

A PROTEÇÃO DO DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

PROTECTION OF THE RIGHT TO ASSISTED REPRODUCTION IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Augusto César Leite de Resende
Adélia Moreira Pessoa

RESUMO

O número de homens e mulheres inférteis está crescendo em todo o mundo; estima-se que, atualmente, de 15 a 20% dos casais têm problemas reprodutivos, de modo que os procedimentos de reprodução humana assistida são a única esperança de procriação. No entanto, os tratamentos de reprodução assistida são bastante caros e, desse modo, inacessíveis à população pobre do país, porque não assegurados pelo Estado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS. Ocorre que, o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida através do sistema público de saúde decorre diretamente do direito à vida privada e do direito da pessoa humana a constituir família, expressamente consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesse toar, o presente trabalho científico demonstrará, a partir de uma pesquisa dedutiva e bibliográfica, que o direito à reprodução assistida pode ser judicialmente tutelado, por via reflexa ou indireta, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e que o referido Tribunal internacional poderá, por via de consequência, determinar à República Federativa do Brasil a realização de prestações de natureza fática ou jurídica necessárias para assegurar aos interessados o acesso às técnicas de reprodução assistida.

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

ABSTRACT

The number of infertile men and women is growing worldwide; it is estimated that currently 15-20% of couples have reproductive problems, so that the assisted human reproduction procedures are the only hope of procreation. However, assisted reproduction treatments are quite expensive and thus inaccessible to the poor population of the country because not guaranteed by the state through the National Health Service. It turns out that the right of access to assisted reproduction techniques through the public health system follows directly from the right to privacy and the human right to a family, expressly enshrined in the American Convention on Human Rights. Thus, this paper will demonstrate, from a doctrinal and deductive research, that the human right to assisted reproduction may be legally safeguarded by reflex or indirect pathway, before the Inter-American Court of Human Rights and that this international tribunal may, in consequence, determine the Federative Republic of Brazil the realization of benefits of a factual or legal nature necessary to ensure that interested parties access to assisted

· Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE. Promotor de Justiça em Sergipe.

· Especialista em Direito de Família e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Sergipe. Professora de Direito de Família da Faculdade de Sergipe – FASE e da Escola Judicial do Estado de Sergipe.

reproduction techniques.

Keywords: Human right to assisted reproduction. Justiciability. Inter-American Court of Human Rights

Introdução

O primeiro bebê de proveta do mundo chama-se Louise Brown, nascido em 26 de julho de 1978, na cidade de Bristol, Inglaterra, proveniente de fecundação gerada em laboratório, não resultando, portanto, de uma fertilização proveniente de uma relação sexual entre homem e mulher¹. No Brasil, o primeiro bebê de proveta foi Ana Paula Bettencourt Caldeira, nascida em 07 de outubro de 1984, na cidade de São José dos Pinhais/PR².

O surgimento da fertilização *in vitro* (ou fertilização em laboratório), uma das técnicas de reprodução humana assistida³, levou esperança a diversos casais com problemas de fertilidade. Segundo Daniel Blasioli Dentillo, não existem números oficiais indicativos do número de casais brasileiros com problemas reprodutivos, mas se estima que, no mundo, de 15 a 20% dos casais têm dificuldade para gerar um filho em algum momento de sua idade reprodutiva⁴.

As técnicas de reprodução assistida são consideradas procedimentos de alta complexidade, como a fertilização *in vitro* ou com injeção intracitoplasmática de

¹ MEIRELLES, Jussara. Notícia histórica. *In: Gestação por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”*. Curitiba: Genesis Editora, 1998, p.34.

² Conforme os registros do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, o Dr. Milton Nakamura é considerado o responsável pelo primeiro “bebê de proveta” do Brasil, a menina Anna Paula Caldeira. No entanto, relato publicado no número 23, de dezembro de 1985, da revista “Arquivos Médicos”, da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, atribui ao Dr. Nilton Donadio, Diretor do Centro Biológico de Reprodução Humana daquele estabelecimento de saúde, o primeiro sucesso da utilização da técnica, que resultou no nascimento de uma menina, quatro meses mais velha que Anna Paula (MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”... Op. cit.**, p. 34-35).

³ “Dentre as técnicas de reprodução humana artificial ou reprodução humana assistida, merecem destaque a inseminação artificial (I.A.) e a fertilização *in vitro* (F.I.V.)...” (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Técnicas usuais da Reprodução Assistida. In: Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas**. Curitiba: Genesis Editora, 2004, p. 19). No entanto, a expressão “reprodução assistida” não se limita a essas práticas de implantação de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor feminino, com a finalidade de facilitar a procriação, pois todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução, interferindo no processo natural, são consideradas “reprodução assistida” (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Filhos da Reprodução Assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 393).

⁴ DENTILLO, Daniel Blasioli. Cresce demanda por tratamento de infertilidade, mas o acesso é ainda caro e seletivo. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 64, n. 4, Dec. 2012. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000400005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de maio de 2014.

espermatozoide, cujas despesas são de aproximadamente R\$ 12.000,00 por tentativa⁵. Desse modo, os tratamentos de reprodução assistida são bastante dispendiosos e, portanto, inacessíveis à população de baixa renda porque não assegurados pelo Estado mediante o Sistema Único de Saúde - SUS.

Em virtude dos altos custos dos tratamentos de reprodução assistida, o Ministério da Saúde instituiu, por meio da Portaria N. 426/GM, de 22 de março de 2005, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, assegurando o acesso a todos as pessoas aos serviços de atenção básica, média complexidade e alta complexidade relacionadas à reprodução assistida, inclusive fertilização *in vitro* e inseminação artificial. No entanto, a referida Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida foi extinta pela Portaria MS N. 2.048, de 3 de setembro de 2009, deixando aparentemente desprotegidos casais de baixa renda incapazes de arcar com os custos do tratamento de reprodução assistida.

Por essa razão, o presente trabalho científico tem por objetivos principais apresentar argumentos jurídicos favoráveis à existência do direito humano à reprodução humana assistida, ao dever estatal de assegurar às pessoas inférteis ou com dificuldades reprodutivas o acesso às técnicas de fecundação artificial e, por fim, à possibilidade do direito à reprodução assistida poder ser judicialmente tutelado, por via reflexa ou indireta, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida através de um método dedutivo, cuja tipologia será a bibliográfica com base em material já publicado, com postura reflexiva e crítica acerca da identificação do direito humano à reprodução assistida a partir do conteúdo e significado da dignidade humana e dos direitos reprodutivos.

Nesse contexto, discutir-se-á, primeiramente, a existência ou não de um direito à reprodução humana assistida na ordem jurídica. Em seguida, abordar-se-ão o dever do Estado de implementar políticas públicas de acesso às técnicas de reprodução. Por fim, tratar-se-á da questão da proteção do direito humano à reprodução assistida no âmbito da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando, inclusive, as possibilidades e as estratégias de sua justiciabilidade ante a Corte, na

⁵ SAMRSLA, Mônica et al . Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF - estudo bioético. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 53, n. 1, Feb. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302007000100019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de maio de 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302007000100019>

medida em que as violações de tal direito não se submetem ao sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, por consequência, não se sujeitam à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar de o direito humano à reprodução assistida não poder ser diretamente reivindicado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o trabalho dissertativo mostrará, a partir da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a viabilidade jurídica da tutela jurisdicional internacional pela via reflexa ou indireta, possibilitando-se, assim, ao aludido Tribunal condenar a República Federativa do Brasil a obrigações negativas e/ou positivas de promoção e proteção do aludido direito humano.

1 Direito humano à reprodução assistida

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou a emergência do processo de valorização da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional⁶, influenciando, dessa forma, a reconstitucionalização da Europa, marcada decisivamente pela Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949, e a internacionalização dos direitos humanos.

No Estado liberal do século XIX, a lei era a fonte hegemônica do Direito e passou a ser o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a Constituição, limitar o poder estatal e manifestar a vontade popular⁷, de maneira que o pensamento jurídico vigente até primeira metade do século XX, o positivismo jurídico, fundava-se na ideia da observância “cega” da lei, afastando do Direito a filosofia, os princípios, os valores e o sentido de Justiça⁸.

Nesse cenário, tem-se a ascensão do fascismo ao poder, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, que retiravam da “lei” o fundamento de validade das atrocidades praticadas contra negros, ciganos, homossexuais e, notadamente, judeus durante a Segunda Guerra Mundial.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁷ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

As concepções da infalibilidade do legislador, da lei como fonte única do Direito e de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos promoveram o fracasso político do positivismo jurídico porque já não mais se aceitava, no pensamento jurídico do pós-guerra, tais ideias⁹.

Por essa razão, o constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações, após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. O pós-positivismo promoveu o rompimento da separação do ser e do dever ser defendido pelo positivismo jurídico com a reaproximação entre o Direito e a ética e entre o Direito e a moral, exigindo-se, agora, uma leitura social, humana e moral do Direito, isto é, vai-se além da estrita legalidade, mas não se descuida do direito posto¹⁰.

Nesse contexto, ao longo da segunda metade do século XX, vê-se o surgimento de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, integrado, especialmente, pelos diversos tratados de direitos humanos e pelos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, vocacionados a promover e proteger a dignidade da pessoa humana e a limitar a soberania dos Estados.

A positivação de direitos inerentes ao ser humano em documentos normativos internacionais, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, além de promover o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direito internacional, teve como objetivo precípua alcançar a plena proteção do ser humano em face das graves ameaças e lesões à vida e dignidade humanas perpetradas pelo Estado.

Com efeito, o valor da dignidade da pessoa humana passou a ser concebido como pressuposto e fonte dos direitos humanos, afinal “a dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda”¹¹. O ser humano passou a ser o centro das preocupações do direito internacional e, por consequência, tutelado pelos diversos documentos e órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos independentemente de seu vínculo jurídico da nacionalidade com o Estado, mas simplesmente pela sua condição humana.

Aliás, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra aduz que:

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...** *Op. Cit.*, p. 264.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...** *Op. Cit.*, p. 270-272.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 75.

Não há que se falar em condição humana sem o princípio da dignidade humana: os dois são termos correlatos, inseparáveis, que devem, sempre, ser aplicados em conjunto. A condição humana somente será condição propriamente dita se for digna, se assegurar aqueles valores intrínsecos a todo ser humano, sob pena de permitir arbítrios e violações que podem ser muito perigosos, num provável retorno a situações que precisam ser evitadas e suplantadas.¹²

Immanuel Kant ensina que os homens, enquanto seres racionais, estão submetidos a um imperativo categórico que determina que “cada um deles jamais deve tratar a si mesmo e a todos os outros como meros meios, mas sempre ao mesmo tempo como fim em si mesmo”¹³, assentando ainda que:

No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente, mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade¹⁴.

De acordo com o pensamento kantiano, é possível concluir, portanto, que os direitos humanos são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. Nesse contexto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito humano ou fundamental¹⁵, mas, enquanto princípio estruturante e fundamental do Estado e da ordem internacional, é a fonte e o fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos¹⁶, atuando, portanto, como critério de identificação de direitos humanos e fundamentais.

Os direitos relativos à saúde reprodutiva estão diretamente fulcrados na dignidade da pessoa humana. O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, aprovado no Cairo em 1994, foi particularmente importante para a questão da saúde reprodutiva, uma vez que se reconheceu os direitos reprodutivos como direitos humanos¹⁷.

Nos termos do Princípio 8 da Conferência Internacional sobre População e

¹² GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 91.

¹³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial : Barcarolla, 2009, p. 259-261.

¹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes...** *Op. Cit.*, p. 265.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988...** *Op. Cit.*, p. 95.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 330.

Desenvolvimento de 1994, toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental, motivo pelo qual os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com a saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual¹⁸.

Nessa linha, a Organização das Nações Unidas afirma que:

Saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis¹⁹.

Os direitos reprodutivos são, portanto, direitos humanos, compreendendo os direitos relativos à reprodução e sexualidade humanas²⁰ e, segundo Jussara Meirelles, tais direitos envolvem o direito do casal de decidir livremente sobre a oportunidade e o número de filhos que pretende ter, bem como o direito de acesso aos meios científicos disponíveis para realizar o projeto de parentalidade, ou seja, aos direitos reprodutivos se insere o direito à reprodução assistida²¹.

Enfim, o direito à reprodução assistida é, enquanto direito reprodutivo, um direito humano.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, A/CONF.171/13/Rev.1. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, A/CONF.171/13/Rev.1. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos...** *Op. Cit.*, p. 332.

²¹ MEIRELLES, Jussara. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o Novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 394.

2 Dever do Estado de dar efetividade ao direito à reprodução assistida

Inicialmente, cumpre destacar que “as normas definidoras de Direitos Humanos, sejam elas Constitucionais ou Internacionais, são portadoras da marca das *jus cogens* (normas imperativas e de aplicabilidade imediata)”²². Os direitos humanos, sejam civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, inclusive o direito à reprodução assistida, são reconhecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, que vinculam juridicamente os Estados partes, gerando deveres e responsabilidades a eles.

Os tratados de direitos humanos são normas jurídicas e, como tais, dotados de imperatividade. Não se tratam de meros documentos políticos ou morais, de um simples convite aos Estados a empreender ações concretas que deem efetividade a tais direitos.

Os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro, obrigam a todos, inclusive aos parlamentares e juízes nacionais, exigindo-se, portanto, o cumprimento das obrigações convencionais por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário²³.

Nesse sentido é a lição de Pedro Nikken:

[...] Os Estados devem adotar as medidas necessárias para que as suas autoridades administrativas e judiciais deem cumprimento, quando necessário, a toda obrigação internacional do Estado relativa aos direitos humanos²⁴.

Víctor Abramovich e Christian Courtis ensinam que tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais implicam para o Estado as obrigações: a) de respeitar o direito, ou seja, de não os violar, por meio de sua conduta; b) de proteger o direito e c) de satisfazer o direito, cujos casos de violações decorrem, como regra, de omissões do Estado²⁵.

Os direitos reprodutivos, dentre os quais o direito à reprodução assistida, são

²² PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 30.

²³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 440-441.

²⁴ NIKKEN, Pedro. El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. **Revista do instituto interamericano de derechos humanos**. v. 57, p. 11-68, janeiro/julho de 2013, p. 18. Tradução livre dos autores. Texto original: “[...] los Estados deben adoptar las providencias apropiadas para que sus autoridades administrativas y judiciales den cumplimiento, cuando sea menester, a toda obligación internacional del Estado relativa a los derechos humanos.”

²⁵ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed.. Madrid: Trotta, 2004, p. 133-134.

direitos humanos, de modo que o Brasil é obrigado a promover as medidas administrativas, legislativas e jurisdicionais necessárias a assegurar aos homens e às mulheres inférteis o acesso às modernas técnicas de reprodução assistida²⁶, sob pena de responsabilização internacional.

Com efeito, o pleno exercício dos direitos reprodutivos depende da implementação de políticas públicas que assegurem de forma efetiva a saúde sexual e reprodutiva, o que implica em garantir o acesso a informações, meios e recursos científicos que permitam os indivíduos a desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e a reproduzir-se²⁷.

A omissão estatal em garantir aos indivíduos o direito à reprodução assistida caracterizará clara violação aos direitos humanos reprodutivos e, por isso, pode ser objeto de controle e exame por parte das instituições integrantes do sistema interamericano de direitos humanos, com o objetivo de se verificar a sua conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos .

Segundo o preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica, a proteção internacional dos direitos humanos nas Américas é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos, de modo que cabe ao Estado primeiramente promover e proteger, em seu âmbito interno, os direitos humanos e, caso o Estado não se desincumba plenamente deste ônus, caberá aos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos garantir o respeito aos direitos consagrados na Convenção Americana.

De fato, a violação do direito à reprodução assistida exige, primeiramente, a atuação eficiente do Poder Judiciário brasileiro, no sentido de assegurar em nível nacional o pleno exercício de tal direito. Os órgãos jurisdicionais brasileiros têm o dever de conhecer, interpretar e aplicar os tratados internacionais de direitos humanos porque tais normas externas “[...] impõem aos Estados Partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos”²⁸.

A propósito, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma:

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 448.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos...** *Op. Cit.*, p. 356.

²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos...** *Op. Cit.*, p. 426.

Os Estados Partes em tratados internacionais de direitos humanos encontram-se, em suma, obrigados a organizar o seu ordenamento jurídico interno de modo que as supostas vítimas de violações dos direitos neles consagrados disponham de um recurso eficaz perante as instâncias nacionais. Esta obrigação adicional opera como uma salvaguarda contra eventuais denegações de justiça, ou atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais da administração da justiça²⁹.

A ausência ou insuficiência de respostas às violações do direito à reprodução assistida, no âmbito nacional, caracterizará ilícito internacional³⁰, ensejando, assim, a atuação subsidiária da jurisdição internacional.

Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos não substitua os órgãos do Poder Judiciário brasileiro e nem atue como tribunal de cassação ou de recurso das decisões judiciais internas do Brasil, verdade é que a inexistência ou a insuficiência da atuação dos órgãos jurisdicionais brasileiros, no sentido de impedir ou reparar danos aos direitos humanos, podem configurar violação às obrigações constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Protocolo de San Salvador, uma vez que os tribunais brasileiros não são os intérpretes últimos de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos³¹.

Não incumbe à Corte Interamericana de Direitos Humanos decidir sobre a interpretação e a aplicação da legislação interna brasileira por parte do Poder Judiciário, salvo se os tribunais internos violarem, por meio da interpretação e da aplicação do Direito brasileiro, dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou do Protocolo de San Salvador³².

Assim, a omissão estatal em garantir aos indivíduos o direito à reprodução assistida e, do mesmo modo, a inexistência ou a ineficiência do Poder Judiciário brasileiro em assegurar o livre exercício do retro mencionado direito humano ensejarão, em tese, a responsabilidade internacional do Brasil e, por consequência, a atuação subsidiária da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 A tutela do direito à reprodução assistida perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos...* *Op. Cit.*, p. 428-429.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos...* *Op. Cit.*, p. 412.

³² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos...* *Op. Cit.*, p. 414.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador não consagram expressamente o direito à reprodução assistida. Contudo, os tratados internacionais de direitos humanos são verdadeiros “instrumentos vivos cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições atuais de vida”³³.

Deve-se promover, destarte, uma interpretação evolutiva dos atos normativos internacionais de modo a compatibilizá-los com os novos tempos, com as novas realidades, com os novos valores sociais, econômicos e culturais que regem a sociedade contemporânea.

O texto normativo não se confunde com a norma. O texto é a literalidade abstrata de um dispositivo constitucional ou legal, ao passo que a norma é o sentido construído a partir da interpretação de um dispositivo normativo, daí porque os textos são o objeto da hermenêutica e as normas o seu resultado³⁴.

A atividade hermenêutica não se caracteriza como um ato de revelação do significado previamente dado pelo legislador ao texto, mas um ato de construção de sentidos de um dispositivo normativo. A interpretação do texto normativo tem caráter constitutivo e não declaratório de seu significado, vez que o intérprete produz, a partir do dispositivo normativo, normas jurídicas, dando concreção ao Direito.³⁵

A atividade do intérprete e do aplicador do Direito tem especial relevância, uma vez que não consiste em meramente descrever o sentido prévio dos dispositivos, mas construir a partir dos textos seus significados, adaptando-os, inclusive, às novas realidades sociais, econômicas, tecnológicas, culturais e ambientais da atualidade, pois “o intérprete não somente constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados e construídos ao uso linguístico na comunidade do discurso”³⁶.

Nesse diapasão, é possível o reconhecimento de novos direitos humanos a partir do processo de interpretação de dispositivos convencionais, pois os direitos humanos são outorgados pela norma (ou normas) construída a partir de determinado

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Sentença de 8 de julho de 2004. Serie C No 110, par. 165.

³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157.

³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos... Op. Cit.**, p. 33.

texto normativo³⁷.

No que pese tradicionalmente afirmar-se que os direitos humanos de primeira dimensão são direitos de defesa porque exigem deveres de abstenção do Estado e que os direitos ditos de segunda dimensão são direitos de prestação porque impõem condutas positivas ao Estado, na verdade não existem direitos totalmente de defesa, isto é, que imponham apenas um dever de não agressão ao Estado porque todos os direitos civis e políticos demandam a adoção de medidas concretas e positivas do Poder Público para serem concretizados, de modo que é possível extrair dos direitos civis e políticos, mediante interpretação ampliativa, direitos sociais, deveres de prestação e a realização de políticas públicas pelo Estado³⁸.

A Convenção Americana consagra, em seu art. 11, o direito à vida privada e à intimidade, cujo conceito é abrangente e não se restringe à privacidade, à reclusão, à solidão ou à não publicidade de fatos relacionados ao cotidiano das relações humanas, como as profissionais, sociais ou pessoais.

O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito de estabelecer relações com outros seres humanos e com o mundo exterior³⁹. Do mesmo modo, a decisão de ser ou não pai ou mãe é um corolário lógico do direito à vida privada e, inclui, inclusive, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico⁴⁰.

E mais, do direito à vida privada decorre também os direitos à autonomia reprodutiva e à saúde reprodutiva, o que implica no direito de ter acesso às técnicas médicas de reprodução humana assistida. Nesse contexto, ausência ou mesmo a deficiência na prestação dos serviços de saúde reprodutiva, em especial a assistência à reprodução assistida, pode acarretar grave violação do direito à vida privada, à autonomia e liberdade reprodutiva⁴¹. Desse modo, é dever e responsabilidade do Estado ofertar o acesso a serviços de atenção à saúde reprodutiva.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 82-83.

³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentença de 31 de agosto de 2010, Serie C, N.º 216.

⁴⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso S.H. y otros Vs. Austria, N.º 57813/00, Sentença de 03 de novembro de 2011.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Costa Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012.

O Pacto de San José da Costa Rica reconhece, no art. 17.1, que a família é o núcleo natural e a base da sociedade e, por isso, tem especial proteção do Estado. E mais, consagra ainda, no art. 17.2, o direito do ser humano de constituir uma família, sendo o planejamento familiar de livre decisão do casal.

Desse modo, extrai-se um direito de assistência à concepção, e, nesse sentido, entende-se que as tecnologias e tratamentos de reprodução humana assistida, como a fertilização *in vitro*, devem ser disponibilizadas pelo sistema público de saúde dos Estados signatários da Convenção Americana e, no caso do Brasil, no Sistema Único de Saúde⁴².

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, somente se submetem ao sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana e, por consequência, só se sujeitam à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os direitos expressamente positivados na Convenção Americana, além dos direitos relativos à liberdade sindical, à livre associação sindical e à educação, conforme art. 19.6 do Protocolo de San Salvador.

O direito à reprodução assistida não pode ser diretamente reivindicado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos seus titulares. Porém, a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador não teriam qualquer significação prática sem a possibilidade de sua efetiva aplicação e sem a existência de mecanismos jurisdicionais que assegurassem a aplicabilidade dos direitos humanos neles consagrados, implícita ou expressamente⁴³, dentre os quais o direito à reprodução assistida.

Os direitos humanos são indivisíveis no sentido de que devem possuir igual validade e proteção jurídica, sejam eles direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais ou ambientais, formando um todo harmônico e indivisível porque são concretizações da dignidade da pessoa humana e visam, em suma, proporcionar ao ser humano uma vida digna, constituindo, destarte, um todo harmônico e indissolúvel. Ora, “a proteção dos direitos humanos orbita em torno da preservação da dignidade da pessoa humana, sendo impossível, então, cindir tal proteção por espécie de direito”⁴⁴.

Assim, a efetividade dos direitos civis e políticos ficará comprometida sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais e, inversamente, sem os direitos civis e

⁴² VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009, p. 97.

⁴³ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 86.

⁴⁴ RAMOS, André de Carvalho. **A teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 164.

políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais não têm sentido para os seres humanos, havendo, dessa maneira, a necessidade de união indissolúvel dos direitos humanos em geral.

Apesar de autônomos, interagem-se e se inter-relacionam, não podendo ser interpretados e aplicados de forma compartimentalizada, mas sim conjuntamente, razão pela qual as violações de direitos econômicos, sociais e culturais acarretam, em muitos casos, danos a direitos civis e políticos e vice-versa⁴⁵.

Dada a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a existência de obstáculos jurídicos à tutela judicial direta do direito à reprodução assistida não impede a proteção indireta de tal direito, isto é, mediante as possibilidades de justiciabilidade e de mecanismos de tutela dos direitos civis e políticos. A propósito:

[...] devido às escassas possibilidades de justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais por não haver previsão de mecanismos de petição individual nos respectivos tratados, os casos de tutela daqueles direitos perante os tribunais internacionais provêm frequentemente da invocação de violação a direitos civis e políticos⁴⁶.

Nesse diapasão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos podem abordar, com fulcro na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a questão da reprodução assistida de forma reflexa ou indireta em casos relativos a violações de direitos civis afirmados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com efeito, embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos não tenham competência para tramitar e julgar denúncias de violações ao direito à reprodução assistida, podem considerá-lo na aplicação e interpretação dos direitos civis consagrados na Convenção Americana, especificamente o direito à vida privada e o direito à constituição de família.

Aliás, André de Carvalho Ramos leciona que:

Tanto o sistema universal quanto o regional (europeu e interamericano, em especial) possuem exemplos de interpretação ampliativa dos direitos civis e

⁴⁵ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles...** *Op. Cit.*, p. 200.

⁴⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles...** *Op. Cit.*, p. 168. Tradução livre dos autores. Texto original: “[...] dada las escasas posibilidades de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales por no haberse previsto mecanismos de petición individual en los respectivos tratados, los casos de tutela de aquellos derechos ante tribunales internacionales provienen con frecuencia de la invocación de la violación de derechos civiles y políticos.”

políticos, com o intuito de extrair direitos sociais ou ainda deveres de prestação e realização de políticas públicas⁴⁷.

E como não se pode invocar diretamente o direito humano à reprodução assistida, urge a adoção estratégica para a sua proteção e promoção pela via reflexa ou indireta perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Flávia Piovesan anota que a Corte Interamericana de Direitos Humanos adota 03 (três) diferentes estratégias e argumentos na proteção dos direitos sociais, a saber: a) a dimensão positiva do direito à vida; b) o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais e c) a proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção dos direitos civis⁴⁸, estratégias essas que podem e devem ser usadas para a defesa jurisdicional do direito à reprodução assistida.

Realmente, a inexistência de acesso às técnicas de reprodução assistida pelo sistema público de saúde traduz violação dos direitos civis à vida privada e à constituição de família, cuja sindicabilidade judicial perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos não se tem dúvidas.

De fato, o conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito de estabelecer relações com outros seres humanos e com o mundo exterior⁴⁹.

Do mesmo modo, a decisão de ser ou não pai ou mãe é um corolário lógico do direito à vida privada e, inclui, inclusive, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico⁵⁰. Assim, do direito à vida privada decorre também os direitos à autonomia reprodutiva e à saúde reprodutiva, o que implica no direito de ter acesso às técnicas médicas de reprodução humana assistida.

Destarte, a ausência ou mesmo a deficiência na prestação dos serviços de saúde reprodutiva, em especial a assistência à reprodução assistida, pode acarretar grave violação do direito à vida privada, à autonomia e liberdade reprodutiva⁵¹ e, nesse toar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá condenar a República Federativa do

⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos...** *Op. Cit.*, p. 310.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos...** *Op. Cit.*, p. 141-145.

⁴⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentença de 31 de agosto de 2010, Serie C, N.º 216.

⁵⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso S.H. y otros Vs. Austria, N.º 57813/00, Sentença de 03 de novembro de 2011.

⁵¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Costa Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012.

Brasil a garantir o acesso do cidadão às modernas técnicas de reprodução assistida, já que sem tal acesso estar-se-á impedindo, repita-se, o livre exercício dos direitos civis à vida privada e a constituir família.

Isto é, pode-se utilizar casos de violações dos direitos à vida privada e à vida familiar para proteger interesses vinculados ao direito humano à saúde reprodutiva no âmbito da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos .

Note-se que o conceito de reparação no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos é amplo porque compreende, além da obrigação de indenização econômica às vítimas e familiares das vítimas, as sentenças condenatórias internacionais que incluem as reparações simbólicas, a promoção das responsabilidades internas pela violação e as chamadas “medidas de não-repetição”, que podem envolver a implantação ou alterações de políticas públicas, a realização de ações administrativas concretas, mudanças da legislação interna e da jurisprudência pacificada até mesmo da Corte Suprema de um país⁵².

Vale trazer à baila a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade acerca das diferentes formas de reparação no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Veja-se:

A reparação assume formas distintas, tais como a restituição, a reabilitação, a indenização, a satisfação, e a garantia de não-repetição das violações dos direitos humanos. Pela *restitutio in integrum* se busca o restabelecimento – sempre que possível – do *statu quo ante*. A reabilitação compreende todas as medidas – médicas, jurídicas e outras – a ser tomadas para restabelecer a dignidade das vítimas. A indenização, frequente e indevidamente confundida com a reparação, da qual é tão só uma das formas – à luz do princípio geral do *neminem laedere*, compreende a soma pecuniária devida às vítimas pelos danos (material e moral) sofridos, e gastos em que incorreram. A satisfação está ligada à cessação das violações, assim como à garantia de não-repetição, que revela dimensão preventiva da proteção dos direitos humanos⁵³.

Aliás, Victor Abramovich aponta que os tribunais regionais de direitos humanos já adotam a estratégia da exigibilidade e proteção indiretas dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais a partir da tutela de direitos civis e políticos, conforme se vê:

⁵² BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos...** *Op, Cit.*, p. 148.

⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 171-172.

[...] a jurisprudência dos órgãos de proteção internacional de direitos humanos e, em especial, a Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH), estabeleceu a obrigação positiva dos Estados de: remover os obstáculos sociais que impossibilitam o acesso à jurisdição; tomar medidas apropriadas para evitar que alterações ambientais cheguem a constituir uma violação do direito à vida privada e familiar; e desenvolver ações afirmativas para impedir riscos previsíveis e evitáveis que afetem o direito à vida⁵⁴.

No caso paradigmático *Artavia Murillo Y Otros* (“Fecundación *In Vitro*”), a Costa Rica foi demandada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos porque a Suprema Corte daquele Estado declarou a inconstitucionalidade do Decreto Executivo Nº. 24029-S, que disciplinava a técnica da fertilização *in vitro* no país, que na prática acabou por proibir a fecundação *in vitro* na Costa Rica, razão pela qual algumas pessoas foram forçadas a interromper o tratamento médico que haviam iniciado e outras se viram obrigadas a viajar para outros países para poder realizar a fecundação *in vitro*.

Nesse caso, a Corte reconheceu a responsabilidade internacional da Costa Rica por violação do direito à vida privada e familiar, do direito à integridade pessoal, do direito à saúde sexual, do direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e tecnológico e do princípio da não discriminação, consagrados nos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2 combinados ainda com o art. 1.1, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em desfavor de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German 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 Oriester Rojas Carranza.

Na sentença, a Corte condenou a Costa Rica a pagar US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares), a título de danos morais, a cada uma das vítimas e a pagar US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares), a título de danos materiais, àquelas pessoas que tiveram que viajar para o exterior para ter acesso à técnica da fertilização *in vitro*.

O Tribunal condenou ainda a Costa Rica às seguintes obrigações de fazer: a) adotar, com a maior brevidade possível, as medidas necessárias para tornar sem efeito a proibição da fertilização *in vitro* e para que as pessoas que desejem fazer uso da

⁵⁴ ABRAMOVICH, Víctor. A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais e as possíveis estratégias judiciais. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, Ano 2, n. 2, p. 189-223, jul. 2005, p. 192.

mencionada técnica de reprodução assistida não encontrem empecilhos ao exercício dos direitos vulnerados no caso; b) regular, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da fertilização *in vitro* no país, devendo estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições e profissionais que desenvolvam esse tipo de reprodução assistida; c) incluir em seu sistema público de saúde a técnica da fertilização *in vitro*; d) oferecer tratamento psicológico gratuito, durante quatro anos, às vítimas do caso julgado e e) implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação dirigidos a magistrados e servidores públicos de todo o Poder Judiciário costarriquenho⁵⁵.

Desse modo, e a partir do acima mencionado precedente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode condenar o Brasil a obrigação de garantir a homens e mulheres inférteis o acesso, através do sistema público de saúde, às técnicas de reprodução assistida com a finalidade de reparar danos causados diretamente aos direitos civis relativos à vida privada e a constituir família.

Conclusão

O objetivo central deste artigo científico foi demonstrar a viabilidade jurídica da tutela jurisdicional, pela via reflexa ou indireta, do direito humano à reprodução assistida no âmbito da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, analisou-se o reconhecimento do direito humano à reprodução humana assistida na ordem jurídica internacional e o dever estatal de assegurar às pessoas inférteis ou com dificuldades reprodutivas o acesso às técnicas de fecundação artificial.

Partiu-se da premissa que o direito à reprodução assistida é legítimo direito humano consagrado na ordem jurídica internacional porque decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos reprodutivos, à vida privada, à saúde e ao planejamento familiar.

O direito à reprodução humana assistida é exercitável, em razão da eficácia vertical dos direitos humanos, contra o Poder Público, que deverá disponibilizar, por

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C, N.º 257.

meio do Sistema Único de Saúde, materiais e procedimentos necessários para o tratamento da infertilidade, inclusive o acesso às técnicas de reprodução assistida com a finalidade precípua de dar plena efetividade ao referido direito humano.

A omissão do Estado aos deveres convencionais de assegurar a plena fruição do direito à reprodução assistida caracteriza ilícito internacional e, portanto, submete-se ao controle judicial perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Realmente, embora os casos de violações do direito humano à reprodução assistida não se submetam ao sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana e, por consequência, não se sujeitem à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, verdade é que a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos permitem a proteção judicial do direito à reprodução assistida por via interpretativa ou reflexa.

Isto é, mesmo diante da impossibilidade de ser tutelada diretamente no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, é possível a sindicabilidade judicial internacional do direito à reprodução assistida sempre que os casos de violações a tal direito importarem também violação de direitos civis.

Com efeito, apesar de autônomos, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, ou seja, interagem e se inter-relacionam, devendo ser aplicados e interpretados conjuntamente. Assim, a existência de obstáculos jurídicos à tutela judicial direta dos direitos econômicos, sociais e culturais não impede a proteção indireta de tais direitos, isto é, mediante as possibilidades de justiciabilidade e de mecanismos de tutela dos direitos civis e políticos.

Nesse diapasão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá condenar a República Federativa do Brasil a garantir o acesso do cidadão às modernas técnicas de reprodução assistida, já que sem tal acesso estar-se-á impedindo o livre exercício dos direitos civis à vida privada e a constituir família.

Isto é, pode-se utilizar casos de violações dos direitos à vida privada e à vida familiar para proteger interesses vinculados ao direito humano à saúde reprodutiva no âmbito da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos .

Desse modo, a Corte Interamericana pode, com a finalidade de reparar danos causados diretamente aos direitos à vida privada e à vida familiar, condenar a República Federativa do Brasil a obrigações de garantir às pessoas inférteis ou com dificuldades reprodutivas o acesso às técnicas de fecundação artificial.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais e as possíveis estratégias judiciais. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, Ano 2, n. 2, p. 189-223, jul. 2005.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed.. Madrid: Trotta, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, dez. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso S.H. y otros Vs. Austria, N.º 57813/00, Sentença de 03 de novembro de 2011.

DENTILLO, Daniel Blasioli. Cresce demanda por tratamento de infertilidade, mas o acesso é ainda caro e seletivo. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 64, n. 4, Dec. 2012. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000400005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de maio de 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial : Barcarolla, 2009.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEIRELLES, Jussara. Notícia histórica. *In: Geração por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”*. Curitiba: Genesis Editora, 1998.

_____. Filhos da Reprodução Assistida. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 391-402.

_____. Técnicas usuais da Reprodução Assistida. *In: Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas*. Curitiba: Genesis Editora, 2004.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NIKKEN, Pedro. El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. **Revista do instituto interamericano de direitos humanos**. v. 57, p. 11-68, janeiro/julho de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, A/CONF.171/13/Rev.1. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentença de 31 de agosto de 2010, Serie C, N.º 216.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Costa Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **A teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAMRSLA, Mônica et al . Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF - estudo bioético. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 53, n. 1, Feb. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302007000100019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de maio de 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302007000100019>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009.