

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.

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).

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 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 reparatórias 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 Comitê 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 raiz 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

² Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral n° 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 n° 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.

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.

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