¹⁷ Caio Fabio Varela, Defensor de Direitos Humanos, Marcelo Ernesto Ferreyra, em representação da Heartland Alliance e da Coalização de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais, Travestis e Intersexuais (LGBTTTI) na América Latina e no Caribe e da Campanha por uma Convenção Interamericana de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Rosa Posa, em representação de AKAHATA, Bruna Andrade Irineu e Mario Pecheny.

¹⁸ O escrito foi apresentado por Rodrigo Uprimny Yepes, Diretor do Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade (Dejusticia) e Diana Esther Guzmán, Paola Molano, Annika Dalén e Paula Rangel Garzón, Pesquisadoras do Dejusticia.

¹⁹ O escrito foi apresentado por esta clínica em colaboração com onze acadêmicos e profissionais de direitos humanos e Direito Internacional que também assinaram o *amicus*: Roger S. Clark, Professor Titular de Direito da Faculdade de Direito Rutgers, Camden, Nova Jersey; Lindsey Raub Kantawee, Esq. Associada de Clifford Chance, Escritório de Advogados; Yvonne Donders, Professora de Direitos Humanos Internacionais e Diversidade Cultural e Diretora Executiva do Centro para o Direito Internacional de Amsterdam, Faculdade de Direito da Universidade de Amsterdam; Ellen Hey, Professora de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Erasmus de Rotterdam; Jessica M. Almqvist, Professora de Direito Internacional Público da Universidade Autônoma de Madrid, Faculdade de Direito; Freya Baetens, Professor Assistente de Direito Internacional Público do *Grotius Centre for International Legal Studies* da Faculdade de Direito da Universidade de Leiden; Konstantinos D. Magliveras, Professor Associado do Departamento de Estudos Mediterrâneos da Universidade do Egeu de Rodas; Belén Olmos Giupponi, Professor Associado de Direito Internacional da Universidade Rei Juan Carlos de Madrid; Miguel Ángel Ramiro Avilés, Professor Titular na Área de Filosofia do Direito da Universidade Carlos III de Madrid e Diretor do Mestrado em Direitos Fundamentais e Codiretor do Mestrado em Direitos Humanos e Democratização da Universidade Externado da Colômbia; Margherita Salvadori, Professora Associada da Faculdade de Direito da

da Escola de Direito da Universidade *Torcuatto Di Tella*; 37) Alejandra Huerta Zepeda, catedrática do Instituto de Pesquisas Biomédicas (IIB) da Universidade Nacional Autônoma do México, e José María Soberanes Diez, professor da Universidade Pan-Americana do México; 38) Associação de Médicos pelos Direitos Humanos (AMEDEH);²¹ 39) Federação Latino-Americana de Obstetrícia e Ginecologia;²² 40) Carlo Casini, Antonio G. Spagnolo, Marina Casini, Joseph Meaney, Nikolas T. Nikas e Rafael Santa María D'Angelo;²³ 41) Rafael Nieto Navia, Jane Adolphe, Richard Stith e Ligia M. de Jesus;²⁴ 42) Hugo Martín Calienes Bedoya, Patricia Campos Olazábal, Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, e Perantero Enrique Yacarini Martínez;²⁵ 43) Julian Domingo Zarzosa; 44) Kharla Zúñiga Vallejos do *Berit Institute for the Family* de Lima; 45) Guadalupe Valdez Santos, Presidente da Associação Civil Pró-Mulher e Direitos Humanos, e 46) Piero A. Tozzi, Stefano Gennarini, William L. Saunders e Álvaro Paúl.²⁶

14. Em 26 e 28 de setembro de 2012 e em 24 de outubro de 2012, o senhor Hany Fahmy, *The Human Rights Centre of the United Nations Mandated University for Peace* (Universidade para a Paz) e a senhora Olga Cristina Redondo Alvarado, psicanalista, enviaram, respectivamente, escritos de *amicus curiae*. Em vista de que a audiência pública foi realizada nos dias 5 e 6 de setembro de 2012 e, em consequência, o prazo para o envio de *amicus curiae* venceu em 21 de setembro de 2012, seguindo instruções do Presidente da Corte, foi informado que estes escritos não podiam ser considerados pelo Tribunal nem incorporados aos autos do caso.

15. A Corte observa que os *amicus curiae* interpostos por *Equal Rights Trust* e pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Texas, *INTERIGHTS*, e o apresentado conjuntamente por Caio Fabio Varela, Marcelo Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade e Mario Pecheny foram apresentados no prazo estabelecido no artigo 44 do Regulamento, mas em um idioma que não correspondia ao idioma oficial do presente caso. Posteriormente, as

Universidade de Turim, e Jaume Saura, Professor Titular de Direito Internacional na Universidade de Barcelona e Presidente do Instituto dos Direitos Humanos em Catalunha.

²⁰ O escrito foi apresentado pela Defensoria dos Habitantes da República da Costa Rica e foi assinado por Ofelia Taitelbaum Yoselewich, Defensora dos Habitantes da República da Costa Rica.

²¹ O escrito foi apresentado pela Associação de Médicos pelos Direitos Humanos (AMEDEH). O escrito foi assinado por Carlos María Parellada Cuadrado, Presidente, e Juan Pablo Zaldaña Figueroa, Vice-Presidente desta associação.

²² O escrito foi apresentado pela Federação Latino-Americana de Obstetrícia e Ginecologia. A nota foi assinada por Ivonne Díaz Yamal, Luis Távora Orozco, Diretor Executivo, e Pio Iván Gómez Sánchez, Coordenador do Comitê de Direitos Sexuais e Reprodutivos desta federação.

²³ Carlo Casini, Magistrado, Deputado do Movimento Italiano pela Vida no Parlamento Europeu e Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu; Antonio G. Spagnolo, Diretor do Instituto de Bioética da Universidade Católica do Sagrado Coração de Roma; Marina Casini, Professora Agregada de Bioética no Instituto de Bioética da Universidade Católica do Sagrado Coração de Roma; Joseph Meaney, Diretor de Coordenação Internacional de Vida Humana Internacional; Nikolas T. Nikas, Presidente e Conselheiro Geral do Fundo de Defesa da Bioética (BD), e Rafael Santa María D'Angelo, Advogado, Presidente da Associação Civil Cresce Família (CreceFam).

²⁴ Rafael Nieto Navia, Professor da Universidade Javeriana de Bogotá; Jane Adolphe, Catedrática, *Ave Maria School of Law*; Richard Stith, Catedrático, *Valparaíso School of Law* e Ligia M. de Jesús, Professora, *Ave Maria School of Law*.

²⁵ Hugo Calienes Bedoya, Reitor e Diretor do Instituto de Bioética da Reitoria da Universidade Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT); Patricia Campos Olazábal, Decana da Faculdade de Medicina da USAT, e por Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, e Antero Enrique Yacarini Martínez, membros do Instituto de Bioética da USAT.

²⁶ Piero A. Tozzi, do *Alliance Defend Fund*; Stefano Gennarini, do *Center for Legal Studies at C-Fam*; William L. Saunders de *Americans United for Life*, e Álvaro Paúl.

traduções ao espanhol foram enviadas 5, 7 e 34 dias depois do prazo. De acordo com o disposto no artigo 28.1 do Regulamento do Tribunal, a Corte considera que, em razão de que a versão em espanhol de dois destes *amicus curiae* foi apresentada dentro do período de 21 dias disposto para acompanhar os originais ou a totalidade dos anexos, tais escritos são admissíveis. Em razão de que a versão em espanhol do escrito de Caio Fabio Varela e outras pessoas foi apresentada com 34 dias de atraso, foi declarado inadmissível.

16. Em 4, 5 e 6 de outubro de 2012, os representantes e o Estado enviaram suas alegações finais escritas e a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas ao presente caso. Tais escritos foram transmitidos às partes, a quem foi dada oportunidade até 17 de outubro de 2012 para que apresentassem as observações que considerassem pertinentes em relação à informação fornecida como resposta às perguntas da Corte. O representante Molina apresentou suas observações. A Comissão Interamericana manifestou que não tinha observações a formular. O representante May e o Estado não apresentaram observações.

III EXCEÇÕES PRELIMINARES

17. O Estado apresentou três "exceções preliminares": a falta de esgotamento de recursos internos, a extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez, e a incompetência da Corte Interamericana para conhecer de fatos supervenientes à apresentação da petição.

A) Falta de esgotamento dos recursos internos

18. O Estado alegou que não "renunciou à interposição" de exceções. Afirmou que a Sala Constitucional "declarou inconstitucional um determinado tipo de fertilização *in vitro*" e precisou que, "se a técnica avançar ao ponto de permitir a realização da mesma sem perda de embriões, é possível aplicá-la". Em consequência, o Estado afirmou que "os peticionários podiam acudir tanto à jurisdição constitucional como à jurisdição contenciosa administrativa, a fim de que fosse discutida a possibilidade de que os serviços de saúde atendessem sua condição de infertilidade", incluindo a possibilidade de "uma determinada técnica de fertilização *in vitro* [...] dentro dos pressupostos dados pela Sala Constitucional". O Estado afirmou que, no âmbito da jurisdição constitucional, "a existência da sentença" não "impede que a Sala Constitucional volte a conhecer do assunto por via da ação de inconstitucionalidade" em razão de que a Lei da Jurisdição Constitucional afirma que as decisões desta Sala "não são vinculantes para a própria Sala, [a qual] poderia revisar o tema novamente". Acrescentou que "a existência da decisão da Sala Constitucional não impedia que existisse um pronunciamento por parte da própria Sala", por "via do amparo constitucional ou por parte dos Tribunais Contencioso-Administrativos". Acrescentou que as supostas vítimas "poderiam haver pedido às autoridades administrativas que, respeitando a decisão da Sala Constitucional, fosse oferecida uma reparação para sua situação de infertilidade" ou "fosse criada uma nova regulamentação" da FIV, "de acordo com os parâmetros estabelecidos pela decisão do Tribunal Constitucional". "Se as autoridades administrativas se negassem a oferecer o atendimento requerido", procedia a apresentação de um recurso de amparo (mandado de segurança). Entretanto "nenhum dos casais apresentou" este recurso.

19. Adicionalmente, o Estado alegou que "diante da negativa das autoridades administrativas, as supostas vítimas poderiam interpor um processo contencioso-administrativo", entretanto, nenhuma o apresentou antes de iniciar o trâmite perante a Comissão. Acrescentou que os recursos internos eram "eficientes" e "prova disso é que uma

das supostas vítimas compareceu ao Tribunal Contencioso-Administrativo, com posterioridade à interposição da petição perante a Comissão".

20. A Comissão afirmou que no procedimento anterior ao Relatório de Admissibilidade, o Estado se limitou a "apresentar a possibilidade de que as [supostas] vítimas interpusessem uma ação de amparo". Manifestou que o Estado "não detalhou a sustentação legal dessa possibilidade nem explicou de que maneira, através de um amparo (mandado de segurança), era possível eliminar os efeitos de uma decisão abstrata de inconstitucionalidade [...] regulamentada como irrecurável". Afirmou que o Estado "não cumpriu o ônus da prova que lhe correspondia para explicar as razões pelas quais o recurso de amparo poderia ser efetivo".

21. O representante May manifestou que, no trâmite perante a Comissão "o Estado afirmou que renunciava expressamente o privilégio de interpor exceções prévias", renúncia que "uma vez interposta é irrevogável e irreversível". Alegou que o recurso interno adequado "deve ser de acordo com o fim", isto é, deve ser capaz de satisfazer as pretensões e interesses em jogo, e sendo o objeto fundamental das vítimas a anulação da sentença da Sala Constitucional e a reabilitação da FIV, "não existe nenhuma reparação jurisdicional interna que permita cumprir tal objetivo". O representante Molina afirmou que o Estado "não comprov[ou] a idoneidade dos recursos indicados". Por outro lado, ressaltou que "a decisão da Sala Constitucional é uma Sentença contra a qual não procede nenhum recurso e cujos efeitos são *erga omnes*". Alegou que o recurso iniciado pela senhora Ileana Hénchoz foi rejeitado.

Considerações da Corte

22. O artigo 46.1.a) da Convenção Americana dispõe que para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, em conformidade com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, segundo os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.²⁷ A Corte recorda que a regra do prévio esgotamento dos recursos internos está concebida em interesse do Estado, pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe sejam atribuídos, antes de haver tido a oportunidade de repará-los com seus próprios meios.²⁸ O anterior significa que esses recursos não somente devem existir formalmente, mas também devem ser adequados e efetivos, como resulta das exceções contempladas no artigo 46.2 da Convenção.²⁹

23. Além disso, esta Corte argumentou de maneira consistente que uma objeção ao exercício da jurisdição da Corte baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos deve ser apresentada no momento processual oportuno,³⁰ isto é, durante a

²⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, par. 85, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C Nº 246, par. 23.

²⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 61, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 23.

²⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 63, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 23.

³⁰ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 24.

admissibilidade do procedimento perante a Comissão.³¹ Ao alegar a falta de esgotamento dos recursos internos, corresponde ao Estado indicar nessa devida oportunidade os recursos que devem se esgotar e sua efetividade. A esse respeito, o Tribunal reitera que não é tarefa da Corte, nem da Comissão, identificar *ex officio* quais são os recursos internos pendentes de esgotamento. O Tribunal ressalta que não compete aos órgãos internacionais corrigir a falta de precisão das alegações do Estado.³²

24. A Corte observa que, em primeiro lugar, procede determinar se esta exceção coincide com as alegações apresentadas pelo Estado antes da emissão do Relatório de Admissibilidade, ou seja, no momento processual oportuno para apresentar esta exceção. A esse respeito, em 23 de janeiro de 2004, o Estado somente apresentou um escrito em relação a este tema, no qual afirmou que uma das vítimas "poderia haver recorrido ao amparo".³³ O escrito no qual o Estado analisou a possível idoneidade da jurisdição contenciosa administrativa para resolver o presente caso foi apresentado em 2008,³⁴ quatro anos depois de emitido o Relatório de Admissibilidade. Em consequência, a Corte considera que os argumentos apresentados em relação à necessidade de esgotar procedimentos contenciosos administrativos ou demandar a omissão na regulamentação do procedimento da FIV segundo os parâmetros estabelecidos pela Sala Constitucional, são extemporâneos e a análise se concentrará nas alegações sobre o recurso de amparo (mandado de segurança).

25. Em relação ao esgotamento do recurso de amparo, o Estado apresenta dois argumentos diferentes. O primeiro, em relação aos alcances que o Estado atribui à decisão adotada pela Sala Constitucional no presente caso. O Estado considera que esta decisão não implicou uma proibição da FIV, mas de uma modalidade deste procedimento, razão pela qual é alegada a existência de outras possibilidades que as supostas vítimas teriam para enfrentar sua infertilidade e, se fosse o caso, esgotar o recurso de amparo diante da negação destas alternativas. A Corte considera que este é um assunto de mérito que será resolvido oportunamente ao determinar se a decisão da Sala Constitucional constituiu uma limitação aos direitos das supostas vítimas (pars. 160 e 161 *infra*). A esse respeito, a Corte afirmou que as exceções preliminares são atos que buscam impedir a análise do mérito de um assunto questionado, por meio da objeção da admissibilidade de um caso ou da competência do Tribunal para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar, sempre que estes argumentos tenham o caráter de preliminares.³⁵ Em vista de que este primeiro argumento do Estado não pode ser revisado sem analisar previamente o mérito do caso, não pode ser analisado no contexto desta exceção preliminar.³⁶

³¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 24.

³² Cf. *Caso Reverón Trujillo*, par. 23, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 25. Ver também: T.E.D.H., *Case of Bozano Vs. France*, Sentença de 18 de dezembro de 1986, par. 46.

³³ Escrito número 03-AM-03 apresentado perante a Comissão Interamericana em 23 de janeiro de 2004 pelo Ministro das Relações Exteriores da Costa Rica (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo III, folha 1056 e 1058).

³⁴ Escrito número DJO-486-08 de 17 de novembro de 2008 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo V, folha 2276).

³⁵ Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C Nº 67, par. 34, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C Nº 248, par. 30.

³⁶ Em sentido similar, Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C Nº 184, par. 39, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 30.

26. Em segundo lugar, o Estado alega que um recurso de amparo poderia haver dado uma nova oportunidade à Sala Constitucional de avaliar a possível violação de direitos no presente caso. A esse respeito, a Corte observa que é um fato incontroverso que existe uma decisão definitiva e vinculante da mais alta instância judiciária da Costa Rica em matéria constitucional, que declarou a inconstitucionalidade da prática da fecundação *in vitro*, tal como se regulamentava naquele momento. Tal como se analisará com mais detalhe posteriormente (par. 135 *infra*), o objeto do presente caso é determinar se esta decisão da Sala Constitucional comprometeu a responsabilidade internacional do Estado. Em consequência, a questão do esgotamento de recursos está relacionada aos recursos existentes contra a sentença de inconstitucionalidade. A esse respeito, a Corte observa que, em conformidade com o artigo 11 da Lei de Jurisdição Constitucional da Costa Rica, as sentenças, autos ou providências da Sala Constitucional são irrecorríveis.³⁷ Além disso, na Costa Rica o controle de constitucionalidade é concentrado,³⁸ de tal forma que esta sala é a que conhece de todos os amparos (mandados de segurança) que são apresentados no país.

27. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal considera que interpor um recurso de amparo não era idôneo para reparar a situação das supostas vítimas, em vista de que o mais alto tribunal na jurisdição constitucional havia emitido sua decisão final em relação aos problemas jurídicos centrais que devem ser resolvidos no presente caso sobre os alcances da proteção da vida pré-natal (par. 162 *infra*). Em razão de que a Sala Constitucional conhece de todos os recursos de amparo que são interpostos na Costa Rica, essa mesma Sala haveria tido que avaliar o eventual recurso de amparo que as supostas vítimas viriam a interpor. Além disso, as supostas vítimas pretendiam receber o tratamento médico da FIV no contexto da regulamentação prevista no Decreto Executivo. Diante da declaração de inconstitucionalidade do decreto em seu conjunto, a possibilidade de ter acesso à FIV sob as condições estabelecidas pela Sala Constitucional é substancialmente diferente dos interesses e pretensões das supostas vítimas. Portanto, nas circunstâncias específicas do presente caso, a Corte não considera razoável exigir que as supostas vítimas tenham de continuar esgotando recursos de amparo se a mais alta instância judiciária em matéria constitucional havia se pronunciado sobre os aspectos específicos que as supostas vítimas controvertem. Portanto, a função deste recurso no ordenamento jurídico interno não era idônea para proteger a situação jurídica infringida e, em consequência, não podia ser considerado como um recurso interno que deveria ser esgotado.³⁹

28. Por todo o exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

B) Extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez Acuña

29. O Estado alegou perante a Comissão Interamericana que a petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez "era extemporânea, pois havia sido apresentada fora do

³⁷ Lei da Jurisdição Constitucional, Lei nº 7.135 de 11 de outubro de 1989. O artigo 4 desta lei estabelece que "a jurisdição constitucional é exercida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça". O segundo parágrafo do artigo 11 dispõe que "Não haverá recurso contra as sentenças, autos ou providências da jurisdição constitucional". Cf. Expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, anexo 1, folhas 42 e 44.

³⁸ O artigo 2 da Lei da Jurisdição Constitucional (Lei 7.135 de 11 de outubro de 1989) consagra um controle concentrado de constitucionalidade exercido pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, sendo este o único órgão competente para decidir sobre o recurso de amparo e a constitucionalidade de normas de qualquer natureza.

³⁹ Em sentido similar, Cf. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 85.

prazo de seis meses estabelecido pelo artigo 46.1.b da Convenção Americana". Manifestou que estas supostas vítimas "não podem ser consideradas incluídas na petição de 19 de janeiro de 2001, em razão de que, naquele momento, não sabiam de sua condição" de infertilidade, em vista de que a senhora Espinoza ficou sabendo de sua infertilidade em julho de 2002. Alegou que "se se considerar que o escrito de 2 de outubro de 2003 introduz pela primeira vez" a denúncia destas supostas vítimas, "é claro que desde o momento em que ela conhece sua condição - julho de 2002 - até outubro de 2003, transcorreram amplamente os seis meses" que a Convenção estabelece como prazo para apresentar a denúncia. Acrescentou que o "problema que se apresenta com esta petição é a demora da Comissão em analisar a admissibilidade do pedido apresentado, trâmite que demorou aproximadamente três anos (de janeiro de 2001 a março de 2004), razão pela qual foram incluídos peticionários que, em suas próprias palavras, não poderiam ser incorporados à petição original pois nem sequer haviam sido declarados como inférteis até aquele momento". Afirmou que em outro Relatório de Admissibilidade "a própria Comissão advertiu que a fim de determinar o prazo para apresentar a petição nos casos da [FIV], deve-se levar em consideração a data a partir da qual a pessoa foi declarada infértil". Acrescentou que a suposta vítima "foi diagnosticada com infertilidade no ano de 2002 e que a técnica da FIV lhe foi sugerida no ano de 2004, o que produz o paradoxo de que quando se apresentou perante este Tribunal como suposta vítima, nem sequer havia pensado na FIV como técnica que lhe fosse aplicável". Em consequência, quando foram incorporados como peticionários neste processo, "já havia transcorrido o prazo de seis meses, razão pela qual sua petição deve ser considerada extemporânea".

30. A Comissão afirmou que "a grande maioria dos argumentos apresentados pelo Estado [...] não foram apresentados perante a Comissão" e "difere substancialmente do afirmado pelo Estado na etapa de admissibilidade", que é precisamente a etapa na qual a Comissão "se pronuncia sobre este requisito [dos seis meses] à luz da informação oferecida pelas partes". Manifestou que "o fato de que um peticionário no momento de apresentar a denúncia inicial omite algum requisito em particular e que este requisito seja retificado com posterioridade, não converte em extemporânea a apresentação da denúncia".

31. O representante Molina Acevedo afirmou que "saber ou não da infertilidade de um casal no momento da promulgação da Sentença da Sala Constitucional não fecha as portas para que qualquer pessoa, até o dia de hoje, tenha a limitação dos seis meses estabelecidos na Convenção Americana". Entretanto, alegou que no presente caso "o que determina a condição para ser suposta vítima, não é se estas pessoas estavam sendo tratadas por determinados médicos no ano de 2001, mas se estas estavam conscientes de sua possível e logo comprovada infertilidade" e que, além disso, sua única forma de procriar fosse através do método da FIV. Posteriormente, o representante afirmou que "havia hostilidade em relação à condição de quem podia estar na lista confidencial das supostas vítimas neste caso".

Considerações da Corte

32. O artigo 46.1.b da Convenção afirma o seguinte:

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: [...]

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos **tenha sido notificado** da decisão definitiva (Sem grifo no original)

33. No presente caso, a petição inicial foi apresentada em 19 de janeiro de 2001. Naquele momento, o então representante legal das vítimas não havia feito uma determinação específica e individualizada das supostas vítimas. A inclusão da senhora Espinoza e do senhor Jiménez ocorreu através de um escrito apresentado em 10 de outubro de 2003. No processo perante a Corte, foi informado que a senhora Espinoza ficou sabendo de sua infertilidade em julho de 2002.⁴⁰

34. Em 16 de janeiro de 2004, o Estado apresentou um escrito no qual solicitou à Comissão que declarasse a inadmissibilidade da petição em relação à senhora Espinoza "pela extemporaneidade" de sua reivindicação, "por ter sido apresentada depois de 6 meses a partir de que a suposta lesada em seus direitos foi comunicada da decisão" da Sala Constitucional.⁴¹

35. A Corte considera que as circunstâncias específicas do presente caso exigem uma interpretação do requisito dos seis meses estabelecido no artigo 46.1.b. O Tribunal tem em consideração que o fenômeno da infertilidade gera diversas reações que não podem ser associadas a uma regra rígida sobre os cursos de ação que uma pessoa necessariamente deva seguir. Um casal pode levar meses ou anos em decidir se recorre a uma determinada técnica de reprodução assistida ou a outras alternativas. Por estas razões, o critério do momento no qual a suposta vítima conhece sua situação de infertilidade é um critério limitado nas circunstâncias do presente caso, onde não é possível gerar nas supostas vítimas uma responsabilidade de tomar uma decisão de apresentar uma petição perante o Sistema Interamericano em um determinado período de tempo. Em sentido similar, o Tribunal Europeu afirmou que a regra dos seis meses é autônoma e deve ser aplicada de acordo com os fatos do caso específico a fim de que seja assegurado o exercício efetivo do direito a apresentar uma petição individual.⁴²

36. Portanto, a Corte considera que, no presente caso, não encontra elementos para se afastar da decisão de admissibilidade adotada pela Comissão Interamericana, já que: a) continua em vigor a Sentença proferida pela mais alta instância da jurisdição constitucional, b) as vítimas não tinham por que ter conhecimento de sua situação de infertilidade no momento em que foi proferida esta Sentença, e c) a petição foi interposta no ano seguinte ao momento de conhecer que esta Sentença impediria o acesso à FIV.

37. Por todo o exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

C) Incompetência da Corte para conhecer "fatos novos não incluídos" nos "fatos da demanda"

38. O Estado alegou que "ambos os representantes incluíram em seus escritos de petições a responsabilidade do Estado em relação à exposição nos meios de imprensa da situação das supostas vítimas, como resultado da divulgação que os meios de imprensa efetuaram tanto no procedimento perante a Comissão como perante esta Corte". Além

⁴⁰ Epícrise (diagnóstico médico) da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos de Boris Molina, anexo XIV, folha 5477).

⁴¹ Escrito nº 03-AM-03 de 16 de janeiro de 2004.

⁴² "The six-month rule is autonomous and must be construed and applied according to the facts of each individual case, so as to ensure the effective exercise of the right to individual petition". No Tribunal Europeu, ver T.E.D.H., casos Sabri Günes v. Turkey, Grande Câmara, (nº 27396/06) Sentença de 29 de junho de 2012; Büyükdag v. Turkey (nº 28340/95), Sentença de 6 Abril de 2000; Fernández-Molina González and 369 Others v. Spain (nº 64359/01), Sentença de 8 de outubro de 2002; e Zakrzewska v. Poland, (nº 49927/06), par. 55, Sentença de 16 de dezembro de 2008.

disso, o Estado argumentou que "nenhum dos fatos denunciados pelos representantes [sobre estas matérias] está incluído dentro dos fatos alegados pela Comissão e tampouco podem ser considerados como derivados dos fatos principais ou supervenientes dos mesmos". Portanto, solicitou a esta Corte que "declare inadmissível as petições das supostas vítimas relacionadas com fatos não incluídos pela Comissão na demanda apresentada".

39. O representante Molina afirmou que, "como os fatos objetados pelo Estado são fatos supervenientes e têm um nexo causal direto com o fato gerador das violações de direitos humanos do presente caso, é perfeitamente conforme com o procedimento" o fato de "que os mesmos tenham sido apresentados" a consideração da Corte. O representante May alegou que não se trata de "fatos novos", "são situações que se inscrevem todas no cenário factual da proibição" da FIV, ou seja, "todas as condutas, situações pessoais, vivências, atos e atuações, e eventos desencadeados no âmbito da vida das vítimas com motivo e por motivo da proibição". Acrescentou que o pertinente deve ser resolvido no mérito do caso.

Considerações da Corte

40. Tal como foi afirmado, as exceções preliminares são atos que buscam impedir a análise do mérito de um assunto questionado, por meio da objeção da admissibilidade de um caso ou da competência do Tribunal para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar, sempre que estas abordagens tenham o caráter de preliminares.⁴³ Se estas abordagens não puderam ser revisadas sem analisar previamente o mérito de um caso, não podem ser analisadas por meio de uma exceção preliminar.⁴⁴ No presente caso, a Corte considera que não corresponde se pronunciar de forma preliminar sobre o contexto fático do caso, já que esta análise corresponde ao mérito do caso (par. 133 *infra*). Além disso, as alegações apresentadas pelo Estado ao interpor a exceção preliminar serão levadas em consideração ao estabelecer os fatos que este Tribunal considera como provados e determinar se o Estado é internacionalmente responsável pelas alegadas violações aos direitos convencionais, bem como ao precisar o tipo de danos que eventualmente poderiam ser causados às supostas vítimas. Em razão do exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

IV COMPETÊNCIA

41. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já que a Costa Rica é Estado Parte da Convenção desde 8 de abril de 1970 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal em 2 de julho de 1980.

V PROVA

⁴³ Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*, par. 34, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C Nº 240, par. 39.

⁴⁴ Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, par. 39, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, par. 39.

42. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47, 50, 51 e 57 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência em relação à prova e sua apreciação,⁴⁵ a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais enviados pela Comissão e pelas partes em diversas oportunidades processuais, as declarações das supostas vítimas e testemunhas e os pareceres periciais prestados por meio da declaração juramentada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) e na audiência pública perante a Corte, bem como as provas para melhor resolver solicitadas pelo Tribunal (par. 11 *supra*). Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.⁴⁶

A) Prova documental, testemunhal e pericial

43. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova por parte da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado, anexados a seus escritos principais. Além disso, a Corte recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelos declarantes a título informativo: Gerardo Escalante Lopez y Delia Ribas Valdés; supostas vítimas: Andrea Regina Bianchi Bruna, Ana Cristina Castillo León, Claudia María Carro Maklouf, Victor Hugo Sanabria León, e peritos: Andrea Mesén Fainardi, Antonio Marlasca López, Alicia Neuburger, Maureen Condic, Martha Garza e Paul Hunt. Em relação à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu as declarações das supostas vítimas Miguel Mejías e Ileana Henchoz, e dos peritos Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo e Marco Gerardo Monroy Cabra.⁴⁷

44. O representante Molina informou à Corte que apresentou um recurso de amparo (mandado de segurança) “contra os médicos que trataram quatro das [supostas] vítimas, porque [estes médicos teriam] alega[do], em dois desses casos, que as ex-esposas de [seus] representados proibiram expressamente” que eles entregassem ao representante Molina “cópia do prontuário médico que originou as consultas sobre a infertilidade”. A esse respeito, o representante afirmou que esta situação o deixou “em clara vulnerabilidade” e que, por isso, recorreu “às vias judiciais internas para tentar ter acesso à informação solicitada para apresentar como prova” perante a Corte. O representante informou que este amparo (mandado de segurança) foi negado. O representante expressou que o anterior era “uma clara violação processual e da boa fé que deve imperar em todo litígio, pois haveriam flagelado o “conjunto de evidências” sabendo que, para os propósitos do presente processo, o prontuário médico guarda informação importante que, embora seja certo que pode ser suprida por outro tipo de prova, não pode ser ocultada se uma das partes teve acesso a ela, pois sua obrigação é compartilhá-la”.

45. O representante solicitou “um prazo adicional” para se referir “e fazer qualquer observação, como parte do escrito de petições, argumentos e provas, acerca da prova que apresentaram as senhoras Ana Cristina Castillo León e Claudia Carro Macklouf, ex-esposas dos senhores Enrique Acuña Cartín e Víktor Hugo Sanabria León”, na medida em que “por haver oferecido os prontuários médicos do caso, estariam fazendo uso dessa prova em clara violação do princípio do conjunto de evidências” e “da boa fé no litígio”. O representante solicitou à Corte “que avalie a possibilidade de solicitar ao Estado que, pelas vias que

⁴⁵ Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, pars. 69 a 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e reparações*. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C Nº 245, par. 31.

⁴⁶ Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 31.

⁴⁷ Os objetos de todas estas declarações estão estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte de 6 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf Por meio de comunicação de 9 de agosto de 2012 a Comissão desistiu da declaração da senhora Florencia Luna.

correspondam, obrigue os Doutores Gerardo Escalante López e Delia María Ribas Valdéz” a “entregar cópia do prontuário médico dos senhores mencionados e dos senhores María del Socorro Calderón Porrás e Carlos Vargas Solórzano, a quem sem nenhum motivo, até a presente data, foi entregue cópia do prontuário médico”. A esse respeito, o Presidente tomou nota destas petições e afirmou que, caso considere que esta prova deva ser requerida para resolver o objeto do presente caso, será solicitada no momento que for considerado oportuno. A Corte considera que esta informação não é indispensável para resolver o presente caso.

B) Admissibilidade da prova

B.1) Admissibilidade da prova documental

46. No presente caso, como em outros, o Tribunal concede valor probatório aos documentos apresentados oportunamente pelas partes e pela Comissão que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi colocada em dúvida.⁴⁸ Os documentos pedidos pelo Tribunal como prova para melhor decidir (par. 11 *supra*) são incorporados ao acervo probatório, em aplicação do disposto no artigo 58 do Regulamento.

47. O Tribunal decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, permitam constatar sua fonte e data de publicação, e os apreciará levando em consideração o conjunto do acervo probatório, as alegações do Estado e as regras da crítica sã.⁴⁹

48. Igualmente, com relação a alguns documentos apresentados pelas partes e pela Comissão por meio de links da Internet, o Tribunal estabeleceu que se uma parte proporciona ao menos o link direto do documento que cita como prova e é possível ter acesso a este, não se vê impactada a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pelo Tribunal e pelas outras partes.⁵⁰ Neste caso, não houve oposição ou observações das outras partes ou da Comissão sobre o conteúdo e autenticidade de tais documentos.

49. Por outro lado, em consideração de que os representantes enviaram, juntamente com suas alegações finais escritas, comprovantes de gastos de litígio relacionados a este caso, somente considerará aqueles que se refiram a petições de custas e gastos realizados por ocasião do procedimento perante esta Corte, com posterioridade à data de apresentação do escrito de petições e argumentos.

50. O Estado solicitou que sejam rejeitados “os relatórios psicológicos que oferece” o representante Molina “para demonstrar o suposto dano produzido pelo Estado”. Afirmou que estes relatórios não analisam “qual é o suposto impacto da proibição” da FIV nas supostas vítimas, “mas se limitam a indicar as perturbações produto de seu estado de infertilidade”, o que “não é consequência de nenhuma atuação ou omissão do Estado”. Acrescentou que os relatórios “parecem mencionar os efeitos” que a FIV “causou nas mulheres, o que longe de falar bem da técnica, demonstra as graves perturbações que sofrem as mulheres que se submetem a este procedimento”, o que “não pode ser atribuível ao Estado, nem tampouco

⁴⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 140, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 35.

⁴⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 146, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 36.

⁵⁰ Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 26, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 37.

se pode pretender uma indenização por este motivo”. Finalmente, afirmou que “os relatórios psicológicos parecem evidenciar o critério das supostas vítimas e não o critério objetivo dos psicólogos”. Em sentido similar, o Estado solicitou a rejeição das “certidões psicológicas emitidas pela Dra. Andrea Meses Fernardi nos casos de Ana Cristina Castillo León e Claudia María Carro Maklouk”, as quais foram apresentadas pelo representante May, em vista de que se limitam “a analisar o impacto que a infertilidade teve nas supostas vítimas”.

51. Além disso, o Estado solicitou que sejam rejeitados os “registros econômicos” das supostas vítimas que foram apresentados pelo representante Molina e que incluem “extratos bancários” e “certidões de renda” a partir dos quais “se pretende conseguir uma indenização do Estado”. O Estado alegou que desta documentação “não se extrai nenhuma forma de demonstrar os gastos em que as supostas vítimas dizem haver incorrido e, pelo contrário, contêm simples números sem nenhuma identificação que tenha relação” com o processo. Acrescentou que “tampouco se explica a importância dos dados bancários e de renda para a resolução” do caso.

52. Quanto às observações do Estado em relação a esta prova documental, o Tribunal entende que estas não impugnam sua admissibilidade, mas apontam a questionar o peso probatório da mesma. Em consequência, não gera problema quanto à admissibilidade desta prova e esta será apreciada conjuntamente com o restante do acervo probatório, tendo em consideração as observações do Estado e em conformidade com as regras da crítica sã.

B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas, e da prova testemunhal e pericial

53. Em relação às declarações das supostas vítimas, das testemunhas e dos pareceres apresentados na audiência pública e por meio das declarações juramentadas, a Corte os considera pertinentes somente na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal na Resolução por meio da qual se ordenou recebê-los (pars. 11 *supra*). Estas serão apreciadas no capítulo que corresponda, em conjunto com os demais elementos do acervo probatório e levando em consideração as observações formuladas pelas partes.⁵¹

54. Em conformidade com a jurisprudência desta Corte, as declarações das supostas vítimas não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo, já que são úteis na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as alegadas violações e suas consequências.⁵² Com base no anterior, o Tribunal admite estas declarações (pars. 11 *supra*), cuja apreciação será feita com base nos critérios indicados.

55. Por outro lado, em relação às declarações perante agente dotado de fé pública, o Estado solicitou a inadmissibilidade das declarações de Paul Hunt, Antonio Marlasca, Gerardo Escalante e Delia Ribas. Além disso, realizou observações de mérito sobre algumas declarações.

56. Em relação aos temas de admissibilidade, o Estado afirmou que as declarações de Antonio Marlasca e Paul Hunt não se referiram às perguntas apresentadas pelo Estado, o que afeta o dever de cooperação processual, o princípio da boa fé, o princípio do

⁵¹ Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 43.

⁵² Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*, par. 43, e *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C Nº 244, par. 27.

contraditório e o direito à defesa. A Corte reitera que o fato de que se encontre contemplado no Regulamento a possibilidade de que as partes possam formular perguntas por escrito aos declarantes propostos pela contraparte e, se for o caso, pela Comissão, impõe o dever correlato da parte que ofereceu a declaração de coordenar e realizar as diligências necessárias para que as perguntas sejam transmitidas aos declarantes e as respectivas respostas incluídas. Em certas circunstâncias, não contestar diversas perguntas pode ser incompatível com o dever de cooperação processual e com o princípio da boa fé que rege no procedimento internacional.⁵³ Sem prejuízo disso, o Tribunal considera que a não apresentação de respostas às perguntas da contraparte não afeta a admissibilidade de uma declaração e é um aspecto que, segundo os alcances do silêncio de um declarante, poderia chegar a impactar no peso probatório que pode alcançar uma perícia, aspecto que corresponde apreciar no mérito do caso.

57. O Estado afirmou que "a não apresentação" da tradução da declaração de Paul Hunt ao espanhol dentro do prazo "viola o dever de cooperação processual e boa fé que deve imperar no processo internacional". O Estado afirmou que "cumprido em apresentar duas traduções no mesmo prazo concedido à Comissão, o que evidentemente implicou uma redução do tempo efetivo para a elaboração do parecer", o que lhes "coloca em uma situação de desigualdade processual ao diminuir também o tempo [...] concedido [...] para apresentar as respectivas observações". A esse respeito, a Corte observa que a versão em inglês do parecer foi apresentada dentro do prazo e que a demora no envio da versão em espanhol foi de sete dias. O Tribunal leva em consideração que no procedimento perante a Comissão as partes apresentaram diversa informação e prova em inglês sem que existisse tradução da mesma, o que não mereceu objeção das partes e, também, evidencia que no procedimento foram adotadas medidas para garantir em devida forma o equilíbrio processual entre as partes. Além disso, perante a Corte foram concedidos diversos prazos à Comissão e às partes para o envio de traduções ao espanhol de alguns documentos que foram apresentados em inglês. Estes aspectos permitem concluir que a falta de tradução oportuna desta declaração não gerou um prejuízo desproporcional para o Estado ou para os representantes que pudesse justificar sua inadmissibilidade.

58. O Estado solicitou à Corte que rejeite a perícia prestada por Antonio Marlasca, em vista de que "deveria ter comparecido perante agente dotado de fé pública", "e não como ocorreu neste caso, onde claramente se observa do documento apresentado que não existiu tal comparecimento, pois o notário público afirma que se limita a transcrever o parecer já oferecido previamente". A esse respeito, a Corte afirmou, em relação ao recebimento e apreciação da prova, que os procedimentos seguidos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades que as atuações judiciais internas, e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto.⁵⁴ Além disso, o Tribunal admitiu em outras oportunidades declarações juramentadas que não foram oferecidas perante agente dotado de fé pública, quando não é impactada a segurança jurídica e o equilíbrio processual entre as partes,⁵⁵ o que é respeitado e garantido neste caso.

59. O Estado objetou a admissibilidade das declarações a título informativo de Gerardo Escalante e Delia Ribas, e a declaração de Alicia Neuburger, porque supostamente haveriam

⁵³ *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, par. 33, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela. Mérito e Reparações*. Sentença de 3 de setembro de 2012, Série C Nº 249, par. 29.

⁵⁴ *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C Nº 120, par. 33.

⁵⁵ *Cf. Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, par. 189; *Caso Servellón García e outros*, par. 46; e *Caso Claude Reyes e outros*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº 151, par. 51.

se referido a questões que não estariam previstas no objeto de suas declarações. A Corte reitera que somente considerará as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública na medida em que se enquadrem no objeto previsto na Resolução proferida pelo Presidente.

60. Em relação aos temas do mérito, o Estado afirmou os seguintes aspectos: i) Paul Hunt "carece da análise de balanço de interesses que é indispensável para determinar a existência de um impacto desproporcional"; ii) a perícia de Alicia Neuburger "não é uma prova útil para demonstrar a relação de causalidade entre as supostas ações violatórias de direitos" e "os danos que supostamente tiveram as supostas vítimas", e "parte de um conjunto de fatos que não foram demonstrados neste processo"; iii) "o senhor Marlasca falha em sua tentativa de querer estabelecer uma distinção que possa ser considerada como racional ou objetiva entre o que é uma vida humana e uma pessoa humana"; iv) "a declaração [de Andrea Mesén] está prestada de uma forma tão geral que a faz inviável para justificar, muito menos demonstrar, um suposto dano imaterial nas supostas vítimas"; v) Gerardo Escalante "limita a natureza e o conteúdo da declaração à forma em que era realizada a FIV na Costa Rica no momento em que ele a realizava, razão pela qual não poderia fazer avaliações nem prestar opiniões sobre a técnica da fecundação *in vitro* em geral, nem sobre a regulamentação internacional"; e vi) em relação a Delia Ribas: "refere a todo momento ao termo "pré-embrião", utilizando-o como ponto de partida para justificar o tratamento que o embrião recebe desde sua concepção (ou fecundação) até momentos antes de ser transferido ao útero materno [...] e, portanto, não é aceitável pretender fundamentar sua manipulação apoiando-se neste conceito, já que está cientificamente demonstrado que desde esta etapa inicial existe um organismo pleno e completo"; além disso, alegou que "não é corret[o] [...] justificar a prática da técnica da FIV como um tratamento a uma doença que permite aos 'pacientes' ter 'uma melhoria de sua saúde"; "advoga em seu documento pela prática da criopreservação – ou congelamento dos embriões –, o que é incompatível com o direito à vida e à dignidade humana", e que "não contesta a segunda questão que oportunamente lhe foi perguntada".

61. Quanto a estas observações do Estado em relação às perícias, o Tribunal entende que estas não impugnem sua admissibilidade, mas apontam a questionar o peso probatório das mesmas. A Corte considerará o conteúdo destas perícias na medida em que se ajustem ao objeto para o qual foram convocadas (par. 11 *supra*). Com base no anteriormente exposto, o Tribunal admite as perícias apresentadas e as apreciará conjuntamente com o resto do acervo probatório, tendo em consideração as observações do Estado e em conformidade com as regras da crítica sã.

VI FATOS

A) Técnicas de Reprodução Assistida e Fecundação *in Vitro*

62. A infertilidade pode ser definida como a impossibilidade de alcançar uma gravidez clínica depois de haver mantido relações sexuais sem proteção durante 12 meses ou mais.⁵⁶ As causas mais comuns de infertilidade são, entre outras, danos nas trompas de Falópio, aderências tubo-ovarianas, fatores masculinos (por exemplo, baixo nível de esperma),

⁵⁶ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818); Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2558); Declaração prestada pelo perito Caruzo perante a Corte Interamericana na audiência pública realizada no presente caso, e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2241).

endometrioses, fatores imunológicos ou pobre reserva ovariana.⁵⁷ Considera-se que a incidência da infertilidade afete a aproximadamente 10% das mulheres em idade reprodutiva.⁵⁸

63. As técnicas ou procedimentos de reprodução assistida são um grupo de diferentes tratamentos médicos que são utilizados para ajudar as pessoas e casais inférteis a conseguir uma gravidez, os quais incluem “a manipulação, tanto de ovócitos como de espermatozoides, ou embriões [...] para o estabelecimento de uma gravidez”.⁵⁹ Entre estas técnicas se encontram a FIV, a transferência de embriões, a transferência intratubária de gametas, a transferência intratubária de zigotos, a transferência intratubária de embriões, a criopreservação de ovócitos e embriões, a doação de ovócitos e embriões, e a maternidade de substituição.⁶⁰ As técnicas de reprodução assistida não incluem a inseminação assistida ou artificial.⁶¹

64. Por sua vez, a FIV é “um procedimento no qual os óvulos de uma mulher são removidos de seus ovários, e são então fertilizados com esperma em um procedimento de laboratório. Uma vez concluído isso, o óvulo fertilizado (embrião) é devolvido ao útero da mulher”.⁶² Esta técnica é aplicada quando a infertilidade se deve à ausência ou bloqueio das trompas de Falópio da mulher, ou seja, quando um óvulo não pode passar para as trompas de Falópio para ser fertilizado e posteriormente implantado no útero,⁶³ ou em casos onde a infertilidade recai no parceiro de sexo masculino,⁶⁴ bem como nos casos em que a causa da infertilidade é desconhecida. As fases durante a FIV são as seguintes:⁶⁵ i) indução à ovulação; ii) aspiração dos óvulos contidos nos ovários; iii) inseminação de óvulos com espermatozoides; iv) observação do processo de fecundação e incubação dos embriões, e v) transferência embrionária ao útero materno.

⁵⁷ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2828). Como explicou o perito Zegers-Hochschild, segundo a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade constitui uma doença do sistema reprodutivo (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818).

⁵⁸ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

⁵⁹ Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2821).

⁶⁰ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

⁶¹ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

⁶² Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2559).

⁶³ A esse respeito, o perito Zegers-Hochschild afirmou que “a fecundação não pode ocorrer; se não existe trompa de Falópio, o desenvolvimento embrionário não pode ocorrer, se os espermatozoides depositados na vagina não têm a capacidade de chegar à trompa não há fecundação, o mesmo se os espermatozoides chegam, mas não são capazes de fecundar”. Declaração prestada pelo perito Zegers-Hochschild perante a Corte Interamericana na audiência pública realizada no presente caso. Também, Resumo escrito da perícia prestada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2937.210), e Declaração da declarante Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2243).

⁶⁴ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2937.214).

⁶⁵ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2825 a 2830); Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2559), e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folhas 2245 a 2248).

65. Sobre o desenvolvimento embrionário na FIV, existem cinco etapas deste desenvolvimento que duram um total de cinco dias. Em primeiro lugar, os óvulos maduros são selecionados e são fecundados, de modo que se permita o desenvolvimento do zigoto. Nas primeiras 26 horas de desenvolvimento, o zigoto se divide em duas células, as quais posteriormente se dividem em quatro células no dia dois, e finalmente volta a se dividir para formar oito células no dia três. No dia quatro, fala-se de Mórula e, do dia quatro ao dia cinco, o embrião chega a seu estado de Blastocisto. Os embriões podem permanecer em cultivo por até cinco dias antes de serem transferidos ao útero da mulher.⁶⁶ Portanto, o embrião pode ser transferido desde o dia dois até o dia cinco. Dependendo da caracterização morfológica e da dinâmica da divisão celular, é tomada a decisão em relação a quando transferir o embrião.⁶⁷ A transferência embrionária pode ser diretamente ao útero ou às trompas de Falópio. Aos 12 dias da transferência embrionária, sabe-se se a mulher ficou grávida através de marcadores.⁶⁸

66. O primeiro nascimento de um bebê produto da FIV ocorreu na Inglaterra, em 1978.⁶⁹ Na América Latina, o nascimento do primeiro bebê produto da FIV e da transferência embrionária foi reportado em 1984, na Argentina.⁷⁰ Desde que foi relatado o nascimento da primeira pessoa como resultado de Técnicas de Reprodução Assistida (doravante denominada "TRA"), "cinco milhões de pessoas nasceram no mundo graças aos avanços desta [tecnologia]".⁷¹ Além disso, "[a]nualmente, são realizados milhões de procedimentos de TRA. As estimativas para 2008 compreendem 1.600.000 tratamentos que deram origem a 400.000 pessoas nascidas entre 2008 e setembro de 2009" no mundo.⁷² Na América Latina "se considera que, entre 1990 e 2010, 150.000 pessoas nasceram" de acordo com o Registro Latino-Americano de Reprodução Assistida.⁷³

67. Da prova disponível nos autos, a Costa Rica é o único Estado no mundo que proíbe de maneira expressa a FIV.⁷⁴

⁶⁶ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2828 a 2829).

⁶⁷ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2828 a 2829).

⁶⁸ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2829 a 2830).

⁶⁹ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2821), e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2242).

⁷⁰ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2822).

⁷¹ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folhas 2821 a 2822).

⁷² Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folhas 2821 a 2822).

⁷³ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2822).

⁷⁴ O Perito Zegers-Hochschild explicou que "[a]s TRA são usadas no mundo inteiro. Isto inclui todos os países da Europa, Oceania, Ásia e Oriente Médio, assim como os países que contam com a tecnologia na África. Em relação às Américas, as TRA são realizadas em todos os países que contam com esta tecnologia, com exceção da Costa Rica. Assim é razoável concluir que a Costa Rica é o único país no mundo que [proíbe] a TRA". Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2821).

B) O Decreto Executivo

68. Na Costa Rica, o Decreto Executivo nº 24029-S, de 3 de fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério de Saúde, autorizava a prática da FIV para casais conjugais e regulamentava sua execução. Em seu artigo 1º, o Decreto Executivo regulamentava a realização de técnicas de reprodução assistida entre cônjuges, e estabelecia regras para sua realização.⁷⁵ No artigo 2º eram definidas as técnicas de reprodução assistida como “todas aquelas técnicas artificiais nas quais a união do óvulo e do espermatozoide é conseguida por meio de uma forma de manipulação direta das células germinais em laboratório”.⁷⁶

69. As normas do Decreto Executivo nº 24029-S que regulamentavam especificamente a técnica da FIV questionada no recurso de inconstitucionalidade, eram as seguintes:⁷⁷

Artigo 9.- Em casos de fertilização *in vitro*, fica absolutamente proibida a fertilização de mais de seis óvulos da paciente por ciclo de tratamento.

Artigo 10.- Todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento deverão ser transferidos à cavidade uterina da paciente, ficando absolutamente proibido descartar ou eliminar embriões, ou preservá-los para transferência em ciclos subsequentes da mesma paciente ou de outras pacientes.

Artigo 11.- São absolutamente proibidas as manobras de manipulação do código genético do embrião, bem como toda forma de experimentação sobre o mesmo.

Artigo 12.- É absolutamente proibido comercializar células germinais – óvulos e espermatozoides – para serem destinados a tratamento de pacientes em técnicas de reprodução assistida, sejam estas homólogas ou heterólogas.

Artigo 13.- O descumprimento das disposições aqui estabelecidas faculta o Ministério de Saúde a cancelar a autorização sanitária de funcionamento e a certificação concedida ao estabelecimento no qual foi cometida a infração, devendo ser enviado o assunto de forma imediata ao Ministério Público e ao Colégio Profissional respectivo, para estabelecer as sanções correspondentes.

70. A FIV foi realizada na Costa Rica entre 1995 e 2000⁷⁸ pela entidade privada denominada “Instituto Costarriquenho de Infertilidade”.⁷⁹ Nesse período nasceram 15

⁷⁵ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

⁷⁶ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

⁷⁷ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 85 e 86).

⁷⁸ “Em 14 de outubro de 1995, nasc[eu] o primeiro menino produto da” fecundação *in Vitro*. Cf. Declaração da declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2388). Além disso, notas de imprensa do Diário *La Nación* de 15 de outubro de 1995, intituladas “*Nació Esteban*” e “*Esteban, alianza fecunda*” (expediente de mérito, tomo I, folha 587.40).

⁷⁹ Cf. Declaração da declarante a título informativo Ribas: “Na Costa Rica a fertilização *in vitro* foi iniciada por nosso grupo em setembro de 1994. [...] Nossos resultados correspondentes aos anos de 1994 a 1996 foram publicados na Ata Médica Costarriquenha [...]. Como éramos o único centro no país, decidimos submeter nossos esforços ao escrutínio da Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida, da qual fomos membros desde sua criação até a decisão correspondente à proibição da técnica” (expediente de mérito, tomo V, folhas 2242 e 2248).

costarriquenhos.⁸⁰ A técnica foi declarada inconstitucional pela Sala Constitucional da Costa Rica em 15 de março de 2000.

C) Sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000

71. Em conformidade com o artigo 75 da Lei da Jurisdição Constitucional,⁸¹ qualquer cidadão pode interpor a ação de inconstitucionalidade contra uma norma “quando, em virtude da natureza do assunto, não exista lesão individual e direta, ou se trate da defesa de interesses difusos ou que concernem à coletividade em seu conjunto”. Baseando-se nesta norma, em 7 de abril de 1995, o senhor Hermes Navarro del Valle apresentou uma ação de inconstitucionalidade contra o Decreto Executivo que regulamentava a FIV na Costa Rica, utilizando diversas alegações sobre violação do direito à vida.⁸² O solicitante requereu que: i) o Decreto fosse declarado inconstitucional por violar o direito à vida; ii) fosse declarada inconstitucional a prática da fecundação *in vitro*, e iii) “sejam instruídas as autoridades públicas a manter um controle minucioso da prática médica, para que estes atos não voltem a ocorrer”. Entre os argumentos alegados na ação de constitucionalidade se encontram os seguintes: i) “a porcentagem de malformações em geral foi maior que o registrado na fecundação natural”; ii) “a prática generalizada [da FIV] viola a vida humana [e] em razão das características privadas e isoladas [...] em que ocorre esta inseminação, qualquer regulamentação seria de difícil implementação e de difícil controle pelo Estado”; iii) “[a] vida humana se inicia desde o momento da fecundação, portanto, qualquer eliminação ou destruição de concebidos - voluntária ou derivada da imperícia do médico ou da inexatidão da técnica utilizada - resultaria em uma evidente violação ao direito à vida contido” na Constituição costarriquenha; iv) foi feita referência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e à Convenção sobre os Direitos da Criança; v) foi argumentado que “a fecundação *in vitro* [é] um negócio[, ...] não cura [...] uma doença[,] nem [é] um tratamento de emergência para salvar uma vida”, e vi) “é tão violatório eliminar concebidos[,] ou seja crianças[,] jogando-os no lixo, como eliminá-los de forma deliberada devido à falta de técnica no processo, pretendendo jogar uma espécie de ‘roleta russa’ com as seis crianças introduzidas na mãe”.

72. Em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Corte Suprema proferiu sentença,⁸³ por meio da qual declarou “procedente a ação [e] anulou, por ser inconstitucional, [...] o Decreto Executivo nº 24029-S”.⁸⁴ As razões discutidas pela Sala Constitucional para motivar sua decisão foram, em primeiro lugar, a “infração do princípio de reserva legal”, segundo o qual “somente por meio de lei formal, emanada do Poder Legislativo pelo procedimento previsto na Constituição para a promulgação das leis, é

⁸⁰ O declarante a título informativo Escalante informou que “[e]ntre os meses de setembro de [19]94 e março de 2000, foram tratados 121 casais aos quais foram realizados 149 ciclos de Fertilização *in Vitro* completos[, os quais c]hegaram ao final da gravidez e nasceram 15 neonatos” (expediente de mérito, tomo V, folha 2392).

⁸¹ O artigo 75 estipula que “[p]ara interpor a ação de inconstitucionalidade é necessário que exista um assunto pendente de resolver perante os tribunais, inclusive de *habeas corpus* ou de amparo, ou no procedimento para esgotar a via administrativa, em que seja invocada essa inconstitucionalidade como meio razoável de amparar o direito ou interesse que é considerado lesado. Não será necessário o caso prévio pendente de resolução quando pela natureza do assunto não exista lesão individual e direta, ou se trate da defesa de interesses difusos ou que concernem à coletividade em seu conjunto”.

⁸² Ação de inconstitucionalidade apresentada em 7 de abril de 1995 (expediente de anexos à contestação, tomo VII, folhas 10455, 10456, 10458, 10464, 10465 e 10466).

⁸³ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 76 a 96).

⁸⁴ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 95).

possível regulamentar e, se for caso, restringir os direitos e liberdades fundamentais". Em conformidade com o anterior, a Sala concluiu que o Decreto Executivo regulamentava o "direito à vida e à dignidade do ser humano", razão pela qual "[a] regulamentação destes direitos pelo Poder Executivo [era] incompatível com o Direito da Constituição".

73. Por outro lado, ao considerar que era aplicável o artigo 4.1 da Convenção Americana, a Sala Constitucional afirmou o seguinte:

A pergunta, 'quando começa a vida humana?' tem importância transcendental no assunto que aqui é discutido, pois deve se definir desde quando o ser humano é sujeito de proteção jurídica em nosso ordenamento. Existem divergências entre os especialistas. Alguns consideram que os embriões humanos são entidades que se encontram em um estado de desenvolvimento no qual não possuem mais que um simples potencial de vida. [...] Afirmam que, antes da fixação do pré-embrião este se compõe de células não diferentes, e que essa diferença celular não acontece senão depois de que se fixou na parede uterina e depois do aparecimento da linha primitiva - primeiro esboço do sistema nervoso-; a partir desse momento se formam os sistemas de órgãos e os órgãos. [...] Ao contrário, outros afirmam que todo ser humano tem um começo único que se produz no mesmo momento da fecundação. Definem o embrião como a forma original do ser ou a forma mais jovem de um ser e opinam que não existe o termo pré-embrião, pois antes do embrião, no estágio precedente, há um espermatozoide e um óvulo. Quando o espermatozoide fecunda o óvulo essa entidade se converte em um zigoto e, portanto, em um embrião. A mais importante característica desta célula é que tudo o que será permitido evoluir para o indivíduo já se encontra em seu lugar; toda a informação necessária e suficiente para definir as características de um novo ser humano aparecem reunidas no encontro dos vinte e três cromossomos do espermatozoide e dos vinte e três cromossomos do ovócito. [...] Ao descrever a segmentação das células que se produz imediatamente depois da fecundação, indica-se que no estágio de três células existe um minúsculo ser humano e a partir dessa fase todo indivíduo é único, rigorosamente diferente de qualquer outro. Em resumo, uma vez que foi concebida, uma pessoa é uma pessoa e estamos diante de um ser vivo, com direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico.⁸⁵ (Sem grifo no original)

74. Além disso, a Sala Constitucional determinou que as práticas de FIV "atentam claramente contra a vida e a dignidade do ser humano".⁸⁶ Para sua fundamentação, a Sala Constitucional afirmou que: i) "[o] ser humano é titular de um direito a não ser privado de sua vida nem a sofrer ataques ilegítimos por parte do Estado ou de particulares, mas não somente isso: o poder público e a sociedade civil devem ajudá-lo a se defender dos perigos para sua vida"; ii) "uma vez que foi concebida, uma pessoa é uma pessoa e estamos diante de um ser vivo, com direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico", e iii) "como o direito [à vida] se declara a favor de todos, sem exceção, deve-se proteger tanto no ser já nascido como no por nascer".⁸⁷

75. Por outro lado, a Sala Constitucional manifestou que "[a] normativa internacional [...] estabelece princípios de orientação sólidos em relação ao tema da vida humana",⁸⁸ para o que citou o artigo I da Declaração Americana, o artigo 3 da Declaração Universal dos

⁸⁵ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 88 e 89).

⁸⁶ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 94).

⁸⁷ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 88, 90).

⁸⁸ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 90).

Direitos Humanos, o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 4 da Convenção Americana. Em relação ao artigo 4 da Convenção, a Sala considerou que “[e]ste instrumento internacional dá um passo decisivo, pois tutela o direito [à vida] a partir do momento da concepção[, ademais] proíbe contundentemente impor a pena de morte a uma mulher em estado de gravidez, o que constitui uma proteção direta e, portanto, um reconhecimento pleno da personalidade jurídica e real do não nascido e de seus direitos”.⁸⁹ Além disso, a Sala fez referência ao artigo 6 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Sobre este ponto, a Sala concluiu que “[a]s normas citadas impõem a obrigação de proteger o embrião contra os abusos a que pode ser submetido em um laboratório e, em especial, do mais grave deles, aquele capaz de eliminar a existência”.⁹⁰

76. Finalmente, a Sala concluiu:

O embrião humano é pessoa desde o momento da concepção, de modo que não pode ser tratado como objeto, para fins de pesquisa, ser submetido a processos de seleção, conservado em congelamento, e o que é fundamental para a Sala, não é legítimo constitucionalmente que seja exposto a um risco desproporcional de morte. [...] A objeção principal da sala é que a aplicação da técnica significa uma elevada perda de embriões, que não se pode justificar no fato de que o seu objetivo é conseguir um ser humano, dotar de um filho um casal que de outra forma não poderia tê-lo. O essencial é que os embriões, cuja vida se procura primeiro e depois se frustra, são seres humanos e o ordenamento constitucional não admite nenhuma distinção entre eles. Não é válido tampouco o argumento de que em circunstâncias naturais também há embriões que não chegam a se implantar ou que, ainda que consigam a implantação, não chegam a se desenvolver até o nascimento, simplesmente pelo fato de que a aplicação da [FIV] implica uma manipulação consciente, voluntária das células reprodutoras femininas e masculinas com o objetivo de procurar uma nova vida humana, na qual se propicia uma situação em que, de antemão, sabe-se que a vida humana, em uma porcentagem considerável dos casos, não tem possibilidade de continuar. Segundo a Sala pôde constatar, a aplicação da Técnica de Fecundação *in Vitro* e Transferência Embrionária, na forma em que se desenvolve na atualidade, atenta contra a vida humana. Este Tribunal sabe que os avanços da ciência e da biotecnologia são tão vertiginosos que a técnica poderia chegar a ser melhorada de tal maneira que os reparos indicados aqui desapareçam. Entretanto, as condições nas quais se aplica atualmente levam a concluir que qualquer eliminação ou destruição de concebidos – voluntária ou derivada da imperícia de quem executa a técnica ou da inexatidão desta – viola seu direito à vida, visto que a técnica não é conforme com o Direito da Constituição e, por isso, o regulamento questionado é inconstitucional por infração ao artigo 21 da Constituição Política e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em razão de que a técnica, considerada em si mesma, contravém o direito à vida, deve-se deixar constância expressa de que, nem sequer por norma de ordem legal é possível autorizar legitimamente sua aplicação, ao menos, insiste-se, enquanto seu desenvolvimento científico permaneça no atual estado e signifique o dano consciente de vidas humanas.⁹¹ (Sem grifo no original).

77. Os magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda apresentaram conjuntamente seu voto dissidente à sentença.⁹² Neste voto, os magistrados consideraram que a FIV “não é

⁸⁹ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 91).

⁹⁰ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 92).

⁹¹ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 94 e 95).

⁹² Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994 a 10996).

incompatível com o direito à vida nem com a dignidade humana mas, ao contrário, constitui um instrumento que a ciência e a técnica concederam ao ser humano para favorecê-la, já que a infertilidade [...] deve ser vista como a consequência de um estado genuíno de enfermidade”.⁹³ Igualmente, manifestaram que as “[t]écnicas de [r]eprodução [a]ssistida [...] são oferecidas como um meio para exercer o legítimo exercício do direito à reprodução humana, o qual, ainda que não esteja expressamente reconhecido [na] Constituição Política, deriva-se do direito à liberdade e à autodeterminação, os direitos à intimidade pessoal e familiar e à liberdade para fundar uma família”.⁹⁴

D) Recursos interpostos por Ileana Henchoz e Karen Espinoza

78. Em 30 de maio de 2008, a senhora Henchoz interpôs uma ação de inconstitucionalidade contra a sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000, a qual foi rejeitada categoricamente.⁹⁵ Nesta decisão, a Sala considerou que sua jurisprudência é vinculante “*erga omnes*, salvo para si mesma, de maneira que o critério vertido nel[a] pode ser modificad[o] quando existam motivos para isso ou razões de ordem pública”.⁹⁶

79. Posteriormente, a senhora Henchoz interpôs uma demanda judicial contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, com a finalidade de que lhe fosse permitido realizar a FIV. A Caixa alegou a impossibilidade de realizar este procedimento em razão da Sentença de 15 de março de 2000.⁹⁷ Por meio da sentença de 14 de outubro de 2008, o Tribunal Superior Contencioso e Civil de Fazenda concluiu que a FIV como mecanismo de reprodução assistida, não estava proibida na Costa Rica enquanto não incorresse nos vícios indicados pela Sala Constitucional, “em especial porque o desenvolvimento atual deste procedimento médico possibilita, em um ciclo reprodutivo feminino, a fecundação de um só óvulo para sua posterior transferência ao útero da mãe”.⁹⁸

80. O Tribunal Superior Contencioso e Civil de Fazenda ordenou à Caixa Costarriquenha de Previdência Social elaborar um diagnóstico e realizar os exames médicos correspondentes a fim de determinar a viabilidade para realizar os métodos de reprodução assistida, incluindo a FIV, na senhora Henchoz.⁹⁹ Além disso, afirmou que este

⁹³ Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994).

⁹⁴ Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994).

⁹⁵ Cf. Decisão nº 2008009578. Ação de inconstitucionalidade promovida por Ileana Henchoz Bolaños de 11 de junho de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5842).

⁹⁶ Sentença da Sala Constitucional 2005-10602, 16 de agosto de 2005 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5842).

⁹⁷ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5845 a 5872).

⁹⁸ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5859).

⁹⁹ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5871).

procedimento seria realizado respeitando as diretrizes proferidas pela Sala Constitucional, a partir do desenvolvimento atual da técnica, “de maneira que não e[ra] válida a fecundação de mais de um óvulo por ciclo reprodutivo da paciente para sua transferência, nem e[ra] possível a fecundação de dois ou mais óvulos nesse mesmo ciclo reprodutivo e, muito menos, a seleção de um embrião dentre vários, sua destruição, descarte, congelamento ou experimentação em relação a algum deles”.¹⁰⁰

81. A Caixa Costarrriquenha de Previdência Social apelou da sentença proferida pelo Tribunal Superior e, em 7 de maio de 2009, os magistrados da Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça anularam esta decisão e declararam improcedente a demanda.¹⁰¹ A Primeira Sala afirmou que “ficou demonstrado [...] que a técnica da fertilização *in vitro* seria contra-indicada para a demandante em razão de sua idade, pois aos 48 anos já perdeu sua capacidade reprodutiva com seus próprios óvulos, o que torna extraordinariamente improvável e remota uma gravidez de maneira assistida”, somada ao fato de que a demandante, “depois da sentença impugnada, manifestou através de distintos meios de comunicação coletiva que não se submeteria à técnica da fertilização *in vitro* em razão de sua idade”.¹⁰²

82. Por outro lado, em 6 de janeiro de 2005, a Defensoria dos Habitantes emitiu o ofício nº 00117-2005-DHR, motivado por uma denúncia interposta pela senhora Espinoza, no qual afirmou que, depois de haver comparecido a um Hospital parte da Caixa Costarrriquenha de Previdência Social, este lhe haveria negado a possibilidade de um tratamento de fertilidade argumentando a ausência de programas para tais efeitos¹⁰³ e não lhe haveria sido entregue um medicamento denominado “menotropina”, o qual havia sido dado em outras oportunidades à paciente.¹⁰⁴ No mencionado ofício, a Defensoria emitiu uma série de recomendações, a saber:

[o estabelecimento de] um programa especial para o tratamento da infertilidade e esterilidade de todos os casais e mulheres que vivam esta situação, que desejem exercer seu direito de maternidade e paternidade e não tenham os recursos econômicos para optar por um serviço, atendimento e tratamentos médicos privados.¹⁰⁵

83. Além disso, a Defensoria recomendou a melhora da prestação do serviço e atendimento médico naqueles campos nos quais se requer um tratamento e

¹⁰⁰ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarrriquenha de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5872).

¹⁰¹ Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça, sentença de 7 de maio de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5873 a 5879).

¹⁰² Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça, sentença de 7 de maio de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009, enviada pelo Estado por meio da comunicação de 22 de janeiro de 2010 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5873 a 5879).

¹⁰³ Cf. Ofício nº 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folhas 5556 a 5562).

¹⁰⁴ Cf. Receita do medicamento “Menotropina” (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5520).

¹⁰⁵ Cf. Ofício nº 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5561).

acompanhamento médico como é o caso da infertilidade e, finalmente, o estabelecimento de diretrizes claras em matéria de medicamentos sanitários.¹⁰⁶

E) Projetos de lei

84. A Corte observa que, no contexto de uma tentativa de cumprir as recomendações efetuadas pela Comissão Interamericana (par. 1 *supra*), no ano de 2010 foi apresentado um projeto de lei na Assembleia Legislativa para regulamentar a FIV.¹⁰⁷ Entre outros elementos, o projeto partia da proteção de todos os direitos da pessoa humana a partir da fecundação¹⁰⁸ e estabelecia que a FIV podia ser realizada “com a condição de que todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento sejam transferidos à mesma mulher que os produziu”.¹⁰⁹ Igualmente, era proibida “a redução ou destruição de embriões”.¹¹⁰ Além disso, o projeto de lei previa que “[q]uem, na aplicação da técnica da [FIV], destrua ou reduza, ou de qualquer modo mate um ou mais embriões humanos, será punido com prisão de um a seis anos”.¹¹¹ A Corte observa que o projeto de lei não foi aprovado.¹¹² Por sua vez, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPS) se pronunciou de forma crítica contra o projeto e ressaltou os “riscos de gravidezes múltiplas que podem ocorrer quando todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento são transferidos à mesma mulher que os produz, o que, por sua vez, incrementa o risco do aborto espontâneo, complicações obstétricas, nascimentos prematuros e morbidade neonatal”.¹¹³ A OPS afirmou que “[t]ransferir a uma mulher todos os embriões produzidos em cada ciclo de um tratamento de [FIV], inclusive aqueles embriões que têm defeitos, pode colocar em perigo o direito à vida da mulher e inclusive ocasionar a realização de um aborto terapêutico, o que por sua vez afeta negativamente o gozo do direito à saúde e de outros direitos humanos relacionados que foram reconhecidos pelos Estados da OPS”.¹¹⁴

F) Situação particular das supostas vítimas

F.1) Grettel Artavia Murillo e Miguel Mejías Carballo

¹⁰⁶ Cf. Ofício nº 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5561).

¹⁰⁷ Cf. Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 11055 a 11068).

¹⁰⁸ Cf. artigo 6 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 11055 a 11068).

¹⁰⁹ Cf. artigo 8 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11064).

¹¹⁰ Cf. artigo 8 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11064).

¹¹¹ Cf. artigo 19 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11067).

¹¹² Cf. Contestação da demanda pelo Estado (expediente de contestação, tomo III, folha 1007).

¹¹³ Organização Pan-Americana da Saúde, Opinião técnica da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPS/OMS) em relação ao conteúdo do Projeto de Lei da Costa Rica sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária no contexto do direito humano à saúde (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 835).

¹¹⁴ Organização Pan-Americana da Saúde, Opinião técnica da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPS/OMS) em relação ao conteúdo do Projeto de Lei da Costa Rica sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária no contexto do direito humano à saúde, folha 835.

85. A senhora Grettel Artavia Murillo casou-se com o senhor Miguel Mejías Carballo em 13 de dezembro de 1993.¹¹⁵ À raiz de um acidente de trabalho ocorrido em 1985, o senhor Mejías ficou paraplégico permanentemente com 19 anos de idade,¹¹⁶ razão pela qual decidiram buscar ajuda médica.

86. A médica responsável diagnosticou a impossibilidade de o casal para procriar naturalmente, visto que era impossível chegar a uma gravidez sem assistência médica. Tendo em consideração o anterior, foram realizadas oito inseminações artificiais.¹¹⁷ Para custear os gastos das inseminações, o casal solicitou créditos fiduciários e hipotecários e hipotecou sua casa, além de vender alguns de seus pertences.¹¹⁸ Entretanto, as inseminações artificiais não deram resultado.¹¹⁹

87. Em fevereiro de 2000, a médica responsável informou ao casal que a última alternativa a seguir no tratamento contra a infertilidade seria realizar uma FIV. Um mês depois, em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Costa Rica proferiu a sentença que proibiu a prática no país.¹²⁰ O casal não tinha os recursos econômicos para viajar ao exterior para realizar o tratamento.¹²¹

88. Em 10 de março de 2011, o casal se divorciou, sendo umas das razões a impossibilidade de terem filhos biológicos.¹²²

F.2) Ileana Henchoz Bolaños e Miguel Yamuni Zeledón

¹¹⁵ Cf. Certidão do Registro Civil de 14 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo I, folha 4074).

¹¹⁶ O senhor Mejías afirmou que “um aterro desmoronou ao lado da construção e [o] enterrou, e quando conseguiram tirá[-lo] [ele] já tinha uma paraplegia completa a nível de 10 de 12 e lhe indicaram que já não podia voltar a andar, em razão de que havia sofrido uma lesão medular”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada na audiência pública realizada no presente caso.

¹¹⁷ Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075).

¹¹⁸ A esse respeito, a senhora Artavia afirmou que “para custear os gastos [seu] ex-esposo nesse momento teve que proceder a créditos fiduciários e hipotecários, os quais à data não pôde quitar em sua totalidade”. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075). Além disso, o senhor Mejías declarou que “já havia hipotecado [sua] casa, gastado todas as poupanças que [ele] tinha para poder [eles] realizar a fertilização in vitro na Costa Rica”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹¹⁹ Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075). Igualmente, o senhor Mejías afirmou que fizeram todas as inseminações, mas “não resultou porque [a esposa] tinha um problema de útero”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹²⁰ O senhor Mejías declarou que quando sua esposa foi operada para resolver o problema que tinha no útero, e quando já “estava bem para ser feita uma técnica de fertilização *In Vitro*, e [eles] felizes e contentes, foi quando os proibiram, e até o momento não pud[eram]”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência realizada no presente caso.

¹²¹ Sobre este ponto, a senhora Artavia afirmou que desde o momento da sentença que proibiu a prática da FIV eles vinham desesperados e com frustrações “associados à impossibilidade de ir ao exterior para realizar [...] o tratamento por falta de dinheiro”. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4076). Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹²² Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077) e Certidão de divórcio de 10 de março de 2011 (expediente de anexos do Estado, tomo VIII, folhas 10269 a 10285).

89. Os senhores Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños se casaram em 22 de fevereiro de 1992.¹²³ Dentro de seu núcleo familiar estava a filha do primeiro casamento da senhora Henchoz.¹²⁴

90. Em 1994 decidiram ter filhos. A partir de 1994, o casal realizou 16 inseminações artificiais sem resultados.¹²⁵ Depois de realizar outras três inseminações artificiais com outro médico e de realizar outros exames, em 1999 foi diagnosticado que a única maneira através da qual poderiam ter filhos seria a FIV.¹²⁶ Para isso, o casal realizou uma série de exames de laboratório.¹²⁷ Depois disso, o médico responsável manifestou que “exist[ia] um fator masculino subótimo e realizou um ciclo de inseminação intrauterina com capacitação espermática sem resultados”.¹²⁸

91. No ano de 1999 foram realizados vários procedimentos e exames médicos na senhora Henchoz, como, por exemplo, uma miomectomia, na qual foi removido um fibroma.¹²⁹ O médico responsável afirmou que “no mês de novembro daquele ano foi insemin[ada] novamente sem resultados”.¹³⁰ Em 7 de janeiro de 2000, foram receitados medicamentos à senhora Henchoz para estímulo ovariano.¹³¹ Em 15 de fevereiro, a senhora Henchoz realizou dois exames de laboratório relativos a hormônios e uma ultrassonografia.¹³²

¹²³ Cf. Certidão do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5902).

¹²⁴ Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada na audiência pública realizada no presente caso.

¹²⁵ Nesse sentido, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que “uma doutora [lhes] recomendou que [lhes] fizesse[m] inseminações artificiais, [lhes] fiz[eram] aproximadamente 15, 16 inseminações artificiais, não v[iram] resultados tampouco, isso foi muito difícil porque foi muito tempo também”. Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹²⁶ Declaração juramentada da senhora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5885) e declaração juramentada do senhor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5881).

¹²⁷ Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de hematologia, resultado de urina, “anticorpos anti-espermatozoides”, histerossalpingografia, ultrassonografia transvaginal de junho de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5700 a 5703).

¹²⁸ Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

¹²⁹ Cf. Certidão do Centro Médico de Diagnóstico “La California” de ultrassonografia vaginal e transvaginal de agosto e novembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5708, 5730 a 5733); certidões do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios de 23 e 25 de novembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5738 - 5739 e 5742), e certidão em relação à miomectomia de 9 de setembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5789 e 5790).

¹³⁰ Cf. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

¹³¹ Cf. Receita do Dr. Escalante para a senhora Henchoz Bolaños dos cinco medicamentos para estímulo ovariano de 1º de janeiro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5744 e 5745).

¹³² Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de ultrassonografia transvaginal e de exames de hormônios de 15 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5748 a 5750).

92. Em 10 março de 2000, foi proferida a sentença da Sala Constitucional, razão pela qual o casal decidiu viajar à Espanha para continuar o tratamento.¹³³ Como passos prévios para a viagem, em abril daquele ano foram realizados vários exames médicos e receitados medicamentos.¹³⁴

93. Entre os dias 18 e 28 de abril, o casal esteve na Espanha.¹³⁵ Em 21 de abril de 2000, foram feitos os trâmites e exames de laboratório necessários.¹³⁶ Em 23 de abril seguinte, implantaram dois embriões¹³⁷ na senhora Henchoz. O custo do tratamento na Espanha foi de 463.000 pesetas.¹³⁸

94. Nos dias 2, 5, 8, 15 e 16 de maio de 2000, foram realizados sete exames de comportamento de hormônios para dar acompanhamento à gravidez da senhora Henchoz.¹³⁹ O médico afirmou que “foi realizado um processo de FIV no Instituto Valenciano de Infertilidade, em Valência, Espanha [e que s]e consegu[iu] gravidez bioquímica que se desvane[ceu] em alguns dias. Aborto bioquímico”.¹⁴⁰

95. O casal decidiu viajar à Colômbia, de maneira que para esta primeira fase da FIV na senhora Henchoz foram realizados exames médicos.¹⁴¹ O senhor Yamuni e a senhora Henchoz viajaram à Colômbia no dia 25 de novembro de 2000.¹⁴² A FIV na Colômbia foi realizada entre 25 de novembro e 3 de dezembro de 2000.¹⁴³ Nos dias 5, 13, 14 e 22 de

¹³³ Declaração juramentada do senhor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5881). Igualmente, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que dado que a única maneira em que podiam ter filhos era por meio da FIV, “a única forma era saindo do país, pois a Costa Rica acabava de proibi-lo. O direito a ter filhos [lhes] foi retirado no ano 2000”. Declaração juramentada da senhora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5885).

¹³⁴ Cf. Certidão do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios e ultrassonografia transvaginal de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5753, 5756 a 5762), e receita do estimulante de hormônios do médico responsável de 10 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5754).

¹³⁵ Cf. Certidão do Ministério de Governo e Polícia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños de saída em 17 de abril de 2000 e de entrada em 28 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5764 e 5767); nota do pagamento do Hotel “Renasa” em Valência de 24 de abril 2000, e Nota da FIV do Instituto Valenciano de Infertilidade (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5781).

¹³⁶ Cf. Certidões de trâmites e exames de laboratório de 21 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5775 e 5776).

¹³⁷ Cf. Certidão da transferência embrionária (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5773).

¹³⁸ Cf. Nota do tratamento de 28 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5781).

¹³⁹ Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios de 2, 5, 8 e 15 de maio de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5782 a 5787).

¹⁴⁰ Cf. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

¹⁴¹ Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de ultrassonografias transvaginais de 13, 20 e 23 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5791 a 5794 e 5799 a 5802). Certidão do Laboratório Clínico “La California” de exame de hormônios de 15 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5792).

¹⁴² Cf. Certidão do Ministério de Governo e Polícia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños de saída em 25 de novembro de 2000 e de entrada em 2 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5764 e 5767).

¹⁴³ Cf. Certidão da FIV do Laboratório “Conceptum” de Bogotá, Colômbia de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5804).

dezembro de 2000 foram realizados cinco exames de comportamento de hormônios na senhora Henchoz, para dar acompanhamento à possível gravidez,¹⁴⁴ e nos dias 19 e 27 do mesmo mês e ano, duas ultrassonografias.¹⁴⁵ Esta nova tentativa não alcançou resultados.¹⁴⁶ Em 27 de abril de 2001, um relatório de citogenética da seção de genética humana indicou que houve duas perdas.¹⁴⁷

F.3) Oriéster Rojas e Julieta González

96. O senhor Oriéster Rojas e a senhora Julieta González se casaram em 20 de julho de 1996.¹⁴⁸ Depois de transcorridos alguns meses e diante da falta de uma gravidez da senhora González, o senhor Rojas iniciou um tratamento com a Caixa Costarriquenha de Previdência Social. Entre 1997 e 1999, o senhor Rojas realizou um procedimento cirúrgico e vários exames médicos.¹⁴⁹

97. Em 6 de fevereiro de 2001 foi iniciada a primeira fase de preparação da FIV na senhora González, razão pela qual foram emitidas duas receitas médicas, nas quais lhe foram prescritos os medicamentos conhecidos como puregon e lupron,¹⁵⁰ para poder realizar a FIV no Panamá. Em 3, 5, 9 e 12 de março de 2001, a senhora González começou o ciclo de indução à ovulação, um dos passos prévios para posteriormente ir ao Panamá para a realização da FIV.¹⁵¹

98. Entre 13 e 20 de março de 2001, o senhor Rojas e a senhora González estiveram no Panamá com o propósito de realizar um procedimento de FIV.¹⁵² Foi realizado o

¹⁴⁴ Cf. Certidões do Laboratório Clínico "La California" de exames de hormônios de 5, 13, 14 e 22 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5805 a 5807 e 5810).

¹⁴⁵ Cf. Certidões do Laboratório Clínico "La California" de ultrassonografias transvaginais de 19 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5808-5809 e 5813-5814).

¹⁴⁶ Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827). Igualmente, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que "fo[ram] à Colômbia, foi a mesma angústia, o mesmo não repouso, a mesma caixinha de cristal no avião. Volt[aram] aqui e, bem, não se originou um bebê". Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹⁴⁷ Cf. Relatório de resultados do laboratório de citogenética, seção de genética humana, INISA, Universidade da Costa Rica de 27 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folhas 5817 e 5818).

¹⁴⁸ Cf. Certidão de casamento de Oriéster Rojas e Julieta Gonzalez (expediente de anexos à contestação, tomo VIII, folha 10247).

¹⁴⁹ Cf. Prontuário médico do senhor Oriéster Rojas no Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social, exames médicos, relatórios, registros médicos e receitas de agosto, outubro e dezembro de 1997, maio e julho de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4224 a 4234 4256, 4257 e 4258).

¹⁵⁰ Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González Rojas no Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4263-4264).

¹⁵¹ Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González, Exames médicos e ultrassonografias de 3, 5, 9 e 12 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4270 a 4281).

¹⁵² Cf. Recibos de pagamento do Hotel Roma de 13, 14, 15 e 16 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4283-4285).

procedimento da FIV com microinjeção espermática (ICSI) em razão do fator masculino severo.¹⁵³ Depois deste procedimento, foram receitados medicamentos.¹⁵⁴

99. Depois de seu regresso do Panamá, a senhora González foi submetida novamente a provas de hormônios, por meio das quais se determinou que não havia gravidez.¹⁵⁵

100. Em 23 de janeiro de 2002, a senhora González e o senhor Rojas promoveram um processo de adoção direta,¹⁵⁶ o qual foi autorizado.¹⁵⁷

F.4) Víktor Sanabria León e Claudia Carro Maklouf

101. A senhora Claudia Carro Maklouf e o senhor Víktor Sanabria se casaram no dia 16 de abril de 1999. A senhora Carro tinha três filhos de seu primeiro casamento, enquanto o senhor Sanabria não tinha filhos de seu primeiro casamento.¹⁵⁸ Antes do casamento, o casal havia comparecido a consultas médicas e, em 21 de setembro de 1998, foi diagnosticado no senhor Sanabria "hipomotilidade espermática" e "viscosidade seminal aumentada",¹⁵⁹ associadas a infertilidade masculina, patologia que se não fosse corrigida condicionava uma muito baixa porcentagem de conseguir uma gravidez natural.¹⁶⁰

102. Por sua vez, na senhora Carro, depois de uma série de análises médicas, entre elas uma histerossalpingografia, foi diagnosticada uma lesão tubária, razão pela qual foi recomendado realizar uma FIV.¹⁶¹ Em outubro do ano de 1998, foi operada com a finalidade de reparar a lesão tubária. Em dezembro de 1999, a senhora Carro foi submetida a uma primeira tentativa de FIV, a qual não teve resultados positivos. No início do ano de 2000, a senhora Carro voltou a ser intervinda cirurgicamente.¹⁶²

¹⁵³ Cf. Certidão do médico responsável segundo a qual "foi realizado [na senhora Julieta González] o ICSI no Panamá, onde teve de permanecer por três dias antes de retornar ao país." Certidão de 8 junho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4300).

¹⁵⁴ Receitas emitidas pelo médico responsável (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4286; 4289; 4290); receitas emitidas na Clínica Hospital San Fernando (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4288 e 4290), e recibos de pagamento em diversas drogarias, março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4287, 4293).

¹⁵⁵ Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González, exame médico de 30 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4299).

¹⁵⁶ Cf. Expediente de adoção do senhor Oriester Rojas e da senhora Julieta González, Notificação de início do processo de adoção (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4302).

¹⁵⁷ Cf. Sentença nº 318, Expediente nº 02-000029-0673-FA-3 autorizando a adoção (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4498 a 4501).

¹⁵⁸ Cf. Declaração juramentada de Claudia María Carro Maklouf "História de vida".

¹⁵⁹ Cf. Registro médico de Gerardo Escalante López de 12 de Agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4700).

¹⁶⁰ Cf. Registro de Gerardo Escalante López de 14 de Novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4702).

¹⁶¹ Cf. Registro do Doutor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011: "[...] com história de infertilidade por impermeabilidade tubária bilateral posterior a duas operações cesáreas efetuadas em seu primeiro casamento" (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4119).

¹⁶² Cf. Registro médico do Doutor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4119).

103. À raiz da sentença da Sala Constitucional, o casal recorreu a realizar a FIV na Espanha, no Instituto Valenciano de Infertilidade (doravante denominado "IVI"), em Madri.¹⁶³

104. O casal viajou à Espanha em outubro de 2001.¹⁶⁴ Em 22 de outubro de 2001, o IVI emitiu uma fatura de 413.000 pesetas espanholas, a título de "atuações profissionais ao paciente".¹⁶⁵ A FIV realizada na Espanha não foi exitosa, visto que não houve gravidez.¹⁶⁶

105. Em 10 de dezembro de 2002, o casal iniciou um processo de adoção e lhes foi entregue em custódia temporária uma menina.¹⁶⁷ A senhora Carro e o senhor Sanabria se separaram em novembro de 2003 e se divorciaram em 27 de janeiro de 2005.¹⁶⁸ Em 1º de dezembro de 2006, a menina foi entregue em adoção individual ao senhor Sanabria.¹⁶⁹ Em abril de 2009, a senhora Carro adotou um menino.¹⁷⁰

F.5) Geovanni Vega e Joaquinita Arroyo

106. A senhora Joaquinita Arroyo e o senhor Geovanni Vega se casaram em 8 de dezembro de 1989.¹⁷¹

107. Aproximadamente em outubro de 1990, ao não ficar grávida, a senhora Vega iniciou um tratamento médico que implicou vários estudos.¹⁷² Posteriormente a esse tratamento foram feitas 12 inseminações artificiais.¹⁷³ Além disso, o senhor Vega também realizou exames médicos.¹⁷⁴

¹⁶³ Para isso devia receber diariamente doses de LUPRON por via subcutânea. Cf. Registro médico do Doutor Gerardo Escalante López de 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4688).

¹⁶⁴ Cf. Comprovante de compra de passagem de avião de 20 de setembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4695).

¹⁶⁵ Cf. Fatura de 413.000 pesetas espanholas emitida pelo IVI na data de 22 de outubro de 2001 em nome de Carro Maklouf, Claudia (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4690).

¹⁶⁶ Cf. Perícia psiquiátrica: "[L]he implantam dois embriões e o resultado é negativo" (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4127).

¹⁶⁷ Cf. Expediente de adoção, Autorização, pelo Patronato Nacional da Infância, Escritório de Adoções, do egresso da menina com os senhores Viktor Hugo Sanabria León e Claudia María Carro Maklouf na data de 19 de maio de 2003 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, folha 4776).

¹⁶⁸ Cf. Registro Civil, Certidão de divórcio de 16 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4118).

¹⁶⁹ Cf. Sentença judicial de aprovação do pedido de adoção individual por parte de Víctor Hugo Sanabria Leon de 1º de dezembro de 2006 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, folhas 4928 a 4932).

¹⁷⁰ Cf. Perícia psiquiátrica: "No ano de 2009, [a senhora Claudia María Carro Maklouf] adot[ou] seu atual filho" (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4128).

¹⁷¹ Cf. Certidão de Registro Civil de 22 de março de 2012 (expediente de anexos do Estado, tomo VIII, folha 10251).

¹⁷² "Em fevereiro de 1991, começ[ou] com avaliações médicas para determinar por que razão não ficava grávida, passando por vários monitoramentos de ovulação, com tratamentos para estimular a ovulação". Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5266). Cf. Certidão da Clínica de Ultrassonografia Paseo Colón, S.A. de anovulação de 15 de outubro de 1991 e receita de progesterona, 1 ml e Omifin por 5 dias (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 4990).

¹⁷³ Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5266 e 5267). Cf. Certidões da Clínica de Ultrassonografia Paseo

108. O casal recorreu a outro médico, foram feitos novos exames e a aplicação de outra série de procedimentos de inseminação artificial. Em algumas oportunidades foram realizadas até duas inseminações para um mesmo ciclo.¹⁷⁵

109. Em 25 de outubro de 2000, foi realizada na senhora Arroyo uma laparoscopia com o propósito de determinar as causas do problema para conceber um filho.¹⁷⁶ Em 13 de outubro de 2001, o médico responsável catalogou o caso como de "causa desconhecida" e enviou o casal à Clínica Barraquer, na Colômbia, para realizar a FIV.¹⁷⁷

110. A viagem do casal à Colômbia foi programada para aproximadamente 25 de outubro de 2001.¹⁷⁸ Esta viagem à Colômbia, onde seria realizada a segunda fase da FIV, não aconteceu. Novamente, o casal decidiu iniciar a preparação da FIV a ser realizada na Colômbia, entretanto, em 7 de março de 2002, a senhora Arroyo foi diagnosticada com "fibromas intramurais".¹⁷⁹ Em 4 de abril de 2002, foi realizada uma miomatose uterina.¹⁸⁰ Em 15 de abril foi realizada uma biopsia.¹⁸¹

111. No ano de 2003, o casal adotou uma menina. No ano de 2006, a senhora Arroyo ficou grávida e deu à luz a uma menina em 25 de junho de 2007.¹⁸²

F.6) Karen Espinoza e Héctor Jiménez

112. A senhora Espinoza e o senhor Jiménez se casaram em 10 de fevereiro de 2001. No final do ano de 2001, o casal recorreu a um tratamento médico com o fim de buscar uma

Colón, S.A. de ultrassonografia para acompanhamento folicular de 24 e 27 de março, e 7 de setembro de 1992 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 4991, 4993, 4994 e 5267).

¹⁷⁴ Cf. Certidão do Laboratório Clínico Doutor Valenciano, UCR de Espermograma de 23 de abril de 1992 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 4992). Certidão do Laboratório Clínico Doutor Valenciano, UCR de Espermograma de 29 de março de 1995 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5003).

¹⁷⁵ Nesse sentido, a senhora Joaquinita Arroyo afirmou que "inicia[ram] o protocolo de estudo que levou a novos monitoramentos de ovulação, ultrassonografias, um estudo radiológico de cavidade uterina e trompas". Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5268), e Certidões do Centro Médico de Diagnóstico por Ultrassonografia "La California" de ultrassonografias vaginais de 18 de abril, 14 de maio, 5 de setembro de 1996 e 28 e 29 de outubro de 1997 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5010, 5011, 5014, 5016 e 5017).

¹⁷⁶ Cf. Certidão de laparoscopia diagnóstica do Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5044 a 5046).

¹⁷⁷ Cf. Parecer do médico responsável para referir o caso ao especialista da Clínica Barraquer na cidade de Bogotá, na Colômbia, de 13 de outubro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5050).

¹⁷⁸ Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo X, folhas 5271).

¹⁷⁹ Cf. Certidão do Centro Médico de Diagnóstico "La California" de ultrassonografia transvaginal de 7 de março de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5051).

¹⁸⁰ Cf. Certidão da Associação Hospital Clínica Católica da Puríssima Conceção de miomatose uterina de 4 de abril de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5053 a 5082).

¹⁸¹ Cf. Certidão do Laboratório "Itopat S.A. de 15 de abril de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5084).

¹⁸² Cf. Certidão de nascimento de Sofia Alejandra Vega Arroyo do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5316).

gravidez. No contexto deste tratamento, o casal realizou vários exames.¹⁸³ Em 23 de julho de 2002, foi feita uma laparoscopia na senhora Espinoza por um diagnóstico de endometriose, de infertilidade primária de sete anos de duração e impermeabilidade tubária.¹⁸⁴

113. Entre agosto de 2002 e 2004, o casal continuou realizando exames médicos¹⁸⁵ e de laboratório.¹⁸⁶ Durante o ano de 2004 foram realizadas na senhora Espinoza três inseminações artificiais e uma laparoscopia, por meio da qual foi determinada "a presença de endometriose pélvica e anomalia anatômica por fator tubário de infertilidade primária" na paciente e, em consequência, "a critério médico, foi sugerido avançar à técnica de reprodução assistida [FIV] como método para poder conceber para ela e seu cônjuge".¹⁸⁷

114. Em 24 de janeiro de 2006, foi realizada na senhora Espinoza uma laparotomia exploradora por infertilidade e dor pélvica.¹⁸⁸ No ano de 2006, o médico responsável emitiu uma segunda opinião sobre recorrer à FIV. Em consequência, foram realizadas duas vezes a primeira fase da FIV na Costa Rica para ir à Colômbia. Entretanto, não houve resposta ovariana,¹⁸⁹ razão pela qual não continuou à seguinte fase da FIV.

115. Em 26 de outubro de 2007, o casal teve uma menina por gravidez natural.¹⁹⁰

F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras

116. De seu primeiro casamento, a senhora María del Socorro Calderón teve dois filhos. Desde o ano de 1989 vive com o senhor Vargas e se casaram em 1995.¹⁹¹

117. Em 1994, um médico afirmou à senhora Calderón que outro médico lhe haveria cortado as trompas de Falópio.¹⁹² Posteriormente, foram descobertos cistos nos seus ovários

¹⁸³ Cf. Certidões de ultrassonografia ginecológico, mamografia, histerossalpingografia, espermograma e exames de sangue realizados em 2002 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5462 a 5486).

¹⁸⁴ Cf. Escrito da médica responsável (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5512).

¹⁸⁵ Cf. Certidões de ultrassonografias transvaginais, exames de hormônios, entre outros, realizados em 2002 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5487 a 5499).

¹⁸⁶ Cf. Certidões de exames de laboratório de 16, 19, 20, 22 e 24 de março de 2004 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5503 a 5509).

¹⁸⁷ Cf. Escrito da médica responsável (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5512).

¹⁸⁸ A este respeito, a senhora Karen Espinoza afirmou que "em 2004, foi determinado que t[eve] cistos de um tamanho considerável e no Hospital México [lhe] realiz[aram] uma cirurgia com risco de uma possível histerectomia". Declaração juramentada da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XVI, folha 5567).

¹⁸⁹ Declaração juramentada da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XVI, folha 5567).

¹⁹⁰ Cf. Certidão de nascimento do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas tomo IV, anexo XVI, folha 5572).

¹⁹¹ Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5616) e certidão do registro civil de casamento de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5631).

e lhe fizeram uma intervenção médica. Depois, diagnosticaram varicocele no senhor Vargas, o que levou a diversos exames a partir dos quais se concluiu que a única opção do casal para conceber seria a FIV.¹⁹³

118. Após a sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000, a médica lhes explicou a necessidade de utilização de medicamentos e a necessidade de viajar ao exterior para realizar a segunda fase da FIV.¹⁹⁴ O casal decidiu adotar um menino, mas não lhes foi entregue a guarda de nenhuma criança.¹⁹⁵

F.8) Enrique Acuña Cartín e Ana Cristina Castillo León

119. Em 27 de setembro de 1988, o senhor Enrique Acuña Cartín se casou com a senhora Ana Cristina Castillo León.¹⁹⁶ Depois de quatro anos de casados começaram a tentar uma gravidez. No contexto dos exames realizados, em 1997 foi diagnosticada varicocele no senhor Acuña e determinado que o conteúdo espermático impossibilitaria a concepção natural, razão pela qual foi sugerido recorrer à FIV.¹⁹⁷

120. Por sua vez, a senhora Castillo recorreu a vários médicos e a diagnosticaram com endometriose e útero retrovertido. Além disso, foi determinado que a senhora Castillo sofria de "retroflexão uterina em grau 3" e uma endometriose nas trompas de Falópio, razão pela qual foi operada para corrigir a "retroversão" e revisar suas trompas. Também foi submetida a tratamentos hormonais para suspender seu período menstrual por mais de um ano.¹⁹⁸

121. Posteriormente, o casal realizou 11 inseminações artificiais.¹⁹⁹ Em março de 2000, a senhora Castillo cumpria um protocolo médico para controlar os males diagnosticados e estava à espera do resultado de uma última inseminação, que se não desse resultados positivos, teria como passo seguinte a realização de uma primeira FIV.²⁰⁰

¹⁹² Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5616).

¹⁹³ No senhor foi realizada uma varicocelectomia, melhorando em 60% sua condição espermática, mas ainda sem chegar a parâmetros de normalidade. Tanto pelo fator tubário irreversível na paciente como pelo fator masculino existente em seu cônjuge, a única opção para conceber deste casal seria por fertilização in vitro. Cf. Registro médico da médica responsável de 16 de novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5614).

¹⁹⁴ Cf. Registro médico da Dra. Ribas de 16 de novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5613).

¹⁹⁵ Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5618).

¹⁹⁶ Cf. Certidão do registrado civil de casamento de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5678).

¹⁹⁷ Cf. Declaração juramentada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5671), e registro da médica responsável de 27 de outubro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4080).

¹⁹⁸ Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4102).

¹⁹⁹ Cf. Declaração juramentada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5673).

²⁰⁰ Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4103).

122. Finalmente, o senhor Acuña e a senhora Castillo se divorciaram em 21 de março de 2007.²⁰¹

F.9) Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia

123. A senhora Andrea Bianchi Bruna se casou em 15 de junho de 1996 com o senhor Germán Moreno Valencia.²⁰²

124. Após três anos de casamento e diante da impossibilidade de conseguir uma gravidez, o casal recorreu a tratamento médico. No contexto do tratamento, a senhora Bianchi realizou vários exames médicos, entre eles uma histerossalpingografia, os quais indicaram que sofria de endometriose.²⁰³ Por esse motivo, a senhora Bianchi realizou uma primeira cirurgia, uma laparoscopia exploratória,²⁰⁴ a qual indicou como resultado uma obstrução total de suas trompas de Falópio, de modo que o médico lhes afirmou que não havia possibilidade de gravidez que implicasse usar o trajeto das trompas de Falópio.²⁰⁵

125. Durante o ano de 2000, o casal realizou sem êxito três inseminações artificiais. Com posterioridade à sentença da Sala Constitucional de 15 de março, foi-lhes explicado que a única opção para conseguir uma gravidez seria viajar a outro país e, em junho de 2001, lhes foi recomendado viajar imediatamente à Colômbia pelo imprevisto do desenvolvimento dos folículos no ovário. O casal viajou a Bogotá, Colômbia, para iniciar os exames. Depois de várias avaliações médicas, foi realizada a FIV. Entretanto, o procedimento não produziu resultados positivos.²⁰⁶ Em dezembro de 2001, o casal voltou a viajar à Colômbia onde foi realizada uma segunda FIV.²⁰⁷ Em 17 de dezembro de 2001, a prova de gravidez deu positiva. A senhora Bianchi deu à luz a gêmeos em 11 de julho de 2002.²⁰⁸

VII CONSIDERAÇÃO PRÉVIA SOBRE O OBJETO DO PRESENTE CASO

Argumentos da Comissão e alegações das partes

126. O representante Molina alegou que no presente caso “houve uma política consistente e sustentada por mais de 11 anos que se mantém continuada no Estado

²⁰¹ Cf. Certidão do registro civil de divórcio de 21 de março de 2007 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4079).

²⁰² Cf. Certidão do registro civil de casamento de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4107).

²⁰³ Cf. Ampliação da perícia informativa da Doutora Delia Ribas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, folha 2374).

²⁰⁴ Cf. Ampliação da perícia informativa da Doutora Delia Ribas; “foi recomendado realizar uma operação conhecida como laparoscopia para visualizar a condição e disposição dos órgãos pélvicos femininos” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, folha 2374).

²⁰⁵ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4112).

²⁰⁶ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4113 a 4116).

²⁰⁷ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011; “em dezembro, havíamos juntado o necessário para a segunda tentativa [...]” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4116).

²⁰⁸ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4116).

costarriquenho em relação à proibição da [FIV] e de qualquer outro método de reprodução assistida que impregn[ou] não somente as ações e omissões de todos os poderes do Estado, mas que se est[endeu] a propiciar na sociedade civil um repúdio a pessoas que sofrem este tipo de incapacidade reprodutiva”.²⁰⁹ Por outro lado, argumentou que “depois da decisão, as vítimas experimentaram uma estigmatização social que minou sua honra e reputação social”. Nesse sentido, argumentou que “[a] divulgação da proibição da FIV nos meios de comunicação e a caracterização que alguns fizeram da infertilidade foi estigmatizadora para as [supostas] vítimas e seu entorno, e violou seus direitos à intimidade. [Além disso], alguns meios de comunicação, em suas campanhas contra a FIV, emitiram mensagens ofensivas e degradantes para os demandantes em geral, provocando danos em sua saúde mental”. Acrescentou que as supostas “vítimas do caso foram julgadas pela sociedade civil em virtude da falta de informação existente sobre o tema[, razão pela qual] constantemente surgiam em diversos meios de comunicação certos juízos de valor dirigidos a menosprezar a luta dos casais com uma ampla gama de desqualificativos”.

127. Em relação à exposição pública das supostas vítimas, o representante May argumentou que “se mantém [...] o dano moral que se deriva da exposição pública, do público e dos meios de comunicação, da vida íntima das vítimas, pois é claro que, em última instância, isso foi provocado como uma consequência cuja causa última e decisiva é a sentença de Sala Constitucional”.

128. Sobre estas alegações apresentadas pelos representantes, o Estado apresentou uma exceção preliminar (par. 40 *supra*) em relação a que tais fatos não estão incluídos no escrito de submissão apresentado pela Comissão, nem são fatos supervenientes. Por outro lado, alegou que a FIV “não somente não soluciona os problemas de saúde das pessoas inférteis, principalmente das mulheres, mas aumenta os perigos para sua saúde[, porquanto] as mulheres podem sofrer a síndrome de hiperestimulação ovariana, que, em alguns casos, pode provocar desequilíbrio eletrolítico, disfunção hepática e fenômenos trombolíticos que podem ser fatais. Outras complicações incluem sangramento, infecção e torção anexial, que podem por em risco a vida da mãe”.²¹⁰ Por outro lado, o Estado argumentou que “os efeitos psicológicos da [FIV] na mulher e no casal estão bem documentados”.²¹¹ Além disso, o Estado alegou possíveis danos às crianças concebidas com assistência da FIV e “síndromes raras”.²¹² O Estado asseverou que “outra problemática associada com a técnica da [FIV] e a hiperestimulação ovariana é a geração de gravidezes

²⁰⁹ A esse respeito, acrescentou que a suposta “política do Estado fica[va] demonstrada por várias e contínuas ações e omissões”, como por exemplo: i) “[a] proibição da Sala Constitucional de se praticar [...] a FIV”; ii) “[a] proibição da Sala a que o Poder Legislativo pudesse exercer sua função [de] legislar sobre a matéria”; iii) “[a] inatividade do Legislativo e do Executivo em relação aos métodos de reprodução assistida”; iv) “[u]ma queixa perante a defensoria dos habitantes”; v) “[u]m processo contencioso-administrativo”, e vi) “[u]ma ação de constitucionalidade contra a decisão da Sala”.

²¹⁰ Assegurou que “[a] mortalidade relacionada com gravidezes por [FIV] [é] mais alta que a mortalidade materna na população geral[, já que p]ode provocar complicações no parto e pré-eclâmpsia, assim como um aumento no risco de câncer de endométrio e tumores nos ovários”.

²¹¹ Afirmou que “dentro dos problemas de índole psicológica relatados em pacientes que se submetem à [FIV] se encontram, principalmente, a depressão, a ansiedade e o sofrimento não resolvido; e se acrescentam os problemas no relacionamento do casal, tanto em seu funcionamento sexual como em seu estilo de vida”.

²¹² Alegou que “em crianças concebidas com assistência da Técnica da [FIV], o risco é 2 vezes maior para defeitos septais do coração, 2,4 vezes para lábio leporino sem ou com palato fendido, 4,5 vezes maior para atresias de esôfago, 3,7 vezes maior para atresias anorretais, 9,8 vezes maior para anomalias gastrointestinais e 1,54 vezes maior para defeitos musculoesqueléticos, em relação a crianças concebidas naturalmente. Além disso [...] é mais frequente encontrar síndromes raras”. Por outro lado, afirmou que “outros estudos [...] demonstram que a [FIV] poderia estar associada a uma alteração das mudanças epigenéticas nos gametas [FIV] e, portanto, um efeito nos padrões globais de metilação e na regulação genética, e estas mudanças poderiam alterar a expressão genética a longo prazo”.

múltiplas, [as quais] são comuns na prática”, e as quais implicariam “um perigo para a saúde das mulheres”.²¹³

129. Sobre a crioconservação de embriões, o Estado argumentou que, “para conseguir uma conservação adequada, [...] são utilizados crioprotetores, agentes químicos que [...] exercem certo grau de toxicidade sobre os embriões dependendo de sua concentração e do tempo em que foram expostos”. Ao mesmo tempo, “congelar e descongelar embriões pode provocar alterações em suas características morfológicas e na taxa de sobrevivência dos blastômeros, o que pode se traduzir em taxas de implantação mais baixas”. Finalmente, o Estado afirmou também que “a [FIV] acarreta uma série de dilemas e problemas legais igualmente profundos e complicados de resolver”. A esse respeito, apresentou as seguintes problemáticas: i) “não existe consenso [...] sobre o *status* jurídico dos embriões criogenizados e na regulamentação e na duração de sua conservação e de seu destino. Particularmente problemáticas são aquelas situações nas quais os progenitores [...] se separam ou divorciam”; ii) a separação de progenitores que congelaram seus embriões pode levar a se apresentar o tema da paternidade forçada [...] na hipótese de que um dos progenitores exija a implantação do embrião apesar de sua separação ou divórcio”; iii) “a [FIV] apresenta uma profunda problemática em relação à regulamentação da paternidade”, em particular o problema “dos direitos de paternidade do esposo da mulher que se submet[eu] a uma [FIV] heterogênea - com aporte de material genético de um homem distinto de seu marido ou companheiro”, em vista de que “um dos fatores essenciais para determinar a paternidade é a determinação do material genético”.²¹⁴

Considerações da Corte

130. A Comissão Interamericana concentrou o objeto do presente caso nos efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional. Entretanto, as partes apresentaram alegações em relação aos seguintes temas que excedem o analisado na sentença da Sala Constitucional, a saber: i) um suposto “contexto” alegado pelo representante Molina; ii) a alegada ingerência dos meios de comunicação e da sociedade na vida privada das supostas vítimas, e iii) alegações gerais sobre os problemas que a FIV poderia apresentar. Com o fim de determinar o objeto do presente caso, o Tribunal procederá a estabelecer se estas controvérsias se enquadram no anterior.

131. Em primeiro lugar, este Tribunal estabeleceu que o contexto fático do processo perante a Corte se encontra constituído pelos fatos contidos no Relatório de Mérito submetidos à consideração da Corte.²¹⁵ Em consequência, não é admissível que as partes aleguem novos fatos distintos dos contidos neste relatório, sem prejuízo de expor aqueles

²¹³ Argumentou que “se são comparadas as gravidezes múltiplas com as simples, os gêmeos e os trigêmeos são, respectivamente, quatro vezes e oito vezes mais propensos à morte perinatal e a um maior risco de apresentar incapacidades a longo prazo”. Afirmou que “uma alternativa para os partos múltiplos [...] consiste na prática denominada “redução embrionária”, técnica que “tem como objetivo provocar a morte seletiva dos embriões já implantados” considerando-a como uma forma de “aborto provocado” e, portanto, sujeita a sanções penais.

²¹⁴ O Estado acrescentou que iv) outra área “onde não existe consenso é o tema dos direitos de maternidade da doadora de óvulos ou da mãe por substituição - suposto ao que haverá de recorrer caso a mulher estéril careça de útero”; v) sobre a “concepção *post humous*”, ou seja “quando a mulher solicita que lhe sejam implantados os embriões congelados de seu marido ou companheiro já falecido [...], a concepção ocorre depois da morte do portador do material genético” e isto “levanta uma questão sem resolver [...]: os direitos hereditários da criança nascida dessa concepção”, e vi) “a regulamentação do regime de responsabilidade civil das clínicas e médicos praticantes da [FIV é] um tema particularmente sensível nos casos em que os médicos confundiram o material genético e implantaram embriões alheios em uma mulher distinta”.

²¹⁵ Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 153, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, par. 47.

que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que tenham sido mencionados no mesmo e tenham sido submetidos à consideração da Corte.²¹⁶ A exceção a este princípio são os fatos que se qualificam como supervenientes, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo. Além disso, as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos compreendidos no Relatório de Mérito, sempre que se atenham aos fatos contidos neste documento, enquanto são as supostas vítimas as titulares de todos os direitos consagrados na Convenção.²¹⁷ Portanto, corresponde à Corte decidir em cada caso sobre a procedência de alegações relativas ao contexto fático em resguardo do equilíbrio processual das partes.²¹⁸

132. A Corte nota que a Comissão não alegou o contexto mencionado pelo representante Molina. Entretanto, os fatos que o representante utiliza para alegar este contexto foram indicados pela Comissão Interamericana em seu Relatório de Mérito. A esse respeito, a Corte considera que o representante não apresentou suficiente informação e argumentação que permitisse enquadrar o presente caso em uma "política de Estado" contra a FIV e "de qualquer outro método de reprodução assistida" na Costa Rica. Portanto, o Tribunal considera que o presente caso não se encontra relacionado com a alegada "política de Estado" apresentada pelo representante Molina. Sem prejuízo disso, no que seja relevante, serão levados em consideração os fatos resenhados pelo representante na hora de realizar a análise de mérito.

133. Quanto às violações alegadas pelos dois representantes em relação à ingerência dos meios de comunicação ou da sociedade na vida privada das supostas vítimas e pelos quais o Estado apresentou uma exceção preliminar (par. 40 *supra*), a Corte observa que os fatos que justificam esta alegação não foram incluídos no Relatório de Mérito emitido pela Comissão, razão pela qual não serão considerados como parte do contexto fático do presente caso.

134. Finalmente, a Corte destaca que o Estado apresentou argumentos gerais relacionados aos supostos efeitos ou problemas que a FIV poderia produzir com relação: i) aos possíveis riscos que a prática poderia produzir na mulher; ii) alegadas perturbações psicológicas nos casais que recorrerem à técnica; iii) supostos riscos genéticos que se poderiam produzir nos embriões e nas crianças nascidas desse tratamento; iv) os alegados riscos de gravidezes múltiplas; v) os supostos problemas que implicaria a crioconservação de embriões, e v) os possíveis dilemas e problemas legais que a aplicação da técnica poderia gerar.

135. A esse respeito, a Corte considera que, embora o Estado tenha apresentado prova e argumentos sobre o anteriormente resenhado, o Tribunal somente levará em consideração, para a análise de mérito no presente caso, aquelas provas e alegações relacionadas com os argumentos explicitamente utilizados na motivação da sentença da Sala Constitucional. Nesse sentido, e em razão do caráter subsidiário²¹⁹ do Sistema

²¹⁶ Cf. *Caso "Cinco Aposentados" Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 153, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C Nº 250, par. 52.

²¹⁷ Cf. *Caso "Cinco Aposentados" Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*, par. 153, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C Nº 250, par. 52.

²¹⁸ Cf. *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, par. 58, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, par. 47.

²¹⁹ Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C Nº 157, par. 66 e *Caso Cabrera García e*

Interamericano, a Corte não é competente para resolver controvérsias que não foram consideradas pela Sala Constitucional para argumentar a sentença que declarou inconstitucional o Decreto Executivo nº 24029-S.

VIII
DIREITO À VIDA PRIVADA E FAMILIAR E DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, EM RELAÇÃO À AUTONOMIA PESSOAL, À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA, AO DIREITO A GOZAR DOS BENEFÍCIOS DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO E AO PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO

136. Neste capítulo será determinado, em primeiro lugar, o alcance dos direitos à vida privada e familiar e sua relação com outros direitos convencionais para resolver a controvérsia (A). Posteriormente serão analisados os efeitos da proibição da FIV (B). Em seguida interpretar-se-á o artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso (C). Finalmente, será resolvida a suposta violação dos direitos convencionais das supostas vítimas à luz de um juízo de proporcionalidade (D).

A) Alcance dos direitos à integridade pessoal,²²⁰ à liberdade pessoal²²¹ e à vida privada e familiar²²² no presente caso

Argumentos da Comissão e alegações das partes

137. A Comissão observou que “a decisão [...] de ter filhos biológicos [...] pertence à esfera mais íntima [da] vida privada e familiar[, e ...] a forma como se constrói esta decisão é parte da autonomia e da identidade de uma pessoa tanto em sua dimensão individual como de casal”. Afirmou que “a vida em comum e a possibilidade de procriar é parte do direito a fundar uma família”. Considerou que “[a] utilização da [FIV] para combater a infertilidade também está estreitamente vinculada ao gozo dos benefícios do progresso científico”.

138. O representante Molina alegou que a decisão de “se o casal quer ou não ter descendentes se dá no âmbito privado”, e qualificou a infertilidade das supostas vítimas como “incapacidade pela qual haviam sido discriminadas para ter uma família”.

Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, par. 16.

²²⁰ O artigo 5 da Convenção Americana (Direito à Integridade Pessoal), em sua parte pertinente, indica:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. [...]

²²¹ O artigo 7 da Convenção Americana (Direito à Liberdade Pessoal), em sua parte pertinente, indica:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

²²² O artigo 11 da Convenção Americana (Proteção da Honra e da Dignidade), em sua parte pertinente, expressa: [...]

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação [...].

O artigo 17 da Convenção Americana (Proteção da Família), em sua parte pertinente, indica:

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

139. 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.”

140. O Estado alegou que “a possibilidade de procriar através das técnicas de fecundação *in vitro* [...] não constitu[i] 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”. Além disso, alegou que “[a] vida e dignidade humanas não devem dar provas de sua natureza frente às demandas do progresso científico ou médico”.

Considerações da Corte

141. Tal como foi afirmado anteriormente (par. 3 *supra*), a Comissão considerou que a proibição da FIV violava os artigos 11.2, 17.2 e 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das supostas vítimas. Os intervenientes comuns acrescentaram a suposta violação dos artigos 4.1, 5.1, e 7 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. O Estado rejeitou a violação de todos estes direitos. A esse respeito, a Corte observa que existe controvérsia entre as partes sobre os direitos que supostamente haveriam sido violados no presente caso. A seguir, o Tribunal interpretará a Convenção Americana com o fim de determinar o alcance dos direitos à integridade pessoal e à vida privada e familiar para resolver a controvérsia.

142. O artigo 11 da Convenção Americana requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.²²³ Além disso, esta Corte interpretou de forma ampla o artigo 7 da Convenção Americana ao afirmar que este inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja lícitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social em conformidade com suas próprias opções e convicções. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana.²²⁴ Além disso, a Corte ressaltou o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções.²²⁵

143. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao afirmar que este vai além do direito à

²²³ Cf. *Caso do Massacre de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 194, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 161.

²²⁴ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

²²⁵ Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 136. *Mutatis mutandi, Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

privacidade.²²⁶ A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.²²⁷ A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa.²²⁸ A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais,²²⁹ e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres.²³⁰ Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico.²³¹

144. A Corte considera que o presente caso trata de uma combinação particular de diferentes aspectos da vida privada, que se relacionam com o direito a fundar uma família, o direito à integridade física e mental, e especificamente os direitos reprodutivos das pessoas.

²²⁶ Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 135.

²²⁷ Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 119, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162. Ver também: T.E.D.H., *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (nº 7525/76), Sentença de 22 de outubro de 1981, par. 41; *Caso X e Y Vs. Países Baixos*, (nº 8978/80), Sentença de 26 de março de 1985, par. 22; *Caso Niemietz Vs. Alemanha*, (nº 13710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29; *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44647/98), Sentença de 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57; *Caso Pretty Vs. Reino Unido*, (nº 2346/02), Sentença de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julho de 2002, par. 61 (“*The concept of [']private life['] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees*”).

²²⁸ Cf. T.E.D.H., *Caso R.R. Vs. Polônia*, (nº 27617/04), Sentença de 26 de maio de 2011, par. 197.

²²⁹ Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*, par. 119 e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162. Ver também: T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemanha*, (nº 13710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29, e *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44647/98), Sentença de 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57.

²³⁰ Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 97.

²³¹ Em sentido similar, Cf. T.E.D.H., *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, pars. 71 e 72, onde o T.E.D.H. afirmou que “*private life*” [...] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”, e precisou em relação ao regulamentação da prática de FIV que “*the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8*”. No *Caso Dickson Vs. Reino Unido*, (nº 44362/04), Sentença de 4 de dezembro de 2007, par. 66, o Tribunal expressou em relação à técnica da reprodução assistida que “*Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents*”. No *Caso S.H. e outros Vs. Austria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011, par. 82, o Tribunal se referiu explicitamente ao direito de ter acesso às técnicas de reprodução assistida, como a FIV, afirmando que “*the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life*”. Ver também T.E.D.H., *Caso P. e S. Vs. Polônia*, (nº 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96, onde o TEDH afirmou que “*While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8*”.

145. Em primeiro lugar, o Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual somente protege o direito à vida familiar em seu artigo 8, a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar.²³² A esse respeito, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana está estreitamente relacionado com o direito reconhecido no artigo 17 da mesma.²³³ O artigo 17 da Convenção Americana reconhece o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa e na sociedade em geral. A Corte já afirmou que o direito de proteção à família leva, entre outras obrigações, a favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar.²³⁴ É um direito tão básico da Convenção Americana que não pode ser derogado, ainda que as circunstâncias sejam extremas.²³⁵ O artigo 17.2 da Convenção Americana protege o direito a fundar uma família, o qual está amplamente consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos.²³⁶ Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que a possibilidade de procriar é parte do direito a fundar uma família.²³⁷

146. Em segundo lugar, o direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito “de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade.²³⁸ Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos.

147. Em terceiro lugar, a Corte ressalta que, no contexto do direito à integridade pessoal, analisou algumas situações de particular angústia e ansiedade que afetam as pessoas,²³⁹ bem como alguns impactos graves pela falta de atendimento médico ou problemas de acessibilidade a certos procedimentos de saúde.²⁴⁰ No âmbito europeu, a

²³² Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 175.

²³³ Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 169.

²³⁴ Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 125, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 169. Ver também, *A Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 66.

²³⁵ O artigo 27.2 da Convenção Americana estabelece: “A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: [...] 17 (Proteção da Família)”.

²³⁶ Cf. o artigo 16, inciso 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o direito dos homens e mulheres de contrair matrimônio e fundar uma família, e no inciso 3 estabelece que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Igualmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 23.2 reconhece o direito do homem e da mulher a contrair casamento e a construir uma família se têm idade para isso.

²³⁷ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 19, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, Artigo 23 - A família, 39º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), par. 5 (“O direito de fundar uma família implica, em princípio, a possibilidade de procriar e de viver juntos”).

²³⁸ Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24 (A Mulher e a Saúde), 02/02/99, pars. 21 e 31 b).

²³⁹ Cf. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, pars. 205 e 206, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 250.

²⁴⁰ Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C Nº 218, pars. 220, e *Caso Diaz Peña Vs. Venezuela*, par. 137.

jurisprudência precisou a relação entre o direito à vida privada e à proteção da integridade física e psicológica. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garanta como tal o direito a um nível específico de cuidado médico, o direito à vida privada inclui a integridade física e psicológica da pessoa, e o Estado também tem a obrigação positiva de garantir a seus cidadãos essa integridade.²⁴¹ Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoal se encontram também direta e imediatamente vinculados com o atendimento à saúde. A falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva. Existe, portanto uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica.

148. A Corte afirmou que os Estados são responsáveis por regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde para alcançar uma efetiva proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal.²⁴² A saúde constitui um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades ou doenças.²⁴³ Em relação ao direito à integridade pessoal, cabe ressaltar que para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde genética significa que "a mulher e o homem têm a liberdade para decidir se desejam se reproduzir e em que momento, e têm o direito de estar informados e ter acesso a métodos de planejamento familiar seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de sua escolha, bem como o direito de acesso aos serviços de atendimento à saúde pertinentes".²⁴⁴ O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, e a Declaração e o Programa de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995, contêm definições sobre a saúde reprodutiva e a saúde da mulher. De acordo com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, "os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos se baseiam no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo a decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos, o intervalo entre estes e a dispor da informação e dos meios para isso, e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva".²⁴⁵ Além disso, adotando um conceito amplo e integral de saúde sexual e reprodutiva, afirmou-se que:

²⁴¹ Cf. T.E.D.H., *Caso Glass Vs. Reino Unido* (nº 61827/00), Sentença de 9 de março de 2004, pars. 74-83; *Caso Yardimci Vs. Turquia*, (nº 25266/05), Sentença de 5 de janeiro de 2010. Final, 28 de junho de 2010, pars. 55 e 56, e *Caso P. e S. Vs. Polônia* (nº 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou neste último caso que os Estados têm "a *positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life*"; ver também T.E.D.H., *Caso McGinley e Egan Vs. Reino Unido*, (nº 10/1997/794/995-996), Sentença de 9 de junho de 1998, par. 101.

²⁴² Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 99, e *Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C Nº 171, par. 121.

²⁴³ Cf. A constituição da Organização Mundial da Saúde, que foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, realizada em Nova York de 19 de junho a 22 de julho de 1946, assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados e entrou em vigor em 7 de abril de 1948; <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>

²⁴⁴ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 14 (2000), O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 14, nota de rodapé da página 12.

²⁴⁵ Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

“A saúde reprodutiva é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não de simples ausência de doenças ou enfermidades, em todos os aspectos concernentes ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Em consequência, a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos e de procriar, e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Esta última condição leva implícito o direito do homem e da mulher a obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como a outros métodos para o controle da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, o direito a receber serviços adequados de atendimento à saúde que permitam as gestações e os partos sem riscos e deem aos casais as máximas possibilidades de ter filhos saudáveis”.²⁴⁶

149. Além disso, segundo o Programa de Ação da Conferência, “[d]everiam ser proporcionadas técnicas de fecundação *in vitro* em conformidade com diretrizes éticas e normas médicas apropriadas”.²⁴⁷ Na Declaração da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, os Estados se comprometeram a “garantir a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de homens e mulheres no [...] atendimento de saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva”.²⁴⁸ Na Plataforma de Ação, aprovada conjuntamente com a Declaração, definiu-se o atendimento da saúde reprodutiva como “o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuem à saúde e ao bem-estar reprodutivo, ao evitar e resolver os problemas relacionados com a saúde reprodutiva”.²⁴⁹ De acordo com a Organização Pan-Americana da Saúde (OPS), a saúde sexual e reprodutiva implica que “as pessoas possam desfrutar de uma vida sexual satisfatória, segura e responsável, bem como a capacidade para se reproduzir e a liberdade de decidir se se reproduzem, quando e com que frequência”.²⁵⁰ A saúde reprodutiva implica também os direitos do homem e da mulher a serem informados e a ter livre escolha e acesso a métodos para regular a fecundidade que sejam seguros, eficazes, de fácil acesso e aceitáveis.

150. Finalmente, o direito à vida privada e à liberdade reprodutiva guarda relação com o direito a ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito ao gozo dos benefícios do progresso científico foi reconhecido internacionalmente²⁵¹ e, no âmbito interamericano, encontra-se contemplado no artigo XIII da Declaração Americana²⁵²

²⁴⁶ Cf. Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁷ Cfr Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁸ Cf. Declaração da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, par. 30; www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf.

²⁴⁹ Cf. Plataforma de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, par. 94, que afirma também que “a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos e de procriar, e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Esta última condição leva implícito o direito do homem e da mulher a obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de planejamento da família de sua escolha, assim como o direito a outros métodos para a regulação da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, o direito a receber serviços adequados de atendimento da saúde que permitam as gestações e os partos sem riscos e deem aos casais as máximas possibilidades de ter filhos saudáveis”; <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

²⁵⁰ Organização Pan-Americana da Saúde, Saúde nas Américas 2007, Volume I - Regional, Washington D.C, 2007, pág. 151, citado na declaração perante agente dotado de fé pública do perito Paul Hunt.

²⁵¹ O Artigo 15 b) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dispõe que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: [...] b) desfrutar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações”.

²⁵² O artigo XIII da Declaração Americana estabelece: “Toda pessoa tem o direito de [...] gozar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas”.

e no artigo 14.1 b) do Protocolo de San Salvador. É importante mencionar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Declaração sobre este direito, afirmou a relação entre este e a satisfação das necessidades materiais e espirituais de todos os setores da população.²⁵³ Portanto, e em conformidade com o artigo 29 b) da Convenção Americana, o alcance dos direitos à vida privada, autonomia reprodutiva e a fundar uma família, derivados dos artigos 11.2 e 17.2 da Convenção Americana, estende-se ao direito de toda pessoa a se beneficiar do progresso científico e de suas aplicações. Do direito de acesso ao mais alto e efetivo progresso científico para o exercício da autonomia reprodutiva e a possibilidade de formar uma família se deriva o direito a ter acesso aos melhores serviços de saúde em técnicas de assistência reprodutiva e, em consequência, a proibição de restrições desproporcionais e desnecessárias *de iure* ou *de facto* para exercer as decisões reprodutivas que correspondam em cada pessoa.

151. No presente caso, o Estado considera que os direitos mencionados podiam ser exercidos de diversas maneiras, sob o pressuposto de que não existia uma proibição absoluta da FIV. Este aspecto foi controvertido pelas demais partes. Por essa razão, a Corte determinará a seguir se existiu uma restrição aos direitos que foram mencionados para depois analisar a justificativa do Estado para argumentar tal restrição.

B) Efeitos da proibição absoluta da FIV

Argumentos da Comissão e alegações das partes

152. A Comissão caracterizou o resultado da decisão da Sala Constitucional como uma "proibição" da FIV de caráter "absolut[o]", que constitui "uma limitação do direito a formar uma família de acordo com as decisões do casal". Além disso, a Comissão argumentou 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".

153. O representante Molina caracterizou o resultado da sentença da Sala Constitucional como uma "proibição absoluta" e "continuada" da FIV, em vista de que "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".

154. O representante May argumentou que "[a] proibição da [FIV] perpetua uma situação de inabilidade física para o pleno gozo da saúde corporal, corrigível com a participação da ciência moderna", razão pela qual "é também uma forma de agressão física contra os casais estéreis ao lhes ser limitada a possibilidade de superar sua condição de doença ou deficiência". Acrescentou que "[a] proibição da prática da [FIV...] é uma real limitação do exercício pleno das funções naturais da mulher e do homem".

155. O Estado alegou que a decisão da Sala Constitucional não resultou em uma "proibição" da FIV como tal, em razão de que a sentença "não anulou de maneira definitiva a possibilidade de realizar a fecundação *in vitro* na Costa Rica[, mas] unicamente anulou uma técnica específica existente desde o ano de 1995 e regulamentada pelo Decreto Executivo". Acrescentou que "não podem ser praticados métodos de fecundação que atentem contra" "o direito à vida desde a concepção", mas "quando o Estado considere que

²⁵³ Cf. Nações Unidas, Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico nos Interesses da Paz e em Benefício da Humanidade, proclamada pela Assembleia Geral em sua resolução 3384 (XXX), de 10 de novembro de 1975, par. 3.

uma determinada técnica seja compatível com esses parâmetros, pode permiti-la e regulamentá-la". Argumentou que "[a] [sentença] expressamente afirma que esta técnica poderia ser regulamentada se forem seguidos certos parâmetros considerados necessários para cumprir a proteção à vida dos embriões[, de modo que] não é verdade que tenha sido cerceada a possibilidade de se efetuar o procedimento na Costa Rica, mas o procedimento deve ser ajustado aos requerimentos da Sala Constitucional". O Estado alegou que "deve ser considerado como um fato controvertido que as supostas vítimas pudessem efetivamente fazer parte de uma lista de espera para realizar o procedimento" da FIV "no ano de 2000 quando se dá a proibição", em particular, porque "muitos dos casais não foram diagnosticados com infertilidade, até muito tempo depois de iniciado o processo perante a Comissão e outros ainda se encontravam efetuando procedimentos de inseminação nesse momento".

156. Por outro lado, o Estado alegou que a Sentença "não proíbe a FIV em geral, mas se refere exclusivamente à técnica que era usada naquele momento, por meio da qual se sabe que a vida humana em uma porcentagem considerável dos casos não tem possibilidade de continuar". Em relação à possibilidade de realizar a FIV atualmente, o Estado afirmou que "[hoje] a ciência não pratica uma técnica *in vitro* que seja compatível com o direito à vida protegido na Costa Rica; prova disso é que, em razão do relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tentou-se regulamentar o tema e foi apresentado à Assembleia Legislativa da Costa Rica um projeto de lei que regulamentasse esta técnica, mas que, por sua vez, protegesse o direito à vida desde a concepção, tal como foi concebido na Costa Rica. Nessa linha, o projeto proíbe o congelamento de embriões e obrigava a implantar todos os óvulos fecundados sem possibilidade de fazer seleção". Acrescentou que é por isso que "qualquer técnica que se tente na Costa Rica protegendo a vida desde a concepção, resultará medicamente inviável atualmente e, por isso, a impossibilidade de implementação até este momento, 12 anos depois da sentença da Sala Constitucional".

Considerações da Corte

157. O Tribunal constata que a Sala Constitucional anulou o Decreto Executivo por meio do qual se autorizava a prática da FIV por considerá-lo inconstitucional (par. 72 *supra*). Tanto os dois representantes como a Comissão caracterizaram a decisão como "proibição absoluta", que não permite a realização desta técnica sob nenhum motivo, enquanto o Estado alegou que seria uma "proibição relativa", porquanto a possibilidade de praticar e regulamentar a FIV poderá ocorrer quando a técnica consiga cumprir 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".

158. A esse respeito, a Corte observa que na sentença da Sala Constitucional foi incluído um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, pois manifestou que "como o direito se declara a favor de todos, sem exceção, - qualquer exceção ou limitação destrói o conteúdo próprio do direito - deve ser protegido tanto no ser já nascido como no por nascer".²⁵⁴ Entretanto, a Sala Constitucional afirmou que "os avanços da ciência e da biotecnologia são tão vertiginosos que a técnica poderia chegar a ser melhorada de tal maneira que os reparos indicados [a]i desapareçam",²⁵⁵ razão pela qual a Sala manifestou que "dev[ia] deixar expressa constância de que nem sequer por norma de ordem legal é possível autorizar legitimamente [a] aplicação [da FIV], ao menos [...] enquanto seu

²⁵⁴ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 90).

²⁵⁵ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 95).

desenvolvimento científico permaneça no atual estado e signifique o dano consciente de vidas humanas”.²⁵⁶

159. O Tribunal constata que a Sala Constitucional considerou que se a técnica da FIV pudesse ser realizada respeitando um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, esta poderia ser realizada no país. Entretanto, a Corte considera que embora na sentença da Sala Constitucional tenham sido utilizadas palavras condicionantes para admitir a prática da FIV no país, a verdade é que 12 anos depois de proferida a sentença, esta técnica não é realizada na Costa Rica (par. 67 *supra*). Por isso, o Tribunal considera que a “condição suspensiva” estabelecida na sentença, até o momento, não produziu efeitos práticos reais. Por isso, sem entrar a catalogá-la como proibição “absoluta” ou “relativa”, é possível concluir que a decisão da Sala Constitucional causou como fato não controvertido que a FIV não seja praticada no território costarricense e que, portanto, os casais que desejem recorrer a esta técnica não podem realizá-la neste país. Além disso, em razão de que a Sala Constitucional condicionou a possibilidade de realizar a técnica a que não houvesse nenhuma perda embrionária na aplicação da mesma, isto implica, na prática, uma proibição da mesma, uma vez que a prova nos autos indica que, até o momento, não existe uma opção para realizar a FIV sem que exista alguma possibilidade de perda embrionária.²⁵⁷ Em outras palavras, seria impossível cumprir a condição imposta pela Sala.

160. Apesar de que o efeito, na prática, foi o afirmado anteriormente, a Corte considera que a restrição ou ingerência que foi gerada às supostas vítimas a partir da decisão da Sala Constitucional adoece de problemas de previsibilidade. A esse respeito, a Corte recorda que uma norma ou mandato é previsível se formulado com a suficiente precisão que permita a uma pessoa regular sua conduta com base na mesma.²⁵⁸ Em particular, o Tribunal observa que a sentença não é suficientemente clara, a princípio, para deixar estabelecido se a prática da FIV se encontrava ou não proscria no país, o que se evidencia com o debate que apresentaram as partes em relação a se a proibição é absoluta ou não (pars. 152 a 156 *supra*) ou com a sentença de 14 de outubro de 2008 do Tribunal Superior do Contencioso e Civil de Fazenda, na qual afirmou que era possível realizar a FIV no país se fosse realizada “a fecundação de um único óvulo para sua posterior transferência ao útero da mãe”.²⁵⁹

161. A sentença da Sala Constitucional implicou, então, que já não fosse realizada a FIV na Costa Rica. Além disso, esta sentença gerou a interrupção do tratamento médico que algumas das supostas vítimas do presente caso haviam iniciado, enquanto outras se viram obrigadas a viajar a outros países para poder ter acesso à FIV. Estes fatos constituem uma interferência na vida privada e familiar das supostas vítimas, que tiveram de modificar ou variar as possibilidades de ter acesso à FIV, o que constituía uma decisão dos casais em relação aos métodos ou práticas que desejavam tentar, com o fim de procriar um filho ou

²⁵⁶ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 95).

²⁵⁷ Cf. Declarações do perito Zegers (expediente de mérito, tomo VI, folha 2848) e da perita Garza (expediente de mérito, tomo VI, folha 2576).

²⁵⁸ Cf. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2011. Série C Nº 233, par. 199; ver também T.E.D.H., *Caso Landvreugd Vs. Países Baixos*, (nº 37331/97), Sentença de 4 de junho de 2002. Final, 4 de setembro de 2002, par. 59 (“[T]he Court reiterates that a rule is ‘foreseeable’ if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct”).

²⁵⁹ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso, Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarricense de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folha 5859).

uma filha biológicos. A referida sentença provocou uma modificação no curso de ação dos casais, em relação a uma decisão que já haviam tomado: a de tentar ter filhos através da FIV. A Corte esclarece que a ingerência no presente caso não se encontra relacionada ao fato de que as famílias tenham ou não podido ter filhos, pois ainda se houvessem podido ter acesso à técnica da FIV, não é possível determinar se este objetivo teria sido alcançado, de maneira que a ingerência se circunscreve à possibilidade de tomar uma decisão autônoma sobre o tipo de tratamento que queriam tentar para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos. Sem prejuízo do anterior, a Corte observa que algumas das supostas vítimas afirmaram que uma das causas que influiu na ruptura do laço matrimonial foi o impacto da proibição da FIV na impossibilidade de terem filhos.²⁶⁰

162. Ao se comprovar que existiu uma ingerência tanto pelo efeito proibitivo que em geral causou a sentença da Sala Constitucional, bem como o impacto que o anterior produziu nas supostas vítimas no presente caso, a Corte considera necessário analisar se esta ingerência ou restrição se encontra justificada. Antes de efetuar um juízo de proporcionalidade a esse respeito, o Tribunal considera pertinente analisar em detalhe o argumento principal desenvolvido pela Sala Constitucional: que a Convenção Americana obriga a efetuar uma proteção absoluta do "direito à vida" do embrião e, em consequência, obriga a proibir a FIV por implicar em perda de embriões.

C) Interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso

Argumentos da Comissão e alegações das partes

163. A Comissão afirmou que "o artigo 4.1 da Convenção p[oderia] ser interpretado no sentido de conceder uma faculdade ao Estado de regulamentar a proteção da vida desde o momento da concepção, mas não necessariamente um mandato para conceder esta proteção". Argumentou que este 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". Acrescentou 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".

164. O representante Molina alegou que "a concepção [...] não é um conceito unívoco" e que "a decisão da Sala se cing[ui] a uma determinada corrente filosófica sobre [sua] definição, [...] desatendendo a tutela que implica[va] a incapacidade reprodutiva de procriar". Acrescentou que "a frase 'em geral' [...] supõe exceções suficientes para que não se deixem desprotegidos outros direitos" e que "deve [...] existir uma interpretação em

²⁶⁰ Cf. Declaração escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077) ("Quero deixar claro que o Estado, através de um de seus Poderes, cerceou meu direito a ser mãe e, portanto, levou ao [f]racasso o meu relacionamento matrimonial pelas depressões que sofremos tanto meu ex-marido como eu, à raiz [da] proibição [da FIV], sendo que o melhor foi que terminássemos o relacionamento, deixando ainda uma ferida maior, e com um dano moral incalculável") e Declaração de Ana Cristina Castillo León perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo V, folha 2224) ("Embora seja certo que um casamento pode se romper ou se desgastar por muitas razões, oito anos de constantes tratamentos de hormônios, visitas a médicos, laboratórios, farmácias, constantes gastos econômicos, exposição de nossa vida íntima a ser julgada pela sociedade, tensão de casal por não poder resolver o problema de ter filhos, definitivamente causam grande dano em um relacionamento de casal. Esse é meu caso. A grande desilusão, frustração de ver os direitos constitucionais de formar uma família e não contar com mais poder aquisitivo para ir a outro país em busca de uma [fecundação] *In Vitro* foram uma grande dificuldade em meu casamento. Deu-se a dissolução do vínculo matrimonial, o divórcio era iminente").

relação ao direito à vida que permita e não restrinja de maneira absoluta a proteção dos direitos convencionais”.

165. O representante May alegou que o direito à vida “não tem caráter absoluto nem irrestrito” e “está sujeito a exceções e a condições”. Declarou que “a jurisprudência dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos [...] nunca afirmou que o não nascido seja credor de uma proteção absoluta, irrestrita e incondicional a partir do momento da concepção ou implantação” e “[t]ampouco os Tribunais Constitucionais formularam tal asseveração”. Afirmou que, embora “[o] direito interno pode conceder proteção mais ampla [...], essas ampliações não podem “suprimir o gozo e o exercício dos direitos”. Argumentou que as definições de vários dicionários afirmam que o “momento da fertilização é um processo distinto ao da concepção ou implantação”. Além disso, argumentou que qualquer proteção jurídica da vida a partir da “concepção” deve surgir a partir da implantação do embrião no útero materno, pois antes da implantação exitosa e saudável no útero materno não há nenhuma possibilidade de que se gere um novo ser”. Manifestou que “[p]ostular a fertilização como o surgimento de uma nova pessoa humana é arbitrário e incorreto” e “menospreza também o papel da mãe durante o desenvolvimento no útero”. Por outro lado, argumentou que “o nascimento com vida determina a existência da pessoa humana e o reconhecimento de sua personalidade jurídica”, de maneira que “não é titular de um direito irrestrito e incondicional à vida”, e “[o] não nascido é um bem jurídico, mas não uma pessoa”.

166. O representante May alegou que “o artigo 4.1 [da Convenção Americana não] contempla [...] dentro de seu conteúdo ou *ratio legis* o embrião” e que os tratados internacionais de direitos humanos não contêm “uma referência expressa da qual se possa deduzir que um embrião ou um pré-embrião são vida humana, menos ainda que seja pessoa humana ou ser humano”. Além disso, seria insustentável a “posição da margem de apreciação” porque faria depender o conteúdo substantivo dos direitos humanos da interpretação estatal”. O representante May alegou 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”, enquanto os “demais instrumentos internacionais se referem unicamente a um direito que protege a vida do ser que nasceu vivo e não ao não nascido”.

167. O Estado alegou que “a evidência científica [...] demonstra que o início da vida humana começa com a concepção, ou seja, com a fertilização ou fecundação”, a qual ocorre quando “as membranas das células do esperma e do óvulo se fundem”. Considerou que “[c]ientificamente o zigoto [e] um adulto são equivalentes [por serem] organismos humanos completos em diferentes etapas do ciclo humano”. Acrescentou que o zigoto “não é simplesmente uma célula humana [...], mas um novo ser humano”, que “abriga todas as instruções necessárias para construir o corpo humano, o qual imediatamente inicia uma complexa sequência de eventos que estabelece as condições moleculares para o contínuo processo de desenvolvimento embrionário” e, “por divisões sucessivas e diferenciação, formará cada uma das células presentes no embrião, feto, recém-nascido, criança e adulto”. Além disso, afirmou que se deve “prote[ger] ao mais vulnerável dos seres humanos: o embrião e reconhecer sua dignidade intrínseca além de sua vinculação com o útero materno”. Concluiu que “se o embrião humano é [...] um ser humano, em conformidade com a mesma definição que dá o artigo 1.2. [da Convenção], o embrião humano é pessoa”.

168. Em relação a uma interpretação teleológica, o Estado argumentou que, “embora no momento de elaborar a Convenção Americana, em 1968, não se tinha certeza de quando ocorria a concepção, e não existia a [FIV], é claro que a norma obriga os Estados a proteger a vida humana desde sua etapa embrionária mais precoce”, em vista de que “a intenção da

maioria dos Estados do sistema interamericano sempre foi proteger a vida humana desde [o] momento da concepção”, razão pela qual os “termos ‘concepção’ e ‘fecundação’ devem ser tratados como sinônimos”. Argumentou que do processo de aprovação da Convenção Americana “se observa claramente que não é verdade que a intenção dos Estados não tenha sido a proteção da vida desde a concepção pois, ao contrário, esse foi o objetivo buscado ao se aprovar a norma, à diferença do que havia ocorrido anos atrás ao se emitir a Declaração Americana”. Alegou que a interpretação da palavra “concepção” não pode ser realizada por meio de referência ao Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, por não ser “a literatura de referência que normalmente se utiliza para entender termos científicos”, tampouco “foi atualizada a definição de concepção em conformidade com os avanços científicos desde 1947” e uma “interpretação desta natureza tem um caráter restritivo, o que não é permitido pelo artigo 29.1 da Convenção”. Por outro lado, argumentou que “a frase ‘em geral’ está pensada unicamente para casos excepcionais como a legítima defesa, risco de morte da mãe ou aborto involuntário”.

169. Em relação a outros tratados internacionais de direitos humanos, o Estado afirmou que a Declaração Universal de Direitos Humanos “protege o ser humano a partir de sua individualidade, a qual pode ser determinada a partir do momento da união do óvulo e do espermatozoide” e que o “Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos [...] reconhece a vida do embrião de maneira independente à de sua mãe”. Acrescentou que o “direito à vida de forma absoluta foi admitido [...] inclusive pelo Comitê de Direitos Humanos”, e que a Convenção sobre os Direitos da Criança protege “[a] criança inclusive antes de nascer”. Sobre este último tratado, alegou que “os Estados acordaram que o conceito [de criança] deveria ter tal amplitude que permitisse que os países que optassem por dar proteção aos menores [de idade] desde antes de seu nascimento pudessem ser parte do instrumento internacional sem ter de modificar sua respectiva legislação”, de modo que argumentou que existe “uma margem de apreciação a fim de conceder a condição de criança aos menores não nascidos”, como o faz a normativa costarricense sobre a matéria.

170. Finalmente, o Estado alegou que “a doutrina do consenso moral como fator da margem de apreciação [...] estabeleceu que, a fim de restringi-lo, o consenso deve ser claro e evidente”. A esse respeito, argumentou que: i) não “existe consenso em relação ao estatuto jurídico do embrião”; ii) “não existe consenso sobre o início da vida humana, [portanto] deve-se também conceder margem de apreciação sobre a regulamentação da técnica” da FIV, e iii) não é válido o argumento de que “como existem outros Estados que, por omissão legislativa, permitem a prática da [FIV], a Costa Rica perdeu sua margem de apreciação”. Considerou que “[a] doutrina da margem de apreciação foi amplamente desenvolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos” e que na jurisprudência da Corte Interamericana existem alguns precedentes que “contemplam a possibilidade de o Estado regulamentar determinadas matérias em conformidade com sua discricionariedade”.

Considerações da Corte

171. A Corte afirmou que o objeto do presente caso se centra em estabelecer se a sentença da Sala Constitucional gerou uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas (par. 135 *supra*). A decisão da Sala Constitucional considerou que a Convenção Americana exigia proibir a FIV tal como se encontrava regulamentada no Decreto Executivo (par. 76 *supra*). Para isso, a Sala interpretou o artigo 4.1 da Convenção entendendo que este artigo exigia uma proteção absoluta do embrião (par. 75 *supra*). Por sua vez, o Estado ofereceu argumentos complementares para defender essa interpretação realizada pela Sala. A esse respeito, a Corte analisou com muito detalhe o presente caso tendo em consideração que interveio o mais Alto Tribunal da Costa Rica, e que este em sua sentença, realizou uma interpretação do artigo 4 da Convenção Americana. Entretanto, esta

Corte é a intérprete última da Convenção, motivo pelo qual considera relevante precisar o pertinente em relação aos alcances deste direito. Em consequência, o Tribunal analisará se a interpretação da Convenção que argumentou as ingerências ocorridas (par. 75 *supra*) é admissível à luz deste tratado e tendo em consideração as fontes de Direito Internacional pertinentes.

172. Até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que o presente caso suscita em relação ao direito à vida. Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes atribuíveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados, a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos.²⁶¹ Em virtude deste papel fundamental designado na Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito. Além disso, a Corte afirmou que o direito à vida pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa) e que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) de todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição.²⁶² Isso inclui adotar as medidas necessárias para criar um contexto normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e proteger o direito a que não se impeça o acesso às condições que garantam uma vida digna.

173. No presente caso, a Sala Constitucional considerou que estes e outros alcances do direito à vida obrigam a efetuar uma proteção absoluta do embrião no contexto da inviolabilidade da vida desde a concepção (par. 76 *supra*). Para analisar se existe uma obrigação de proteção absoluta nesses termos, a Corte procede a analisar o alcance dos artigos 1.2 e 4.1 da Convenção Americana em relação às palavras "pessoa", "ser humano", "concepção" e "em geral". O Tribunal reitera sua jurisprudência segundo a qual uma norma da Convenção deve ser interpretada de boa fé, de acordo com o sentido comum que há de se atribuir aos termos do tratado em seu contexto e tendo em consideração o objeto e fim da Convenção Americana, qual seja a eficaz proteção da pessoa humana,²⁶³ bem como por meio de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos²⁶⁴. Nesse contexto, a seguir será realizada uma interpretação: i) em conformidade com o sentido comum dos termos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, e iv) do objeto e fim do tratado.

C.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos

174. O artigo 1 da Convenção Americana estabelece:

1. 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

²⁶¹ Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 144, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 186.

²⁶² Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 120, e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C. Nº 252, par. 145.

²⁶³ *Mutatis mutandi, Caso González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 33.

²⁶⁴ Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C Nº 54, par. 38, e *Caso González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 244, par. 33.

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 econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (Sem grifo no original)

175. O artigo 4.1 da Convenção Americana afirma:

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.

176. No presente caso, a Corte observa que o conceito de "pessoa" é um termo jurídico que se analisa em muitos dos sistemas jurídicos internos dos Estados Parte. Entretanto, para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à "concepção" e ao "ser humano", termos cujo alcance deve-se avaliar a partir da literatura científica.

177. O Tribunal constata que a Sala Constitucional optou por uma das posturas científicas sobre este tema para definir desde quando se considerava que começa a vida (par. 73 *supra*). A partir disso, a Sala Constitucional entendeu que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do direito à vida (par. 73 *supra*).

178. A esse respeito, no presente caso as partes também enviaram como prova um conjunto de artigos científicos e de pareceres periciais que a seguir serão utilizados para determinar o alcance da interpretação literal dos termos "concepção", "pessoa" e "ser humano". Além disso, a Corte se referirá ao significado literal da expressão "em geral" estabelecida no artigo 4.1 da Convenção.

179. O Tribunal faz notar que a prova nos autos evidencia como a FIV transformou a discussão sobre como era entendido o fenômeno "da concepção". De fato, a FIV reflete que pode passar um tempo entre a união do óvulo e do espermatozoide, e a implantação. Por tal razão, a definição de "concepção", que tinham os redatores da Convenção Americana, mudou. Antes da FIV não era contemplada cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher.²⁶⁵

180. A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo "concepção". Uma corrente entende "concepção" como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião.²⁶⁶ Outra corrente entende "concepção" como o momento de implantação do óvulo

²⁶⁵ A esse respeito, o perito Zegers afirmou que "em 1969, ninguém imaginou que seria possível gerar vida humana fora do corpo da mulher. Foram 10 anos mais tarde que foi comunicado pela primeira vez o nascimento do primeiro bebê usando TRA". Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁶⁶ Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condit, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condit, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, nº 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: *Diário ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I,

fecundado no útero.²⁶⁷ O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião.²⁶⁸

181. Por sua vez, o perito Zegers afirmou que quando foi assinada a Convenção Americana, em 1969, a Real Academia da Língua Espanhola definia “concepção” como “ação e efeito de conceber”,²⁶⁹ “conceber” como “ficar grávida a fêmea” e “fecundar”²⁷⁰ como “unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino para dar origem a um novo ser”.²⁷¹ A Corte observa que o Dicionário atual da Real Academia da Língua Espanhola mantém quase por completo as definições das palavras anteriormente mencionadas.²⁷² Além disso, o perito afirmou que:

uma mulher concebeu quando o embrião se implantou em seu útero [...]. [A] palavra concepção faz referência explícita à gravidez ou gestação[, que] começa com a implantação do embrião[,] [...] já que **a concepção ou gestação é um evento da mulher, não do embrião**. Somente há evidências da presença de um embrião quando este se uniu celularmente à mulher e os sinais químicos deste evento podem ser identificados nos fluídos da mulher. Este sinal corresponde a um hormônio chamado Gonadotropina Coriônica e **o mais precoce que pode ser detectado é sete dias depois da fecundação, com o embrião já implantado no endométrio**.²⁷³ (Sem grifo no original)

folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004 (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

²⁶⁷ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁶⁸ Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condit, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condit, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, nº 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: *Diário ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004, (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

²⁶⁹ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtle?cmd=Lema&sec=1.0.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

²⁷⁰ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

²⁷¹ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012). Em sentido similar, a perita Bergallo declarou que o dicionário da Real Academia, “vigente na edição 19, que era a vigente na época de elaboração da Convenção, definia concepção incluindo o dado da fecundação e da proteção do embrião implantado”. Declaração da perita Paola Bergallo perante a Corte durante a audiência pública realizada no presente caso.

²⁷² A esse respeito, o Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola atualmente vigente define “concepção” como “ação e efeito de conceber”. A palavra “conceber” é definida em sua terceira acepção como “dito de uma fêmea: Ficar grávida”. E a palavra “fecundar” é definida como “unir a célula reprodutora masculina à feminina para dar origem a um novo ser”. Disponível em: <http://lema.rae.es/drae/?val=concepci%C3%B3n>; <http://lema.rae.es/drae/?val=concebir>, e <http://lema.rae.es/drae/?val=fecundar> (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

²⁷³ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846). Além disso, o perito Zegers afirmou que “[s]e a intenção houvesse sido definir o direito à proteção desde o momento da fecundação, haveria sido usada essa palavra que no

182. Por outro lado, segundo o perito Monroy Cabra, a palavra concepção é “um termo médico-científico e foi interpretado no sentido de que é produzido [com] a fusão entre o óvulo e o espermatozoide”.²⁷⁴ Em termos parecidos, a perita Condic considerou que “a vida humana inicia na fusão espermatozoide-óvulo, um ‘momento de concepção’ observável”.²⁷⁵

183. Então, além destas duas possíveis hipóteses sobre o momento em que se deve entender que ocorre a “concepção”, as partes apresentaram uma discussão diferente em relação ao momento em que se considera que o embrião alcançou um grau de maturidade tal para ser considerado “ser humano”. Algumas posturas afirmam que o início da vida começa com a fecundação, reconhecendo o zigoto como a primeira manifestação corporal do contínuo processo do desenvolvimento humano,²⁷⁶ enquanto outras consideram que o ponto de partida do desenvolvimento do embrião, e então de sua vida humana, é sua implantação no útero onde tem a capacidade de somar seu potencial genético com o potencial materno.²⁷⁷ Além disso, outras posturas ressaltam que a vida começaria quando se desenvolve o sistema nervoso.²⁷⁸

184. A Corte observa que, embora alguns artigos afirmem que o embrião é um ser humano,²⁷⁹ outros artigos ressaltam que a fecundação ocorre em um minuto, mas que o embrião se forma sete dias depois, razão pela qual se alude ao conceito de “pré-embrião”.²⁸⁰ Algumas posturas associam o conceito de pré-embrião aos primeiros 14 dias,

dicionário define perfeitamente tal evento”. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁷⁴ Declaração do perito Monroy Cabra perante a Corte Interamericana durante a audiência pública realizada no presente caso.

²⁷⁵ Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Condic (expediente de mérito, tomo V, folha 2592).

²⁷⁶ Nesse sentido, *inter alia*: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656), e Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594).

²⁷⁷ Cf. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁷⁸ A esse respeito, a perita Condic afirmou que “um número de definições alternativas de quando inicia a vida humana foram oferecidas, incluindo a singamia (aproximadamente 24 horas depois da fusão espermatozoide-óvulo), implantação (aproximadamente cinco dias depois da fusão espermatozoide-óvulo), formação da linha primitiva (aproximadamente 14 dias depois da fusão espermatozoide-óvulo) e início da função cerebral”. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Condic (expediente de mérito, tomo V, folha 2589).

²⁷⁹ Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, nº 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: *Diário ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004 (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

²⁸⁰ O declarante a título informativo Escalante afirmou que “[d]esde o momento da fertilização ou fecundação – ou seja penetração do espermatozoide no óvulo - e durante os 14 dias seguintes, o óvulo fertilizado consiste em um grupo celular crescente, com células idênticas, onde não há tecidos especializados nem órgãos. Neste período (pré-embrião) não há individualidade já que uma de oito células pode se dividir em duas de quatro e se ambos implantam, nasceriam gêmeos idênticos e igualmente, em sentido contrário, a fusão de duas de quatro células em uma de 8, faria nascer somente um bebê”. Declaração do declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2441).

porque depois disso se sabe se há uma criança ou mais.²⁸¹ A perita Condic, o perito Caruso e determinada literatura científica rejeitam estas ideias associadas ao conceito de pré-embrião.²⁸²

185. Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais,²⁸³ no sentido de que não existe uma definição consensual sobre o início da vida.²⁸⁴ Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a

²⁸¹ A esse respeito, o declarante a título informativo Escalante afirmou que “antes dos 14 dias na formação da espécie humana não existe individualidade. [...] Portanto, uma paciente que tenha, por exemplo, dois embriões em um laboratório de FIV em preparação para sua transferência, dois ou três dias depois, mesmo que tenha ‘filhos em processo’, não está grávida”. Declaração do declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2386).

²⁸² A esse respeito, o perito Caruso manifestou que “desconhecia o que era um “pré-embrião”. O termo foi utilizado pela primeira vez por um biólogo de rãs, Clifford Grobstein, em 1979. Ele acreditava que em razão de que os gêmeos idênticos podem surgir até os 14 dias depois da fertilização, antes disso, somente um ‘indivíduo genético’ está presente, não um indivíduo em desenvolvimento e, portanto, um embrião ou ‘pessoa’ não estava presente. Entretanto, o termo ‘pré-embrião’ e individualidade foram desacreditados por quase todos os biólogos humanos e rechaçado pelo Comitê de Nomenclatura da Associação Americana de Anatomistas para a inclusão na Terminologia Embrionária. Estes termos não são utilizados em nenhum livro oficial de Embriologia Humana ou nas Etapas de Carnegie do Desenvolvimento Embrionário”. Resumo escrito da perícia apresentada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2937.216). Além disso, a perita Condic afirmou que “[a]lguns tentaram se referir a um embrião prévio à singamia (ou prévio à implantação ou à formação da linha primitiva, ver abaixo) como um “pré-embrião”, mas este não é um termo científico legítimo”. Declaração perante agente dotada de fé pública da perita Condic (expediente de mérito, tomo V, folha 2590).

²⁸³ Em relação a decisões de tribunais constitucionais: Corte Suprema dos Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973) (“Não necessitamos resolver a difícil questão de quando começa a vida. Se os que estão formados em suas respectivas disciplinas da medicina, filosofia e teologia não conseguem chegar a nenhum consenso, a judicatura [...] não está em situação de especular uma resposta”). Tribunal Supremo de Justiça do Reino Unido, *Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health*, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto do juiz Munby, par. 54 e 60 (“Não é parte de minha função, tal como a concebo, determinar o momento em que começa a vida [...]. Assim, mesmo a biologia e a medicina não podem nos dizer o momento preciso em que “a vida” realmente comece”). Corte Suprema de Justiça da Irlanda, *Caso Roche Vs. Roche & Ors*, Sentença de 15 de dezembro de 2009, [2009] IESC 82, Voto do juiz Murray C.J. (“Na minha opinião, não deve ser um tribunal de leis, confrontado com as opiniões mais divergentes, mesmo que as mais eruditas disponíveis nas citadas disciplinas, pronunciar-se sobre a verdade do momento preciso quando começa a vida humana); Voto do juiz Denham J, par. 46 (Este não é o espaço adequado para tratar de definir “a vida”, “o começo da vida”, “o momento que a alma entra no feto”, “vida em potencial”, “a singular vida humana”, quando começa a vida, ou outros imponderáveis relacionados com o conceito da vida. Este não é o foro apropriado para decidir princípios da ciência, da teologia ou da ética. Este é um tribunal de leis ao qual foi pedido interpretar a Constituição e tomar uma decisão jurídica sobre a interpretação de um artigo da Constituição). Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006 (Considera esta Corporação que determinar o momento exato a partir do qual se inicia a vida humana é um problema ao qual se deu várias respostas, não somente sob distintas perspectivas como a genética, a médica, a religiosa, ou a moral, entre outras, mas também em virtude dos diversos critérios expostos por cada um dos respectivos especialistas, e cuja avaliação não corresponde à Corte Constitucional nesta decisão). TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84.

²⁸⁴ Cf. Maureen L. Condic; ‘Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos’ (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo III, folhas 6580 a 6594). Em particular, afirmou-se que “[a]tualmente há pouco consenso entre cientistas, filósofos, eticistas e teólogos sobre o momento em que começa a vida humana. Enquanto muitos afirmam que a vida começa “no momento da concepção”, não se definiu rigorosamente e precisamente quando ocorre este momento. De fato, os órgãos legislativos de diferentes países definiram o “momento” da concepção de maneira muito diferente. Por exemplo, o Canadá define o embrião humano como “um organismo humano durante os primeiros 56 dias de seu desenvolvimento depois da fecundação ou da criação”, que é muito similar à definição proposta nos Estados Unidos da América. Recentes declarações de bioeticistas, políticos e cientistas sugeriram que a vida humana começa ainda mais tarde, na etapa das oito células (aproximadamente três dias depois da fecundação) (por exemplo, Peters 2006); quando o embrião se implanta no útero, 5-6 dias depois da fecundação; Agar (2007), Hatch (2002), ou no momento da formação da linha primitiva (2 semanas depois da fecundação).

opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda 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.

186. Apesar do anterior, a Corte considera que é procedente definir, em conformidade com a Convenção Americana, como deve ser interpretado o termo "concepção". A esse respeito, 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. Tendo em consideração a prova científica apresentada pelas partes no presente caso, o Tribunal constata que, 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. Se um embrião nunca conseguisse se implantar no útero, não poderia se desenvolver, já que não receberia os nutrientes necessários, nem estaria em um ambiente adequado para seu desenvolvimento (par. 180 *supra*).

187. Nesse sentido, a Corte entende que o termo "concepção" não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, em vista de que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece. Prova do anterior, é que somente é possível estabelecer se foi produzida ou não uma gravidez uma vez que se implantou o óvulo fecundado no útero, ao se produzir o hormônio denominado "Gonodotropina Coriônica", que somente é detectável na mulher que tem um embrião unido a ela.²⁸⁵ Antes disso, é impossível determinar se no interior do corpo ocorreu a união entre o óvulo e um espermatozoide e se esta união se perdeu antes da implantação. Além disso, já foi afirmado que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação (par. 181 *supra*). Ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação.

188. Por outro lado, em relação à expressão "em geral", o Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola afirma que significa "em comum, geralmente" ou "sem especificar nem individualizar nenhuma coisa".²⁸⁶ 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". A interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular. Os demais métodos de interpretação permitirão entender o sentido de uma norma que contempla exceções.

189. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal entende o termo "concepção" desde o momento em que ocorre a implantação, razão pela qual considera que antes deste evento não procede aplicar o artigo 4 da Convenção Americana. Além disso, a expressão "em geral" permite inferir exceções a uma regra, mas a interpretação segundo o sentido comum não permite precisar o alcance destas exceções.

²⁸⁵ Cf. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁸⁶ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola. Disponível em: <http://lema.rae.es/drae/?val=en%20geral> (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

190. Por outro lado e levando em consideração que o artigo 4.1 é assunto matéria da discussão do presente caso e o foi no âmbito do debatido perante a Sala Constitucional, o Tribunal considera pertinente interpretar este artigo utilizando os seguintes métodos de interpretação, a saber, a interpretação sistemática e histórica, evolutiva e teleológica.

C.2) Interpretação sistemática e histórica

191. A Corte ressalta que, segundo o argumento sistemático, as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser determinados em função do sistema jurídico ao qual pertencem.²⁸⁷ Nesse sentido, o Tribunal considerou que “ao dar interpretação a um tratado não somente são levados em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)”,²⁸⁸ isto é, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

192. No presente caso, a Sala Constitucional e o Estado apresentaram seus argumentos a partir de uma interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado “PIDCP”), da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Em particular, o Estado afirmou que outros tratados distintos à Convenção Americana exigem a proteção absoluta da vida pré-natal. A Corte entra a analisar esta alegação a partir de uma apreciação geral do disposto nos sistemas de proteção em relação à proteção do direito à vida. Portanto, serão analisados: i) o Sistema Interamericano; ii) o Sistema Universal; iii) o Sistema Europeu, e iv) o Sistema Africano.

193. Por outro lado, segundo o artigo 32 da Convenção de Viena, os meios complementares de interpretação, em especial os trabalhos preparatórios do tratado, são utilizáveis para confirmar o sentido resultante daquela interpretação ou quando esta deixe ambíguo ou obscuro o sentido ou conduza a um resultado manifestamente absurdo ou não razoável.²⁸⁹ O anterior implica que costumam ser utilizados somente de forma subsidiária,²⁹⁰ depois de haver utilizado os métodos de interpretação consagrados no artigo 31 da Convenção de Viena, com o objetivo de confirmar o sentido que se encontrou ou para estabelecer se subsiste uma ambiguidade na interpretação ou se a aplicação é absurda ou não razoável. Entretanto, no presente caso, a Corte considera relevante para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se consta que tal foi a intenção das partes. Portanto, a interpretação do texto do artigo 4.1 da Convenção se relaciona diretamente com o significado que os Estados Parte da Convenção Americana pretendiam atribuir.

C.2.a) Sistema Interamericano de Direitos Humanos

²⁸⁷ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 43.

²⁸⁸ Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 113, e *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 192.

²⁸⁹ Cf. *Restrições à Pena de Morte (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3, par. 49

²⁹⁰ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 68

i) Trabalhos preparatórios da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

194. Em conformidade com a resolução XL da Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, realizada em 1945, o Comitê Jurídico Interamericano formulou um Projeto de uma Declaração Internacional dos Direitos e Deveres do Homem para consideração da Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, em 1948.²⁹¹ Na Conferência se analisou este texto e o texto preliminar para a Declaração Internacional dos Direitos Humanos preparada pelas Nações Unidas em dezembro de 1947.²⁹²

195. O artigo I do Projeto apresentado pelo Comitê Jurídico expressava o seguinte sobre o direito à vida:

Toda pessoa tem direito à vida, inclusive os que estão por nascer, bem como os incuráveis, dementes e débeis mentais.
A pena capital somente pode ser aplicada nos casos em que uma lei preexistente a tenha estabelecido para crimes de excepcional gravidade.²⁹³

196. Posteriormente, formou-se um grupo de trabalho,²⁹⁴ que apresentou à Sexta Comissão um novo texto preliminar com o título de Declaração Americana dos Direitos e Deveres Essenciais do Homem,²⁹⁵ cujo novo artigo I dizia:

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade de sua pessoa.²⁹⁶

197. Este novo artigo e outras mudanças introduzidas foram explicadas pelo grupo de trabalho em seu relatório à Sexta Comissão, como um arranjo ao qual se chegou para resolver os problemas suscitados pelas delegações de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela, principalmente como consequência do conflito entre as leis desses Estados e o texto preliminar do Comitê Jurídico,²⁹⁷ em vista de que a definição do alcance do direito à vida no Projeto do Comitê Jurídico era incompatível com as leis sobre a pena capital e o aborto na maioria dos Estados americanos.²⁹⁸

198. Em 22 de abril de 1948, o artigo I da Declaração foi aprovado pela Sexta Comissão com uma pequena mudança de redação no texto.²⁹⁹ O texto definitivo da Declaração foi

²⁹¹ Cf. Comitê Jurídico Interamericano, *Recomendações e Relatórios*, Documentos Oficiais, 1945-1947, Rio de Janeiro, 1960, págs. 61-115.

²⁹² Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.a)

²⁹³ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, pág. 449.

²⁹⁴ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, págs. 474 e 475.

²⁹⁵ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, págs. 476 e 478.

²⁹⁶ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, pág. 479.

²⁹⁷ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.d) (citando IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, pp. 474-484, 513-514).

²⁹⁸ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.e).

²⁹⁹ IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, pág. 578. O texto ficou assim: "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança e integridade de sua pessoa".

aprovado na sétima sessão plenária da conferência em 30 de abril de 1948.³⁰⁰ A única diferença na última versão foi a supressão da referência à "integridade",³⁰¹ sendo a versão finalmente aprovada a seguinte:

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.³⁰²

199. A Corte observa que vários países, entre estes Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, estabeleciam no direito interno exceções à penalização do aborto em casos de perigo para a vida da mulher, grave perigo para a saúde da mulher, abortos eugênicos, ou em casos de estupro.³⁰³

200. Tendo em consideração estes antecedentes da Declaração Americana, a Corte considera que os trabalhos preparatórios não oferecem uma resposta definitiva sobre o ponto em controvérsia.

ii) Trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

201. Na Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores da OEA, realizada em 1959, foi decidido promover a preparação de uma Convenção de Direitos Humanos, e foi encomendado ao Conselho Interamericano de Juristas a preparação de um projeto para esse fim.³⁰⁴ O Conselho Interamericano de Juristas elaborou este projeto³⁰⁵ com o propósito de que fosse considerado na Nona Conferência Internacional Americana, marcada para ser realizada em 1960. O Conselho Interamericano levou em consideração as experiências do Sistema Europeu de Direitos Humanos com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Sistema Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em relação ao direito à vida, foi incorporado no artigo 2 do projeto a seguinte formulação:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.³⁰⁶

202. Tal redação, sem a expressão "em geral", a qual foi incorporada posteriormente, havia sido proposta pelos três projetos nos quais se baseou a Convenção Americana.³⁰⁷

³⁰⁰ Cf. IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. I, págs. 231, 234 e 236.

³⁰¹ Cf. IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. VI, pág. 248.

³⁰² Cf. IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. VI, p. 248, Vol. I, págs. 231, 234 e 236.

³⁰³ Cf. Luis Jiménez de Asua, *Códigos Penais Ibero-Americanos*, Vols. I, II, citado em Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Baby Boy Vs. Estados Unidos de América*, Res. n° 23/81, Caso 2141 (1981), par. 19.f).

³⁰⁴ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 97.

³⁰⁵ Aprovado em 8 de setembro de 1959, por Resolução n° XX do Conselho Interamericano de Juristas; Doc. CIJ-41, 1959.

³⁰⁶ Cf. *Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos*, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Ata Final, Santiago do Chile, setembro, 1959, Doc. CIJ-43, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos*, 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³⁰⁷ Cf. *Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos*, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Santiago do Chile, setembro, 1959; o Projeto da Convenção sobre Direitos Humanos apresentado pelo Governo do Chile à Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 35, e o Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos apresentado pelo Governo do Uruguai à Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 49, Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 236, 280 e 298.

203. Posteriormente, a Segunda Conferência Interamericana Extraordinária de 1965 encomendou ao Conselho da OEA que atualizasse e completasse o "Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos" elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas em 1959, levando em consideração os Projetos de Convenção apresentados pelos Estados do Chile e do Uruguai, e ouvindo o critério da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.³⁰⁸

204. Para conciliar as diferentes opiniões sobre a formulação "desde o momento da concepção", suscitadas desde a IX Conferência Internacional Americana de Bogotá em 1948, à raiz das legislações dos Estados americanos que permitiam o aborto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos revisou o artigo 2 (direito à vida) e decidiu introduzir, antes da formulação "desde o momento da concepção", as palavras "em geral".³⁰⁹ Esse arranjo deu origem ao novo texto do artigo 2.1, que afirmava:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção.³¹⁰

205. Esta proposta foi revisada pelo relator da Comissão, que reiterou sua opinião dissidente e propôs a eliminação da formulação "em geral, desde o momento da concepção", a fim de evitar toda possibilidade de conflito com o inciso 1.º do artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que estabelece este direito unicamente de forma geral.³¹¹ Entretanto, a Comissão considerou que, "por razões de princípio, era fundamental consagrar a proteção do direito à vida na forma como havia recomendado ao Conselho da Organização dos Estados Americanos em seu parecer (primeira parte)".³¹² Portanto, decidiu manter sem mudanças o texto do artigo 2.1 da proposta.

206. Na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada de 7 a 22 de novembro de 1969, que aprovou a Convenção Americana, as delegações da República Dominicana e do Brasil apresentaram emendas separadas de eliminação da expressão "em geral, desde o momento da concepção".³¹³

³⁰⁸ Também foi encomendado ao Conselho da OEA que este projeto revisado fosse submetido aos governos para que formulassem as observações e emendas que considerassem pertinentes e que convocasse uma Conferência Especializada Interamericana para considerar o projeto, as observações e aprovar a Convenção. O Conselho da OEA solicitou a opinião da Comissão Interamericana e esta, por sua vez, emitiu um parecer sobre a matéria que transmitiu ao Conselho da OEA em 4 de novembro de 1966 (Primeira Parte) e em 10 de abril de 1967 (Segunda Parte). Cf. "Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, e "Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas, Segunda Parte", OEA/Ser.L/V/II.16/doc.8., em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968*, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 ss. e 334 ss. Ademais, por Resolução de 7 de junho de 1967, o Conselho da OEA formulou uma consulta aos governos dos Estados membros sobre a possibilidade da coexistência dos Pactos assinados nas Nações Unidas e uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Posteriormente, o Conselho encomendou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a redação de um texto revisado e completo para um Anteprojeto da Convenção. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, Secretaria Geral, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2.

³⁰⁹ Cf. "Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968*, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 320.

³¹⁰ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968*, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 321.

³¹¹ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968*, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

³¹² *Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968*, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

³¹³ Cf. "Observações e Comentários ao Projeto de Convenção sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentados pelo Governo da República Dominicana, 20 de junho de 1969", e "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de

207. A delegação da República Dominicana considerou, em relação ao texto do direito à vida (artigo 3), que "se fortaleceriam os conceitos universais dos direitos humanos se o texto interamericano fosse igual ao que se adotou nas Nações Unidas, no Artigo 6(1) do Pacto".³¹⁴

208. A delegação do Brasil justificou sua proposta de eliminação considerando que "[e]sta cláusula final é vaga e, por isso, não terá eficácia para impedir que os Estados Partes na futura convenção incluam em suas leis internas os mais variados casos de aborto".³¹⁵ Alegou que "[e]sta cláusula pod[ia] provocar dúvidas que dificultar[iam] não somente a aceitação deste artigo, como sua aplicação, se prevalecesse [esta] redação",³¹⁶ e concluiu que "[m]elhor ser[ia], assim, que [fosse] eliminada a cláusula `em geral desde o momento da concepção', pois e[ra] matéria que dev[ia] ser deixada à legislação de cada país".³¹⁷

209. A delegação dos Estados Unidos, apoiando a posição do Brasil, sugeriu que "se acomod[asse] este texto com o Artigo 6, parágrafo 1, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas".³¹⁸

210. A delegação do Equador propôs a eliminação das palavras "em geral",³¹⁹ e o delegado da Venezuela considerou que "em relação ao direito à vida, desde o momento da concepção do ser humano, não pode haver concessões",³²⁰ de modo que considerou "inaceitável uma Convenção que não consagre este princípio".³²¹

211. Finalmente, por voto da maioria, a conferência adotou o texto preliminar submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos,³²² o qual continua até o presente como texto do artigo 4.1 da Convenção Americana.

novembro de 1969", em: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, Secretaria Geral, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 50 ss., e 121 ss.

³¹⁴ Cf. "Observações e Comentários ao Projeto de Convenção sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentados pelo Governo da República Dominicana, 20 de junho 20 de 1969", pág. 57.

³¹⁵ Cf. "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969", em: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, pág. 121.

³¹⁶ Cf. "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969", pág. 121.

³¹⁷ Cf. "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969", pág. 121.

³¹⁸ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

³¹⁹ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

³²⁰ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

³²¹ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

³²² Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, págs. 161 e 481.

212. No momento de ratificar a Convenção, somente o México fez uma declaração interpretativa, esclarecendo que, “em relação ao parágrafo 1 do Artigo 4, considera que a expressão ‘em geral’ [...] não constitui obrigação de adotar ou manter em vigor legislação que proteja a vida ‘a partir do momento da concepção’ já que esta matéria pertence ao domínio reservado dos Estados”.³²³

213. Por outro lado, em virtude de que o Estado costarricense qualifica o embrião como “ser humano” e “pessoa”, a seguir são brevemente resumidos os trabalhos preparatórios em relação a estas expressões. O projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas,³²⁴ estabelecia no artigo 1 que:

Os Estados na presente convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a todos os seres humanos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição.³²⁵

214. Por sua vez, o artigo 2(1) estabelecia que:

O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção.³²⁶

215. O Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, apresentado pelo Governo do Uruguai,³²⁷ previa o artigo 1 em termos idênticos ao Projeto do Conselho Interamericano de Juristas,³²⁸ enquanto o artigo 2(1) afirmava:

Todo ser humano tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.³²⁹

216. No “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos Cívicos e Políticos), Primeira Parte”, e no “Texto das emendas sugeridas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas”,³³⁰ a Comissão sugeriu, em relação ao artigo 1 do Projeto do Conselho Interamericano de Juristas, “para maior brevidade e precisão técnica da redação”, a substituição da expressão “seres humanos” por

³²³ Cf. Declaração Interpretativa do México. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> (Último acesso 28 de novembro de 2012).

³²⁴ Cf. Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Ata Final, Santiago do Chile, setembro, 1959. Doc. CIJ-43, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁵ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁶ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁷ Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, apresentado pelo Governo do Uruguai, Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 49, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 298.

³²⁸ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁹ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³³⁰ Texto das emendas sugeridas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas, Anexo ao documento, OEA/Ser.L/V/II.16, doc. 18, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 356 ss.

“pessoas”.³³¹ Entretanto, manteve ao mesmo tempo a expressão “ser humano” no artigo 2(1), ao propor a seguinte formulação que incluía a expressão “em geral”:

Todo ser humano tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção.³³²

217. Finalmente, o Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção de Direitos Humanos estabelecia no artigo 1:

1. Os Estados na presente convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a todos os seres humanos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição [...]

2. Pessoa, para os efeitos desta Convenção, é todo ser humano.

218. Além disso, o artigo 3(1) afirmava:

Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.

219. A Corte observa que durante os trabalhos preparatórios foram utilizados os termos “pessoa” e “ser humano” sem a intenção de fazer uma diferença entre estas duas expressões. O artigo 1.2 da Convenção esclareceu que os dois termos devem ser entendidos como sinônimos.³³³

220. Por outro lado, a Corte constata que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos da América*,³³⁴ rejeitou o pedido dos petionários para declarar duas sentenças da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos,³³⁵ que legalizaram o aborto sem restrição de causa antes da viabilidade fetal, como violatórias da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em relação à interpretação do artigo I da Declaração Americana, a Comissão rejeitou o argumento dos petionários segundo o qual “o artigo I da Declaração incorporou a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção”,³³⁶ considerando que a Nona Conferência Internacional Americana, ao aprovar a Declaração Americana, “enfrentou esta questão e decidiu não adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio”.³³⁷

³³¹ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 318.

³³² *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 e 356.

³³³ O artigo 1.2 foi analisado pela Corte em casos nos quais foi solicitada a violação de direitos em detrimento de pessoas jurídicas, o que foi rejeitado pelo Tribunal porque não foram reconhecidas como titulares de direitos consagrados na Convenção Americana. Cf. *Caso Cantos Vs. Argentina. Exceções Preliminares*. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C N° 85, par. 29 e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 195, par. 398. Entretanto, nestes casos a Corte não desenvolveu argumentos de maior alcance sobre o significado do artigo 1.2 no contexto das controvérsias às que se circunscreve o presente caso.

³³⁴ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

³³⁵ Cf. Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, *Casos Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 113, e *Doe Vs. Bolton*, 410 U.S. 179.

³³⁶ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.h).

³³⁷ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.h).

Em relação à interpretação da Convenção Americana, a Comissão afirmou que a proteção do direito à vida não é absoluta.³³⁸ Considerou que “[a] adição da frase `em geral, desde o momento da concepção´ não significa que quem formulou a Convenção tivesse a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula `em geral, desde o momento da concepção´ são substancialmente diferentes da cláusula mais curta `desde o momento da concepção´, que aparec[ia] repetida muitas vezes no documento dos petionários”.³³⁹

221. A Corte conclui 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”.

iii) Interpretação sistemática da Convenção Americana e da Declaração Americana

222. A expressão “toda pessoa” é utilizada em vários artigos da Convenção Americana³⁴⁰ e da Declaração Americana.³⁴¹ Ao analisar todos estes artigos não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração o já argumentado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 *supra*), pode se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa no artigo 15.3.a) do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a “conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável depois do parto”, e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajudas especiais.

223. Portanto, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos antecedentes existentes no Sistema Interamericano confirma que não é procedente conceder o *status* de pessoa ao embrião.

C.2.b) Sistema Universal dos Direitos Humanos

i) Declaração Universal dos Direitos Humanos

224. Em relação à alegação do Estado segundo a qual “a Declaração Universal dos Direitos Humanos [...] protege o ser humano desde [...] o momento da união do óvulo e do espermatozoide”, a Corte considera que, de acordo com os trabalhos preparatórios deste instrumento, o termo “nascem” foi utilizado precisamente para excluir o não nascido dos direitos que consagra a Declaração.³⁴² Os redatores rejeitaram expressamente a ideia de eliminar tal termo, de modo que o texto resultante expressa a plena intenção de que os direitos consagrados na Declaração são “inerentes desde o momento de nascer”.³⁴³

³³⁸ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 25.

³³⁹ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 30.

³⁴⁰ Cf. A esse respeito, os artigos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 e 25.2 da Convenção Americana.

³⁴¹ Cf. A esse respeito, os artigos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXVII da Declaração Americana.

³⁴² E/CN.4/SR/35 (1947)

³⁴³ E/CN.4/SR/35 (1947)

Portanto, a expressão “ser humano”, utilizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não foi entendida no sentido de incluir o não nascido.

ii) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

225. Em relação à alegação do Estado segundo a qual o “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [...] reconhece a vida do embrião de maneira independente à de sua mãe”, a Corte observa que durante a segunda sessão da Comissão de Direitos Humanos, realizada de 2 a 17 de dezembro de 1947, o Líbano propôs a proteção do direito à vida desde o momento da concepção.³⁴⁴ Diante da resistência contra a formulação “desde o momento da concepção” à luz da admissibilidade do aborto em muitos Estados, o Líbano sugeriu a formulação “em qualquer fase do desenvolvimento humano” (“*at any stage of human development*”).³⁴⁵ Esta formulação, aceita inicialmente,³⁴⁶ foi apagada posteriormente.³⁴⁷ Outra proposta do Reino Unido de regulamentar o assunto do aborto em um artigo autônomo foi considerada inicialmente,³⁴⁸ mas depois foi também abandonada.³⁴⁹ Durante a Sexta Sessão da Comissão de Direitos Humanos, de 27 de março a 19 de maio de 1950, fracassou uma nova tentativa do Líbano de proteger a vida humana desde o momento da concepção.³⁵⁰ Nas deliberações do Terceiro Comitê da Assembleia Geral da ONU, de 13 a 26 de novembro de 1957, um grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México e Marrocos) propôs a emenda ao artigo 6.1 nos seguintes termos: “a partir do momento da concepção, este direito [à vida] estará protegido pela lei”.³⁵¹ Entretanto, esta proposta foi rejeitada com 31 votos contra, 20 votos a favor, e 17 abstenções.³⁵² Portanto, os trabalhos preparatórios do artigo 6.1 do PIDCP indicam que os Estados não pretendiam tratar o não nascido como pessoa e conceder o mesmo nível de proteção que às pessoas nascidas.

226. Nem em sua Observação Geral nº 6 (direito à vida),³⁵³ nem em sua Observação Geral nº 17 (Direitos da Criança),³⁵⁴ o Comitê de Direitos Humanos se pronunciou sobre o direito à vida do não nascido. Ao contrário, em suas observações finais aos relatórios dos Estados, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que se viola o direito à vida da mãe quando as leis que restringem o acesso ao aborto obrigam a mulher a recorrer ao aborto inseguro, expondo-a a morrer.³⁵⁵ Estas decisões permitem afirmar que do PIDCP não se deriva uma

³⁴⁴ Cf. UN Doc. E/CN.4/386, 398.

³⁴⁵ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

³⁴⁶ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

³⁴⁷ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

³⁴⁸ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

³⁴⁹ Cf. UN. Doc. E/CN.4/SR.35, § 12 (1947).

³⁵⁰ Cf. UN. Doc. E/CN.4/SR.149, § 16 (1950).

³⁵¹ Cf. UN Doc. A/C.3/L.654.

³⁵² Cf. UN Doc. A/C.3/SR.820, § 9 (1957).

³⁵³ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 6, Direito à vida (artigo 6), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

³⁵⁴ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 17, Direitos da criança (artigo 24), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989).

³⁵⁵ À maneira de exemplo, o Comitê de Direitos Humanos emitiu as seguintes observações finais neste sentido: Argentina, § 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolívia, § 22, UN Doc. CCPR/C/79/Add.74 (1997); Costa Rica, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.107 (1999); Chile, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999); El Salvador, § 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Equador, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998); Gâmbia, § 17, UN Doc. CCPR/CO/75/GMB (2004); Guatemala, § 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, § 8, UN Doc.

proteção absoluta da vida pré-natal ou do embrião.

iii) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

227. Os relatórios do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (doravante denominado Comitê "CEDAW", por suas siglas em inglês) deixam claro que os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação. A esse respeito, no Caso *L.C. Vs. Peru*, o Comitê considerou o Estado culpado por violar os direitos de uma menina a quem lhe foi negada uma intervenção cirúrgica transcendental sob pretexto de estar grávida, privilegiando o feto sobre a saúde da mãe. Em vista de que a continuação da gravidez representava um grave perigo para a saúde física e mental da jovem, o Comitê concluiu que negar um aborto terapêutico e postergar a intervenção cirúrgica constituiu discriminação de gênero e uma violação de seu direito à saúde e à não discriminação.³⁵⁶

228. O Comitê expressou, além disso, sua preocupação pelo potencial que as leis antiaborto têm de atentar contra o direito da mulher à vida e à saúde.³⁵⁷ O Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto na CEDAW.³⁵⁸

iv) Convenção sobre os Direitos da Criança

229. O Estado alegou que o embrião deve ser considerado como "criança" e que, em consequência, existe uma obrigação especial de proteção em relação a ele. A Corte procederá a analisar se tal interpretação encontra fundamento no *corpus juris* internacional de proteção das crianças.

230. O artigo 6.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança afirma que "[o]s Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida". O termo "criança" é definido no artigo 1 da Convenção como "todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja

CCPR/C/HND/CO/1 (2006); Quênia, § 14, UN Doc. CCPR/CO/83/KEN (2005); Kuwait, §§ 9, CCPR/CO/69/KWT (2000); Lesoto, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106 (1999); Ilhas Maurício, § 9, UN Doc. CCPR/CO/83/MUS (2005); Marrocos, § 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004); Paraguai, § 10, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/2 (2006); Peru, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.72 (1996); Peru, § 20, UN Doc. CCPR/CO/70/PER (2000); Polônia, § 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); República da Tanzânia, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.97 (1998); Trinidad e Tobago, § 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000); Venezuela, § 19, UN Doc. CCPR/CO/71/VEN (2001), e Vietnam, § 15, UN Doc. CCPR/CO/75/VNM (2002). Além disso, no Caso *K.L. Vs. Peru*, o Comitê de Direitos Humanos determinou que, ao haver negado um aborto terapêutico a uma mulher apesar de que a continuação da gravidez colocava em grave perigo sua vida e saúde mental, o Estado violou seu direito a não ser submetida a tratamento cruel, desumano ou degradante. Caso *K.L. Vs. Peru*, CDH, Com. nº 1153/2003, Doc. ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005). Esta interpretação foi ratificada no Caso *L.M.R. Vs. Argentina*, no qual o Comitê observou que negar o aborto legal em um caso de estupro causou à vítima sofrimento físico e mental, com o que se violou seu direito à intimidade e a não ser submetida a tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Caso *L.M.R. Vs. Argentina*, CDH, Com. nº 1608/2007, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

³⁵⁶ Caso *L.C. Vs. Peru*, Comitê CEDAW, Com. nº. 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

³⁵⁷ Cf. Comitê CEDAW, Observações finais a: Belize, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Colômbia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1998); Paraguai, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1996).

³⁵⁸ Cf. Comitê CEDAW, Observações Finais: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), e Comitê do CEDAW, Observações Finais: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999).

alcançada antes". Por sua vez, o Preâmbulo à Convenção afirma que "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento".³⁵⁹

231. Os artigos 1 e 6.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança não se referem de maneira explícita a uma proteção do não nascido. O Preâmbulo faz referência à necessidade de oferecer "proteção e cuidado especiais [...] antes [...] do nascimento". Entretanto, os trabalhos preparatórios indicam que esta frase não teve a intenção de fazer extensivo ao não nascido o disposto na Convenção, em especial o direito à vida. No caso, nos trabalhos preparatórios se indica que esta frase não tinha "a intenção de violar a interpretação do artigo 1 ou de nenhuma outra disposição da Convenção". De fato, enquanto o projeto revisado para uma Convenção sobre os Direitos da Criança, apresentado pela Polônia, não fazia alusão à vida pré-natal no Preâmbulo,³⁶⁰ o Vaticano pediu a ampliação do Preâmbulo com a expressão "antes e depois do nascimento",³⁶¹ o que causou opiniões conflitantes entre os Estados. Como ato de compromisso, as delegações combinaram uma expressão tomada da Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959.³⁶²

232. Diante da dificuldade de encontrar uma definição de "criança" no artigo 1 do Projeto, foi eliminada a referência ao nascimento como início da infância.³⁶³ Posteriormente, no contexto das deliberações, as Filipinas solicitaram a inclusão da expressão "tanto antes como depois do nascimento" no Preâmbulo,³⁶⁴ à qual vários Estados se opuseram.³⁶⁵ Como ato de compromisso, decidiu-se que fosse incluída no Preâmbulo tal referência, mas que os trabalhos preparatórios deixassem claro que o Preâmbulo não determinaria a interpretação do artigo 1 da Convenção.³⁶⁶

233. 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.

C.2.c) Sistema Europeu dos Direitos Humanos

234. O artigo 2.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante denominada "CEDH") afirma que "[o] direito de qualquer pessoa à vida está protegido pela lei".³⁶⁷ Os autores da CEDH se basearam para sua redação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua "autoridade moral e valor técnico".³⁶⁸

³⁵⁹ Cf. Convenção sobre os Direitos da Criança, par. 9 do preâmbulo.

³⁶⁰ Cf. UN Doc. E/CN.4/1349 (1979).

³⁶¹ Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

³⁶² Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, §§ 277 (1980) ("Recognizing that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child adopted in 1959, the child due to the needs of his physical and mental development requires [...] legal protection in conditions of freedom, dignity and security").

³⁶³ Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

³⁶⁴ Cf. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 34 (1989).

³⁶⁵ Cf. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 36 (1989).

³⁶⁶ UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) ("Ao aprovar este parágrafo do preâmbulo, o Grupo de Trabalho não pretende emitir um juízo prévio sobre a interpretação do artigo 1 ou de qualquer outra disposição da convenção pelos Estados Partes").

³⁶⁷ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, artigo 2.1, aprovado em 4 nov. 1950, 213 STNU 222, S.T. Eur. nº. 5 (em vigor desde 3 de setembro de 1953).

³⁶⁸ *Committee on Legal and Administrative Questions Report, Section 1, Para. 6, 5 September 1949, in Collected Edition of the Travaux Préparatoires, Vol. 1 (1975), p. 194. ([T]he Committee considered that it was*

235. A antiga Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado o "TEDH") se pronunciaram sobre o alcance não absoluto da proteção da vida pré-natal no contexto de casos de aborto e de tratamentos médicos relacionados com a fecundação *in vitro*.

236. No *Caso Paton Vs. Reino Unido*, de 1980, sobre uma alegada violação do artigo 2 da CEDH em detrimento do não nascido pelo aborto realizado por vontade da mãe em conformidade com as leis nacionais, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos afirmou que os termos em que está redigida a CEDH "tendem a corroborar a apreciação de que [o artigo 2] não inclui o que está por nascer".³⁶⁹ Acrescentou que reconhecer um direito absoluto à vida pré-natal seria "contrário ao objeto e propósito da Convenção".³⁷⁰ Afirmou que "[a] vida do feto se encontra intimamente ligada à da grávida e não pode ser considerada à margem dela. Se o artigo 2 compreendesse o feto e sua proteção, na ausência de uma limitação, fosse entendida como absoluta, o aborto teria que ser considerado proibido inclusive quando a continuação da gravidez apresentasse grave perigo para a vida da grávida. Isso significaria que 'a vida em formação' do feto seria considerada de maior valor que a vida da grávida".³⁷¹ Além disso, nos Casos *R.H. Vs. Noruega* (1992) e *Boso Vs. Itália* (2002), sobre a suposta violação do direito à vida em detrimento dos não nascidos pela existência de leis estatais que permitiam o aborto, a Comissão confirmou sua postura.³⁷²

237. No *Caso Vo. Vs. França*, no qual foi necessário realizar um aborto terapêutico na petionária em razão do perigo para sua saúde produzido à raiz de tratamentos médicos inadequados, o Tribunal Europeu afirmou que:

À diferença do artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que indica que o direito à vida deve ser protegido "em geral, desde o momento da concepção", o artigo 2 da Convenção é silencioso em relação às limitações temporais do direito à vida e, em particular, não define "todos" [...] os quais sua "vida" é protegida pela Convenção. A Corte não determinou o problema do "início" do "direito de toda pessoa à vida" dentro do significado da disposição e se o não nascido tem esse direito à vida." [...]

O problema a respeito de quando começa o direito à vida vem dentro de uma margem de apreciação que a Corte geralmente considera que os Estados devem gozar nessa esfera apesar da interpretação evolutiva da Convenção, um "instrumento vivo que

preferable [...], as by reason of the moral authority and technical value of the document in question, to make use, as far as possible, of the definitions set out in the 'Universal Declaration of Human Rights'.

³⁶⁹ *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação nº. 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 9. (*Thus both the general usage of the term 'everyone' ('toute personne') of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn.*)

³⁷⁰ *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação nº. 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 20. (*The Commission finds that such an interpretation would be contrary to the object and purpose of the Convention.*)

³⁷¹ *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação nº. 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 19. (*The 'life' of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the 'unborn life' of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman.*)

³⁷² *Cf. R.H. Vs. Norway, Decision on Admissibility, App. nº 17004/ 90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft Rep. 155 (1992), Boso Vs. Italy, App. nº 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).*

deve ser interpretado à luz das condições de hoje em dia" [...] As razões para essa conclusão são, em primeiro lugar, que o problema de que esta proteção não foi resolvida dentro da maioria dos Estados parte, na França em particular, onde é tema de debate [...] e, em segundo lugar, que não há um consenso europeu sobre a definição científica e legal do início à vida. [...]

No âmbito europeu, a Corte observa que não há nenhum consenso em relação à natureza e ao *status* do embrião e/ou feto [...], ainda que eles tenham recebido alguma proteção à luz do progresso científico e das consequências potenciais de pesquisa dentro da engenharia genética, procriação médica assistida ou experimentação com embriões. **No máximo, pode-se considerar que os Estados estão de acordo que o embrião/ou feto é parte da raça humana. A potencialidade deste ser e sua capacidade de se converter em pessoa – gozando de proteção sob as leis civis, também, em muitos Estados, tal como, por exemplo, França, no contexto das leis de sucessão e doação, e também no Reino Unido [...] – requer proteção em nome da dignidade humana, sem torná-lo uma "pessoa" com o "direito à vida"** para os efeitos do artigo 2. [...]

Não é desejável, nem ainda é possível tal como estão as coisas neste momento, contestar em abstrato se um não nascido é uma pessoa para os efeitos do artigo 2 da Convenção.³⁷³ (Sem grifo no original).

238. No Caso *A, B e C Vs. Irlanda*,³⁷⁴ o Tribunal Europeu reiterou que:

com relação à pergunta sobre quando começa o direito à vida, que entrou na margem de apreciação dos Estados porque não havia consenso europeu sobre a definição científica e legal sobre o começo da vida, portanto, era impossível responder à pergunta de se a pessoa não nascida era uma pessoa que devia ser protegida em conformidade com os efeitos do artigo 2. Em razão de que os direitos demandados em nome do feto e os direitos da mãe estão inextricavelmente interconectados, [...] a margem de apreciação concedida à proteção da pessoa não nascida por parte do

³⁷³ TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, pars. 75, 82, 84 e 85. (Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected "in geral, from the moment of conception", Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define "everyone" [...] whose "life" is protected by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the "beginning" of "everyone's right to life" within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right." [...]

The issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" [...]. The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate [...] and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. [...]

At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus [...], although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United [...] – require protection in the name of human dignity, without making it a "person" with the "right to life" for the purposes of Article 2. [...]

It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention).

³⁷⁴ TEDH, *Caso A, B e C Vs. Irlanda*, (nº. 25579/05), Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 237. ([T]he question of when the right to life begins came within the States' margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected [...], the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother).

Estado se traduz necessariamente em uma margem de apreciação segundo a qual cada Estado equilibra os direitos conflitantes da mãe.

239. Entretanto, o TEDH esclareceu que “essa margem de apreciação não é ilimitada” e que “a Corte tem que supervisionar se a interferência constitui um equilíbrio justo dos interesses contraditórios envolvidos [...]. A proibição de um aborto para proteger a vida da pessoa não nascida não se justifica automaticamente em virtude da Convenção com base na deferência sem restrições à proteção da vida pré-natal ou com base em que o direito da futura mãe ao respeito de sua vida privada é de menor importância”.³⁷⁵

240. Em relação a casos relacionados com a prática da FIV, o TEDH teve de se pronunciar no *Caso Evans Vs. Reino Unido* sobre a suposta violação do direito à vida dos embriões preservados em razão de que a legislação nacional exigia sua destruição em razão da retirada do consentimento do parceiro da petionária sobre sua implantação. A Grande Câmara do TEDH reiterou sua jurisprudência estabelecida no *Caso Vo. Vs. França*, afirmando que:

na ausência de um consenso europeu em relação à definição científica e legal do início da vida, o problema de quando se inicia o direito à vida se encontra dentro da margem de apreciação que a Corte geralmente considera que os Estados deveriam desfrutar nesta esfera. No direito inglês, tal como foi afirmado pelos tribunais internos no presente caso do petionário [...], um embrião não tem direitos independentes ou interesses e não pode alegar – ou alegar em seu nome – um direito à vida de acordo com o artigo 2.³⁷⁶

241. A Grande Câmara do TEDH confirmou a decisão em relação à não violação do direito à vida, consagrado no artigo 2, ao indicar que “os embriões criados pelo petionário [e sua companheira] não têm o direito à vida dentro do significado do artigo 2 da Convenção e que, portanto, não houve uma violação a tal provisão”.³⁷⁷

242. Nos *Casos S.H. Vs. Áustria*,³⁷⁸ e *Costa e Pavan Vs. Itália*,³⁷⁹ que trataram, respectivamente, da regulamentação da FIV em relação à doação de óvulos e espermatozoides por terceiros, e do diagnóstico genético pré-implantacional, o TEDH nem sequer se referiu a uma suposta violação de um direito próprio dos embriões.

C.2.d) Sistema Africano de Direitos Humanos

³⁷⁵ TEDH, *Caso A, B e C Vs. Irlanda*, (nº 25579/05), Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 238. (“*this margin of appreciation is not unlimited*” “*the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved [...]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature*”).

³⁷⁶ TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, par. 54. (*in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant’s case [...], an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim—or have claimed on its behalf—a right to life under Article 2*).

³⁷⁷ TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, par. 56. “*the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision*”.

³⁷⁸ Cf. TEDH, *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011.

³⁷⁹ Cf. TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (nº 54270/10). Sentença de 28 de agosto de 2012.

243. O artigo 4 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos afirma que “[o]s seres humanos são invioláveis. Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida e à integridade de sua pessoa”.³⁸⁰ Os redatores da Carta rejeitaram expressamente uma terminologia que protegesse o direito à vida a partir do momento da concepção.³⁸¹ O Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher (Protocolo de Maputo) não se pronuncia sobre o início da vida e, ademais, estabelece que os Estados devem tomar medidas adequadas para “proteger os direitos reprodutivos da mulher, permitindo o aborto com medicamentos em casos de agressão sexual, estupro e incesto e quando a continuação da gravidez ponha em perigo a saúde mental e física da grávida ou a vida da grávida ou do feto”.³⁸²

C.2.e) Conclusão sobre a interpretação sistemática

244. A Corte conclui que a Sala Constitucional se baseou no artigo 4 da Convenção Americana, no artigo 3 da Declaração Universal, no artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Entretanto, nenhum destes artigos ou tratados permite argumentar que o embrião possa ser considerado como pessoa nos termos do artigo 4 da Convenção. Tampouco é possível desprender esta conclusão dos trabalhos preparatórios ou de uma interpretação sistemática dos direitos consagrados na Convenção Americana ou na Declaração Americana.

C.3). *Interpretação evolutiva*

245. Este Tribunal afirmou em outras oportunidades³⁸³ que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.³⁸⁴ Ao efetuar uma interpretação evolutiva, a Corte concedeu especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utilizou normativa nacional³⁸⁵ ou jurisprudência de tribunais internos³⁸⁶ na hora de analisar

³⁸⁰ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, aprovada em 27 de junho de 1981, artigo 4, Doc. OUA CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982) (em vigor desde 21 de outubro 1986).

³⁸¹ Proposta para uma Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 17, Doc. OUA CAB/LEG/67/1 (1979) (onde se adota a redação do artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, substituindo “momento da concepção” por “momento de nascer” - *This right shall be protected by law and, in geral, from the moment of his birth*).

³⁸² Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher, 2ª Sessão Ordinária, Assembleia da União, aprovado em 11 de julho de 2003, art. 14.2.c.

³⁸³ Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 83.

³⁸⁴ Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 83.

³⁸⁵ No *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, a Corte teve em consideração para sua análise que: se adverte que um número considerável de Estados partes da Convenção Americana adotaram disposições constitucionais reconhecendo expressamente o direito a um meio ambiente saudável.

³⁸⁶ Nos *Casos Heliodoro Portugal Vs. Panamá* e *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, a Corte teve em consideração sentenças de tribunais internos da Bolívia, Colômbia, México, Panamá, Peru, e Venezuela sobre a imprescritibilidade de crimes permanentes como o desaparecimento forçado. Além disso, no *Caso Anzaldo Castro Vs. Peru*, a Corte utilizou pronunciamentos de tribunais constitucionais de países americanos para apoiar a

controvérsias específicas nos casos contenciosos. Por sua vez, o Tribunal Europeu³⁸⁷ utilizou o direito comparado como um mecanismo para identificar a prática posterior dos Estados, ou seja, para especificar o contexto de um determinado tratado. Além disso, o parágrafo terceiro do artigo 31 da Convenção de Viena autoriza a utilização para a interpretação de meios tais como os acordos ou a prática,³⁸⁸ ou regras relevantes do Direito Internacional³⁸⁹ que os Estados tenham manifestado sobre a matéria do tratado, o que se relaciona com uma visão evolutiva da interpretação do tratado.

246. No presente caso, a interpretação evolutiva é de especial relevância, tendo em consideração que a FIV é um procedimento que não existia no momento em que os redatores da Convenção adotaram o conteúdo do artigo 4.1 da Convenção (par. 179 *supra*). Portanto, a Corte analisará 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.

C.3.a) O *status* jurídico do embrião

247. Foi afirmado que, no Caso *Vo. Vs. França*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicou que a potencialidade do embrião e sua capacidade para se converter em uma pessoa requer uma proteção em nome da dignidade humana, sem convertê-lo em uma "pessoa" com "direito à vida" (par. 237 *supra*).

248. Por sua vez, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina (doravante denominada a "Convenção de Oviedo"), adotada no âmbito do Conselho da Europa,³⁹⁰ estabelece o seguinte em seu artigo 18:

Artigo 18. Pesquisa em embriões *in vitro*:

1. Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma proteção adequada do embrião.
2. A criação de embriões humanos com fins de pesquisa é proibida.

delimitação que realizou ao conceito de desaparecimento forçado. Outros exemplos são os Casos *Atala Riffo e Crianças Vs. Chile* e o *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*.

³⁸⁷ Por exemplo, no caso *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra a Noruega*, o Tribunal Europeu teve em consideração um documento do "European Platform of Regulatory Authorities" no qual foi realizada uma comparação de 31 países nessa região, com o fim de determinar em quais deles era permitida a propaganda política paga ou não e em quais este tipo de propaganda era gratuita. De igual maneira, no Caso *Hirst Vs. Reino Unido* este Tribunal teve em consideração a "normatividade e prática dos Estados Parte" com o fim de determinar em que países é permitido suprimir o sufrágio ativo a quem foi condenado por um crime, razão pela qual foi estudada a legislação de 48 países europeus.

³⁸⁸ Cf. TEDH, *Caso Rasmussen Vs. Dinamarca*, (nº 8777/79), Sentença de 28 de novembro de 1984, par. 41; *Caso Inze Vs. Áustria*, (nº 8695/79) Sentença de 28 de outubro de 1987, par. 42, e *Caso Toth Vs. Áustria*, (nº 11894/85), Sentença de 25 novembro de 1991, par. 77.

³⁸⁹ Cf. TEDH, *Caso Golder Vs. Reino Unido*, (nº 4451/70), Sentença de 12 de dezembro de 1975, par. 35.

³⁹⁰ A Convenção de Oviedo estabelece em seu artigo primeiro que os Estados Partes "protegem o ser humano em sua dignidade e identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais em face das aplicações da biologia e da medicina" e acrescenta que "[c]ada Parte deve adotar, em seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efetiva a aplicação das disposições da presente Convenção". A Convenção de Oviedo foi adotada em 4 de abril de 1997 em Oviedo, Astúrias, e entrou em vigência em 1º de dezembro de 1999. Foi ratificada por 29 Estados Membros do Conselho da Europa, com seis reservas.

249. Em consequência, este tratado não proíbe a FIV, mas sim a criação de embriões com propósitos de pesquisa. Sobre o *status* do embrião nesta Convenção, o TEDH afirmou que:

A Convenção de Oviedo sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina [...] toma o cuidado de não definir o termo "toda pessoa", e seu relatório explicativo afirma que, na ausência de unanimidade sobre a definição, os Estados membros decidiram permitir ao direito interno fazer as precisões pertinentes para esse efeito da aplicação desta Convenção [...]. O mesmo se aplica ao Protocolo Adicional sobre a proibição de clonar seres humanos e ao Protocolo Adicional sobre pesquisa biomédica, que não definem o conceito de "ser humano".³⁹¹

250. Por sua vez, o Tribunal de Justiça da União Europeia,³⁹² no *Caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*,³⁹³ afirmou que a Diretriz 98/44/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 6 de julho de 1998, relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas, "não t[inha] por objetivo regulamentar a utilização de embriões humanos no contexto de pesquisas científicas[, e que s]eu objetivo se circunscrev[ia] à patenteabilidade das invenções biotecnológicas".³⁹⁴ Entretanto, precisou que "ainda que a finalidade de pesquisa científica dev[ia] se distinguir dos fins industriais ou comerciais, a utilização de embriões humanos com fins de pesquisa, que constitu[ia] o objetivo do pedido de patente, não p[odia] se separar da própria patente e dos direitos vinculados a esta",³⁹⁵ com a consequência de que "a exclusão da patenteabilidade em relação com o uso de embriões humanos com fins industriais ou comerciais contemplada no artigo 6, parágrafo 2, letra c), da Diretriz, também se ref[eria] ao uso com fins de pesquisa científica, podendo unicamente ser objeto de patente a utilização com fins terapêuticos ou de diagnóstico que se aplica ao embrião e que lhe seja útil".³⁹⁶ Com esta decisão, o Tribunal de Justiça afirmou a exclusão de patenteabilidade de embriões humanos, entendidos em um sentido amplo,³⁹⁷ por razões

³⁹¹ TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84. (*The Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine [...] is careful not to give a definition of the term "everyone", and its explanatory report indicates that, in the absence of a unanimous agreement on the definition, the member States decided to allow domestic law to provide clarification for the purposes of the application of that Convention [...] The same is true of the Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings and the Additional Protocol on Biomedical Research, which do not define the concept of "human being"*).

³⁹² O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é uma Instituição da União Europeia (UE) à qual se atribuí a faculdade jurisdicional ou poder judiciário na União. Sua missão é interpretar e aplicar o Direito da União Europeia, e se caracteriza por sua natureza orgânica composta e seu funcionamento e autoridade supranacionais. Sua sede está em Luxemburgo.

³⁹³ Cf. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*.

³⁹⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 40.

³⁹⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 43.

³⁹⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 46.

³⁹⁷ Cf. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 38 ("Constitui um 'embrião humano' no sentido do artigo 6, parágrafo 2, letra c), da Diretriz todo óvulo humano a partir do estado da fecundação, todo óvulo humano não fecundado no qual tenha sido implantado o núcleo de uma célula humana madura e todo óvulo humano não fecundado estimulado para se dividir e se desenvolver por meio de partenogênese". O artigo da Diretriz estabelece: 1. Ficarão excluídas da patenteabilidade as invenções cuja exploração comercial seja contrária à ordem pública ou à moralidade, não podendo se considerar como tal a exploração de uma invenção pelo simples fato de que esteja proibida por uma disposição legal ou regulamentar. 2. Em virtude do disposto no item 1, serão consideradas não patenteáveis, em particular: [...] c) as utilizações de embriões humanos com fins industriais ou comerciais").

éticas e morais,³⁹⁸ quando esta se relaciona com fins industriais e comerciais. Entretanto, nem a direttriz, nem a sentença estabelecem que os embriões humanos devam ser considerados “pessoas” ou que tenham um direito subjetivo à vida.

251. Por outro lado, no *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, o TEDH considerou permissível a proibição de realizar a FIV com óvulos e espermatozoides doados por terceiros, ressaltando que:

O poder legislativo austríaco não excluiu a procriação artificial por completo. [...] Este tentou reconciliar o desejo de fazer disponível a procriação medicamente assistida com a inquietude que existe entre importantes setores da sociedade sobre o papel e as possibilidades da medicina reprodutiva contemporânea, o que dá lugar a questões morais e éticas de natureza muito sensíveis.³⁹⁹

252. Além disso, no *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, o TEDH, em suas considerações prévias sobre o direito europeu relevante para a análise do caso, ressaltou que no “caso Roche c. Roche e outros ([2009] IESC 82 (2009)), a Corte Suprema da Irlanda estabeleceu que o conceito de criança por nascer (“*unborn child*”) não se aplica a embriões obtidos no contexto de uma fecundação *in vitro*, e estes últimos não se beneficiam da proteção prevista pelo artigo 40.3.3 da Constituição da Irlanda, que reconhece o direito à vida da criança por nascer. Neste caso, a demandante, que já teve um filho como resultado da técnica da fecundação *in vitro*, recorreu à Corte Suprema a fim de obter a implantação de outros três embriões obtidos no contexto da mesma fecundação, apesar da ausência do consentimento de seu companheiro, de quem havia se separado”.⁴⁰⁰

253. Portanto, a Corte observa 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.

³⁹⁸ Cf. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 6. O Tribunal de Justiça afirmou que a “exposição de motivos da Diretriz afirma o seguinte: [...] a ordem pública e a moralidade se correspondem, em particular, com os princípios éticos e morais reconhecidos em um Estado membro, cujo respeito é particularmente necessário no terreno da biotecnologia, devido ao considerável alcance das consequências potenciais da invenção neste âmbito e de seus vínculos naturais com a matéria viva; que tais princípios éticos e morais vêm se acrescentar aos controles jurídicos habituais do Direito de patentes, independentemente do âmbito técnico a que pertença a invenção”.

³⁹⁹ Cf. TEDH, *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011, par. 104. (*the Austrian legislature has not completely ruled out artificial procreation. [...] [t]he legislature tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine, which raises issues of a morally and ethically sensitive nature.*)

⁴⁰⁰ TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (nº 54270/10). Sentença de 28 de agosto de 2012, par. 33 (“33. *En outre, la Cour relève que, dans l’affaire Roche c. Roche et autres ([2009] IESC 82 (2009)), la Cour Suprême irlandaise a établi que la notion d’enfant à naître (« unborn child ») ne s’applique pas à des embryons obtenus dans le cadre d’une fécondation in vitro, ces derniers ne bénéficiant donc pas de la protection prévue par l’article 40.3.3. de la Constitution irlandaise qui reconnaît le droit à la vie de l’enfant à naître. Dans cette affaire, la requérante, ayant déjà eu un enfant à la suite d’une fécondation in vitro, avait saisi la Cour Suprême en vue d’obtenir l’implantation de trois autres embryons obtenus dans le cadre de la même fécondation, malgré l’absence de consensus de son ancien compagnon, duquel elle s’était séparée entre-temps*”). A Corte toma nota de que em 28 de novembro de 2012, o governo italiano interpôs perante a Grande Sala do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o pedido de revisão deste caso “em razão de que a petição original foi apresentada diretamente perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos sem antes haver esgotado [...] todos os recursos internos e sem ter em necessária consideração a margem de apreciação que cada Estado tem na adoção de sua própria legislação” (tradução da Secretaria da Corte). Disponível em: <http://www.governo.it/Presidenza/Comunicati/dettaqlio.asp?d=69911> (última consulta em 28 de novembro de 2012).

C.3.b) Regulamentações e práticas sobre a FIV no direito comparado

254. Das perícias apresentadas pelas partes na audiência pública, foi estabelecido que a Costa Rica é o único país da região que proíbe e, portanto, não pratica a FIV (par. 67 *supra*).

255. Então, da prova apresentada pelas partes nos autos, a Corte observa que embora a FIV seja realizada em um grande número de países,⁴⁰¹ o anterior não necessariamente implica que esta se encontre regulamentada por meio de normas jurídicas. A esse respeito, o Tribunal destaca que, das legislações comparadas anexadas pelas partes sobre técnicas de reprodução assistida (Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Peru, Uruguai), observa-se que existem normas que regulamentam algumas práticas na matéria. O Tribunal constata que, por exemplo, existe: i) a proibição de clonagem humana, no Chile⁴⁰² e no Peru;⁴⁰³ ii) as legislações de Brasil,⁴⁰⁴ Chile⁴⁰⁵ e Peru⁴⁰⁶ proíbem a utilização das técnicas de reprodução assistida para fins diferentes da procriação humana; iii) o Brasil estabelece que o número ideal de óvulos e pré-embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro, para não aumentar os riscos de multipariedade,⁴⁰⁷ e proíbe a utilização de procedimentos que “apontem a uma redução embrionária”⁴⁰⁸ e a comercialização do material biológico, em razão de que esta prática implica um crime,⁴⁰⁹ e iv) existem diversos tipos de regulamentações sobre a crioconservação. Por exemplo, no Chile se proíbe o

⁴⁰¹ O relatório de 2009 do Registro Latino-Americano de Reprodução Assistida (RLA) informou que nesse período “relataram 135 centros pertencentes a onze países. A maioria dos centros estão no Brasil e no México, a maioria dos ciclos foram realizados no Brasil e na Argentina”. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2825).

⁴⁰² Cf. Lei 20.120 de 2006, Ministério da Saúde do Chile, Artigo 5, (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8424 a 8426).

⁴⁰³ Cf. Lei Geral da Saúde do Peru nº 26.842 de 15 de julho de 1997, artigo 7 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folha 8357).

⁴⁰⁴ Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992, Princípio Geral, nº 5 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

⁴⁰⁵ Cf. Projeto de Lei de Reprodução Humana Assistida, Artigo 1 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8437 a 8443).

⁴⁰⁶ Cf. Lei Geral da Saúde do Peru nº 26.842 de 15 de julho de 1997, artigo 7 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folha 8357).

⁴⁰⁷ Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992, Princípio Geral, nº 6 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428). Sobre a transferência embrionária a perita Garza explicou que “as Diretrizes emitidas pela Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM) em 1999 aconselham que não mais de 2 embriões devem ser transferidos às mulheres que têm mais probabilidades de ficar grávidas, e não mais de 5 nas pacientes com uma probabilidade menor de gravidez. No ano de 2006, em um esforço por reduzir ainda mais a incidência das gravidezes múltiplas de alta ordem, a ASRM e a Sociedade de Tecnologia de Reprodução Assistida (SART) desenvolveram diretrizes para assistir os programas de TRA e os pacientes, para determinar o número apropriado da etapa de clivagem (geralmente 2-3 dias), embriões ou blastócitos (geralmente 5 ou 6 dias depois da fertilização) para transferir. Estas diretrizes recomendam que: as mulheres com menos de 35 anos, que têm mais probabilidades de ficar grávidas, devem ser encorajadas a considerar a transferência de um único embrião; as mulheres, com idades entre 35-37 anos, com uma boa possibilidade de ficar grávidas, não devem receber mais de 2 embriões; as mulheres, com idades entre 38-40, com uma boa possibilidade de ficar grávidas, não devem receber mais de 3 embriões em estado de clivagem ou não mais de 2 blastócitos. As mulheres, com idades além dos 40 anos, e as que têm menos probabilidades de ficar grávidas, podem ter mais embriões transferidos”. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folhas 2566 e 2567).

⁴⁰⁸ Cf. Princípio Geral nº 7, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

⁴⁰⁹ Cf. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005 do Brasil (expediente de mérito, tomo I, anexo 20, folhas 249 a 262). Artigo 5.

congelamento de embriões para transferência diferida de embriões,⁴¹⁰ e no Brasil⁴¹¹ e na Colômbia⁴¹² é permitida a criopreservação de embriões, espermatozoides e óvulos. Por outro lado, em alguns países, como Argentina,⁴¹³ Chile⁴¹⁴ e Uruguai,⁴¹⁵ já estão buscando tomar medidas para que os tratamentos de reprodução assistida sejam cobertos pelos programas ou políticas de saúde estatal.

256. A Corte considera que, apesar de que não existem muitas regulamentações normativas específicas sobre a FIV na maioria dos Estados da região, estes permitem que a FIV seja praticada dentro de seus territórios. Isso significa que, no contexto da prática da maioria dos Estados Parte na Convenção interpretou-se que a Convenção permite a prática da FIV. O Tribunal considera que estas práticas dos Estados estão relacionadas com a maneira em que interpretam os alcances do artigo 4 da Convenção, pois nenhum destes Estados considerou que a proteção ao embrião deva ser de tal magnitude que não sejam permitidas as técnicas de reprodução assistida ou, particularmente, a FIV. Nesse sentido, esta prática generalizada⁴¹⁶ 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.

C.4) O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

257. Em uma interpretação teleológica se analisa o propósito das normas envolvidas, para o que é relevante analisar o objeto e fim do mesmo tratado e, caso seja pertinente, analisar os propósitos do sistema regional de proteção. Nesse sentido, tanto a interpretação

⁴¹⁰ Cf. Normas Aplicáveis à Fertilização In Vitro e à Transferência Embrionária, *Extenta* n° 1072 de 28 de junho de 1985, Santiago, Ministério da Saúde, República do Chile (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8456 a 8459). O artigo 8 estabelece que: "a Instituição e a respectiva equipe de especialistas devem manter e proporcionar às autoridades do Ministério da Saúde informação completa e fidedigna sobre: a) Lugar e local onde se efetua a FIV e TE; b) Instituição que patrocina e se faz responsável pelo Programa da FIV e TE, definindo claramente os objetivos e procedimentos do programa; c) Os especialistas e profissionais que conduzem e participam do processo da FIV e TE, sua formação e idoneidade; d) Os protocolos de trabalho onde serão registrados os detalhes do processo da FIV e TE indicando o número de óvulos obtidos, fertilizados ou implantados. A esse respeito, deve se estabelecer que todos os óvulos fertilizados e normais devem ser transferidos à mãe e que não se praticará o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões muito menos com fins de investigação".

⁴¹¹ Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.358 de 1992 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

⁴¹² Cf. Decreto 1546 de 1998, Presidente da República da Colômbia, Artigo 48 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8277 a 8303).

⁴¹³ Projeto de Lei que foi aprovado em 28 de junho de 2012 pela Câmara de Deputados que prevê que as obras sociais, as entidades de medicina privada e o sistema de saúde pública deverão incorporar como prestações obrigatórias a cobertura integral e interdisciplinar dos procedimentos que a Organização Mundial da Saúde define como "Reprodução Humana Assistida". Texto com os seis artigos disponíveis aqui: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0492-D-2010>

⁴¹⁴ O perito Zegers declarou que o Chile "não discutiu formalmente a cobertura dos tratamentos de infertilidade no âmbito legislativo, entretanto, o governo destinou recursos econômicos especiais ao Fundo Nacional da Saúde para cobrir os tratamentos de TRA a uma população crescente de mulheres de baixos recursos". Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2824).

⁴¹⁵ Cf. Projeto de Lei "Técnicas de reprodução assistida" aprovado pela Câmara de Representantes em 9 de outubro de 2012 e atualmente em estudo na Comissão de Saúde Pública do Senado. Disponível em: <http://www0.parlamento.gub.uy/indexdb/Distribuidos/ListarDistribuido.asp?URL=/distribuidos/contenido/camara/D20120417-0218-0997.htm&TIPO=CON> (última consulta em 28 de novembro de 2012).

⁴¹⁶ O artigo 31.3 b) da Convenção de Viena estabelece que: "[j]untamente com o contexto, será levado em consideração: qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação".

sistemática como a teleológica estão diretamente relacionadas.⁴¹⁷

258. Os antecedentes que foram analisados até agora permitem inferir que a finalidade do artigo 4.1 da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege. Nesse sentido, a cláusula "em geral" 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. Em outras palavras, o objeto e fim do artigo 4.1 da Convenção é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos.

259. Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, 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.

260. A esse respeito, a Corte considera que outras sentenças no Direito Constitucional comparado buscam realizar um adequado balanço de possíveis direitos em conflito e, portanto, constituem uma referência relevante para interpretar os alcances da cláusula "em geral, desde a concepção" estabelecida no artigo 4.1 da Convenção. A seguir se faz alusão a alguns exemplos jurisprudenciais nos quais se reconhece um legítimo interesse em proteger a vida pré-natal, mas onde se diferencia este interesse da titularidade do direito à vida, enfatizando que toda tentativa de proteger este interesse deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, em especial da mãe.

261. No âmbito europeu, por exemplo, o Tribunal Constitucional da Alemanha, ressaltando o dever geral do Estado de proteger o não nascido, estabeleceu que "[a] proteção da vida, [...] não é em tal grau absoluta que goze sem exceção alguma de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos",⁴¹⁸ e que "[o]s direitos fundamentais da mulher [...] subsistem frente ao direito à vida do *nasciturus* e conseqüentemente têm de ser protegidos".⁴¹⁹ Além disso, segundo o Tribunal Constitucional da Espanha, "[a] proteção que a Constituição concede ao '*nasciturus*' [...] não significa que esta proteção tenha caráter absoluto".⁴²⁰

262. Por sua vez, na região, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos afirmou que "[é] razoável e lógico que um Estado, em um determinado momento, proteja outros interesses [...] como, por exemplo, os da potencial vida humana", o qual deve ser ponderado com a intimidade pessoal da mulher - a qual não se pode entender como um direito absoluto - e "outras circunstâncias e valores".⁴²¹ Por outro lado, segundo a Corte

⁴¹⁷ *Caso González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 59.

⁴¹⁸ BVerfG, Sentença BVerfGE 88, 203, 28 de maio de 1993, 2 BvF 2/90 e 4, 5/92, par. D.I.2.b. (Tradução da Secretaria da Corte).

⁴¹⁹ BVerfG, Sentença BVerfGE 88, 203, 28 de maio de 1993, 2 BvF 2/90 e 4, 5/92, par. D.I.2.c.aa. (Tradução da Secretaria da Corte).

⁴²⁰ Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença de Recurso Prévio de Constitucionalidade 53/1985, 11 de abril de 1985, par. 8.

⁴²¹ Corte Suprema dos Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973)

Constitucional da Colômbia, "embora corresponda ao Congresso adotar as medidas idôneas para cumprir o dever de proteção da vida [...] isto não significa que estejam justificadas todas as que profira com esta finalidade, porque, apesar de sua relevância constitucional a vida não tem o caráter de um valor ou de um direito de caráter absoluto e deve ser ponderada com os outros valores, princípios e direitos constitucionais".⁴²² A Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina afirmou que nem da Declaração Americana nem da Convenção Americana se deriva um mandato de maneira que corresponda interpretar, de modo restritivo, o alcance das normas criminais que permitem o aborto em certas circunstâncias, "já que as normas pertinentes destes instrumentos foram expressamente delimitadas em sua formulação para que delas não se derivasse a invalidez de um caso de aborto" como o previsto no Código Penal argentino.⁴²³ Em sentido similar, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México declarou que, do fato de que a vida seja uma condição necessária da existência de outros direitos não se pode validamente concluir que se deve considerar a vida como mais valiosa que qualquer um desses outros direitos.⁴²⁴

263. Portanto, a Corte conclui que o objetivo e fim da cláusula "em geral" do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos.

C.5) Conclusão da interpretação do artigo 4.1

264. A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que 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 procederia a aplicação do artigo 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras "em geral" que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral.

D) Proporcionalidade da medida de proibição

Argumentos da Comissão e alegações das partes

265. A Comissão afirmou que foram cumpridos os requisitos de legalidade, finalidade e idoneidade. Entretanto, a Comissão considerou que na análise de idoneidade "pode ter incidência" a evidência científica de "que a técnica de reprodução assistida da [FIV] impõe

⁴²² Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006, VI.5.

⁴²³ Corte Suprema de Justiça da Argentina, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", Sentença de 13 de março de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10.

⁴²⁴ Cf. Sentença da Suprema Corte de Justiça da Nação de 28 de agosto de 2008, ação de inconstitucionalidade 146/2007, acumulad à ação 147/2007. Em particular, na sentença se afirmou que: "Em outros termos, podemos aceitar como verdadeiro que se não se está vivo não se pode exercer nenhum direito, mas daí não poderíamos deduzir que o direito à vida goze de preeminência frente a qualquer outro direito. Aceitar um argumento semelhante nos obrigaria a aceitar também, por exemplo, que o direito a se alimentar é mais valioso e importante que o direito à vida, porque o primeiro é uma condição do segundo". 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.

um risco de perda dos embriões [... que] é comparável ao processo natural de reprodução". Sobre a necessidade da medida, a Comissão afirmou que "existiam formas menos restritivas para satisfazer o objetivo buscado pelo Estado e acomodar os interesses em jogo, como por exemplo, através de outras formas de regulamentação que poderiam se assimilar mais ao processo natural de concepção, tal como uma regulamentação que diminua o número de óvulos fecundados". Finalmente, argumentou que "existem suficientes elementos para concluir que a proibição afetou de maneira desproporcional os direitos em jogo", em razão de que: i) "os direitos impactados, [...] são particularmente relevantes para a identidade de uma pessoa e sua autonomia"; ii) "a proteção da vida no âmbito internacional e constitucional comparado es[tá] habitualmente sujeita a graus de proteção que se apli[cam] de maneira incremental"; iii) deve-se considerar "o caráter severo da violação dos direitos envolvidos", já que "[o] efeito foi equivalente a uma anulação do exercício de seus direitos"; iv) é viável considerar que a proibição da [FIV], na prática, não contribui a uma proteção significativa da vida dos embriões, em contraste com a alta frequência [de perda embrionária] no processo natural de concepção", e v) é importante se referir "à consistência e coerência na ação estatal relativa aos embriões", já que existiriam "práticas permitidas atualmente na Costa Rica [... que] implicam um risco de fecundação destes óvulos, de perda embrionária e de gravidezes múltiplas". A Comissão observou que a proibição da FIV "teve dois efeitos que se encontram sob o alcance do direito à igualdade: i) impediu às [supostas] vítimas superar a situação de desvantagem em que se encontravam através do benefício do progresso científico, em particular, de um tratamento médico, e ii) teve um impacto específico e desproporcional em relação às mulheres".

266. O representante Molina coincidiu com a Comissão e acrescentou, em relação à legalidade da medida, que a Sala Constitucional "exced[eu] suas faculdades limitando o Poder Legislativo a exercer sua função primordial". Além disso, argumentou que "a ambiguidade" na formulação da proibição da Sala Constitucional "gera[va] dúvidas e abr[ia] o campo ao arbítrio da autoridade". Acrescentou que o fim da sentença era "a proteção absoluta [do] direito à vida dos embriões humanos", razão pela qual o considerou um "suposto fim legítimo". Por sua vez, negou a idoneidade da medida por considerar a sentença "um meio discriminatório" e "arbitrária", já que "não ponderou nem dimensionou entre os diferentes direitos convencionais". Por outro lado, argumentou que "[o] Estado escolheu a medida mais lesiva de todas, a medida que anulou por completo a única possibilidade que os casais tinham para realizar sua decisão privada de se converter em pais e mães biológicos".

267. O representante Molina alegou que a satisfação do direito à vida não justifica a restrição dos direitos à família, honra e dignidade, e igualdade perante a lei. Qualificou a infertilidade das supostas vítimas como "incapacidade pela qual haviam sido discriminadas para ter uma família". Igualmente, argumentou que "o benefício obtido com a medida é nulo, ao passo que o dano causado com a proibição é máximo, [portanto] não se pode predicar como proporcional a medida da proibição da FIV". Além disso, argumentou que "a decisão da Sala Constitucional [...] incidiu em uma discriminação por uma incapacidade reprodutiva", considerando que a "sentença estabelece uma clara diferença entre [...] casais [...] que podem conceber naturalmente e [...] casais que somente podem fazê-lo por meio de métodos de reprodução assistida", e que "[a] discriminação realizada pela Sala não somente é evidente na sentença como tal, mas nos efeitos que a mesma provocou sobre as pessoas e casais que pretendiam conceber por meio de métodos de reprodução assistida". Finalmente, considerou a sentença como uma "forma de discriminação em função de suas possibilidades econômicas".

268. O representante May alegou que "[a infertilidade] é uma doença, uma incapacidade e, portanto, uma incapacidade do ser humano para fecundar ou para conceber, em resumo,

uma incapacidade para procriar". O representante May alegou que embora a "proibição absoluta" à prática da FIV "poderia parecer neutra", "não tem o mesmo efeito em cada pessoa[, mas...] produz um impacto desproporcional naqueles que são inférteis, negando-lhes a oportunidade de superar sua condição física e conceber de uma forma biológica".

269. O Estado alegou que a Comissão "nem sequer questionou a legalidade da medida adotada pelo Tribunal Constitucional" e "aceitou que a restrição [...] constitui uma limitação prevista na lei e no ordenamento jurídico". Argumentou que "o fim buscado pelo Estado costarriquenho ao proibir a [FIV] é legítimo, pois pretende proteger o direito à vida dos embriões". Argumentou que "a legitimidade do fim proposto depende de como se defina a palavra 'concepção', pois se é equiparada à palavra 'fertilização', sim existiria idoneidade da medida adotada pelo Estado ao proibir a" FIV. Em relação à necessidade da medida, argumentou que "a Comissão parte de uma premissa equivocada de afirmar que neste caso o Estado costarriquenho pôde adotar uma medida menos restritiva". A esse respeito, argumentou que "ficou demonstrado que no estado atual da ciência, não existe evidência de que a [FIV] ofereça garantias de proteção à vida do não nascido fecundado *in vitro*".

270. Em relação à proporcionalidade da medida, o Estado alegou que "ao balancear o prejuízo que a medida restritiva gera no titular da liberdade, e o benefício que a coletividade obtém a partir disso ao se proteger o valor mais fundamental da sociedade que é o direito à vida, o Estado deve necessariamente inclinar a balança para este último". Afirmou que a "problemática associada com a Fertilização *in Vitro* é o alto índice de morte dos embriões humanos que são transferidos à cavidade uterina por métodos artificiais". Mencionou alguns fenômenos "para explicar alguns dos problemas que podem estar envolvidos na alta ineficiência da FIV": i) "o estado de maturação dos óvulos utilizados: a indução de uma multiovulação, que é feita habitualmente para aplicar a FIV, realiza-se com o tratamento de gonadotrofinas mas, com frequência, o estado de maturação dos óvulos obtidos por este procedimento é deficiente"; ii) "visto que na [FIV] não são realizados os procedimentos de seleção de espermatozoides normais e maduros que ocorrem na natureza, em muitíssimos casos a concepção se dá através de espermatozoides defeituosos"; iii) "a porcentagem de embriões que detém seu desenvolvimento entre as etapas de zigoto e blastócito é mais elevada quando a geração do desenvolvimento ocorre *in vitro* do que *in vivo* [...]. O embrião gerado tem uma melhor viabilidade intrínseca que o criado *in vitro*; ou seja, os embriões criados no laboratório são menos saudáveis", e iv) "foi demonstrado que o embrião envia sinais para preparar o endométrio para a implantação, o que poderia explicar em parte por que no caso da FIV, ao não estar presente no corpo da mulher o embrião pré-implantado, a taxa de implantação é tão baixa". Nesse sentido, argumentou que "[a] única saída é a proibição da técnica, pois somente desta forma existe garantia para a vida do embrião desde a fecundação" e, portanto, "não poderia se obrigar a ponderar neste caso de maneira diferente os direitos envolvidos, pois não existe forma de fazê-lo". Por outro lado, o Estado afirmou que "a Sentença da Sala Constitucional [...] não é omissa em relação ao juízo de ponderação[, já que] foi considerado que a proscrição constitucional da técnica *in vitro* era necessária para proteger o direito à vida dos embriões". Por sua vez, acrescentou que "[o] fato de que na Costa Rica a Sala Constitucional tenha avaliado a existência do aborto terapêutico [...] não é contraditório com a proibição da" FIV, em razão de que nesse caso "o juízo de ponderação devia ser realizado entre o direito à vida da mãe e o direito à vida do embrião".

271. Finalmente, em relação à alegada discriminação indireta, o Estado afirmou que "[a] situação de infertilidade é uma condição natural que não é induzida pelo Estado". Além disso, argumentou que "não existe consenso em que a infertilidade seja, *per se*, uma doença" ou possa "ser considerada uma incapacidade". A esse respeito, alegou que "[a] concepção assistida é distinta do tratamento de uma doença", já que a FIV não "cura" a

infertilidade, pois “não constitui um tratamento para modificar a situação que faz com que um casal ou uma pessoa seja infértil, mas constitui um meio para substituir o procedimento natural da fecundação”. Por outro lado, argumentou que a proibição da FIV “não está orientada a estabelecer discriminação contra as pessoas que não podem ter filhos de forma natural nem muito menos contra as mulheres”, pois a proibição “estava dirigida a todas as pessoas independentemente de sua condição: solteiras, casadas, mulheres ou homens, férteis ou inférteis”. Portanto, alegou que a proibição da FIV não teve uma “especial intensidade” em relação às mulheres, de modo que não discrimina de forma indireta pois “não tem sua origem unicamente em problemas das mulheres”.

Considerações da Corte

272. A Corte afirmou que a decisão de ter filhos biológicos através do acesso a técnicas de reprodução assistida faz parte do âmbito dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e à vida privada e familiar. Além disso, a forma como se constrói esta decisão é parte da autonomia e da identidade de uma pessoa tanto em sua dimensão individual como de casal. A seguir será analisada a suposta justificativa da interferência que o Estado realizou em relação ao exercício destes direitos.

273. A esse respeito, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que um direito pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei no sentido formal e material,⁴²⁵ perseguir um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade.⁴²⁶ No presente caso, a Corte ressaltou que o “direito absoluto à vida do embrião”, como base para a restrição dos direitos envolvidos, não tem fundamento na Convenção Americana (par. 264 *supra*), razão pela qual não é necessária uma análise detalhada de cada um destes requisitos, nem apreciar as controvérsias em relação à declaração de inconstitucionalidade em sentido formal pela suposta violação do princípio da reserva de lei. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal considera pertinente expor a forma em que o sacrifício dos direitos envolvidos no presente caso foi desmedido em relação às vantagens pretendidas com a proteção do embrião.⁴²⁷

274. Para isso, a restrição teria de alcançar uma importante satisfação da proteção da vida pré-natal, sem anular os direitos à vida privada e a fundar uma família. Para realizar esta ponderação deve ser analisado: i) o grau de violação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade desta violação foi grave, média ou moderada; ii) a importância da satisfação do bem contrário, e iii) se a satisfação deste justifica a restrição do outro.⁴²⁸

275. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que o possível conflito entre o direito à vida privada, que inclui os direitos à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade, e “a possibilidade de que disposições de proteção para o não nascido sejam estendidas em certas circunstâncias, deve ser resolvido ponderando vários [...] direitos ou liberdades reclamados por uma mãe e um pai envolvidos em uma relação entre os dois ou

⁴²⁵ Cf. A Expressão “Leis” no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A N° 6, pars. 35 e 37.

⁴²⁶ Cf. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C N° 193, par. 56, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 164.

⁴²⁷ *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 83, e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, par. 93.

⁴²⁸ *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 84.

vis-à-vis ao feto”.⁴²⁹ Este Tribunal expressou que uma “consideração indevida da proteção da vida pré-natal ou com base em que o direito da futura mãe ao respeito de sua vida privada é de menor ordem, não constitui uma ponderação razoável e proporcional entre direitos e interesses em conflito”.⁴³⁰ Além disso, no *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, o Tribunal Europeu considerou que a proibição absoluta do diagnóstico pré-implantacional não era proporcional, devido à legislação nacional inconsistente em relação aos direitos reprodutivos, que, proibindo o diagnóstico pré-implantacional, permitia ao mesmo tempo o término da gravidez se um feto posteriormente demonstrasse sintomas de uma grave doença detectável pelo diagnóstico pré-implantacional.⁴³¹

276. A Corte efetuará uma ponderação na qual analisará: i) a severidade da interferência ocorrida nos direitos à vida privada e familiar e aos demais direitos envolvidos no presente caso. Além disso, esta severidade é analisada desde o impacto desproporcional relacionado com: ii) a incapacidade; iii) o gênero, e iv) a situação socioeconômica. Finalmente, será avaliada: v) a controvérsia sobre a alegada perda embrionária.

D.1) Severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso

277. Como foi indicado anteriormente (par. 144 *supra*), o alcance do direito à vida privada e familiar ostenta uma estreita relação com a autonomia pessoal e os direitos reprodutivos. A sentença da Sala Constitucional teve o efeito de interferir no exercício destes direitos das supostas vítimas, uma vez que os casais tiveram de modificar seu curso de ação em relação à decisão de tentar ter filhos através da FIV. De fato, a Corte considera que uma das ingerências diretas na vida privada se relaciona ao fato de que a decisão da Sala Constitucional impediu que fossem os casais quem decidissem sobre se desejavam ou não se submeter na Costa Rica a este tratamento para ter filhos. A ingerência se faz mais evidente se for considerado que a FIV é, na maioria dos casos, a técnica à qual recorrem as pessoas ou casais depois de haver tentado outros tratamentos para enfrentar a infertilidade (por exemplo, o senhor Vega e a senhora Arroyo realizaram 21 inseminações artificiais) ou, em outras circunstâncias, é a única opção com a que conta a pessoa para poder ter filhos biológicos, como no caso do senhor Mejías Carballo e da senhora Calderón Porrás (pars. 85 e 117 *supra*).

278. A Corte afirmou que a ingerência no presente caso não está relacionada ao fato de não haver podido ter filhos (par. 161 *supra*). A seguir será analisado o grau de severidade da 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.

279. Em primeiro lugar, a proibição da FIV impactou na intimidade das pessoas, visto que, em alguns casos, um dos efeitos indiretos da proibição foi que, ao não ser possível praticar esta técnica na Costa Rica, os procedimentos utilizados para recorrer a um tratamento médico no exterior exigiam expor aspectos que faziam parte da vida privada. A esse respeito, a senhora Bianchi Bruna afirmou que:

ao casal, a nós como esposos, o estresse econômico que significa conseguir esta quantia de dinheiro o quanto antes, porque aqui prima também um fator de tempo que é muito

⁴²⁹ TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), Sentença de 8 de julho de 2004, par. 80, e *Caso RR Vs. Polônia*, (nº 27617/04), Sentença de 26 de maio de 2011, par. 181

⁴³⁰ TEDH, *Caso A, B e C Vs. Irlanda*, (nº 25579/05), Grande Câmara. Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 238.

⁴³¹ Cf. TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (nº 54270/10), Sentença de 28 de agosto de 2012, par. 71.

importante, já que temos um diagnóstico [...] e não se sabe em quanto tempo a gente pode juntar essa soma, menos se teremos que juntá-la várias vezes; o estresse deste tipo que um casal tem de enfrentar, quantos casais não se separam por estresse econômico simples e corrente; é enorme a falta de privacidade no fato de que no trabalho todos os meus empregadores tinham de ficar sabendo que eu estava me submetendo a este tratamento porque tinha de estar constantemente pedindo licença, ao mesmo tempo que dizia tenho de me demitir justamente antes de que tivesse de sair de viagem porque ninguém me daria a permissão para sair de viagem em 24, com notificação de 24 horas; no acompanhamento me pediam até 24 horas antes de viajar, depois tinha que viajar com 24 horas de notificação à Colômbia e daí em diante continuavam o procedimento durante cinco dias e depois tinha que voltar à Costa Rica para fazer, 10 dias depois, o teste de gravidez e posteriormente acompanhar a gravidez. Isto levava a que todo o mundo se desse conta [...] A intimidade é totalmente violada, todo mundo não somente fica sabendo que ainda que fosse a mulher a que era infértil, todo mundo assume que o casal também é, ou que não foi capaz de realizar essa procriação; isso para ele foi muito difícil também, além de ter de estar me apoiando constantemente em coisas que realmente não entende [...], submeteu-me a um estresse social e familiar já que minha família se viu dividida de repente.⁴³²

280. Nesse sentido, a senhora Henchoz Bolaños explicou dificuldades adicionais similares, as quais são possíveis de inferir que não teriam surgido se houvesse podido ter acesso à FIV em seu país. Afirmou, em relação à sua viagem à Europa para ter acesso à FIV, que “no mesmo dia que chega[ram], tiv[eram] de procurar o hotel, tiv[eram] de procurar a clínica, o médico, nunca havia[m] ido à Europa, [...] é um lugar totalmente estranho, estava sem [sua] família, sem [seus] entes queridos, estava[m] sozinhos, [s]e sentia como expatriada, assim [s]e sentia. Chega[ram], encontra[ram] o médico, um médico que não [os] conhece, que não sabe nem quem [você é]”.⁴³³

281. Em segundo lugar, em relação à violação da autonomia pessoal e do projeto de vida dos casais, a Corte observa que a FIV costuma ser realizada como último recurso para superar graves dificuldades reprodutivas. Sua proibição afetou com maior impacto os planos de vida dos casais cuja única opção de procriar era a FIV, como ocorria nos casos do senhor Mejías e da senhora Calderón Porras. Em sentido similar, a senhora Arroyo Fonseca, que havia tentado várias inseminações e que ao final conseguiu ter filhos, manifestou que, em determinado momento, “não tev[e] a oportunidade de superar [seu] problema de infertilidade com uma técnica de reprodução assistida que [naquele momento lh]e teria permitido ter mais filhos”.⁴³⁴

282. Em terceiro lugar, viu-se impactada a integridade psicológica das pessoas ao lhes negar a possibilidade de ter acesso a um procedimento que faz possível aplicar a liberdade reprodutiva desejada. A esse respeito, uma das vítimas expressou que, depois da proibição, ele e sua companheira, “ca[íram] em uma etapa de depressão tremenda, [ela] chorava o tempo todo, fechava-se no quarto e se negava a sair, [lh]e recordava a todo momento a ilusão de ter um filho seu, dos nomes que tínhamos [...]. Também tiveram de viver outras experiências amargas, por exemplo, deixa[ram] de ir à Igreja porque cada domingo era um martírio ir à missa e escutar o padre se referir às pessoas que queriam [a FIV] como

⁴³² Declaração da senhora Bianchi Bruna na audiência realizada em 28 de outubro de 2008 perante a Comissão Interamericana.

⁴³³ Declaração da senhora Ileana Henchoz prestada na audiência pública realizada no presente caso.

⁴³⁴ Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5266).

peessoas que matavam crianças e como Deus reprovava e abominava essas crianças [...]. Não volt[aram] a nenhuma igreja, e [se] senti[ram] abandonados pelo próprio Deus".⁴³⁵

283. Por sua vez, a senhora Carro Maklouf expressou que sentiu "uma indescritível intromissão em [sua] vida privada" e enfatizou que para seus outros filhos "também era uma ilusão ter um irmãozinho, já que eles eram adultos, e o tema havia se convertido em um projeto familiar, eles também sofreram a [seu] lado toda a dor que [lh]e trouxe esta decisão da Sala Constitucional"⁴³⁶. A senhora Bianchi Bruna explicou que quando a FIV, como "última opção, [...] foi proibida [...], sent[iu] uma tormenta de dor e incredulidade dando voltas em [sua] mente". Por outro lado, a senhora Artavia Murillo declarou que a decisão estatal "lev[ou] ao fracasso de [seu] relacionamento matrimonial pelas depressões que sofre[ram] à raiz de tal proibição (fertilização *in vitro*) tanto as de [seu] ex-marido como as [suas], sendo assim que o melhor foi que terminássemos o mesmo, deixando uma ferida ainda maior, e com um dano moral incalculável".⁴³⁷

284. De maneira que, em face do afirmado anteriormente, 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. Mas também existiram impactos diferentes, relacionados à situação de incapacidade, ao gênero e à situação econômica, que foram alegados pelas partes em conexão com uma possível discriminação indireta no presente caso.

D.2) Severidade da interferência como consequência da discriminação indireta pelo impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica

285. A Corte Interamericana afirmou reiteradamente que a Convenção Americana não proíbe todas as distinções de tratamento. A Corte marcou a diferença entre "distinções" e "discriminações",⁴³⁸ de forma que as primeiras constituem diferenças compatíveis com a Convenção Americana por serem razoáveis e objetivas e as segundas constituem diferenças arbitrárias que redundam em prejuízo dos direitos humanos. No presente caso, os efeitos da sentença de inconstitucionalidade estão relacionados à proteção do direito à vida privada e familiar, e o direito de formar uma família, e não com a aplicação ou interpretação de uma determinada lei interna que regule a FIV. Portanto, a Corte não analisará a suposta violação do direito à igualdade e não discriminação no contexto do artigo 24,⁴³⁹ mas à luz do artigo 1.1⁴⁴⁰ da Convenção, em relação aos artigos 11.2 e 17 da mesma.⁴⁴¹

⁴³⁵ Declaração juramentada (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo IV, anexo XXI, folha 5620).

⁴³⁶ Declaração juramentada de Claudia María Carro Maklouf "História de vida" (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4140).

⁴³⁷ Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077).

⁴³⁸ Sobre o conceito de "discriminação", embora a Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não contenham uma definição deste termo, a Corte e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas tomaram como base as definições contidas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher para afirmar que a discriminação constitui "toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseiem em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, o idioma, a religião, a opinião política ou de outra natureza, a origem nacional ou social, a posição econômica, o nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenham por objeto ou por resultado anular ou menosprezar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas". Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 7, e A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A N° 18, par. 92.

⁴³⁹ O artigo 24 da Convenção (Igualdade perante a Lei) indica que:

286. O Tribunal afirmou que o princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e não discriminação determina que os Estados devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos.⁴⁴² O Comitê de Direitos Humanos,⁴⁴³ o Comitê contra a Discriminação Racial,⁴⁴⁴ o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher⁴⁴⁵ e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁴⁶ reconheceram o conceito da discriminação indireta. Este conceito implica que uma norma ou prática aparentemente neutra tem repercussões particularmente negativas em uma pessoa ou grupo com algumas características determinadas.⁴⁴⁷ É possível que quem tenha estabelecido esta norma ou prática não seja consciente dessas consequências práticas e, em tal caso, a intenção de discriminar não é o essencial e procede uma inversão do ônus da prova. A esse respeito, o Comitê das Pessoas com Deficiência afirmou que “uma lei que se aplique com imparcialidade pode ter um efeito discriminatório se não são levadas em consideração as circunstâncias particulares das pessoas às que se aplique”.⁴⁴⁸ Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também desenvolveu o conceito de discriminação indireta, estabelecendo que quando uma política geral ou medida tem um efeito

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

⁴⁴⁰ O artigo 1.1 da Convenção Americana (Obrigação de Respeitar os Direitos) dispõe que:

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 econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

⁴⁴¹ A Corte afirmou que se um Estado discrimina no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna, violaria o artigo 24. *Cf. Caso Apitz Barbera e outros ("Primeira Corte do Contencioso-Administrativo") Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 209, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, par. 272.

⁴⁴² *Cf. Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 141, e A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 88.

⁴⁴³ *Cf. Comitê de Direitos Humanos, Comunicação nº 993/2001, Althammer Vs. Áustria*, 8 de agosto de 2003, par. 10.2. (“que o efeito discriminatório de uma norma ou medida que é à primeira vista neutra ou não tem propósito discriminatório também pode dar lugar a uma violação da proteção igual perante a lei”), e Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não discriminação.

⁴⁴⁴ *Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Comunicação nº 31/2003, L.R. et al. Vs. Eslováquia*, 7 de março de 2005, par. 10.4.

⁴⁴⁵ *Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 25 referente a medidas especiais de caráter temporal (2004)*, par. 1 (“pode haver discriminação indireta contra a mulher quando as leis, as políticas e os programas se baseiam em critérios que aparentemente são neutros sob o ponto de vista do gênero, mas que, de fato, repercutem negativamente na mulher”).

⁴⁴⁶ *Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 20.* A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, parágrafo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 2 de julho de 2009.

⁴⁴⁷ *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito Reparações e Custas.* Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C Nº 251, par. 234.

⁴⁴⁸ *Cf. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Comunicação nº 3/2011, Caso H. M. Vs. Suécia, CRPD/C/7/D/3/2011*, 19 de abril de 2012, par. 8.3.

desproporcionalmente prejudicial em um grupo particular, esta pode ser considerada discriminatória ainda que não tenha sido dirigida especificamente a esse grupo.⁴⁴⁹

287. A Corte considera que o conceito de impacto desproporcional está ligado ao de discriminação indireta, razão pela qual se analisa se no presente caso existiu um impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica.

D.2.a) Discriminação indireta em relação à condição de incapacidade

288. A Corte toma nota que a Organização Mundial da Saúde (doravante denominada "OMS") definiu a infertilidade como "uma doença do sistema reprodutivo definida como a incapacidade de conseguir uma gravidez clínica depois de 12 meses ou mais de relações sexuais não protegidas" (par. 62 *supra*). Segundo o perito Zegers-Hochschild, "a infertilidade é uma doença que tem vários efeitos na saúde física e psicológica das pessoas, bem como consequências sociais, que incluem instabilidade matrimonial, ansiedade, depressão, isolamento social e perda de *status* social, perda de identidade de gênero, ostracismo e abuso [...]. [G]era angústia, depressão, isolamento e debilita os laços familiares". A perita Garza testemunhou que "[é] mais exato considerar a infertilidade como um sintoma de uma doença subjacente. As doenças que causam infertilidade têm um duplo efeito, [...] dificultando o funcionamento da infertilidade, mas também causando problemas de saúde para o homem ou a mulher, tanto a curto como a longo prazo". Em sentido similar, a Associação Médica Mundial reconheceu que as tecnologias reprodutivas "diferem do tratamento de doenças em que a incapacidade para serem pais sem ajuda médica nem sempre é considerado uma doença. Mesmo quando possa ter profundas consequências psicossociais e, portanto médicas, não é em si mesma limitante da vida. Entretanto, constitui-se uma causa significativa de doenças mentais graves e seu tratamento é claramente médico".⁴⁵⁰

289. Do artigo 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante denominada "CDPD") se observa o direito das pessoas com deficiência de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva.⁴⁵¹ O perito Caruso considerou que somente se pode falar da infertilidade como deficiência em determinadas condições e hipóteses e, portanto, somente em casos específicos.⁴⁵² O perito Hunt observou que "a infertilidade involuntária é uma deficiência",⁴⁵³ considerando que:

⁴⁴⁹ TEDH, *Caso Hoogendijk Vs. Holanda*, No. 58641/00, Primeira Câmara, 2005; TEDH, Grande Câmara, *D. H. e outros Vs. República Checa*, nº 57325/00, 13 de novembro de 2007, par. 175, e TEDH, *Caso Hugh Jordan Vs. Reino Unido*, nº 24746/94, 4 de maio de 2001, par. 154.

⁴⁵⁰ *The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006*, disponível em: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [Tradução da Secretaria da Corte]. Declaração citada no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana (expediente de mérito, tomo I, nota de pé 36) e na contestação da demanda (expediente de mérito, tomo III, folha 1086).

⁴⁵¹ O Artigo 25.1 estabelece que: Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral".

⁴⁵² Declaração prestada pelo perito Anthony Caruso na audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁵³ Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2650).

“[o] Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual a Costa Rica é Parte, reconhece que a `deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas’. De acordo com o modelo biopsicossocial da OMS sobre deficiência, esta tem um ou mais dos três níveis de dificuldade no funcionamento humano: um impedimento físico-psicológico; uma limitação de uma atividade devido a um impedimento (limitação de uma atividade) e uma participação restringida devido a uma limitação de atividade. De acordo com a Classificação Internacional de Funcionamento, da Deficiência e da Saúde da OMS, os impedimentos incluem problemas no funcionamento do corpo; as limitações das atividades são dificuldades que uma pessoa pode ter ao realizar uma atividade; e as participações restringidas são problemas que uma pessoa pode experimentar em diversas situações da vida”.⁴⁵⁴

290. O Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de San Salvador"), em seu artigo 18, afirma que “[t]oda pessoa impactada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade”. A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada “CIADDIS”) define o termo “deficiência” como “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”. Por sua vez, a CDPD estabelece que as pessoas com deficiência “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. A deficiência resulta da interação entre as limitações funcionais de uma pessoa e as barreiras existentes no entorno que impedem o exercício pleno de seus direitos e liberdades.⁴⁵⁵

291. Nas Convenções anteriormente mencionadas se tem em consideração o modelo social para abordar a deficiência, o que implica que a deficiência não é definida exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que se inter-relaciona com as barreiras ou limitações que socialmente existem para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva⁴⁵⁶. Os tipos de limites ou barreiras que comumente encontram as pessoas com diversidade funcional na sociedade são, entre outras, atitudinais⁴⁵⁷ ou socioeconômicas.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Declaração do perito Paul Hunt, folha 2650.

⁴⁵⁵ O Preâmbulo da CDPD reconhece que “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

⁴⁵⁶ *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133.

⁴⁵⁷ *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133. Cf. Assembleia Geral da ONU, Normas Uniformes sobre a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, GA/RES/48/96, 4 de março de 1994, Quadragésimo oitavo período de sessões, par. 3 (“em relação à deficiência, também há muitas circunstâncias concretas que influem nas condições de vida das pessoas que a sofrem: a ignorância, o abandono, a superstição e o medo são fatores sociais que ao longo de toda a história isolaram as pessoas com deficiência e atrasaram seu desenvolvimento”).

⁴⁵⁸ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 104, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133. Cf. também Artigo III.2 da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, Pessoas com Deficiência, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), 12 de setembro de 1994, par. 9.

292. Toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre,⁴⁵⁹ como a deficiência.⁴⁶⁰ Nesse sentido, é obrigação dos Estados propender pela inclusão das pessoas com deficiência por meio da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade,⁴⁶¹ com o fim de garantir que as limitações anteriormente descritas sejam desmanteladas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas de diferenciação positiva para remover estas barreiras.⁴⁶²

293. Com base nestas considerações e tendo em consideração a definição desenvolvida pela OMS segundo a qual a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo (par. 288 *supra*), a Corte considera que a infertilidade é uma limitação funcional reconhecida como uma doença e que as pessoas com infertilidade na Costa Rica, ao enfrentar as barreiras geradas pela decisão da Sala Constitucional, deviam ser consideradas protegidas pelos direitos das pessoas com deficiência, que incluem o direito de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva. Esta condição demanda uma atenção especial para que se desenvolva a autonomia reprodutiva.

D.2.b) Discriminação indireta em relação ao gênero

294. A Corte considera que a proibição da FIV pode afetar tanto homens como mulheres e lhes pode produzir impactos desproporcionais diferentes em virtude da existência de estereótipos e preconceitos na sociedade.

295. Em relação à situação das mulheres inférteis, o perito Hunt explicou que “em muitas sociedades se atribui a infecundidade em grande medida e de forma desproporcional à mulher, devido ao persistente estereótipo de gênero que define a mulher como a criadora básica da família”. Citando as conclusões de pesquisas do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisas Conexas da Organização Mundial da Saúde (OMS), afirmou que:

[a] responsabilidade pela infecundidade é comumente compartilhada pelo casal. [...] Entretanto, por razões biológicas e sociais, a culpa pela infecundidade não é compartilhada de forma equilibrada. A carga psicológica e social da fecundidade, na maioria das sociedades, é muito superior sobre a mulher. A condição de uma mulher se identifica com frequência em sua fecundidade, e a falta de filhos pode ser vista como uma desgraça social ou causa de divórcio. O sofrimento da mulher infértil pode ser muito real”.⁴⁶³

⁴⁵⁹ Cf. *Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C N° 134, pars. 111 e 113, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 244.

⁴⁶⁰ Cf. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*, par. 103, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134.

⁴⁶¹ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134. Cf. Artigo 5 das Normas Uniformes sobre a igualdade de oportunidades para as personas com deficiência.

⁴⁶² Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral n° 5, par. 13.

⁴⁶³ Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2206).

296. A Corte observa que a OMS afirmou que, embora o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminidade é definida muitas vezes através da maternidade. Nestas situações, o sofrimento pessoal da mulher infértil é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, a estigmatização e, inclusive, ao ostracismo.⁴⁶⁴ Segundo dados da Organização Pan-Americana da Saúde, existe uma brecha de gênero com relação à saúde sexual e reprodutiva, já que as doenças relacionadas à saúde sexual e reprodutiva têm impacto em aproximadamente 20% entre as mulheres e 14% dos homens.⁴⁶⁵

297. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher afirmou que quando uma "decisão de adiar a intervenção cirúrgica devido à gravidez esteve influenciada pelo estereótipo de que a proteção do feto deve prevalecer sobre a saúde da mãe", esta é discriminatória.⁴⁶⁶ A Corte considera que, no presente caso, estamos diante de uma situação parecida de influência de estereótipos, na qual a Sala Constitucional deu prevalência absoluta à proteção dos óvulos fecundados sem considerar a situação de deficiência de algumas das mulheres.

298. Por outro lado, a perita Neuburger explicou que "[o] modelo de identidade de gênero é definido socialmente e moldado pela cultura; sua posterior naturalização obedece a fatores socioeconômicos, políticos, culturais e históricos. Segundo estes fatores, as mulheres são criadas e socializadas para serem esposas e mães, para cuidar e atender o mundo íntimo dos afetos. O ideal de mulher, ainda em nossos dias, encarna-se na entrega e no sacrifício, e como culminação destes valores, concretiza-se na maternidade e em sua capacidade de dar à luz. [...] A capacidade fértil da mulher é considerada, ainda hoje, por uma boa parte da sociedade, como algo natural, que não admite dúvidas. Quando uma mulher tem dificuldades férteis ou não pode engravidar, a reação social costuma ser de desconfiança, de desqualificação e, em ocasiões, até de maltrato. [...] O impacto da incapacidade fértil nas mulheres costuma ser maior que nos homens, porque [...] a maternidade lhe[s] foi designada como uma parte fundante de sua identidade de gênero e transformada em seu destino. O peso de sua autoculpabilização aumenta em um grau extremo quando surge a proibição da FIV [...]. As pressões familiares e sociais constituem uma carga adicional que incrementa a autoculpabilização".⁴⁶⁷

299. Por outro lado, embora a infertilidade possa afetar homens e mulheres, a utilização das tecnologias de reprodução assistida se relaciona em especial com o corpo das mulheres. Ainda que a proibição da FIV não esteja expressamente dirigida para as mulheres e, portanto, parece neutra, tem um impacto negativo desproporcional sobre elas.

300. A esse respeito, o Tribunal ressalta que o processo inicial da FIV (indução à ovulação) foi interrompido em vários dos casais, como por exemplo, nos casais Artavia Murillo e Mejías Carballo (par. 87 *supra*), Yamuni e Henchoz (par. 92 *supra*), Arroyo e Vega

⁴⁶⁴ Preâmbulo, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction"*, Genebra: OMS (2002) XV-XVII al XV. Citado na Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2206).

⁴⁶⁵ Cf. Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), 'Capítulo 2: Condições de Saúde e Tendências' em *Saúde nas Américas 2007 Volume I Regional*, Washington, 2007, página 143. Citado na Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI).

⁴⁶⁶ Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, *Caso L.C. Vs. Peru*, Com. nº. 22/2009, § 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

⁴⁶⁷ Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Alicia Neuburger (expediente de mérito, tomo V, folhas 2519 e 2520).

(par. 108 *supra*), Vargas e Calderón (par. 118 *supra*), e Acuña e Castillo (par. 121 *supra*). Este tipo de interrupção na continuidade de um tratamento tem um impacto diferente nas mulheres porque era em seus corpos onde se concretizavam intervenções como a indução ovariana ou outras intervenções destinadas a realizar o projeto familiar associado à FIV. Por outro lado, as mulheres poderiam acudir à FIV sem necessidade de um parceiro. A Corte concorda com o Comitê CEDAW quando ressaltou que é necessário considerar “os direitos de saúde das mulheres sob uma perspectiva que leve em consideração seus interesses e suas necessidades em razão dos fatores e dos traços distintivos que as diferenciam dos homens, a saber: (a) fatores biológicos [...], tais como [...] sua função reprodutiva”.⁴⁶⁸

301. Por sua vez, em relação à situação dos homens inférteis, o senhor Mejías Carballo declarou que lhe dá “medo formar um casal de novo”. Acrescentou que “foi muito difícil, depois [da proibição da FIV] começaram os problemas onde já era como uma exigência querer ter um filho, que os anos passavam, que chegavam aniversários, que chegava o dia das mães, o dia dos pais, o Natal, quando todos [seus] irmãos e sobrinhos entregavam os presentes a seus filhos, e [...] chegava o dia das mães, e outro ano mais do dia das mães e [ele] sem filho, ou seja, tudo isso vai nos perseguindo moralmente”.⁴⁶⁹ O senhor Vargas manifestou que “por anos [s]e sent[iu] menor, não [s]e sentia homem, acreditava que [sua] impossibilidade de conceber um filho era uma falta de hombridade e assim [s]e castig[ou] sozinho no silêncio de [seu]s pensamentos e na dor de milhares de lágrimas que segurou para que tampouco [o] vissem chorar”.⁴⁷⁰ Por sua vez, o senhor Sanabria León explicou que recebeu “a mensagem de impossibilidade e, diante disso, [s]e sent[iu] deficiente, [sua] percepção de [s]i mesmo foi impactada negativamente e [se] irrit[ou] e [se] resse[ntiu] com [seu] corpo, [s]e recus[ou]; enfim, a imagem de [s]i mesmo foi severamente desvalorizada”.⁴⁷¹ A perita Neuburger explicou que “[aos] homens a deficiência fértil lhes ocasiona um forte sentimento de impotência e, como resultado, um questionamento de sua identidade de gênero. O ocultamento social de sua disfunção fértil costuma ser estratégia defensiva pelo temor à chacota e ao questionamento de outros homens”.⁴⁷²

302. A Corte ressalta que estes estereótipos de gênero são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los. O Tribunal não está validando estes estereótipos e unicamente os reconhece e visibiliza para precisar o impacto desproporcional da interferência gerada pela sentença da Sala Constitucional.

D.2.c) Discriminação indireta em relação à situação econômica

303. Finalmente, a proibição da FIV teve um impacto desproporcional nos casais inférteis que não contavam com os recursos econômicos para realizar a FIV no exterior.⁴⁷³ Consta

⁴⁶⁸ Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24, par. 12.

⁴⁶⁹ Cf. Declaração prestada pelo senhor Mejías Carballo durante a audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁷⁰ Cf. Declaração juramentada de Giovanni Vargas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5281).

⁴⁷¹ Declaração juramentada de Viktor Sanabria León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo II, folha 4937).

⁴⁷² Declaração da perita Alicia Neuburger perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo V, folhas 2519 e 2520).

⁴⁷³ Cf. artigo 1.1 da Convenção Americana (“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 [...] posição econômica”)

dos autos que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta Gonzalez, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Geovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras não tinham os recursos econômicos para realizar de maneira exitosa o tratamento da FIV no exterior.⁴⁷⁴

304. O senhor Mejías Carballo, em seu testemunho durante a audiência pública perante esta Corte, declarou que ele e sua ex-esposa se sentiram “muito tristes [...] porque não podiam sair a outro país, porque não tinham o dinheiro, já que não podiam realizar o tratamento aqui na Costa Rica porque a haviam proibido”.⁴⁷⁵ Em sua declaração juramentada, a senhora Artavia Murillo afirmou que ela e seu ex-companheiro se sentiram “totalmente desesperados e com enormes frustrações, começa[ram] a aparecer muitas diferenças entre [eles] ao verem truncadas as esperanças de serem pais, associado à impossibilidade de ir ao exterior para realizar tal prática por falta de dinheiro, implicando isso em uma diminuição efetiva da utilidade individual e, portanto, uma perda líquida de [seu] bem-estar social”.⁴⁷⁶ Ana Cristina Castillo León explicou que “não tinha[m] os recursos econômicos necessários para ir ao exterior em busca de uma FIV”.⁴⁷⁷ Além disso, o senhor Vargas expressou que “a única alternativa a considerar era viajar à Espanha ou à Colômbia para realizar a FIV, entretanto os custos associados triplicavam para [eles] e simplesmente [se] senti[ram] vencidos, discriminados e castigados por um Tribunal que [lhes] cerceava a possibilidade de ter acesso a um tratamento médico que no resto dos países do mundo era permitido”.⁴⁷⁸

D.3) Controvérsia sobre a alegada perda embrionária

305. Como foi afirmado anteriormente (par. 76 *supra*), a Sala Constitucional justificou a proibição da FIV na “elevada perda de embriões”, seu “risco desproporcional de morte”, e na inadmissibilidade de realizar uma comparação entre a perda de embriões em uma gravidez natural com a perda em uma FIV. O Estado considerou que “hoje a técnica da [FIV] implica o descarte, por ação e omissão, de embriões, que, de outra forma, poderiam se desenvolver até o fim”. A Sala Constitucional afirmou que:

Não é aceitável [...] o argumento de que em circunstâncias naturais também há embriões que não chegam a se implantar ou que, ainda conseguindo a implantação, não chegam a se desenvolver até o nascimento, simplesmente pelo fato de que a aplicação da [FIV] implica uma manipulação consciente, voluntária das células reprodutoras femininas e masculinas com o objetivo de procurar uma nova vida humana, na qual se propícia uma situação em que, de antemão, sabe-se que a vida humana, em uma porcentagem considerável dos casos, não tem possibilidade de continuar.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Cf. Declaração juramentada de Oriéster Rojas (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo II, folha 4516).

⁴⁷⁵ De igual maneira, o senhor Mejías declarou que queriam ir ao exterior para realizar o tratamento, mas “não tinham dinheiro e já havia gastado bastante e [ele] viv[e] de uma renda do Estado, e [se] sabe que as rendas do Estado não são suficientes para cobrir um gasto destes, então não pud[eram] ir”. Cf. Declaração prestada pelo senhor Mejías Carballo durante a audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁷⁶ Cf. Declaração escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077)

⁴⁷⁷ Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4102).

⁴⁷⁸ Cf. Declaração juramentada de Geovanni Vargas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5280).

⁴⁷⁹ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

306. A esse respeito, a Corte observa que o Decreto declarado inconstitucional pela Sala Constitucional contava com medidas de proteção para o embrião, já que estabelecia o número de óvulos que podiam ser fecundados. Além disso, proibia “descartar ou eliminar embriões, ou preservá-los para transferência em ciclos subsequentes da mesma paciente ou de outras pacientes”. Nesse sentido, existiam medidas para que não se gerasse um “risco desproporcional” na expectativa de vida dos embriões. Por outro lado, de acordo com o estabelecido neste Decreto, a única possibilidade viável de perda de embriões, seria se estes não fossem implantados no útero da mulher uma vez que fosse realizada a transferência embrionária.

307. A Corte considera necessário aprofundar-se neste último aspecto, a partir da prova produzida no processo perante o Tribunal em relação às similitudes e diferenças em relação à perda de embriões tanto nas gravidezes naturais como na FIV.

308. A Sala Constitucional fundamentou a proibição da FIV na diferença em relação à perda de embriões transferidos pela FIV e embriões perdidos em uma gravidez natural, considerando que ao aplicar a FIV existia uma “manipulação consciente [e] voluntária” dos embriões. O Tribunal observa que existe um debate científico sobre as taxas de perda de embriões no processo natural e de reprodução assistida. No processo perante a Corte foram apresentadas distintas posições médicas em relação à causa de perda embrionária tanto na aplicação da FIV como na gravidez natural, bem como à porcentagem de perdas nos dois casos. O perito Zegers-Hochschild afirmou que “[a] informação científica produzida ensina que “a morte embrionária que ocorre nos procedimentos de FIV não ocorre como resultado direto da técnica, [mas] como parte do processo com que se expressa nossa natureza”,⁴⁸⁰ e que “[e]m mulheres que possuem óvulos saudáveis, a possibilidade de conceber a partir de um embrião gerado *in vitro* não se diferencia de um gerado de maneira espontânea”.⁴⁸¹ Por sua vez, a perita Garza manifestou que “a mortalidade dos embriões é de aproximadamente 30% em circunstâncias naturais e para a FIV se considera que a perda embrionária é de aproximadamente 90%”. Entretanto, esclareceu que “é difícil calcular a mortalidade embrionária exata em circunstâncias naturais, já que algumas perdas não podem ser detectadas em gravidezes precoces”. O perito Caruso asseverou que “a taxa de perda é muito mais alta” na FIV do que “na concepção natural”.⁴⁸²

309. Não corresponde à Corte determinar qual teoria científica deve prevalecer neste tema nem corresponde analisar em profundidade qual perito tem razão nestes temas que são alheios à expertise da Corte. Para o Tribunal é suficiente constatar que a prova nos autos é concordante em afirmar que tanto na gravidez natural como no âmbito da FIV existe perda de embriões. Além disso, tanto o perito Zegers como o perito Caruso concordaram em afirmar que as estatísticas sobre perda embrionária nas gravidezes naturais são pouco medidas em comparação com a medição das perdas na FIV, o que limita o alcance que se procura dar a algumas das estatísticas que foram apresentadas perante a Corte.⁴⁸³

⁴⁸⁰ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2835).

⁴⁸¹ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2839).

⁴⁸² Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza.

⁴⁸³ Durante a audiência pública, a Comissão interrogou o perito Caruso neste ponto, indicando que tanto na FIV como no processo natural de concepção existe perda embrionária e ressaltando que a diferença seria que na FIV é possível medir essas perdas. A Comissão indagou se a diferença seria então que na FIV simplesmente é possível medir essas perdas. O perito Caruso contestou que “*In IVF you can say to a certain extent, you can*

310. Levando em consideração que a perda embrionária ocorre tanto em gravidezes naturais como quando se utiliza a FIV, o argumento da existência de manipulação consciente e voluntária de células no âmbito da FIV somente pode ser entendido como ligado ao argumento desenvolvido pela Sala Constitucional sobre a proteção absoluta do direito à vida do embrião, o qual foi desvirtuado em seções anteriores da presente Sentença (par. 264 *supra*). Ao contrário, a Corte observa que o perito Zegers-Hochschild ressaltou que “[o] processo generativo da vida humana inclui a morte embrionária como parte de um processo natural e necessário. De cada 10 embriões gerados espontaneamente na espécie humana, não mais de 2 a 3 conseguem sobreviver à seleção natural e nascer como uma pessoa. Os 7 a 8 embriões restantes morrem no trato genital feminino, a maioria das vezes, sem conhecimento de sua progenitora”.⁴⁸⁴

311. Tendo em consideração o anterior, a Corte considera desproporcional pretender uma proteção absoluta do embrião em relação a um risco que resulta comum e inerente inclusive em processos onde a técnica da FIV não intervém. O Tribunal compartilha o conceito do perito Zegers-Hochschild, segundo o qual “[é] fundamental sob uma perspectiva biomédica diferenciar o que significa *proteger* o direito à vida do que significa *garantir* o direito à vida de estruturas celulares que se regem por uma matemática e uma biologia que transcende qualquer regulamentação social ou jurídica. O que corresponde às instituições responsáveis pelas [técnicas de reprodução assistida] é prover às estruturas celulares (gametas e embriões) as melhores condições com que conta o conhecimento médico e científico para que a potencialidade de ser pessoa possa se expressar ao nascer [...]”. O Tribunal reitera que, precisamente um dos objetivos da FIV é contribuir com a criação de vida (par. 66 *supra*).

312. A Corte observa também que a Costa Rica permite as técnicas de inseminação artificial quando o uso destas técnicas tampouco garante que cada óvulo leve a uma gravidez, implicando assim a possível perda de embriões. A decisão de ficar grávida,

answer that question somewhat. The differences, as I've said before is that there is a very big difference between the environment of the natural in fallopian tube and the dish with medium in an incubator at 95 degrees and 5% CO2 in an IVF lab. So yes, you are going to see an IVF you can quantity the loss of the embryos that you have. No.1, you cannot extrapolate that back to compare it to natural pregnancy laws. And 2. There may be reasons beyond the nature that those embryos are lost". Cf. Declaração prestada pelo perito Anthony Caruso na audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁸⁴ Declaração prestada pelo perito Zegers na audiência pública do presente caso. Preciso a esse respeito que “Os resultados de TRA variam significativamente dependendo da idade da mulher e do número de embriões transferidos e, em alguns casos, da gravidade da condição que gerou a doença. [...] [A] proporção de óvulos cromossomicamente anormais é muito alta na espécie humana. Isto faz com que uma porcentagem majoritária de óvulos fecundados não avancem em seu desenvolvimento embrionário e uma proporção elevada de embriões transferidos não se implantem e não gerem uma gravidez. [...] Da análise destes dados se observa que [...] [a] técnica da FIV ou [a injeção intracitoplasmática de espermatozoides] ICSI, não gera embriões de menor valor biológico que os gerados de maneira espontânea no corpo da mulher[, e] [...] que a morte embrionária como parte de um tratamento médico não ocorre como resultado direto da técnica, mas como resultado de má qualidade ovocitária e embrionária que são naturais tanto à mulher como ao homem. Em mulheres que possuem óvulos saudáveis, a possibilidade de conceber a partir de um embrião gerado *in vitro* não se diferencia de um gerado de maneira espontânea. A FIV/ICSI em si mesmas, não afetam a possibilidade de implantação e concepção. Assim, as menores taxas de gravidez em mulheres com FIV não se devem à interferência da técnica; mas maioritariamente ao resultado da doença subjacente que determina um menor rendimento reprodutivo. [...] [O] processo generativo da vida humana inclui a morte embrionária como parte de um processo natural e necessário. De cada 10 embriões gerados espontaneamente na espécie humana, não mais de 2 a 3 conseguem sobreviver à seleção natural e nascer como uma pessoa. Os 7 a 8 embriões restantes morrem no trato genital feminino, a maioria das vezes, sem conhecimento de sua progenitora. A pergunta que se deve responder é se os TRA, como a FIV ou a ICSI, contribuem a que morram embriões pelo fato de havê-los fecundado fora do corpo da mulher e depois transferidos a ela. A resposta a esta pergunta é que nem a FIV nem a ICSI afetam a possibilidade de sobrevivência de embriões e certamente não os matam”.

inclusive por fecundação natural, também pode estar precedida de uma ação consciente que tome medidas para aumentar a probabilidade de que o óvulo seja fecundado. Segundo as alegações finais do Estado:

A inseminação artificial é um dos tratamentos que a Caixa Costarriquenha de Previdência Social oferece. Em ocasiões, como consequência do tratamento hormonal e como resposta individual, as pacientes podem apresentar maior estimulação ovariana que a esperada, portanto quando essa produção de folículos é de 6 ou mais em ambos os ovários, cancela-se o ciclo.⁴⁸⁵

313. Em resumo, tanto na gravidez natural como em técnicas como a da inseminação artificial existe perda embrionária. A Corte observa que existem debates científicos sobre as diferenças entre o tipo de perdas embrionárias que ocorrem nestes processos e as razões das mesmas. Mas o analisado até agora permite concluir que, 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.

D.4) Conclusão sobre o balanço entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade pretendida

314. Uma ponderação entre a severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso e a importância da proteção do embrião permite afirmar que a violação do direito à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à vida privada, à intimidade, à autonomia reprodutiva, ao acesso a serviços de saúde reprodutiva e a formar uma família é severa e supõe uma violação destes direitos, pois estes direitos são anulados na prática para aquelas pessoas cujo único tratamento possível da infertilidade era a FIV. Além disso, a interferência teve um impacto diferente nas supostas vítimas por sua situação de deficiência, os estereótipos de gênero e, diante de algumas das supostas vítimas, por sua situação econômica.

315. Em contraste, o impacto na proteção do embrião é muito leve, tendo em vista que a perda embrionária ocorre tanto na FIV como na gravidez natural. A Corte ressalta que o embrião, antes da implantação, não está compreendido nos termos do artigo 4 da Convenção e recorda o princípio de proteção gradual e incremental da vida pré-natal (par. 264 *supra*).

316. Portanto, a Corte conclui que a Sala Constitucional partiu de uma proteção absoluta do embrião que, ao não ponderar nem ter em consideração os 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. Ademais, tendo em consideração estas conclusões sobre a ponderação e o já afirmado em relação ao artigo 4.1 da Convenção (par. 264 *supra*), a Corte não considera pertinente se pronunciar sobre as alegações do Estado em relação a que contaria com uma margem de apreciação para estabelecer proibições como a efetuada pela Sala Constitucional.

E) Conclusão final sobre o mérito do caso

317. Por todo o anteriormente resenhado durante o presente capítulo, a Corte declara a violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna,

⁴⁸⁵ Alegações finais escritas do Estado (expediente de mérito, tomo XI, folha 5314).

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, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza.

IX REPARAÇÕES (Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)

318. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,⁴⁸⁶ a Corte afirmou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente⁴⁸⁷ e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.⁴⁸⁸

319. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja factível, como ocorre na maioria dos casos de violações a direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram.⁴⁸⁹ Portanto, a Corte considerou a necessidade de conceder diversas medidas de reparação, a fim de ressarcir os danos de maneira integral, de modo que, além das compensações pecuniárias, as medidas de reembolso, satisfação e garantias de não repetição têm especial relevância pelos danos ocasionados.⁴⁹⁰

320. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexos causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, bem como as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar esta concorrência para se pronunciar devidamente e conforme o direito.⁴⁹¹

321. De acordo com as considerações expostas sobre o mérito e as violações à Convenção Americana declaradas no capítulo anterior, o Tribunal procederá a analisar os argumentos e recomendações apresentados pela Comissão e as pretensões dos representantes, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios fixados na

⁴⁸⁶ O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que “[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

⁴⁸⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 238.

⁴⁸⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 238.

⁴⁸⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C Nº 250, par. 245.

⁴⁹⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 248.

⁴⁹¹ Cf. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 110, e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C Nº 252.

jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar,⁴⁹² com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados às vítimas.

A) Parte Lesada

322. O Tribunal reitera que se considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, quem foi declarado vítima da violação de algum direito reconhecido na mesma. Portanto, esta Corte considera como “parte lesada” a 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, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza, que, em seu caráter de vítimas das violações declaradas no Capítulo VII serão considerados beneficiários das reparações que o Tribunal ordene.

323. O Tribunal determinará medidas que busquem reparar o dano imaterial e que não possuem natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.⁴⁹³ A jurisprudência internacional, e em particular da Corte, estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação.⁴⁹⁴ Entretanto, considerando as circunstâncias do caso *sub judice*, em atenção às violações às vítimas, bem como as consequências de ordem imaterial e não pecuniária derivadas das violações à Convenção declaradas em seu prejuízo, a Corte considera pertinente ordenar medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

B) Medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição

B.1) Medidas de reabilitação psicológica

Alegações das partes

324. O representante Molina solicitou à Corte que “ordene ao Estado que ofereça os tratamentos psicológicos e/ou psiquiátricos às vítimas que assim o desejem com os profissionais capacitados para o dano especificamente em seu projeto de vida”.

325. O Estado alegou que esta medida “deve ser rejeitada, uma vez que [...] o sistema de seguridade social costarriquenho já oferece o serviço de acompanhamento e tratamento psicológico e psiquiátrico aos pacientes que apresentem problemas de fertilidade”.

Considerações da Corte

326. O Tribunal afirmou que o presente caso não se relaciona com um suposto direito a ter filhos ou um direito a ter acesso à FIV. Ao contrário, o caso se concentrou no impacto gerado por uma interferência desproporcional em decisões sobre a vida privada, familiar e

⁴⁹² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 246.

⁴⁹³ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 259.

⁴⁹⁴ Cf. *Caso Neira Alegría e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 56, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 259.

os demais direitos envolvidos, e o impacto que esta interferência teve na integridade psicológica. Em consequência, a Corte considera, como o fez em outros casos,⁴⁹⁵ que é preciso dispor uma medida de reparação que ofereça um atendimento adequado aos padecimentos psicológicos sofridos pelas vítimas, atendendo suas especificidades, sempre que elas o solicitem. A Corte observa diversas lesões de que padeceram as vítimas pela interferência arbitrária no acesso a uma técnica de reprodução assistida. Portanto, tendo constatado as violações e os danos sofridos pelas vítimas no presente caso, o Tribunal dispõe a obrigação do Estado de oferecer gratuitamente e de forma imediata, por até quatro anos, o tratamento psicológico que requeiram. Em particular, o tratamento psicológico deve ser oferecido por pessoal e instituições estatais especializadas no atendimento a vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Ao fornecer esse tratamento, devem ser consideradas, ademais, as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que seja combinado com cada uma delas, depois de uma avaliação individual.⁴⁹⁶ Os tratamentos devem incluir a provisão de medicamentos e, se for o caso, transporte e outros gastos que estejam diretamente relacionados e sejam estritamente necessários.

B.2) Medidas de satisfação: publicação da Sentença

Alegações das partes

327. O representante Molina solicitou “a publicação das partes pertinentes da sentença em um jornal de ampla difusão nacional, em sua versão impressa, e da totalidade da sentença e seu resumo em um formato digital”, bem como “que o Estado elabore um resumo em termos simples da sentença, aprovado pela [...] Corte, para que a população em geral possa compreender o caso e que este também seja publicado em um meio de difusão nacional”.

328. O representante May solicitou que a Corte “declare que o Estado deve publicar, no prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, por uma única vez, o conteúdo dispositivo desta sentença no Diário Oficial *La Gaceta* e em outros dois jornais de ampla circulação”.

Considerações da Corte

329. A Corte ordena que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial; b) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, em um jornal de ampla circulação nacional, e c) a presente Sentença, integralmente, disponível por um período de um ano, em um *site* oficial do Poder Judiciário.

B.3) Garantias de não repetição

B.3.1) Medidas estatais que não impeçam a prática da FIV

Argumentos da Comissão e alegações das partes

⁴⁹⁵ Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 87, pars. 42 e 45, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 287.

⁴⁹⁶ Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 278, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 237, par. 329.

330. A Comissão recomendou ao Estado “[s]uspender a proibição da Fecundação *In Vitro* no país através dos procedimentos legais correspondentes” e “[a]ssegurar que a regulamentação que se conceda à prática da Fecundação *In Vitro* a partir da suspensão da proibição seja compatível com as obrigações estatais em relação aos direitos consagrados nos artigos 11.2 17.2 e 24[, para que] os casais que a requerem e assim o desejem, possam ter acesso às técnicas da Fecundação *In Vitro* de forma que este tratamento contribua efetivamente à sua finalidade”.

331. O representante Molina solicitou à Corte que ordene ao Estado a aprovação de “uma lei em sentido formal e material que faça um balanço entre os direitos à vida e os direitos [violados] neste caso”. Propôs a esse respeito “a proibição de descartar embriões arbitrariamente e seu comércio, permitir o implante de não mais de três embriões, para evitar gravidezes múltiplas, promover a vitrificação de óvulos e não de embriões, como uma mostra de querer proteger esses embriões”. Ressaltou “a importância de permitir o ajuste da legislação aos novos métodos de reprodução assistida que venham sendo descobertos pela ciência, que mantenham um equilíbrio entre direitos”. Solicitou à Corte que “ordene ao Estado a regulamentação e implementação de todos os mecanismos necessários para oferecer à população os métodos de reprodução assistida existentes e que se deem no futuro para dar resposta aos casais com problemas de fertilidade”.

332. O representante May solicitou que o Estado adote “todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza para poder oferecer progressivamente o pleno acesso ao tratamento da FIV, incorporando os avanços tecnológicos disponíveis hoje em dia em países de maior experiência e que permitem não somente melhores resultados estatísticos de êxito com esse tratamento, mas maior segurança para as pacientes que se submetem ao mesmo, dentro do Sistema de Seguridade social, às pessoas estéreis ou inférteis contribuintes da Caixa Costarriquenha de Previdência Social”.

333. O Estado alegou que “a Caixa Costarriquenha de Previdência Social conta com um programa completo de atendimento para as pessoas que apresentam uma situação de infertilidade, pois o único procedimento que não se oferece neste momento é a FIV”.

Considerações da Corte

334. A Corte recorda que o Estado deve prevenir a recorrência de violações aos direitos humanos como as ocorridas e, por isso, deve adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para evitar que fatos similares voltem a ocorrer no futuro, em cumprimento de seus deveres de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos na Convenção Americana.⁴⁹⁷

335. Em particular, e em conformidade com o artigo 2 da Convenção, o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para fazer efetivo o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.⁴⁹⁸ Ou seja, os Estados não somente têm a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos

⁴⁹⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, par. 166, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 221.

⁴⁹⁸ Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C Nº 12, par. 50, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 300.

nela consagrados, mas também devem evitar promulgar leis que impeçam o livre exercício destes direitos, e evitar que sejam suprimidas ou modificadas as leis que os protegem.⁴⁹⁹

336. Em primeiro lugar e tendo em consideração o afirmado na presente Sentença, as autoridades pertinentes do Estado deverão adotar as medidas apropriadas para que fique sem efeito com a maior celeridade possível, a proibição de realizar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos ao exercício dos direitos que foram considerados violados na presente Sentença (par. 317 *supra*). O Estado deverá informar em seis meses sobre as medidas adotadas a esse respeito.

337. Em segundo lugar, o Estado deverá regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV, tendo em consideração os princípios estabelecidos na presente Sentença. Além disso, o Estado deve estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições ou profissionais qualificados que desenvolvam este tipo de técnica de reprodução assistida. O Estado deverá informar anualmente sobre a colocação em vigência gradual destes sistemas.

338. Em terceiro lugar, no contexto das considerações desenvolvidas na presente Decisão (pars. 285 a 303 *supra*), a Caixa Costarriquenha de Previdência Social deverá incluir a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento à saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação. O Estado deverá informar a cada seis meses sobre as medidas adotadas para colocar gradualmente estes serviços à disposição de quem o requeira e sobre os planos elaborados para este propósito.

B.3.2) Campanha sobre direitos das pessoas com incapacidade reprodutiva

Alegações das partes

339. O representante Molina solicitou à Corte que “ordene a implementação de uma campanha nacional de informação sobre os direitos das pessoas com deficiência reprodutiva”.

340. O Estado alegou que “já conta com mecanismos de divulgação em saúde reprodutiva” e “que a determinação dos conteúdos das campanhas de divulgação em temas de saúde reprodutiva faz parte da margem de apreciação dos Estados a quem lhes corresponde determinar o destino dos escassos recursos financeiros com que conta o sistema de saúde”.

Considerações da Corte

341. A Corte observa que o Estado não precisou os mecanismos de divulgação em saúde reprodutiva existentes.⁵⁰⁰ Portanto, ordena que o Estado implemente programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do Poder Judiciário.⁵⁰¹ Dentro destes programas e cursos de capacitação deverá ser feita uma

⁴⁹⁹ Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*, par. 50, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 300.

⁵⁰⁰ O Estado se limitou a mencionar a existência de uma “Oficina sobre monitoramento dos ODM na América Latina” (expediente de mérito, tomo III, folha 1253).

⁵⁰¹ Em sentido similar, Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 271.

especial menção à presente Sentença e aos diversos precedentes do *corpus iuris* dos direitos humanos relativos aos direitos reprodutivos e ao princípio de não discriminação.

B.3.3) Outras medidas solicitadas

Alegações das partes

342. O representante May requereu à Corte que “solicite ao Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos que peça ao Comitê Jurídico Interamericano [...] a elaboração, em um prazo razoável, de um anteprojeto de estatuto internacional do embrião, levando em consideração a necessidade de estabelecer certos limites ou a exclusão dos embriões humanos de toda convenção comercial”. Também requereu “que a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça [conceda] em ato público convocado para esse propósito, uma desculpa às vítimas pela violação a seus direitos humanos e pelo sofrimento e dor que lhes causou, reconhecendo publicamente este órgão judiciário que sua sentença frustrou o projeto de vida das vítimas”. Além disso, solicitou que se “declare que a Caixa Costarriquenha de Previdência Social [...] estabele[ça] uma clínica especializada em FIV que levará o nome de Gerardo Trejos Salas”.

343. O Estado alegou que “não existe uma norma que designe competência à Corte Interamericana para solicitar que o Comité Jurídico a assessor ou elabore projetos de documentos normativos, de modo que não aceita a petição”.

Considerações da Corte

344. Em relação às demais medidas de reparação solicitadas, a Corte considera que a presente Sentença proferida e as reparações ordenadas neste capítulo resultam suficientes e adequadas para reparar as violações sofridas pelas vítimas e não considera necessário ordenar estas medidas.⁵⁰²

C) Indenização compensatória por dano material e imaterial

C.1) Dano material

Argumentos da Comissão e alegações das partes

345. A Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado “[r]eparar integralmente as vítimas do presente caso tanto no aspecto material como moral”.

346. O representante Molina afirmou que o dano emergente foi verificado “por meio de provas tais como, mas não limitadas a, receitas médicas, notas, epícrise, relatórios médicos e outros”. Afirmou que “o compêndio de provas da totalidade das vítimas permite reconstruir, em geral, os gastos derivados do procedimento médico que é objeto da presente reivindicação”. Solicitou o “pagamento de todos os gastos que as vítimas incorreram em seu caminho para poder formar uma família, com filhos biológicos, o que, por não ser oferecido como um serviço de saúde do Estado, significa que tiveram que recorrer à medicina privada e, em termos gerais, gastar em consultas médicas, pagamento de exames de laboratório, ultrassonografias e radiografias, compra de medicamentos, custos de traslado, viagens ao exterior e alimentação, pagamento de custos de procedimentos de inseminação artificial, fecundação *in vitro*, ICSI, entre outros”. Solicitou a

⁵⁰² Cf. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de Novembro de 2009. Série C Nº 209, par. 359, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 287.

título de dano material: i) a quantia de US\$ 4.821,69 dólares por pessoa a favor de María del Socorro Calderón e Carlos Vargas; ii) a quantia de US\$ 9.677,04 dólares a favor de Enrique Acuña Cartín; iii) a quantia de US\$ 17.516,29 dólares por pessoa a favor de Ileana Henchoz e Miguel Yamuni; iv) a quantia de US\$ 9.661,07 dólares por pessoa a favor de Julieta González e Oriéster Rojas; v) a quantia de US\$ 5.015,52 dólares por pessoa a favor de Karen Espinoza e Héctor Jiménez; vi) a quantia de US\$ 19.287,59 dólares a favor de Víktor Sanabria León, e vii) a quantia de US\$ 7.188,08 dólares por pessoa a favor de Joaquinita Arroyo e Geovanni Vega.

347. O representante May solicitou “o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial”. Em particular, solicitou que fosse pago: i) a quantia de US\$ 830.000 a favor da senhora Grettel Artavia Murillo; ii) a quantia de US\$ 740.000 dólares a favor do senhor Miguel Mejías Carballo; iii) a quantia de US\$ 700.000 dólares a favor da senhora Claudia María Carro Maklouf; iv) a quantia de US\$ 210.000 dólares a favor da senhora Andrea Bianchi Bruna; v) a quantia de US\$ 120.000 dólares a favor do senhor Germán Alberto Moreno Valencia, e vi) a quantia de US\$ 1.500.000 dólares a favor da senhora Ana Cristina Castillo León. Argumentou que a Corte “delimitou o conceito de dano material incluindo dentro do mesmo as custas e gastos realizados pelas partes durante todo o processo e por motivo das causas de responsabilidade atribuíveis ao [E]stado”. Declarou que devem ser reconhecidos “todos os gastos e gastos realizados pelas vítimas, e que se encontram provados seja documentalmente ou determinados razoavelmente dos fatos e circunstâncias confirmadas neste caso”. Afirmou que “deverão ser reconhecidos [...] todos os gastos realizados pelos casais por motivo dos atendimentos médicos nos processos dirigidos à verificação e determinação de estados de infertilidade, em vista de que sem essas despesas não haveria sido possível o diagnóstico médico”. Além disso, manifestou que “[d]evem ser indenizados as viagens e gastos em que incorreram as vítimas que tiveram de viajar ao exterior para poder recorrer à técnica, em vista de que, sem a proibição, é claro que a técnica haveria estado disponível gratuitamente sob o sistema de seguridade social”.

348. O Estado “analisou as reivindicações apresentadas a partir da situação particular de cada casal solicitante”, e concluiu que as petições por dano material devem ser rejeitadas pelos seguintes motivos: i) os gastos dos casais “referidos [ao] tratamento para a infertilidade [são] os mesmos que teriam de realizar ainda no caso de que não houvesse sido anulado o decreto que regulamentava a” FIV, razão pela qual “não possui[m] relação de causalidade com as violações supostamente imputáveis ao Estado”; ii) os gastos médicos anteriores à declaração de inconstitucionalidade não podem ser atribuídos ao Estado nem podem ser considerados para os efeitos das indenizações solicitadas; iii) “as violações que sejam imputadas ao Estado costarricense não têm nenhuma incidência no âmbito laboral das supostas vítimas”; iv) não qualificam como casais inférteis os que tiveram filhos biológicos e, portanto, “não se poderia considerar que o Estado limitou a única possibilidade que [tinham os casais] de ser pais biológicos ao declarar inconstitucional o decreto que regulamentava a [FIV], pois é claro que tiveram um filho biológico sem necessidade de se submeter a [este] procedimento”, e v) nas alegações do representante May “não houve uma determinação clara e precisa de quais [foram] os motivos pelos quais se alegou que o Estado produ[ziu] um dano material ou imaterial”.

Considerações da Corte

349. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados

com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham umnexo causal com os fatos do caso”.⁵⁰³

350. Em conformidade com as alegações apresentadas pelas partes, a Corte considera necessário determinar os critérios que levará em consideração para fixar os montantes correspondentes ao dano material. Em primeiro lugar, o Tribunal ressalta que as violações declaradas anteriormente se encontram relacionadas com o impedimento para exercer autonomamente uma série de direitos (pars. 317 *supra*), não por haver podido ou não ter filhos biológicos, razão pela qual não é aceitável o argumento estatal segundo o qual os casais que puderam ter filhos não deveriam ser indenizados. Em segundo lugar, a Corte tem em consideração que a técnica da FIV não era um procedimento que se encontrava coberto pela Caixa Costarriquenha de Previdência Social (par. 70 *supra*), razão pela qual os casais haveriam tido de incorrer nos gastos médicos que foram indicados independentemente da sentença da Sala Constitucional. Em consequência, o Tribunal considera que não existe nexocausal entre a totalidade de gastos mencionados anteriormente (pars. 346 e 347 *supra*) e as violações declaradas na presente Sentença. Tendo em consideração o anterior, a Corte conclui que os gastos que têm umnexo causal com as violações do presente caso são somente aqueles resultantes do efeito da decisão da Sala Constitucional, principalmente aqueles gastos dos casais que tiveram de ir ao exterior para realizar o tratamento.

351. No presente caso, a Corte observa que o representante Molina apresentou prova documental⁵⁰⁴ sobre os casais formados por Ileana Henchoz e Miguel Yamuni, Julieta González e Oriester Rojas, bem como Víktor Sanabria León e Claudia Carro Maklouf,⁵⁰⁵ que viajaram ao exterior para realizar a técnica. Por sua vez, o representante May não apresentou prova específica sobre Andrea Bianchi Bruna e Germán Alberto Moreno, que viajaram duas vezes ao exterior para realizar o tratamento.

352. A esse respeito, a Corte recorda que o critério de equidade foi utilizado na jurisprudência desta Corte para a quantificação de danos imateriais,⁵⁰⁶ dos danos materiais⁵⁰⁷ e para fixar o lucro cessante.⁵⁰⁸ Entretanto, ao usar este critério isso não significa que a Corte possa atuar discricionariamente ao fixar as quantias indenizatórias.⁵⁰⁹

⁵⁰³ Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91 par. 43, e *Caso Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 281.

⁵⁰⁴ Há uma nota do Hotel “Renasa” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5772) onde estiveram em Valência, com data de 24 de abril de 2000, onde são calculados os gastos do hotel de 18 de abril de 2000 até 24 de abril de 2000 por um total de 640,33 euros. Há recibos dos 4 dias que estiveram no Hotel Roma, no Panamá, pagando US\$ 33 pelas 4 noites (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo I, folhas 4283 a 4285). O outro recibo de é uma passagem da companhia Ibéria (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo V, folha 4695) com o nome de Victor Sanabria, trajeto San José-Madrid por um total de US\$ 681,58 USD. Além disso, o representante apresentou diversos quadros nos quais calculou, em colones e dólares, diversos gastos que associou ao dano material. Tabelas de cálculo do dano material (expediente de mérito, tomo II, folhas 587.24 a 587.39).

⁵⁰⁵ Cabe destacar que a senhora Carro foi representada pelo representante May, mas o representante Molina apresentou prova a seu favor.

⁵⁰⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 27, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 378.

⁵⁰⁷ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 50, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 373.

⁵⁰⁸ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 50, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 373.

⁵⁰⁹ Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparaciones e Custas*. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C Nº 15, par. 87.

Corresponde às partes precisar claramente a prova do dano sofrido bem como a relação específica da pretensão pecuniária com os fatos do caso e as violações que são alegadas.⁵¹⁰

353. No caso particular, o representante May não especificou as quantias de acordo com os conceitos de dano material ou imaterial, assim que não se entende por qual tipo de dano requereu as indenizações. Tampouco manifestou o nexos causal existente entre as violações declaradas no presente caso e as quantias pedidas para as vítimas, razão pela qual não é possível determinar qual seria o valor exato que corresponderia aos gastos realizados pela senhora Bianchi e pelo senhor Moreno.

354. Por sua vez, o representante Molina apresentou diversos tipos de prova documental sobre estes gastos. Entretanto, o Tribunal não conseguiu efetuar um cálculo exato sobre a quantia devida, tendo em consideração que a documentação apresentada, que corresponde a diversas datas, encontra-se em moedas de distintos países, tais como pesetas, pesos colombianos, balboas, entre outros. Embora tenha sido apresentada informação sobre o equivalente destas quantias em colones e dólares, não foi explicado com clareza que taxa de câmbio foi utilizada. A esse respeito, não é tarefa do Tribunal determinar o cálculo do valor do dólar na época que correspondia a cada nota ou prova documental. Entretanto, a Corte pode presumir que durante estas viagens foram gerados gastos com passagens e estadia.

355. Portanto, a Corte fixa, com base em um critério de equidade, a soma de US\$ 5.000 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada uma das seguintes pessoas: Ileana Henchoz, Miguel Yamuni, Julieta González, Oriéster Rojas, Víktor Sanabria León, Claudia Carro Maklouf, Andrea Bianchi Bruna e Germán Alberto Moreno, vítimas do presente caso que tiveram de viajar ao exterior para ter acesso à FIV.

C.2) Dano imaterial

Argumentos da Comissão e alegações das partes

356. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado “reparar integralmente as vítimas do presente caso tanto no aspecto material como moral”.

357. O representante Molina alegou que o Estado “produziu uma situação de desproteção em relação a estas pessoas a ponto de afetar sua esfera pessoal mais íntima e revitimizá-las por não dar uma resposta à sua deficiência reprodutiva”. Além disso, alegou que “neste caso é fundamental considerar dentro do dano imaterial o dano ao projeto de vida, pois finalmente, estes casais, o que buscavam era constituir sua família com filhos biológicos, e este roteiro que tinham marcado para sua vida se viu truncado pela arbitrariedade e inatividade do Estado”. Portanto, argumentou que “[n]o caso das vítimas do presente caso é evidente que as ações e omissões do Estado contra elas impediram a realização de sua maior expectativa”.

358. A esse respeito, o representante Molina argumentou que era possível calcular o dano imaterial por meio de três metodologias, a saber: i) “Renda Temporária Mensal”; ii) “Lucro cessante laboral psicológico”, e iii) “Equidade e Justiça”. Em relação à “renda temporal mensal” alegou que era possível calcular os danos imateriais na soma de US\$ 3.500 mensais para os homens e US\$ 4.500 para as mulheres, contados desde a data em que foi proibida a FIV até a data de sua eventual autorização, o que, “segundo os parâmetros da Corte em relação ao cálculo com base em juros simples e na taxa LIBOR do aniversário do

⁵¹⁰ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 313.

início do ano” resultaria em “uma soma de US\$ 654.435,84 para cada uma das mulheres, e uma quantia de [US]\$466.651,98 para cada um dos homens [... o que] significaria poder dar a volta em seu “Projeto de Vida” e se preparar para desfrutar, através de uma renda temporal mensal, uma velhice em melhores condições econômicas”. Sobre o conceito de “lucro cessante psicológico” argumentou que não se trata “da pessoa que deixou de trabalhar ou que faleceu e, em consequência, deve lhe ser repostado esse capital, mas de uma pessoa que continua trabalhando ou que, inclusive, não trabalha remuneradamente; [...] seria o caso da dona de casa ou do estudante que, sem trabalhar em troca de um salário, também podem ser vítimas de um dano e não por sua condição estão desprotegidos de serem mercedores de uma indenização. De modo que, neste sentido, localizamos este tipo de lesão dentro do dano imaterial, porque sua relação causal provém de uma lesão psicológica ou sentimental, mais que de uma lesão direta a seu salário”.⁵¹¹ Em relação ao critério de “Equidade e Justiça” solicitou que “seja estabelecida uma compensação econômica significativa a favor das vítimas”. Concluiu que “deve ser estabelecida uma soma não menor que [...] US\$ 800.000 [...] a favor de cada uma das vítimas deste processo, como uma forma de estabelecer um verdadeiro equilíbrio entre a arbitrariedade do Estado e a dor intensa e prolongada, já perpétua, das vítimas”.

359. O representante May alegou que “[a] Decisão da Sala Constitucional [...] produziu uma perda de oportunidade ou chance que se abriga no princípio da reparação integral”, já que, “[c]om a proibição desapareceu para as vítimas a possibilidade séria e real de serem pais, de formar uma família, e de poder gozar do direito à igualdade frente ao resto da coletividade, enquanto antes da proibição (o fato danoso) existia uma oportunidade real e séria das vítimas, de chegar a ter filhos biológicos”. As quantias solicitadas para o dano imaterial são as mesmas que foram apresentadas para o dano material (par. 346 *supra*).

360. O Estado alegou, em relação aos supostos danos imateriais, a falta de uma relação de causalidade entre estes e a sentença da Sala Constitucional, considerando que: i) “[e]m nenhum dos casos [...] propiciou, seja através de uma ação ou de uma omissão, a infertilidade das pessoas que figuram como vítimas”; ii) “o sofrimento que os casais poderiam sentir por não poderem procriar filhos [...] está relacionado à sua condição natural de não poder ter filhos, e não com a proibição proferida pela Sala Constitucional”, e iii) “teria de existir uma certeza absoluta de que a utilização das técnicas de fertilização *in vitro* [...] haveria tido como resultado o nascimento de um filho, ou ao menos, que existia um alto grau de probabilidade de que isso fosse assim”, quando “as provas apresentadas pelo Estado permitem estabelecer que a probabilidade de que, depois de praticada a técnica de fertilização *in vitro*, ocorresse um nascimento, é muito baixa, tanto agora como no momento em que foi proferida a decisão da Sala Constitucional”. Além disso, considerou que “Joaquinita Arroyo e [...] Giovanni Vega e [...] Karen Espinoza e Héctor Jiménez [...] tiveram filhos concebidos naturalmente, de modo que é claro que não estão em uma situação de infertilidade”, e que “no caso dos senhores Grettel Artavia Murillo [...] também existe um filho que nasceu em 27 de julho de 2011”. Finalmente, o Estado negou a existência de “uma relação de causalidade entre as violações atribuídas ao Estado e as dificuldades laborais que supostamente experimentaram algumas das pessoas”.

⁵¹¹ O representante Molina solicitou como “lucro cessante laboral psicológico”: i) para Maria del Socorro Calderón Porras a soma de US\$ 180.847,05; ii) a soma de US\$ 201.213,61 dólares para Carlos Eduardo Vargas Solórzano; iii) a soma de US\$ 187.787,01 dólares para Julieta González Ledezma; iv) a soma de US\$ 485.114,98 dólares para Oriester Rojas Carranza; v) a soma de US\$ 771.489,23 dólares para Joaquinita Arroyo Fonseca; vi) a soma de US\$ 1.814.061,98 dólares para Giovanni Antonio Vega; vii) a soma de US\$ 1.013.454,54 dólares para Ileana Henchoz Bolaños; viii) a soma de US\$ 1.259.961,59 dólares para Miguel Antonio Yamuni Zeledón; ix) a soma de US\$ 752.620,35 dólares para Karen Espinoza Vindas; x) a soma de US\$ 590.306,84 dólares para Héctor Jiménez Acuña; xi) a soma de US\$ 1.862.581,64 dólares para Víktor Hugo Sanabria León, e xii) a soma de US\$ 1.268.470,28 dólares para Enrique Acuña Cartín (expediente de mérito, tomo II, folha 587.35).

Considerações da Corte

361. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família”.⁵¹² Em vista de que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, somente pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral à vítima, por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro ou da entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judiciário e em termos de equidade.⁵¹³

362. Além disso, a Corte reitera o caráter compensatório das indenizações, cuja natureza e quantia dependem do dano ocasionado, de modo que não podem significar nem enriquecimento nem empobrecimento para as vítimas ou seus sucessores.⁵¹⁴

363. No presente caso, o Tribunal recorda que o dano no presente caso não depende de se os casais puderam ou não ter filhos (par. 350 *supra*), mas corresponde ao impacto desproporcional em suas vidas do fato de não poderem exercer de maneira autônoma seus direitos (pars. 317 *supra*). Como ficou comprovado no capítulo VIII, foram constatados neste processo os sentimentos de angústia, ansiedade, incerteza e frustração, as sequelas na possibilidade de decidir um projeto de vida próprio, autônomo e independente. Em atenção aos sofrimentos ocasionados às vítimas, bem como à mudança nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram, a Corte considera pertinente fixar, em equidade, a quantia de US\$ 20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das vítimas a título de indenização por dano imaterial.

D) Custas e gastos

Alegações das partes

364. O representante Molina solicitou à Corte que ordene ao Estado o reembolso dos gastos em que haveria incorrido pelo procedimento perante a Corte correspondentes a US\$ 60.000 dólares, em razão de que “litigou até a promulgação da sentença e, levando em consideração que as atuações perante o Tribunal Interamericano são de grande complexidade, inclusive supondo que se deve consultar especialistas em temas como a saúde, reprodução assistida, psicólogos, entre outros”. Adicionalmente, pediu, “pelo custo das provas periciais, de notário e gastos produto da preparação de escritos”, a soma de US\$ 10.926,43 dólares.

365. Por outro lado, o representante Trejos, no escrito de petições e argumentos, solicitou à Corte que ordenasse ao Estado o reembolso das custas e gastos nos quais havia incorrido. No total, requereu que a Corte fixasse em equidade US\$ 450.000 dólares por

⁵¹² Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparções e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84, e Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, par. 284.*

⁵¹³ Cf. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C Nº 135, par. 244, e Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, par. 223.*

⁵¹⁴ Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparções e Custas. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 79, e Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C Nº 187, par. 161.*

“representação das vítimas” e “pelas atividades realizadas no âmbito interno e internacional desde o ano de dois mil com o fim de obter justiça para todas as vítimas como representante de fato perante as autoridades judiciárias e administrativas costarriquenhas e perante a Comissão Interamericana de todos os peticionários do presente [c]aso, bem como dos casais representados [...] perante a Corte Interamericana”. Nas alegações finais, o representante May repetiu as petições efetuadas pelo representante Trejos e pediu que fossem incluídas “notas de gastos processuais supervenientes”.

366. O Estado afirmou que “a quantia que está sendo solicitada não pode ser compartilhada pelo Estado, por serem quantias não razoáveis, inclusive algumas das somas pretendidas são superiores aos danos imateriais reclamados por algumas das supostas vítimas”.

Considerações da Corte

367. Como a Corte já afirmou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana.⁵¹⁵

368. O Tribunal manifestou que as pretensões das vítimas ou seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que lhes é concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, de acordo com as novas custas e gastos em que se tenha incorrido em razão do procedimento perante esta Corte.⁵¹⁶

369. Em relação ao reembolso das custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em consideração os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.⁵¹⁷ Além disso, a Corte reitera que não é suficiente a remissão de documentos probatórios, mas que se requer que as partes façam uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados gastos econômicos, sejam estabelecidos, com clareza, os valores e a justificação dos mesmos.⁵¹⁸

370. No presente caso, a Corte observa que o representante Trejos, que representou as vítimas durante o procedimento perante a Comissão (pars. 1 e 8 *supra*), faleceu antes do encerramento deste processo contencioso. Sem prejuízo disso, em seu escrito de petições e argumentos expôs suas pretensões sobre custas e gastos.

⁵¹⁵ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 79, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 290.

⁵¹⁶ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador*, par. 275, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 292.

⁵¹⁷ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 82; *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C Nº 250, par. 314.

⁵¹⁸ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 277, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 307.

371. Por outro lado, a Corte observa que o representante Trejos apresentou comprovantes de gastos por uma quantia de US\$ 1.376,96 dólares.⁵¹⁹ O representante May apresentou nas alegações finais as notas correspondentes a cinco *affidavits* por uma soma total de US\$ 2.500 dólares, sem argumentar por que havia sido efetuado o cálculo sobre o custo de cada serviço notarial em uma quantia de US\$ 500 dólares. Além disso, o representante May solicitou nas alegações finais a mesma quantia que havia pedido o representante Trejos em seu escrito de petições e argumentos, sem precisar se se tratava de duas petições autônomas ou, em caso contrário, que parte da última petição correspondia aos honorários correspondentes ao senhor Trejos e que quantia por honorários corresponderia ao senhor May. Por sua vez, o representante Molina apresentou comprovantes de gastos do processo por uma quantia de aproximadamente US\$ 9.243 dólares, que corresponde, em grande medida, ao cálculo parcial de alguns serviços profissionais.⁵²⁰

372. O Tribunal observa que não consta nos autos respaldo probatório que justifique as somas que os representantes estão solicitando a título de honorários e serviços profissionais. De fato, as quantias requeridas a título de honorários não foram acompanhadas por argumentação de prova específica sobre sua razoabilidade e alcance.⁵²¹

373. Portanto, a Corte fixa em equidade a quantia de US\$ 10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante Gerardo Trejos, a qual deverá ser paga diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável. Além disso, a Corte estabelece em equidade a quantia de US\$ 2.000 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante May e a quantia de US\$ 3.000 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante Molina.

E) Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

374. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial e o reembolso de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas indicadas na mesma, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente decisão, nos termos dos parágrafos seguintes. Caso os beneficiários tenham falecido ou faleçam antes que lhes seja entregue a indenização respectiva, esta será paga diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.

375. O Estado deverá cumprir as obrigações monetárias por meio do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando

⁵¹⁹ Em seu escrito de petições e argumentos, o representante Trejos apresentou como gastos durante o processo: i) nota de compra de passagem de avião em nome de Andrea Bianchi (US\$ 439,72); ii) nota de compra de passagem de avião em nome de Gerardo Trejos Salas (US\$ 468,62), e iii) nota de compra de passagem aérea em nome de Gloria Mazariegos (US\$ 468,62), somando US\$ 1.376,96 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo I, folhas 4071 e 4072).

⁵²⁰ Em seu escrito de petições e argumentos, o representante Boris Molina Acevedo apresentou como gastos durante o processo: i) fatura por serviços profissionais a María Lorna Ballesteró Muñoz por US\$ 6.000,00, ii) recibo de dinheiro por serviços profissionais a Gabriela Darsí e Enrique Madrigal por US\$ 1.375, iii) recibo por serviços profissionais a título de pagamento de serviços profissionais pela assessoria e assistência oferecida por William Vega por US\$ 1.600, e iv) 131.850 colones por fotocópias e gastos administrativos (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folhas 6537 a 6364).

⁵²¹ Cf. *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, par. 287.

para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

376. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus herdeiros, não for possível o pagamento das quantias determinadas dentro dos prazos indicados, o Estado consignará estas quantias a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira costarrriquenha idônea, em dólares estadunidenses, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Caso depois de dez anos a quantia designada não for reclamada, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.

377. As quantias designadas na presente Sentença como indenização por dano material e imaterial, e como reembolso de custas e gastos, deverão ser entregues às pessoas e organizações indicadas de forma íntegra, em conformidade com o estabelecido nesta Sentença, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença.

378. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório na Costa Rica.

379. Em conformidade com sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade inerente a suas atribuições e derivada, também, do artigo 65 da Convenção Americana, de supervisionar o cumprimento íntegro da presente Sentença. O caso será dado por encerrado uma vez que o Estado tenha dado total cumprimento ao disposto na presente decisão.

380. Dentro dos prazos de seis meses e um ano, contados a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.

X PONTOS RESOLUTIVOS

381. Portanto,

A CORTE

DECIDE,

por unanimidade,

1. Rejeitar as exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 17 a 40 da presente Sentença.

DECLARA,

por cinco votos a favor e um contra, que:

1. O Estado é responsável pela violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de 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, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza, nos termos dos parágrafos 136 a 317 da presente Sentença.

E DISPÕE

por cinco votos a favor e um contra, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
2. O Estado deve adotar, com a maior celeridade possível, as medidas apropriadas para que fique sem efeito a proibição de praticar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos ao exercício dos direitos que foram considerados violados na presente Sentença. O Estado deverá informar em seis meses sobre as medidas adotadas a esse respeito, em conformidade com o parágrafo 336 da presente Sentença.
3. O Estado deve regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV, tendo em consideração os princípios estabelecidos na presente Sentença, e deve estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições ou profissionais qualificados que desenvolvam este tipo de técnica de reprodução assistida. O Estado deverá informar anualmente sobre a colocação em vigência gradual destes sistemas, em conformidade com o parágrafo 337 da presente Sentença.
4. O Estado deve incluir a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento à saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação. O Estado deverá informar a cada seis meses sobre as medidas adotadas para colocar gradualmente estes serviços à disposição de quem o requeira e dos planos elaborados para este fim, em conformidade com o parágrafo 338 da presente Sentença.
5. O Estado deve oferecer às vítimas atendimento psicológico gratuito e de forma imediata, por até quatro anos, através de suas instituições estatais de saúde especializadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 326 da presente Sentença.
6. O Estado deve realizar as publicações indicadas no parágrafo 329 da presente Sentença, no prazo de seis meses contado a partir da notificação da mesma.
7. O Estado deve implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do Poder Judiciário, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 341 da presente Sentença.
8. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 355 e 363 da presente Sentença, a título de indenizações por danos materiais e imateriais, e pelo reembolso de custas e gastos, nos termos do parágrafo 373 da Decisão.
9. O Estado deve, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório geral sobre as medidas adotadas para cumpri-la.
10. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres em conformidade com a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos, e dará por encerrado o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

O Juiz Diego García-Sayán informou à Corte seu Voto Concordante, e o Juiz Eduardo Vio Grossi informou à Corte seu Voto Dissidente, os quais acompanham esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica em 28 de novembro de 2012.

Diego García Sayán
Presidente

Leonardo A. Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García Sayán
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ DIEGO GARCIA-SAYÁN
SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS ("FECUNDAÇÃO IN VITRO") VS. COSTA RICA
DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012

1. Esta sentença é uma decisão muito importante e clara da Corte para consolidar os direitos à integridade pessoal, à vida privada e familiar e o princípio de não discriminação. Todos eles foram seriamente violados pelos fatos que geraram este contencioso. A Corte, ao estabelecer quais direitos foram violados e as correspondentes reparações, orienta a sentença, em essência, a uma afirmação da vida.

2. Argumentar a proibição absoluta à Fertilização in Vitro (FIV) no alegado "direito à vida" é uma dupla contradição. Primeiro, porque ao afirmar que com a FIV se produziria "perda embrionária", omite-se que, como restou demonstrado nos autos, as perdas embrionárias também ocorrem nas gravidezes naturais e em outras técnicas de reprodução. Segundo, porque a proibição, alegadamente sustentada no direito à vida, gerou, paradoxalmente, um impedimento à vida ao bloquear o direito de homens e mulheres à procriação. Instituiu-se, assim, um impedimento indevido à vida e o seguirá constituindo, enquanto não se executem plenamente as medidas de reparação dispostas pela Corte nesta sentença.

3. Ao estar a autodeterminação reprodutiva estreitamente relacionada ao direito à vida privada e à integridade pessoal (pars. 146 e 147), a proibição absoluta da FIV decretada pela Sala Constitucional da Costa Rica, em 15 de março de 2000, afetou esses direitos gerando um sério impacto nas vítimas.

4. A isso se acrescenta o impacto discriminatório da proibição. Como recorda a Corte, os Estados não devem produzir regulamentações que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos (par. 286). A Corte deixa estabelecido que a proibição impactou as vítimas discriminatoriamente em relação a aspectos cruciais como a situação de deficiência ou a situação econômica (par. 284).

5. É claro, em conformidade com o provado no curso do processo, que a incapacidade consistente na infertilidade requer uma atenção especial e que as políticas do Estado devem propender à inclusão e não à exclusão. Além disso, a proibição teve um efeito desproporcional em detrimento dos casais inférteis de menor renda tendo em consideração que para realizar a FIV deviam viajar ao exterior.

6. Os homens e mulheres afetados pela infertilidade são pessoas que sofrem uma doença, como recorda a Corte nesta sentença (par. 288), tendo em consideração que a Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu que a infertilidade é "uma doença do sistema reprodutivo" definida como a incapacidade de conseguir uma gravidez clínica depois de 12 meses ou mais de relações sexuais não protegidas".¹

7. Tendo isso em consideração, é seriamente atentatório aos direitos das pessoas afetadas por esta doença que o Estado lhes negasse o direito a recorrer a este método científico pela proibição estabelecida desde março de 2000.

8. Por outro lado, na medida em que o Estado baseou boa parte de suas alegações em certa interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a

¹ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2828). Como explicou o perito Zegers-Hochschild, segundo a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade constitui uma doença do sistema reprodutivo (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818).

Corte procedeu nesta sentença a interpretar esta norma para os propósitos deste caso. E o fez, como corresponde no Direito Internacional, em conformidade com o sentido comum dos termos, bem como com uma interpretação sistemática e histórica, e a que corresponde ao objeto e fim do tratado, utilizando como meio complementar de interpretação os trabalhos preparatórios desta norma da Convenção.

9. Entre outras consequências da interpretação da Corte, bem como da prova científica disponível, chega-se à conclusão de que não é possível concluir que no artigo 4.1. se busca conferir *status* de "pessoa" ao embrião enfatizando-se que "...as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa..." (par. 253).

10. As reparações estabelecidas têm sua razão de ser não somente no que concerne diretamente às pessoas declaradas como vítimas. Estabelecem, também, medidas orientadas à sociedade em seu conjunto como as de não repetição e pautas concretas para gerar as condições apropriadas de maneira que se concretize o dever de adequação do Estado às obrigações referidas na sentença em matéria de integridade pessoal, vida privada e familiar e do princípio de não discriminação.

11. A essência das medidas reparatorias é, então, que o Estado não somente deve deixar de produzir regulamentações e práticas discriminatórias, mas deve deixar sem efeito a proibição e facilitar gradualmente o uso desta técnica de reprodução para os que a requeiram e desejem. Nesta ordem de ideias, a Corte estabelece, entre outras, essencialmente três linhas precisas de ação orientadas a se constituir em garantias de não repetição e à adequação da conduta do Estado a suas obrigações internacionais:

a) A primeira é "adotar as medidas apropriadas para que fique sem efeito com a maior celeridade possível a proibição de realizar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos" (par. 336). Corresponde, pois, que o Estado adote com rapidez as medidas que sejam pertinentes dentro de sua própria institucionalidade para que fique sem efeito a proibição;

b) A segunda é "regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV" (par. 337) o que remete a regulamentações a serem proferidas e colocadas em execução pelo Estado para que esta técnica seja utilizada corretamente por instituições ou profissionais qualificados;

c) Ao se estabelecer na terceira medida que a seguridade social inclua gradualmente "a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento de saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação" (par. 338), isso se orienta a que esta técnica seja incluída, de maneira gradual, dentro dos programas contra a infertilidade que já são oferecidos. Isso não sugere que uma porção desproporcional dos recursos institucionais e orçamentárias de seguridade social seja destinada a este propósito em prejuízo de outros programas ou prioridades, mas a garantir que este serviço esteja disponível de forma progressiva.

Cabe ressaltar que esta ordem da Corte se encontra clara e diretamente relacionada com o princípio de não discriminação. Nesse sentido, não pode ser entendida como uma ordem que conduza a situações de desigualdade. A esse respeito, sobre a mencionada

gradualidade, cabe ressaltar que o Comité DESC² afirmou que a "natureza precisa" da disponibilidade dos serviços e programas de saúde "dependerá de diversos fatores, em particular do nível de desenvolvimento" do Estado. Além disso, este Comitê afirmou que um dos componentes da acessibilidade sem discriminação aos serviços de saúde se relaciona com a "acessibilidade econômica (disponibilidade)", de tal forma que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance de todos. O Comitê acrescentou que os pagamentos por serviços de atendimento à saúde "deverão se basear no princípio da equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de todos, incluídos os grupos socialmente desfavorecidos. A equidade exige que sobre os lares mais pobres não recaia uma carga desproporcional no que se refere aos gastos de saúde, em comparação com os lares mais ricos".³ Estas considerações me permitem ressaltar o nexo causal da ordem emitida pela Corte em relação à situação particular de pessoas cuja única possibilidade de procriação é o acesso à FIV e não contam com recursos próprios para ter acesso a este tipo de técnicas de reprodução assistida.

Além disso, como se observa da contestação da demanda e das alegações finais do Estado da Costa Rica, este conta com programas e serviços médicos para diversos tratamentos de problemas de infertilidade, incluindo as técnicas de reprodução assistida. O Estado informou que o único método excluído dos programas públicos para o atendimento de problemas da saúde reprodutiva foi a FIV, à luz da sentença proferida pela Sala Constitucional. Nesse sentido, é possível relacionar a exclusão da FIV com os argumentos desenvolvidos na decisão judicial analisada nesta Sentença, e não é claro que sejam considerações econômicas e orçamentárias as que tenham justificado esta exclusão. Tampouco se comprovou que existisse uma situação como a de outros Estados nos quais se tenha alegado a inexistência ou insuficiência de recursos para subsidiar parte do acesso às técnicas de reprodução assistida. Corresponde então que o Estado continue avançando progressivamente em garantir, sem discriminação, o acesso aos tratamentos adequados e necessários para enfrentar as distintas formas de infertilidade.

Nesse sentido, ressalto que o mandato da Corte não se dirige a alterar nenhum tipo de priorização no âmbito interno, no entendimento de que o acesso às técnicas de reprodução assistida já havia sido incorporado dentro do atendimento integral que o Estado provê. O Tribunal, como é sua prática constante, deixa nas mãos das autoridades locais o conjunto de decisões sobre a natureza e alcance das medidas necessárias para garantir, progressivamente, o que seja pertinente em relação ao conjunto de técnicas relativas às diversas modalidades da FIV entre as quais as autoridades deverão exercer uma clara e devida regulamentação.

12. Tendo em consideração que o fato central que gerou este caso contencioso foi a proibição na Costa Rica a uma técnica de reprodução assistida, a FIV, esta sentença não somente estabelece quais foram as violações à Convenção e as correspondentes reparações. Em essência e por seu próprio conteúdo, é uma contribuição fundamental a favor da vida como o expressam as mais de cinco milhões de pessoas que hoje desfrutam da vida graças a que seus pais recorreram a este tipo de métodos contra a infertilidade e que não existiriam se não fosse por isso.

² Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 14 (2000). O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 12 a.

³ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 14 (2000). O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 12 b. iii.

Diego García-Sayán
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

A Juíza Rhadys Abreu Blondet se aderiu ao presente Voto do Juiz Diego García-Sayán.

Rhadys Abreu Blondet
Juíza

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO DISSIDENTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS (“FECUNDAÇÃO IN VITRO”) VS. COSTA RICA
SENTENÇA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**

INTRODUÇÃO

Com o maior respeito e consideração à Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte, e, certamente, para cada um de seus membros, formula-se o presente voto dissidente¹ à Sentença indicada no título, doravante denominada a Sentença, em relação à fundamentação que se expõe a seguir e que, certamente e como corresponde se limita única e exclusivamente ao afirmado na mesma² e, muito particularmente, ao assunto que se considera que condiciona a todos os demais no presente caso, isto é, o artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, doravante denominada a Convenção.

Certamente, os comentários incluídos neste voto dissidente foram feitos considerando não o que o intérprete deseja, mas o que o Direito expressa. Igualmente, teve-se em consideração que a Corte lhe corresponde interpretar e aplicar a Convenção³ e não assumir a função que compete à Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴ nem a função normativa, a qual corresponde aos Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar a Convenção.⁵ E, por último, e em especial, teve-se presente que se trata de precisar o que a vontade dos Estados expressaram na Convenção, acordos e práticas posteriores, com o fim de poder exigir deles aquilo a que efetivamente se comprometeram.⁶

¹ Artigo 66.2 da Convenção: “Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual” e Artigo 24.3 do Estatuto da Corte: “As decisões, juízos e opiniões da Corte serão comunicados em sessões públicas e notificados por escrito às partes. Além disso, serão publicados, juntamente com os votos e opiniões separados dos juízes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considerar conveniente”. Sobre o particular, ver, ademais, *Declaração de Queixa*, apresentada na Corte em 17 de agosto de 2011, com relação a parte do Voto Concordante Conjunto emitido em razão das Resoluções “Medidas Provisórias em relação à República da Colômbia, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia”, de 30 de junho de 2011, “Medidas Provisórias em relação aos Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú e Outra Vs. México”, de 1º de julho de 2011 e “Medidas Provisórias em relação à República de Honduras, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras”, de 5 de julho de 2011.

² Artigo 65.2 do Regulamento da Corte: “Todo Juiz que houver participado no exame de um caso tem direito a acrescentar à sentença seu voto concordante ou dissidente, que deverá ser fundamentado. Esses votos deverão ser apresentados dentro do prazo fixado pela Presidência, para que possam ser conhecidos pelos Juízes antes da notificação da sentença. Os mencionados votos só poderão referir-se à matéria tratada nas sentenças.”

³ Artigo 62.3 da Convenção: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”

⁴ Artigo 41, primeira frase, da Convenção: “A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos...”

⁵ Artigo 76.1 da Convenção: “Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção” e Artigo 39 da Convenção de Viena: “Um tratado poderá ser emendado por acordo entre as partes. As regras estabelecidas na parte II aplicar-se-ão a tal acordo, salvo na medida em que o tratado dispuser diversamente.”

⁶ Artigo 2.1.a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, doravante denominada Convenção de Viena: “Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional

Então, o raciocínio afirmado se refere a dois temas principais. O primeiro é precisamente a análise desta disposição, por considerar que é sua violação a que definitiva e preferentemente se alega nos autos. E o segundo tem relação com a inflexão jurisprudencial experimentada na Sentença com respeito à interpretação desse artigo.

I.- O ARTIGO 4.1 DA CONVENÇÃO

Por sua vez, a análise do artigo 4.1 da Convenção apresenta três aspectos. O primeiro é relacionado à perspectiva com que a Sentença aborda o presente caso. O segundo concerne à interpretação do mesmo. E o terceiro alude à jurisprudência da Corte sobre o particular.

A.- Perspectiva com que aborda o caso

É indubitável que a perspectiva sob a qual a Sentença aborda o caso influi na conclusão a que chega. Daí que é necessário, como primeiro assunto, aludir a ela.

A esse respeito, a Sentença afirma que procede, como primeiro assunto de mérito,

"determinar o alcance dos direitos à integridade pessoal e à vida privada e familiar para resolver a controvérsia".⁷

E, posteriormente, afirma que

"o objeto do presente caso se concentra em estabelecer se a sentença da Sala Constitucional gerou uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas".⁸

Evidentemente, a Sentença está se referindo à Decisão de 15 de março de 2000 da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da República da Costa Rica, doravante denominada a Decisão, por meio da qual declarou inconstitucional o Decreto Executivo nº. 24029-S, de 3 de fevereiro de 1995, que regulamentava a Fecundação in Vitro, por infração ao artigo 4.1 daquela ("*Direito à Vida*").

Sobre o particular, a Sentença expressa que "*ao se comprovar que existiu uma ingerência tanto pelo efeito proibitivo que, em geral, causou a sentença da Sala Constitucional, bem como o impacto que o anterior produziu nas supostas vítimas no presente caso, a Corte considera necessário analisar se esta ingerência ou restrição se encontra justificada*" e, por isso, "*considera pertinente analisar em detalhe o argumento principal desenvolvido pela Sala Constitucional: que a Convenção Americana obriga a efetuar uma proteção absoluta do "direito à vida" do embrião e, em consequência, obriga a proibir a FIV por implicar a perda de embriões*", acrescentado posteriormente que, "*analisará se a interpretação da Convenção que argumentou as ingerências ocorridas é admissível tendo em consideração as fontes de Direito Internacional pertinentes*".⁹

concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica."

⁷ Par. 141 da Sentença. Quando se expresse "Par. ou Pars." se entenderá que o parágrafo ou parágrafos citados são da Sentença.

⁸ Par. 171.

⁹ Par. 162.

Então, é verdade que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão, e os representantes das vítimas, doravante denominados os Representantes, afirmaram que a mencionada resolução violou os artigos 11.2 (*"Respeito da Honra e da Dignidade"*), 17.2 (*"Proteção à Família"*) e 24 (*"Igualdade perante a Lei"*), em relação aos artigos 1.1 (*"Obrigação de Respeitar os Direitos"*) e 2 (*"Dever de Adotar Disposições de Direito Interno"*), todos da Convenção. Porém, é igualmente verdade que um dos representantes invocou, ademais, os artigos 4.1 (*Direito à vida*), 5.1 (*"Direito à Integridade Pessoal"*) e 7 (*"Direito à Liberdade Pessoal"*)¹⁰ e que a citada Decisão expressamente se baseia no citado artigo 4.1.

Por esse motivo, o assunto dos autos não consiste no que a Sentença apresenta, mas, ao contrário.

Efetivamente, considerando as normas consuetudinárias aplicáveis,¹¹ no presente caso trata-se de determinar, à luz do previsto na Convenção,¹² se a citada Decisão¹³ é internacionalmente lícita ou, ao contrário ilícita,¹⁴ o que implica contrastar, primeiramente, este ato estatal com a obrigação internacional por ele mesmo aduzida como sua justificativa, ou seja, o citado artigo 4.1, e somente uma vez elucidada esta questão se poderia abordar a conformidade da mesma com o contemplado nos artigos 5.1, 11.2, 17.2 e 24.

Então, resultaria mais lógico que a Sentença em discussão houvesse entendido e tratado o presente caso fundamentalmente como uma possível violação do indicado artigo 4.1 e não como o faz.

Ao proceder como o fez, a Sentença não somente segue a lógica processual e de argumento que legitimamente apresentaram a Comissão e os Representantes, de acordo com seus respectivos interesses e papéis processuais, mas, que dessa forma, definitivamente e na prática, minimiza ou subordina todo o referente ao *"direito à vida"* perante os outros mencionados direitos. Nessa perspectiva de análise do caso pela qual se opta na Sentença tem um efeito prático muito relevante, já que conduz, em última instância, a privilegiar esses direitos acima do *"direito à vida"*.

¹⁰ Par. 7.

¹¹ Reunidas no Projeto preparado pela Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos, acolhido por Resolução aprovada pela Assembleia Geral [*com base no relatório da Sexta Comissão (A/56/589 e Corr.1)*] 56/83. Responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos, 85ª sessão plenária, 12 de dezembro de 2001, Documentos Oficiais da Assembleia Geral, quinquagésimo sexto período de sessões, Suplemento nº 10 e correções (A/56/10 e Corr.1 e 2). 2 Ibid., doravante denominado Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado.

¹² Artigo 62.3 da Convenção, já citado.

¹³ Artigo 4 do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado: "*Comportamento dos órgãos do Estado. 1. Se considerará fato do Estado segundo o Direito Internacional o comportamento de todo órgão do Estado, já seja que exerça funções legislativas executivas, judiciais ou de outra índole, qualquer que seja sua posição na organização do Estado e tanto se pertence ao governo central como a uma divisão territorial do Estado. 2. Se entenderá que órgão inclui toda pessoa ou entidade que tenha essa condição segundo o direito interno do Estado.*"

¹⁴ Artigos do Projeto sobre Responsabilidade Internacional do Estado: 1: "*Responsabilidade do Estado por seus atos internacionalmente ilícitos. Todo ato internacionalmente ilícito do Estado gera sua responsabilidade internacional*"; 2: "*Elementos do ato internacionalmente ilícito do Estado. Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento consistente em uma ação ou omissão: a) É atribuível ao Estado segundo o Direito Internacional; e b) Constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado*"; 3: "*Qualificação do ato do Estado como internacionalmente ilícito. A qualificação do ato do Estado como internacionalmente ilícito é regido pelo Direito Internacional. Esta qualificação não é impactada pela qualificação do mesmo ato como lícito pelo direito interno.*"

B.- Interpretação do artigo 4.1

Como foi afirmado e ao contrário da linha que segue a Sentença, o principal assunto apresentado nesta causa tem relação com determinar se o Estado, ao proferir a citada Decisão, incorreu em responsabilidade internacional por violar,¹⁵ dessa forma, o artigo 4.1 da Convenção, que expressa:

"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."

E visto que se trata da interpretação de uma norma da Convenção, isto é, de esclarecer a vontade dos Estados Partes da Convenção expressada nela, isso se deve fazer em conformidade com o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, doravante denominada a Convenção de Viena, que contém tanto as normas convencionais como as consuetudinárias na matéria. Tendo em conta a importância que estas têm na presente causa, considero necessário reproduzi-las.

O artigo 31 desta Convenção dispõe:

"Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

- a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;*
- b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.*

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

- a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;*
- b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;*
- c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.*

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes."

Por sua vez, o artigo 32 da mesma Convenção estabelece:

"Meios Suplementares de Interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou*
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado."*

¹⁵ Artigo 12 do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado: *"Existência de violação de uma obrigação internacional. Há uma violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato deste Estado não está em conformidade com o que dele exige essa obrigação, seja qual for a origem ou a natureza dessa obrigação."*

Então, para poder realizar a interpretação do mencionado artigo 4.1, parece necessário referir-se aos aspectos básicos que este caso apresenta, isto é, o Titular do direito; a proteção desse direito e a privação arbitrária do mesmo.

1.- Titular do direito

Visto o artigo 31.1 da Convenção de Viena, é evidente que o direito que consagra o citado artigo 4.1 consiste em que "se respeite... (a) vida" de seu titular. Esse é o "objeto e fim" desta norma, o que significa que ela foi estabelecida para que realmente alcançasse o que ela persegue e não para que ficasse sem conteúdo.

Em consequência, o disposto pressupõe que o titular do direito consistente cuja vida deve se respeitar, preexiste como tal.

Além disso, é claro que esta norma estabelece que o titular desse direito é "toda pessoa", ou seja, esse artigo não faz distinção alguma entre os titulares do mencionado direito. Isso se condiz plenamente, ademais, com o previsto previamente na Convenção em razão de que os direitos que os Estados partes da Convenção se comprometem a respeitar e garantir se referem

"a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos" de "qualquer... natureza".¹⁶

E em virtude da regra do "sentido especial" da interpretação dos tratados, contida no artigo 31.4 da Convenção de Viena, para a interpretação do termo "pessoa" deve-se ater ao previsto no artigo 1.2 da Convenção que prescreve:

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

Como conclusão, e ainda que pareça óbvio, pode-se afirmar que o artigo 4.1 da Convenção constata ou consagra o direito de "toda pessoa" ou "ser humano", sem distinção alguma e que, ademais, já existe, a que seja respeitada "sua" vida. Ou seja, toda a mencionada disposição, todas as suas frases, bem como, também, toda a Convenção, concernem somente à "pessoa" ou "ser humano", isto é, exclusivamente a seus direitos e não a outros interesses ou entidades.

2.- Proteção legal do direito

O mencionado artigo 4.1 dispõe, em sua segunda frase que "este direito (ou seja, o de "toda pessoa... de que se respeite sua vida") deve ser protegido pela lei". Esta frase leva a interpretar três expressões. Uma, o que se entende por "lei", outra, o que significa "e, em geral", e a terceira relativa ao termo "concepção".

a.- "Lei"

¹⁶ Artigo 1.1 da Convenção: "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 econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

Ao afirmar que prescrever que o citado direito "*estará protegido por lei*", a Convenção impõe ao Estado a obrigação de ditar as normas jurídicas com tal propósito, obrigação que igualmente está contemplada, em termos mais gerais e amplos, no já citado artigo 2 da Convenção.¹⁷

Aliás, deve se entender que o termo "*lei*" é utilizado em seu sentido lato, ou seja, como norma jurídica, seja constitucional, legal ou regulamentar, proferida pelo órgão competente do Estado que, em termos gerais e obrigatórios, regulamenta uma conduta ou atividade de todos os seus habitantes.¹⁸

Também haveria de se ter presente que a circunstância de que o citado artigo 4.1 disponha que o direito de "*toda pessoa... de que se respeite sua vida*" deve estar "*protegido pela lei*", não significa a conformidade ou desconformidade desta última com o Direito Internacional e, em particular, com a Convenção, ou seja, que sua licitude ou ilicitude internacional não possa ser determinada pela Corte.

Como comentário relativo especificamente ao caso dos autos, é importante destacar que o artigo 21 da Constituição Política do Estado de 1949, já estabelecia que "*a vida humana é inviolável*" e que a Decisão que motiva esta causa expressamente conclui que "*o regulamento questionado (Decreto Executivo nº 24029-S de 3 de fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério de Saúde) é inconstitucional por infração ao artigo 21 da Constituição Política e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*",¹⁹ de modo que poderia se entender que dessa forma o Estado estava dando cumprimento ao afirmado no artigo 4.1 de proteger por lei o direito de "*toda pessoa ... de que se respeite sua vida*".

b.- "*E, em geral*"

Em relação ao sentido e alcance das palavras "*e, em geral*" que utiliza o mencionado artigo 4.1, haveria de se ter presente, neste momento, que a Convenção não dá a este termo um "*sentido especial*", de modo que teria de recorrer ao "*sentido comum dos mesmos*".²⁰

Entre as definições que compreende o sentido comum da palavra "*geral*", que são as mesmas na época da assinatura da Convenção e ainda hoje, verificam-se as de "*comum, frequente, usual*" e "*comum a todos os indivíduos que constituem um todo, ou a muitos objetos, ainda que sejam de natureza diferente*" e entre os significados dos termos "*em geral*" estão os de "*em comum, geralmente*" e "*sem especificar nem individualizar coisa alguma*."

Para melhor compreensão desses termos, talvez possa ser útil evocar seus antônimos, tal como eram entendidos na época da Convenção²¹ e são entendidos na atualidade, ou seja,

¹⁷ Artigo 2 da Convenção: "*Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.*"

¹⁸ A Expressão "Leis" no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6.

¹⁹ Par. 76.

²⁰ Artigo 31.1 da Convenção de Viena.

²¹ *Idem*.

os termos "*particular*", que significa "*próprio e privativo de algo, ou que lhe pertence com singularidade*", "*especial, extraordinário, ou poucas vezes visto em sua linha*", "*singular ou individual, como contraposto a universal ou geral*"; "*singular*", cujas definições são "*só (único em sua espécie)*"; "*extraordinário, raro ou excelente*"; e "*inusual*", que implica "*não usual, infrequente*".

Além disso, tendo presente a regra do "*contexto dos termos*",²² haveria de acrescentar que, em vista de que as expressões "*e, em geral*" que emprega a disposição que se comenta, vinculam-se à obrigação de "*proteger por lei*" o direito de "*toda pessoa... de que respeite sua vida*", o que esta norma dispõe é que isso deve ser "*a partir da concepção*" da "*pessoa*" em questão.

Por sua vez e segundo a regra de interpretação do "*objeto e fim*" da Convenção, que é o respeito dos direitos humanos e garantir seu livre e pleno exercício²³, e do próprio artigo 4.1 da mesma, que é o respeito à vida, as referidas palavras "*e, em geral*" devem ser entendidas em tal perspectiva, ou seja, com "*efeito útil*" a tal propósito, de modo que efetivamente contribuam ao objeto e fim geral perseguido e não constituam uma exceção a isso nem, muito menos, em particular, uma negação do direito à vida.

A este respeito procede ter presente que na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos que aprovou a Convenção, três países propuseram, com o fim de que não fosse proibido o aborto, a eliminação, no artigo 4.1, da frase "*e, em geral, a partir do momento da concepção*", proposta que, entretanto, foi rejeitada, ficando assim essa frase, por decisão adotada pela maioria dos Estados participantes na mencionada Conferência, incorporada na citada disposição.²⁴ Ou seja, evidentemente se quis ampliar ou não deixar espaço a dúvida alguma de que a proteção que por lei se deve dar ao direito de toda pessoa de que se respeite sua vida, deve valer mesmo quando se encontre como concebido ou não tenha nascido.

Em consequência, esta frase foi estabelecida para permitir que a proteção que por lei se deve dar ao direito de "*toda pessoa... de que se respeite sua vida*" "*a partir da concepção*", o seja também para o ainda não nascido. Em outras palavras, essa proteção deve ser "*comum*" para o nascido e o que ainda não é, conseqüentemente, não procede fazer diferença, neste aspecto, entre eles, "*ainda que sejam de natureza diferente*", em vista de que "*constituem um todo*", em ambos há vida humana, há um ser humano, uma pessoa.

O bem jurídico protegido é, então e em última instância, o direito à vida de "*toda pessoa*" e é por isso que na Convenção se optou por não deixar margem de dúvida alguma a respeito de que o que se protege com o citado artigo 4.1 era fundamental nela, qualquer que fosse a etapa em que se encontrasse.

Nesse sentido, a expressão "*em geral*" indica uma referência à forma em que a lei pode proteger o ainda não nascido; evidentemente que poderia ser diferente à proteção que dê ao nascido.

²² Artigo 32.1 da Convenção de Viena.

²³ Artigo 1.1 da Convenção já citado.

²⁴ Pars. 203 a 205.

Em resumo, a expressão “*e em geral*” não alude a uma exceção, a uma exclusão, ao contrário, é inclusiva, faz aplicável a obrigação de proteger por lei o direito de toda pessoa de que se respeite sua vida desde a concepção.

c.- “A concepção”

Assim mesmo e em razão do afirmado anteriormente, é indispensável para entender o previsto no mencionado artigo 4.1 precisar o sentido e alcance do termo “*concepção*” que aquele emprega, tendo em vista que a partir dela é que o Estado deve proteger por lei o direito “*a que se respeite (a) vida*”. Em outras palavras, resulta claro o sentido da norma a respeito de que esse direito existe “*a partir da concepção*.”

Dos autos e demais antecedentes se observa que, ao ser assinada a Convenção, não se determinou o que devia se entender por “*concepção*” e que isso tampouco foi feito depois. Por outro lado, a Convenção tampouco concedeu a essa palavra “*um sentido especial*”²⁵ e, em particular, não fez referência a como se entenderia segundo a ciência médica. Sem dúvida, a regra aplicável no caso é a do “*sentido comum*” deste termo²⁶ e, particularmente, ao existente no momento da assinatura da Convenção em 1969.

Segundo a versão de 1956 do Dicionário da Língua Espanhola da Real Academia Espanhola,²⁷ vigente à época, o termo “*concepção*” se entendia como a “*ação e efeito de conceber*”; o de “*conceber*” como “*ficar prenhe a fêmea*”; o de “*prenhe*” como “*diz-se da mulher e da fêmea de qualquer espécie, que concebeu e tem o feto ou a criatura no ventre*”; o de “*fazer prenhe*” como “*emprenhar*”; o de “*emprenhar*” como “*fazer conceber à fêmea*”; e o de “*fecundar*” como “*unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino para dar origem a um novo ser*”.

E quase contemporaneamente com a assinatura da Convenção, isto é, na versão de 1970 do mencionado Dicionário,²⁸ o termo “*fazer prenhe*” foi entendido como “*emprenhar, fecundar ou fazer conceber a mulher*”. Deve-se advertir que este significado é o mesmo na atualidade.²⁹

O anterior significava, então, que se entendia e ainda se entende que o ser, no caso, o humano, origina-se ao “*unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino*” e, quando isso acontece entende-se que essa “*criatura*” se encontra no “*ventre*” da mulher. Daí, pois, que se entendiam os termos *fecundar ou fazer conceber a mulher*” como sinônimos.

De maneira, então, que o termo “*concepção*” utilizado pelo artigo 4.1 da Convenção juridicamente deveria ser interpretado, além de qualquer outra consideração, como a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Isso foi o que se concordou em 1969, e não o contrário, ao ser assinada a Convenção e esse ainda é o sentido jurídico de tal termo, inclusive para parte muito importante, por não dizer majoritária,³⁰ da ciência médica que

²⁵ Artigo 31.4 da Convenção de Viena.

²⁶ *Idem*.

²⁷ 18ª. edição.

²⁸ 19ª. edição.

²⁹ 22ª edição.

³⁰ Notas 266 a 284 da Sentença.

assim também o considera.³¹ Com isto não se está argumentando que o que expresse a ciência médica não deva ser tido em consideração, mas que isso deve ser feito na medida em que o Direito o incorpore em seu acervo.

Deve-se considerar também a este respeito que, segundo deve se entender das regras de interpretação dos tratados, não existem outros acordos ou tratados entre os Estados Partes da Convenção que consagrem um conceito diferente ao expressado.³² Tampouco outros acordos ou a prática seguida pelos mesmos na aplicação da Convenção indicam uma modificação desse conceito.³³ Por outro lado, não há norma consuetudinária diferente à interpretação dada que lhes seja aplicável. E, finalmente, não se pode argumentar a existência de um princípio geral de direito, originado pelas legislações internas desses Estados, que consagre um significado diferente ao referido.³⁴

Por outro lado, é evidente e lógico que a “*concepção*” a que se refere o artigo 4.1 é a de “*toda pessoa*” cujo direito à vida deve ser protegido por lei.

E isso está em plena concordância com o “*contexto dos termos*”,³⁵ já que tudo o que ele dispõe, e também toda a Convenção,³⁶ referem-se a esse sujeito e não ao de alguma entidade, objeto ou realidade diferente.

Em consequência, se a mencionada disposição houvesse querido estabelecer ou fazer extensiva a proteção que por lei se deve proporcionar ao direito de toda pessoa de que se respeite sua vida, a uma entidade, objeto ou realidade diferente ao da pessoa, assim o haveria disposto direta e claramente, ou bem, teria utilizado uma frase, inciso ou artigo diferente no mencionado 4.1 ou, inclusive, o teria consagrado em um tratado diferente. Porém, não aconteceu assim. Todo o indicado pela disposição em análise bem como por toda a Convenção, concerne, então, única e exclusivamente à “*pessoa*”, ao “*ser humano*”.

Em síntese, para a Convenção, a vida de uma pessoa existe desde o momento em que ela é concebida ou, o que é o mesmo, que se é “*pessoa*” ou “*ser humano*” desde o “*momento da concepção*”, o que ocorre com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Então, a partir deste último se tem, segundo esta, o “*direito... de que se respeite (a) vida*” de “*toda pessoa*” e, conseqüentemente, existe a obrigação de que se proteja esse direito.

Uma interpretação diferente à exposta certamente deixaria sem seu sentido natural e óbvio as expressões “*a partir da concepção*” que emprega o mencionado artigo 4.1 e em especial, não designaria sujeito a esta última, e é óbvio que se trata da “*concepção*” de “*toda pessoa*”.

d.- Privação arbitrária do direito.

Finalmente, ao estabelecer que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente, a disposição em análise está implicitamente afirmando que o direito de “*toda pessoa ...de que*

³¹ Pars. 79 e ss.

³² Artigo 31.2 da Convenção.

³³ Artigo 31.3, a) e b) da Convenção de Viena.

³⁴ Artigo 31.3, c) da Convenção de Viena.

³⁵ Artigo 31.3 da Convenção de Viena.

³⁶ Artigo 1.1 da Convenção, já citado.

se respeite sua vida", não é absoluto, pois admite uma restrição, sempre que ela não seja arbitrária, ou seja, em conformidade com o que se entendia por arbitrariedade na data da Convenção e ao que se entende ainda hoje, ou seja, que não seja um *"ato ou proceder contrário à justiça, à razão ou às leis, ditado somente pela vontade ou capricho"*.³⁷

Como se deduz dos autos, esta faceta, na verdade, não esteve em discussão neste processo.

C.- A jurisprudência da Corte

Foi a jurisprudência da Corte a que, de maneira constante e uniforme precisou a natureza do direito de *"toda pessoa... de que se respeite sua vida"*. O manifestou nos seguintes termos:

*"O direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Ao não ser respeitado, todos os direitos carecem de sentido. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo",*³⁸

e que

*"os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito inalienável."*³⁹

Esta tem sido a jurisprudência constante e uniforme da Corte sobre o particular. Expressou-se em mais de 12 casos.⁴⁰ Inclusive, no ano em curso foi reiterada em duas ocasiões.⁴¹

Então, em razão da grande importância que a jurisprudência da Corte reconheceu ao direito à vida previsto no artigo 4.1 da Convenção é que, conseqüentemente, a este se aplica com maior ênfase, por uma parte, o princípio orientador do Direito dos Tratados, que é o da *"boa fé"*,⁴² que requer supor que o acordado o foi para que efetivamente tivesse aplicação, e por outro lado, o princípio *pro homine ou pro persona*, contemplado na Convenção,⁴³ em virtude

³⁷ 18ª e 22ª edições.

³⁸ *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e Outros)*, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C Nº 63, par. 144.

³⁹ *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 237, par. 48.

⁴⁰ *Caso Myrna Mack Chang*, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C Nº 101, par. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentença de 7 de junho de 2003, Série C Nº 99, par. 110; *Caso 19 Comerciantes*, Sentença de 5 de julho de 2004, Série C Nº 109, pars. 152 e 153; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, Sentença de 31 de janeiro de 2006, Série C Nº 140; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, Sentença de 29 de março de 2006, Série C Nº 146, par. 150; *Caso Baldeón García*, Sentença de 6 de abril de 2006, Série C Nº 147, par. 82; *Caso dos Massacres de Ituango*, Sentença de 1º de julho de 2006, Série C Nº 148, par. 128; *Caso Ximenes Lopes*, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C Nº 149, par. 124; *Caso Montero Aranguren e outros (Retém de Catia)*, Sentença de 5 de julho de 2006, Série C Nº 150, par. 63; *Caso Albán Cornejo e outros*, Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C Nº 171, parr. 117.

⁴¹ *Castillo González e Outros Vs. Venezuela e Caso dos Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos Vs. El Salvador*, ambas as sentenças de outubro de 2012.

⁴² Artigo 31.1 da Convenção de Viena.

⁴³ Artigo 29 da Convenção: *"Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e*

do qual as normas sobre direitos humanos devem ser interpretadas nos termos mais favoráveis para seus titulares.

Por outro lado, em dois casos, a jurisprudência em análise considerou os não nascidos como “filhos”⁴⁴ e “bebê”.⁴⁵

A este respeito e em relação à observação especificamente referida ao caso em análise, chama-se a atenção sobre o fato de que no ano anterior à Decisão do Estado de 15 de março de 2000, ou seja, no ano de 1999, já se havia proferido a importante sentença no caso das “Crianças de Rua”, que deu origem à reproduzida jurisprudência,⁴⁶ de forma que, ao se proferir aquela, sustentando-se expressamente no disposto no artigo 4.1 da Convenção,⁴⁷ deveria se entender que isso se fez em consideração precisamente à interpretação dada nesta decisão. Em outras palavras, é de assumir que a Decisão em questão fez o que hoje se denomina “controle de convencionalidade”⁴⁸ e procurou se ajustar a isso.

II.- A INFLEXÃO JURISPRUDENCIAL

Com a Sentença se produz uma notável mudança ou ruptura com a recém-indicada jurisprudência e isso em três sentidos. Um, em relação a limitar o alcance do que até agora ela havia afirmado, o outro em relação à aplicação do artigo 4.1 em relação ao presente caso e o terceiro em relação às interrogações que não resolve ou responde.

A.- Limitação do alcance da jurisprudência

Efetivamente, a Sentença parece restringir o que, até agora, nesta matéria, vinha, de maneira constante e uniforme, afirmando a jurisprudência da Corte. E assim, nesta oportunidade, omite a frase “em razão (do)... caráter fundamental (do direito à vida)..., não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo”.

É verdade que isso aconteceu também em outros casos. Porém, nesta oportunidade, essa omissão adquire uma relevância muito singular levando em consideração que a reiteração dos demais conceitos são precedidos de dois comentários preliminares. O primeiro, afirmando que “até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que suscita o presente caso em relação ao direito à vida. Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes imputáveis à falta de adoção

liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo, e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

⁴⁴ *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2006, par. 292.

⁴⁵ *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 67, x).

⁴⁶ *Caso das “Crianças de Rua (Villagrán Morales e Outros)*, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C Nº 63, par. 144.

⁴⁷ Par. 76.

⁴⁸ *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, 26 de novembro de 2010, par. 225.

*de medidas por parte dos Estados, a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos”.*⁴⁹

Com essas frases, a Sentença estaria insinuando que o afirmado até agora pela jurisprudência da Corte em relação ao direito à vida não teria aplicação, mas somente no tocante às *“execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes imputáveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados”* e, em consequência e em todo caso, não seria aplicável à presente causa, já que esta versaria sobre algo diferente. Desta forma, a Sentença estaria delimitando muito severamente o que, até agora, vinha sustentando a jurisprudência da Corte nesta matéria.

B.- Inaplicabilidade do artigo 4.1 ao presente caso

E o que afirma agora a Sentença resulta funcional às afirmações que faz posteriormente em relação a que:

*“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 procederia a aplicação do artigo 4 da Convenção”;*⁵⁰

*“não é procedente conceder o status de pessoa ao embrião”;*⁵¹ e

*“o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana”;*⁵²

Como é evidente, a mudança jurisprudencial que essa Sentença significa é muito relevante.

Para fundamentá-la, na Sentença se recorre à interpretação dos termos *“concepção”* e *“em geral”*, por entender que *“para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à “concepção” e ao “ser humano”*⁵³ e ao fazê-lo recorre à interpretação em conformidade com o sentido comum dos termos, à interpretação sistêmica e histórica e à interpretação evolutiva, métodos que se encontram previstos nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena.

1.- Método do sentido comum dos termos

É este um dos aspectos no qual o presente voto dissente da Sentença, em análise de que esta procede com base em que o *“alcance”* dos termos *“concepção”* e *“ser humano”* que utiliza a Convenção, *“deve-se apreciar a partir da literatura científica”.*⁵⁴

A Sentença não tem em consideração que, não havendo dado a Convenção a cada um desses termos *“um sentido especial”* e, que constasse *“que tal foi a intenção das partes”* da

⁴⁹ Par. 172.

⁵⁰ Par. 264.

⁵¹ Par. 223.

⁵² Artigo 264.

⁵³ Par. 176.

⁵⁴ *Idem.*

mesma⁵⁵ nem havendo tampouco feito remissão, para estes fins, à ciência médica, corresponde se ater ao “*sentido comum*” que se atribui a tais termos, que não é outro que o sentido natural e óbvio expressado no verbete do dicionário, o que, como já se indicou, entende por concepção a união do óvulo com o espermatozoide.

Não corresponde, pois, para apreciar ou entender o sentido e alcance dos referidos termos, recorrer à ciência médica, visto que não é o que esta última entenda como “*concepção*”, mas o que os Estados Partes da Convenção entenderam, por isso e que, reitera-se, expressa-se no sentido comum dessa palavra, expressada no dicionário, o que, ademais e como também já se afirmou, coincide com a postura que, sobre a matéria, tem parte muito relevante, talvez a majoritária,⁵⁶ da ciência médica.⁵⁷ O que esta expresse é válido na medida em que tenha sido incorporada no Direito ou este se remita a ela, o que, contudo, não acontece no presente caso.

Sobre o particular, é necessário adicionalmente chamar a atenção em relação a que a Sentença afirma que “*algumas*”...“*que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena*”... “*podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões*”,... “*opiniões*” que “*não podem justificar que se conceda 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 crença específica a outras pessoas que não as compartilham*”.⁵⁸

Tal afirmação é correta. Mas, não condiz com a posição que definitivamente assume a Sentença nesta matéria. Efetivamente, ao passo que reprova que a Decisão do Estado que motivou esta causa tenha optado “*por uma das posturas científicas sobre este tema para definir desde quando se considerava que começava a vida*” e que “... entendesse “*que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do direito à vida*”,⁵⁹ ela opta por outra das posturas, a saber, aquela que diferencia “*dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação*” e que conseqüentemente sustenta que “*somente ao se cumprir o segundo momento se fecha o ciclo que permite entender que existe a concepção*”.⁶⁰

Para argumentar o anterior, a Sentença recorre a duas razões. Uma, de ordem científica, isto é, “*que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece*”.⁶¹ E a outra “*que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação*”, de modo que, “*ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação*”.⁶²

⁵⁵ Artigo 31.4 da Convenção de Viena.

⁵⁶ Notas 265 a 3284 da Sentença.

⁵⁷ Pars. 182 a 184.

⁵⁸ Par. 185.

⁵⁹ Par. 177.

⁶⁰ Par. 186.

⁶¹ Par. 187.

⁶² Par. 187.

Em relação ao primeiro argumento, vale considerar que, existindo várias posturas científicas tanto no tocante ao "começo da vida"⁶³ quanto ao conceito de "concepção", como a mesma Sentença reconhece,⁶⁴ inclina-se porém, por uma, a de que a concepção se produz no momento em que o embrião se implanta no útero da mulher, sem analisar os argumentos das outras e, particularmente, daquela que considera que "[a] vida humana inicia na fusão espermatozoide-óvulo, um 'momento de concepção' observável,"⁶⁵ descartando-a simplesmente.

Então, essa posição da Sentença parece não ter correspondência com o que ela mesma afirma, por um lado, em relação a que "o primeiro nascimento de um bebê produto da FIV ocorreu na Inglaterra em 1978" e que, "na América Latina, o nascimento do primeiro bebê produto da FIV e da transferência embrionária foi relatado em 1984 na Argentina",⁶⁶ e por outro lado, em relação a que "a definição de "concepção" que tinham os redatores da Convenção Americana mudou", já que "antes da FIV não se contemplava cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher".

Efetivamente, dessas afirmações se observa que não era, então, na época em que se assinou a Convenção, ou seja, em 1969, possível saber que "concepção" e "fecundação" eram dois fenômenos distintos, absolutamente diferenciáveis. E daí, portanto, que não é compartilhável a asseveração de que "a definição de "concepção" que tinham os redatores da Convenção Americana mudou". Pode ser para alguns cientistas em medicina, mas a definição dos redatores a esse respeito continua se mantendo no direito aplicável.

E com isso procedo a abordar a segunda razão invocada na Sentença como fundamento de sua posição, a qual afirma que o dicionário da época, 1969, "diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação." Já foi afirmado (*infra...*) que isso, a rigor, não é assim. Na edição de 1959 do Dicionário não é evidente que os termos "conceber" e "fecundar" fossem considerados antagônicos, distintos. Mas, além disso, não há que esquecer que na edição de 1970 do Dicionário, isto é, a do ano imediatamente posterior ao da assinatura da Convenção, e até a edição vigente do mesmo, enquanto o termo "conceber" é entendido como "ficar prenhe a fêmea" e o termo "fazer prenhe" o é como "emprenhar, fecundar ou fazer conceber".

Finalmente, e sempre no âmbito do emprego pela Sentença do método do sentido comum dos termos, ela afirma que "a interpretação literal afirma que [a] expressão "em geral" está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular",⁶⁷ concluindo que "a expressão "em geral" permite inferir exceções a uma regra".⁶⁸

Entretanto, já foi afirmado neste escrito (*infra...*) o que o Dicionário entende por "em geral", o que não tem relação alguma com excepcionalidade ou exceções. Se na Convenção houvessem querido estabelecer uma exceção, em lugar de afirmar "e, em geral a partir da concepção", haveriam disposto, por exemplo, "e, excepcionalmente a partir da concepção", o que não foi feito, precisamente para afirmar que, em todo caso e em qualquer evento ou circunstância, e talvez de uma maneira um tanto distinta, a proteção que a lei deve dar ao

⁶³ Par.177.

⁶⁴ Pars. 180 a 185.

⁶⁵ Par. 182.

⁶⁶ Par.66.

⁶⁷ Par. 188.

⁶⁸ Par. 189.

direito de "toda pessoa... de que se respeite sua vida", se fará a partir da concepção dessa pessoa.

2.- Interpretação sistemática e histórica

A Sentença se refere, ademais, à interpretação sistemática e histórica, invocando o artigo 31 da Convenção de Viena, muito particularmente seu inciso terceiro, a fim de que não somente sejam levados "em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)", isto é, o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*.⁶⁹ E igualmente e no mesmo parágrafo, afirma que empregará os meios complementares previstos no artigo 32 da Convenção de Viena "para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes".⁷⁰

a.- Regra do sentido especial dos termos

Sob uma perspectiva metodológica, não se pode compartilhar o recém-indicado, já que a referência que formula ao artigo 31.4 da Convenção de Viena é feita fora de seu próprio entorno. Efetivamente, essa norma se insere como a final, ou última, das normas que formam o que se conhece como a *regra geral de interpretação*, constituindo dentro desta a *regra do sentido especial dos termos*, que é exceção à do *sentido comum dos mesmos*. De modo, pois, que não faz parte das normas que integram os *meios complementares* previstos no artigo seguinte ao mencionado, isto é, o artigo 32 da Convenção de Viena.

Dito em outras palavras, de acordo com o disposto no citado artigo 31.4, "a intenção das partes" sobre o "sentido especial" de um termo deve constar em alguns dos acordos, instrumentos ou práticas a que o artigo 31 alude em seus incisos 2 e 3, e que se distinguem por estarem intimamente vinculados ao tratado correspondente ou por dar consideração de um acordo sobre a interpretação do mesmo, ou em uma norma de Direito Internacional aplicável nas relações entre tais Estados Partes.

b.- Regra do contexto e do desenvolvimento progressivo ou evolutivo

Então, em razão de que o Estado os invocou, a Sentença alude à Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁷¹ ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,⁷² à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher⁷³ e à Convenção sobre os Direitos da Criança⁷⁴ e ao que se dispõe nos Sistemas Universal,⁷⁵ Europeu⁷⁶ e Africano dos Direitos Humanos,⁷⁷ bem como ao que se afirma na jurisprudência do Tribunal

⁶⁹ Par. 191.

⁷⁰ Par. 193.

⁷¹ Par. 224.

⁷² Par. 225.

⁷³ Pars. 227 e 228.

⁷⁴ Pars. 229 a 233.

⁷⁵ Par. 226.

⁷⁶ Par. 234.

⁷⁷ Par. 243.

Europeu de Direitos Humanos⁷⁸ e de sete tribunais constitucionais nacionais.⁷⁹ E o faz no contexto da interpretação sistemática e histórica, ainda que a respeito de alguns o deveria fazer no da *regra do contexto*, prevista no artigo 31.2 da Convenção de Viena e, quanto a outros, na regra do *desenvolvimento progressivo do direito*, contemplada no artigo 31.3 da mesma.

Entretanto, tais acordos e instrumentos não revestem as características para serem considerados como instrumentos ou acordos celebrados por motivo ou em relação à Convenção e, portanto, que possam ser levados em consideração para a interpretação desta. Tampouco fazem, a rigor, referência à prática ulteriormente seguida pelos Estados Partes da Convenção na aplicação desta pela qual conste o acordo deles sobre sua interpretação. E no tocante às normas de Direito Internacional aplicáveis nas relações entre os Estados Partes, é evidente que elas não são "*pertinentes*" ao caso, tal como afirma o artigo 31.4 da Convenção de Viena.

Além disso, deve-se afirmar que o estipulado em alusões aos tratados, no disposto nas mencionadas decisões dos tribunais internacionais e europeus e no estabelecido nas citadas normas de direito interno dos Estados Partes da Convenção, citados para interpretar esta última, não podem ser considerados como expressão seja de norma consuetudinária, seja de princípio geral de direito. Não são costume internacional, pois não constituem precedentes, isto é, atos repetidos de forma constante e uniforme com a convicção de atuar conforme o direito, e tampouco são princípios gerais de direito, já que não se inferem ou deduzem logicamente da própria estrutura jurídica internacional ou não são suficientes para que sejam considerados como comuns à grande maioria dos Estados Partes da Convenção.

Porém, o que resulta mais significativo ainda é que tais acordos e instrumentos não são procedentes neste caso não somente porque alguns deles não vinculam os Estados Partes da Convenção, mas também porque o único que demonstram ou, ao contrário, observa-se deles, com uma grande nitidez inclusive, é que não contemplam a situação do ainda não nascido ou concebido precisamente para permitir ou não proibir o aborto.⁸⁰

c.- Regra sobre prevalência de lei especial sobre lei geral

E é talvez pelo mesmo motivo que nenhum deles contém uma disposição como o artigo 4.1 da Convenção, o que, portanto, constitui uma peculiaridade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, circunstância que, entretanto, a Sentença não considera ao interpretá-los. Ela, conseqüentemente, omite uma regra de interpretação do Direito em geral e não somente do Direito Internacional, incluído o Direito dos Tratados, a saber, "*lei especial prevalece sobre lei geral*".

De fato, esta norma convencional faz parte do conjunto de normas internacionais que, ainda que não possam ser qualificadas como Direito Internacional Americano, regional, especial ou particular, são, contudo, particulares ou especiais aos Estados Partes da Convenção. Portanto, tal norma não pode ser interpretada de acordo com as normas do Direito Internacional geral ou de outros Sistemas de Direitos Humanos que não a contemplem, fazendo, desse modo, que estas prevaleçam sobre aquela ou que, em última instância e na prática, a modifiquem.

⁷⁸ Pars. 236 a 242.

⁷⁹ Pars. 252, 261 e 262.

⁸⁰ Pars. 226, 227, 235, 236, 237 e 249.

D.- Incapacidade

Tendo em conta todo o afirmado precedentemente, não se compartilha a conclusão a que chega a Sentença sobre a interpretação sistemática da Convenção e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, quando afirma que “*não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um*” dos artigos desses textos, visto que esquece o que implicam os conceitos de incapacidade absoluta e relativa das pessoas contempladas nos distintos ordenamentos jurídicos e que impedem ou limitam o gozo de seus direitos, sem que por isso deixem de ser pessoas.

Contudo, menos ainda se pode coincidir com o expressado na Sentença em relação a que:

“tendo em consideração o já afirmado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (infra...), pode-se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é fundamentalmente a mulher grávida, em vista de que a proteção do não nascido se realiza fundamentalmente através da proteção da mulher...”.⁸¹

E não se pode coincidir com o afirmado neste parágrafo já que, ao mesmo tempo, entende a concepção como um fenômeno que “*somente ocorre dentro do corpo da mulher*”, o que é correto, mas que, ao fazer referência a outro parágrafo, sustenta isso com base em que “*a concepção ou gestação é um evento da mulher, não do embrião*”, o que conduziria a considerá-lo como um assunto que corresponderia unicamente à mulher grávida.

Não se pode compartilhar o sustentado neste parágrafo pois, em segundo lugar, se houvesse querido afirmar que a proteção do direito do não nascido “*de que se respeite sua vida*” seria realizada através da proteção da mulher grávida, assim expressamente haveria sido disposto, o que não ocorre.

Em terceiro lugar, não se coincide com o afirmado na Sentença, já que o artigo 4.1 da Convenção, tal como está redigido, é suficiente para proteger a mulher grávida e, conseqüentemente, o não nascido, proteção que ademais se expressa no prescrito no artigo 4.5 da Convenção, concernente à proibição de aplicar a pena de morte às mulheres em estado de gravidez, no Protocolo de San Salvador e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, citados aquele e esta pela própria Sentença,⁸² instrumentos todos dos quais se observa que a mulher grávida é sujeito de direitos humanos e não objeto ou instrumento dos mesmos.

Em síntese, discorda-se do afirmado no parágrafo transcrito, pois ele conduz a considerar que o concebido ou não nascido e não somente o embrião até antes de sua implantação, não tem, *per se*, o direito “*de que se respeite sua vida*”, mas que isso dependeria não apenas de que se respeite esse direito da mulher grávida, mas também que esta queira respeitar o que corresponderia a este, eventualidade esta que se afasta em demasia da letra e espírito do artigo 4.1 da Convenção e que, como é evidente, relacionam-se a temas como o do regime jurídico do aborto.

3.- Método de Interpretação evolutiva

A Sentença recorre também, para interpretar o mencionado artigo 4.1 da Convenção, ao método de interpretação evolutiva dos tratados, com base em que “*os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos*

⁸¹ Par. 222.

⁸² *Idem*.

tempos e das condições de vida atuais” e que esta interpretação “é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.”⁸³

E efetivamente é assim. O artigo 29 da Convenção⁸⁴ dispõe que nenhuma norma da Convenção pode ser interpretada suprimindo, excluindo ou limitando, este último além do que seja permitido por ela, seja o gozo dos direitos previstos nela ou em leis dos Estados Partes estabelecidos ou que sejam inerentes ao ser humano ou derivem da forma democrática representativa de governo, seja os efeitos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Por sua vez, o artigo 31.3 da Convenção de Viena contempla a interpretação evolutiva dos tratados, centrando-a em todo acordo ou prática ulterior dos Estados Partes do tratado pertinente sobre a interpretação do mesmo ou em que conste o acordo entre eles sobre o particular e em toda norma pertinente do Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes.

No entanto, os antecedentes que a Sentença apresenta sobre o particular não reúnem as condições estabelecidas no citado artigo 29, tendo em consideração que, definitivamente, eles não apontam senão a limitar a tal ponto o prescrito no artigo 4.1 da Convenção que o fazem inaplicável ao caso e, assim mesmo, o despojam de conteúdo ou efeito útil no que se refere à frase *“e, em geral, a partir da concepção”*.

E no concernente ao mencionado artigo 31.3, enquanto alguns antecedentes mencionados para determinar o *status* do embrião são jurisprudenciais de outros sistemas normativos e, portanto, não têm relação com acordos ou práticas dos Estados Partes da Convenção nem com normas de Direito Internacional que lhe sejam aplicáveis, outros, os pertinentes a legislações de Estados Partes da Convenção, são, como se verá mais adiante (*supra ...*), insuficientes e, de todo modo, eles simplesmente demonstram que em 11 dos 24 Estados Partes da Convenção se pratica a reprodução assistida, uma de cujas técnicas é a Fertilização in Vitro; que três desses a países proíbem *“para fins diferentes da procriação humana”*; que um destes *“proíbe o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões”*; que outro deles *“proíbe a utilização de procedimentos que “apontem a uma redução embrionária”*; que o mesmo Estado estabelece que *“o número ideal de óvulos e pré-embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro, para não aumentar os riscos de multipariedade”* e proíbe *“a comercialização do material biológico, em razão de que esta prática implica um crime”*; e que este Estado e outro permitem *“a criopreservação de pré-embriões, espermatozoides e óvulos.”⁸⁵*

De maneira que, em consequência, não é consistente a conclusão a que chega a Sentença em relação a que *“isso significa que, no contexto da prática da maioria dos Estados Parte na Convenção, foi interpretado que a Convenção permite a prática da FIV”*.⁸⁶ E isso porque não somente não se dá essa maioria, mas também porque não consta nos autos antecedente algum que demostre que os 11 Estados Partes da Convenção que permitem a reprodução assistida, o fizeram em aplicação ou consideração do previsto no artigo 4.1 da Convenção.

4.- O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

⁸³ Par. 245.

⁸⁴ Já citado.

⁸⁵ Par. 255.

⁸⁶ Par. 256.

Finalmente, a Sentença acode à *regra do objeto e fim do tratado* a fim de demonstrar que o direito à vida desde a concepção não é absoluto. A esse respeito afirma que *"o objeto e fim do artigo 4.1 é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos."*⁸⁷

Não se pode estar mais em desacordo com esta avaliação já que o objeto e fim do artigo 4.1., em conformidade com o princípio da boa fé, os termos do tratado e no seu contexto, não pode ser outro que efetivamente a lei proteja o direito de *"toda pessoa... de que se respeite sua vida e, em geral, a partir da concepção"*, ou seja, que efetivamente se proteja esse direito de toda pessoa, incluído, portanto, o do concebido ou ainda não nascido.

A este respeito, a Sentença incorre, por outro lado, em uma contradição, a saber: que enquanto antes afirmou que o artigo 4.1 da Convenção não era aplicável neste caso, nesta oportunidade, no entanto, o invoca para argumentar que entre os direitos e interesses em conflito deve existir *"um adequado equilíbrio"*.⁸⁸ Não se percebe como pode se dar tal equilíbrio se foi afirmado que *"o embrião não pode ser entendido como pessoa para os propósitos do artigo 4.1 da Convenção Americana"*,⁸⁹ isto é, não teria direito *"a que se proteja sua vida"*, de modo que não haveria direitos que equilibrar, harmonizar ou compatibilizar.

Finalmente, a Sentença, para fundamentar o que expressa, invoca, uma vez mais, sentenças seja do todo distantes aos Estados Partes da Convenção, seja de unicamente três destes, de fato em consequência, insuficientes para estabelecer uma conclusão como à que chega.

C.- Interrogações sem resolver

A Sentença expressa que, em atenção a que o *"direito absoluto à vida do embrião" como base para a restrição de (outros) direitos...*, *não tem fundamento na Convenção Americana*, *"não é necessária uma análise detalhada de cada um destes requisitos"* requeridos para que um direito possa ser restringido, isto é, que as *"ingerências não sejam abusivas ou arbitrarias"*, que estejam *"previstas em lei no sentido formal e material"*, que persigam *"um fim legítimo"* e que cumpram *"os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade"*.⁹⁰

Entretanto, procede, apesar de tudo, essa análise, para *"expor a forma em que o sacrifício dos direitos envolvidos no presente caso foi desmedido em relação às vantagens que se pretendiam com a proteção do embrião"*⁹¹ e com isso incorre, como se expressou, em uma contradição, tendo em consideração que confronta esse sacrifício, não com a aplicação de um direito, que neste caso e segundo a Sentença, reitera-se, não se aplica e que, de havê-lo sido, implicaria uma harmonização entre os direitos em jogo, mas com a proibição de empregar a técnica da Fertilização in Vitro.

⁸⁷ Par. 258.

⁸⁸ Par. 260.

⁸⁹ Artigo 264.

⁹⁰ Par. 273.

⁹¹ Par. 273.

Obviamente, em tal comparação o resultado não pode ser outro que o que afirma a Sentença⁹² e isso, em relação a que, reitera-se, não confrontam dois direitos, mas alguns com uma técnica.

Porém, ainda nesse caso e em relação à referida técnica, a Sentença não pode observar dos antecedentes senão conclusões muito parciais. Efetivamente, já se afirmou que não é na maioria dos Estados Partes da Convenção, mas unicamente em 11 dos 24, que se pratica a reprodução assistida, da qual uma das técnicas é a Fertilização in Vitro e que alguns deles proibem certos procedimentos vinculados a esta.

Então, o que se deduz destes dados não é "*que a Convenção permite a prática da FIV*",⁹³ mas que a maioria dos Estados Partes desta não expressaram nada a esse respeito, provavelmente em razão de que entenderam que tal técnica não foi, *per se*, regulamentada pelo Direito Internacional e, por essa mesma razão e em vista de, ademais, que a Sentença desvincula o disposto no artigo 4.1 da Convenção da situação do embrião, ao menos até o momento de sua implantação no útero da mulher, ela faria parte de sua jurisdição interna, doméstica ou exclusiva.⁹⁴

Não de outra maneira se explica que alguns Estados Partes da Convenção proibam certas técnicas de Fecundação Assistida muito similares às que a Sala Constitucional da Corte Suprema do Estado teve em consideração ao proferir sua Decisão que deu origem a esta causa, entretanto, eventualmente, poderiam ser percebidas como atentatórias a alguns dos direitos pelos quais a Sentença declara que o Estado violou a Convenção.

Efetivamente, os referidos reparos que a mencionada Sala fez ao Decreto que declarou inconstitucional e contrário ao artigo 4.1 da Convenção definitivamente foram que o embrião "*não pode ser tratado como objeto, para fins de pesquisa, ser submetido a processos de seleção, conservado em congelamento, e o que é fundamental para a Sala, não é legítimo constitucionalmente que seja exposto a um risco desproporcional de morte*",⁹⁵ razões também esboçadas por três dos Estados Partes da Convenção ao proibir a Fecundação Assistida "*para fins diferentes da procriação humana*", por um deles ao fazê-lo em relação "*à comercialização do material biológico*" e por outro deles ao decretá-lo em relação "*ao congelamento de embriões para transferência diferida de embriões*", enquanto um dos Estados aludidos e um terceiro Estado permitem "*a criopreservação de pré-embriões, espermatozoides e óvulos*".⁹⁶

Finalmente é oportuno chamar a atenção sobre o fato de que, talvez precisamente porque subtrai o caso do artigo 4.1 da Convenção, a Sentença não faz menção alguma, na parte declarativa de seus pontos resolutivos, acerca desta disposição. Não manifesta, como o fez em outros casos, que não procede se pronunciar sobre o particular ou que o Estado é responsável ou que, ao contrário, não é responsável pela violação da mesma. Simplesmente

⁹² Pars. 277 e ss.

⁹³ Par. 256.

⁹⁴ Conceito desenvolvido pela Corte Permanente de Justiça Internacional em seu parecer consultivo sobre os *Decretos de Nacionalidade promulgados na Tunísia e Marrocos* (7 de fevereiro de 1923), no qual argumentou que o termo de jurisdição doméstica indicava as matérias que ainda e quando podendo chegar muito perto de interesses de mais de um só Estado, não eram em princípio regulamentadas pelo Direito Internacional, ou seja, as matérias nas quais cada Estado é único soberano de suas decisões.

⁹⁵ Par. 76.

⁹⁶ Par. 255.

não disse nada a esse respeito, apesar de que, como se afirmou, um dos representantes expressamente alegou a violação do citado artigo 4.1 da Convenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao dar as razões, como foi feito precedentemente, pelas quais não se compartilha a Sentença, procura-se ao mesmo tempo salientar a importância que tem um assunto como o dos autos, onde está em jogo nada menos o que se entende por "*direito à vida*" e quando esta última começa.

A rigor, nisso se colocam em jogo não somente concepções jurídicas, mas também filosóficas, morais, éticas, religiosas, ideológicas, científicas e de outras ordens, todas as quais muito legitimamente concorrem, enquanto fontes materiais do Direito Internacional, à formação da correspondente norma jurídica, a qual, necessariamente, somente depois deve ser interpretada de acordo com as fontes formais do Direito Internacional.

E no exercício dessa função interpretativa, indubitavelmente a Corte tem limitações. Outros tribunais já ressaltaram a dificuldade da tarefa e ainda a improcedência de que tenha que ser um órgão jurisdicional o que resolva algo mais próprio, ainda que não exclusivo, da ciência médica e em relação ao qual, inclusive nesse âmbito, ainda não se consegue um consenso.⁹⁷

Portanto, apesar dessas dificuldades e em cumprimento de seu mandato, a Corte devia dirimir a controvérsia apresentada. Isso, entretanto, não exime em absoluto os Estados de cumprir sua responsabilidade, que é, no caso, exercer a função normativa que lhes corresponde neste caso, regulando-a conforme a considerem. Ao não fazê-lo, corre-se o sério risco, como em alguma medida acontece nos autos, não somente de que a Corte incursione em temas desta natureza, os quais reclamam um pronunciamento mais político, mas também que se veja obrigada a assumir esta função normativa, desnaturalizando sua função jurisdicional e afetando assim o funcionamento de todo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Eduardo Vio Grossi
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

⁹⁷ Par. 185 e nota 283.