

1 INTRODUÇÃO

A comunicação entre Tribunais, em um sentido amplo, intensificou-se após o fim da Guerra Fria (1989), quando países soviéticos passaram a adotar políticas e instituições até então tipicamente ocidentais, tal como a adoção de constituições escritas e a inauguração de tribunais constitucionais, além da submissão ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Na última década do século XX, a comunicação entre Cortes por todo o mundo já era uma realidade, o que Mary Ann Glendon descreveu como “um ativo tráfego internacional de ideias sobre direitos conduzido por juízes”. (SLAUGHTER, 1994, p.99)

Em um sentido mais restrito da comunicação transjudicial, Aida Pérez trabalha com o conceito de “diálogo”, no qual não estão inclusos meros “empréstimos” ou citações judiciais estrangeiras. Segundo a autora, no exemplo da União Europeia, há incentivos para que os tribunais permaneçam engajados em uma constante troca de argumentos para que se alcance o melhor fundamento para a comunidade. Nesse contexto, o diálogo judicial tem por objetivo a criação de uma deliberação coletiva sobre o significado de direitos fundamentais e o aumento da legitimidade da interpretação supranacional levada a efeito pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (PÉREZ, 2009, p. 142-143).

No presente trabalho, a partir do julgamento da ADIn nº 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e do julgamento no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), pretende-se demonstrar a existência de diferentes posturas assumidas pelas Cortes no que diz respeito ao tema do diálogo transjudicial em matéria de direitos fundamentais, no caso, o direito à vida, ressaltando-se a importância da forma com que se trabalha os métodos interpretativos que podem ser utilizados pelas Cortes na resolução de casos concretos, alguns levando ao distanciamento do exercício do diálogo entre tribunais, outros aproximando-se dessa interação em maior ou menor medida.

2 O JULGAMENTO DO STF NA ADIN Nº 3.510: A ATITUDE DE RESISTÊNCIA COMO UMA TENDÊNCIA

2.1 Apresentação do caso

O julgamento da ADIn 3.510 por parte do Supremo Tribunal Federal atraiu muita atenção e ganhou repercussão na mídia por envolver um tema polêmico e essencialmente multidisciplinar, qual seja, as pesquisas científicas envolvendo células-tronco embrionárias.

Nos votos de alguns ministros, como por exemplo Celso de Melo, Gilmar Mendes e Ayres Britto, está contida a ideia de que o caso foi o que possuiu a maior importância para a Corte até aquele momento, constituindo-se um marco na jurisprudência constitucional brasileira.

Em 2005, foi promulgada a Lei nº. 11.105 – conhecida como Lei de Biossegurança, que teve o condão de criar normas de segurança e mecanismos de fiscalização para atividades que envolvam organismos geneticamente modificados. Nesta lei, está presente o artigo 5º, que autoriza expressamente, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias oriundas de embriões produzidos mediante fertilização *in vitro* e que não foram utilizados neste procedimento.

De acordo com a citada lei, algumas condições precisam ser respeitadas para que seja autorizado o uso desses embriões, quais sejam: que os embriões sejam inviáveis ou que os embriões estejam congelados há 3 anos ou mais, contados na data da publicação da lei (2005) ou já congelados na data da promulgação da lei, depois de três anos contados a partir da data de congelamento.

Em qualquer caso, deve existir o consentimento dos genitores que geraram o embrião, tendo as instituições de pesquisa que necessariamente submeterem os seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética. A lei faz uma última ressalva: os embriões não podem ser comercializados.

Em petição datada no dia 16 de maio de 2005, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.510), impugnando o artigo 5º da lei de biossegurança, bem como seus incisos e parágrafos, a partir da alegação que este preceito normativo não observava os textos constitucionais trazidos no artigo 5º, *caput* referente à inviolabilidade da vida e no artigo 1º, III que faz referência à dignidade da pessoa humana.

A principal fundamentação da peça subscrita pelo Procurador-Geral é que a vida acontece na, e a partir da fecundação. Portanto, o embrião já seria um ser humano, com todas as suas características determinadas (como o sexo e a cor dos olhos, por exemplo). Não seria um simples amontoado de células, mas sim, um ser irrepetível.

Para que fossem utilizadas as células-tronco embrionárias, seria necessário que se destruísse o embrião. Logo, as pesquisas acarretariam as mortes destes seres humanos.

Outra tese trazida pelo subscritor da ADI 3.510 fundou-se na possibilidade de células-tronco adultas poderem tornar-se outros tecidos do corpo humano. Desta forma, os estudos com as células adultas seriam muito mais promissores do que os envolvendo as células embrionárias. Foi também solicitada realização de audiência pública, o que foi acatado pelo então ministro Carlos Ayres Britto, sendo a primeira audiência deste tipo realizada naquela corte.

No julgamento, decidiu-se pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Na ocasião, seis ministros votaram pela constitucionalidade, sem ressalvas. Foram eles: Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Celso de Melo, Carmen Lúcia e Marco Aurélio.

Tendo em vista que os limites deste trabalho não comportam uma análise completa de cada um dos votos sobre a questão do direito à vida, examinaremos os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo e Gilmar Mendes, uma vez que, além da discordância de posicionamentos entre voto vencedor e votos vencidos, podem ser dirigidas observações quanto às diferentes posturas no que diz respeito ao tema do diálogo transjudicial.

Para o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, restou clara a ideia de que a Constituição Federal, quando se refere à “pessoa humana”, refere-se ao indivíduo já nascido. O indivíduo-pessoa. Para isso, recorreu ao artigo 5º de nossa *carta magna*, que aduz serem destinatários dos direitos fundamentais nele listados, os “residentes no país” (ora, não existiria sentido afirmar que o embrião reside no útero ou em um tubo de ensaio) assim como posteriormente, quando complementa a expressão “brasileiros”, dividindo-os entre natos ou naturalizados, o que denotaria a necessidade de um nascimento propriamente.

O Ministro Relator concluiu que a Constituição Federal não considera todo e qualquer estágio da vida humana um “autonomizado bem jurídico”. O embrião gerado sem a cópula humana, aprisionado *in vitro*, não será acompanhado necessariamente de uma gestação; este embrião não experimenta o desenvolvimento necessário à sua chegada na fase de nidação. Ele é interrompido nas suas primeiras fases de evolução genética.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, deixou claro que o julgamento não deveria ser visualizado como uma disputa entre Estado e Igreja ou entre ciência e fé. Não se deveria perseguir o marco definitivo do início da vida, mas sim, a partir de qual momento aquele ser ganharia o *status* de indivíduo. O início da vida possui grandes divergências tanto no campo

da ciência, quanto no campo da filosofia e da religião, o que reforçava a posição de Celso de Melo.

O Ministro destacou que embora a Constituição Brasileira proclamasse a inviolabilidade da vida, ela não define quando esta vida começa, abrindo espaço para que o legislador atuasse nessa questão.

A Lei nº. 9.434/97, que dispõe sobre órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante, estabelece como o marco do fim da vida, o momento da morte encefálica, ou seja, a inexistência de atividade cerebral. Assim, segundo Celso de Melo, fazendo um paralelo com a Lei nº. 11.105/05, chegar-se-ia à conclusão que a extração de células-tronco embrionárias não violaria os preceitos constitucionais, uma vez que ocorreria em momento anterior à formação do sistema nervoso, portanto, em um contexto de inexistência de atividade cerebral.

O Ministro Celso de Mello votou pela improcedência, sem qualquer restrição, da ADI 3.510.

Agora, inicia-se breve exposição dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que não votaram pela total improcedência da ação, portanto, foram os votos vencidos.

Primeiramente, é válido destacar uma preocupação que está presente nos votos dos dois Ministros: a forma como o Estado vai proteger os interesses do organismo pré-natal e a própria compreensão que temos da vida humana diante dos grandes avanços biotecnológicos.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que a matéria estava tratada de forma deficiente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que apenas um artigo de uma lei dedicava-se a ela. Para fundamentar sua afirmação, fez referência à legislação de outros países para demonstrar que neles, o legislador regulamentou de forma mais completa as pesquisas sobre células-tronco embrionárias.

De acordo com a exposição do Ministro, a lei brasileira falhou em não conter no seu texto a cláusula de subsidiariedade, que implica a exigência de que as pesquisas em células-tronco embrionárias só pudessem ocorrer depois que pesquisas em outras células (como as animais) se revelassem infrutíferas.

Outra objeção realizada por Gilmar Mendes à Lei nº. 11.105 foi a ausência da instituição de um comitê central de ética devidamente regulamentado. Segundo o Ministro, do texto da supracitada lei inferia-se que os comitês de Ética eram ligados às próprias instituições que realizavam as pesquisas, o que poderia quebrar a imparcialidade necessária a quem aprovava ou não as pesquisas.

O Ministro votou pela improcedência da ação, desde que o artigo 5º, seus parágrafos e incisos, fossem interpretados no sentido de que a permissão das pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias fosse dada por um comitê central de Ética ligado ao Ministério da Saúde.

Por fim, faz-se referência ao voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski, que apontou ser o principal foco do julgamento não o eventual direito à vida dos embriões produzidos *in vitro*, mas sim, a estipulação dos limites da manipulação genética de seres humanos.

O Ministro utilizou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO (do qual o Brasil é signatário) como documento internacional que deveria balizar a atuação do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e da atividade administrativa quando a temática a ser tratada envolvesse a genética e a biotecnologia.

Desta feita, a partir de conclusões feitas por Ricardo Lewandowski, a Lei nº. 11.105/05 e a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92 não são harmônicas com os preceitos trazidos pela supracitada declaração universal.

O Ministro votou pela procedência da ação, em parte, para, sem redução de texto, conferir novas interpretações aos dois incisos e dois primeiros parágrafos do artigo 5º da Lei nº. 11.105/05. Entre as interpretações, havia, exemplificativamente, a exigência de que os genitores dos embriões usados nas pesquisas realizassem o consentimento livre e informado, exteriorizando formalmente tal posição.

2.2 A postura não dialógica do STF na interpretação do direito à vida

A identificação de uma postura dialógica transjudicial pode ser depreendida a partir da análise da interpretação e aplicação do direito nacional e internacional levada a cabo pelas Cortes na resolução de casos concretos, e presente nos fundamentos de suas decisões. A depender do método de interpretação utilizado, o resultado pode ser o distanciamento do exercício do diálogo entre tribunais ou a aproximação dessa interação em maior ou menor medida.

No voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski, a análise da questão de quando começa a vida no plano estritamente jurídico foi norteadada pela interpretação do art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, após a ressalva de seu caráter supralegal, ou seja, de sua prevalência sobre as leis ordinárias. Assim, em seu voto, o Ministro Ricardo

Lewandowski adotou a tese que a vida, para efeitos legais, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo, seja iniciada *in utero*, seja iniciada *in vitro*, já que o mencionado dispositivo da Convenção cuidou do direito à vida desde a concepção, e não somente a partir da implantação.¹ O Ministro fez ainda referência às legislações francesa e dos Países Baixos e à posição doutrinária majoritária alemã no sentido de que o embrião e as células embrionárias são protegidos juridicamente.

Ao fundamentar seu posicionamento sobre o início da proteção jurídica da vida, o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de ter se valido da Convenção Americana de Direitos Humanos e legislações de outros países, não buscou analisar precedentes de outras Cortes sobre a questão; não houve interação com outros tribunais nesse processo de interpretação, mas tão somente com instrumentos de direito internacional e direito estrangeiro.

Ao tratar sobre a interpretação dos direitos fundamentais da União Europeia, Aida Pérez (2004, p.142-146) destaca o método comparativo dos fundamentos como uma forma de extensão do diálogo ideal para a interação entre tribunais nacionais e supranacionais no processo de interpretação no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Segundo a autora, a interpretação de direitos fundamentais com base no método comparativo consiste na referência a decisões judiciais ou textos legais estrangeiros para justificar a interpretação do próprio direito. As fontes de interpretação são externas ao sistema legal do intérprete, a exemplo dos tratados internacionais de direitos humanos.

Analisando o método constitucional comparativo (raciocínio que privilegia o diálogo, a participação e a busca por decisões melhor fundamentadas), Aida Pérez elenca algumas objeções a esse método, que guardam íntima relação com as motivações à postura de resistência² delineada por Vicki C. Jackson.

Uma destas objeções seria a irrelevância. Se as normas internacionais não são ilegítimas, elas são irrelevantes. Nessa perspectiva, a Constituição já tratou dos valores mais importantes para aquela determinada sociedade. Outras constituições teriam muito pouco a contribuir, uma vez que seu contexto político e social seria diferente.

¹ No caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (posterior ao julgamento da ADIn 3.510), a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento contrário ao lançado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, interpretando o art. 4.1 da Convenção de modo a conferir proteção à vida somente a partir da implantação, conforme se verá mais detalhadamente na seção 2.

² A resistência estaria caracterizada pela postura de contrariedade ao que é produzido no âmbito internacional, manifestada por atitudes de silêncio, indiferença e resistência ativa. Esta postura se apoia em vários tipos de pensamentos, entre eles, em uma ideia de que a referência à dispositivos internacionais indicaria uma tentativa, por parte de certa elite cultural e política, de interferir e modificar políticas nacionais em prol do fortalecimento de interesses próprios (JACKSON, 2010, p.32-39).

A objeção da irrelevância observada por Aida Pérez guarda relação com as posturas de resistência marcadas pela indiferença e pelo silêncio, conforme teoria normativa de Vicki Jackson. Ora, se são irrelevantes, as fontes normativas internacionais não mereceriam referências. O voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto inclina-se nesse sentido.

Apesar de não estar livre de críticas, o método comparativo proposto por Aida Pérez é um convite ao diálogo (trans)judicial que, todavia, não foi observado no votos vencedores no que diz respeito à interpretação do direito à vida, conforme colocado em questão. Já no voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, pode-se observar a utilização de textos legais estrangeiros para justificar a interpretação do próprio direito, o que se ajustaria à definição de método comparativo de interpretação de Aida Pérez e diálogo desenfreado de Laurence Burgogue-Larsen.

Após analisar a legislação estrangeira quanto aos limites à produção e manipulação de embriões, o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL,2008, p.429-430) expressamente ressaltou a utilização da legislação comparada na interpretação da norma impugnada (Lei de Biossegurança) para extrair, “a partir da disciplina que o mundo civilizado e a corporação médica brasileira emprestam ao tema, o conteúdo ético-normativo dos comandos constitucionais que regem a espécie...” .

O ministro Ricardo Lewandowski utilizou a Convenção Universal de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, que é *soft law*, como um documento que deveria ser obrigatoriamente considerado pela Administração Pública, pelo Judiciário e pelo Legislativo. Assim, conferiu a essa convenção uma força vinculante que, de direito, não possui.

A postura do Ministro Ricardo Lewandowski pode ser enquadrada no que Laurence Burgogue-Larsen (2013, p.138) denomina de “diálogo desenfreado”, que consiste em um diálogo totalmente sem restrições e sem imposições, sendo fruto da imensa rede de troca de informações e dados judiciais. É o que acontece, por exemplo, quando as cortes brasileiras fazem referência às cortes europeias.

Em seu voto, o ministro Celso de Melo utilizou em sua fundamentação a análise do artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata da inviolabilidade do direito à vida. Segundo o Ministro, tanto na Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana como no Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Cíveis e Políticos, não há referência à noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção.

O Ministro Celso de Melo fez referência à atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso “*Baby Boy*” (resolução 23/81), que advertiu que a cláusula “em

geral” na redação do art. 4º, §1º indicava que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos não estabelecia o direito à vida desde a concepção, como um direito absoluto. Dessa forma, estaria clara a possibilidade de se excepcionar tal direito, como o Código Penal brasileiro faz com o aborto, que é permitido caso a gravidez seja proveniente de abuso sexual. Neste contexto, a utilização de embriões para os fins científicos poderia ser uma dessas situações excepcionais permitidas.

Assim, tem-se que o Ministro Celso de Melo foi o que mais se aproximou do diálogo transjudicial, por ter se pautado em uma atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que guardava íntima relação com o tema da ADIn 3.510 e que consistiu em decisivo argumento na fundamentação do seu voto. Essa postura poderia ser identificada com o modelo de engajamento deliberativo proposto por Vicki Jackson³, pois se mostrou aberto ao pensamento de outros juízes sobre problemas compartilhados por vários países, refletindo acerca de suas razões na tentativa de proferir uma decisão melhor fundamentada. Contudo, esse também não foi o voto representativo da posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao caso.

O Ministro Gilmar Mendes alegou que a legislação brasileira era deficiente na regulamentação do assunto, descumprindo, assim, com o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente. Para fundamentar essa proposição, recorreu à legislação dos seguintes países: França, Alemanha, Austrália, México e Espanha. A necessidade de instituição de um comitê central de Ética, bem como a presença da cláusula de subsidiariedade, ideias trazidas em seu voto, estavam presentes nas legislações elencadas pelo ministro.

Tem-se que Gilmar Mendes não fez utilização do método comparativo, uma vez que ao confrontar a legislação brasileira com a de outros países, utilizou apenas dois modelos, pois os países que utilizou com a finalidade de comparação regulavam a matéria de forma bastante semelhante. Forma esta, não por coincidência, igual a que o ministro propôs para o Brasil.

Não foi trazida a pluralidade e o caráter dialógico da comunicação, que tem como ponto crucial, sobretudo, a diversidade presente em cada Estado que interfere em como se legisla e como se julga nas diferentes nações.

³ O modelo de engajamento deliberativo de Vicki Jackson propõe uma postura em que os juízes devem considerar normas de ordenamentos estrangeiros, a partir de um processo deliberativo aberto de pensamentos de outros juízes, comparando os problemas enfrentados e as soluções dadas em outros locais, visando uma postura mais crítica e bem fundamentada a partir desta autoridade persuasiva desempenhada pelas razões de outros tribunais (JACKSON, 2010, p.73-77)

Como acontece na prática do *cherry-picking* delineada por Vicki Jackson, percebe-se que o Ministro Gilmar Mendes pinçou apenas alguns países, justamente os que legislavam a matéria da forma que o Ministro acreditava fosse a mais correta, para corroborar com sua posição pré-concebida. Ao referir-se a apenas cinco países, pretendeu demonstrar que todo o resto do mundo trata a temática da forma como defende em seu voto.

No voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto, o debate sobre o começo da vida humana transcorreu fundamentalmente pelo direito nacional. Partindo da constatação de que a Constituição Federal de 1988 não trouxe de forma expressa a informação de quando começa a vida humana, a análise feita no voto dá-se em relação às expressões “dignidade da pessoa humana”, “direitos da pessoa humana” e “direitos e garantias individuais”, de onde é extraída a ideia de que o estágio da vida humana juridicamente protegida é do indivíduo-pessoa, gente, ou seja, um ser humano já nascido, um indivíduo personalizado, conforme se mencionou na seção anterior. Nesse sentido, deixando claro que não se tratava de determinar o início da vida humana (já que a Constituição Federal não o fez), o voto passou a buscar na legislação infraconstitucional os aspectos ou momentos da vida humana que estão validamente protegidos.

No âmbito da legislação infraconstitucional, a dignidade da pessoa humana é tratada como princípio que admite irradiação para alcançar todo o processo que deságue no indivíduo-pessoa, desde o seu início, que é o caso do embrião e do feto. Nessa análise, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto fez inferências ao Código Civil, à Lei nº 9.434/1997⁴, ao Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal) e à própria Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) para, ao final, concluir que um embrião confinado *in vitro* não viola o direito à vida em virtude de sua total ausência de potencialidade para se tornar pessoa humana.

No caso do voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto, observa-se a ausência de qualquer iniciativa de estabelecimento de um diálogo judicial com outros tribunais ou contribuição de instrumentos de direito internacional. Assim, é possível identificarmos o que Vicki C. Jackson chama de uma postura de resistência na interpretação do direito à vida, manifestada pelo silêncio, na medida em que se depreende o desconhecimento dos tratados e de outras fontes estrangeiras de interpretação, já que sequer foram mencionados.

É possível, ainda, identificar a origem dessa postura de resistência na ideia do direito como identidade autóctone (própria), em que esse direito é concebido como organicamente relacionado com um povo específico historicamente e o seu desenvolvimento ao longo do

⁴ Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

tempo, mostrando-se, portanto, resistente ao uso do direito estrangeiro como um instrumento positivo de transformação (JACKSON, 2010 p.24-25). Essa digressão pode ser confirmada na parte dispositiva do voto vencedor, quando o Ministro-relator Ayres Britto (BRASIL,2008, p.207) assevera: “é assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto”.

O voto vencedor proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto é, portanto, o voto representativo da posição do Supremo Tribunal Federal no caso, cujos fundamentos apresentaram-se desacompanhados de qualquer significativa inferência acerca do posicionamento de outros tribunais no que diz respeito ao direito à vida, na forma colocada em questão perante a Corte. A partir dessa análise, percebe-se uma clara postura resistente ao diálogo transjudicial no julgamento de um caso ligado fundamentalmente à proteção de um direito fundamental (vida).

3 O JULGAMENTO DA CORTE IDH NO CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS VS. COSTA RICA: A ATITUDE DE CONVERGÊNCIA COMO UMA TENDÊNCIA

3.1 Apresentação do caso

O Estado da Costa Rica é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 08/04/1970, tendo reconhecido a competência contenciosa da Corte IDH somente em 02/07/1980.

O caso Artavia Murillo e outros (Fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica foi submetido à Corte IDH pela Comissão Interamericana de DH no ano de 2011, cujos precedentes fáticos são, em síntese, os seguintes: existia uma decisão definitiva e vinculante da mais alta instância judiciária da Costa Rica em matéria constitucional (Sala Constitucional) proferida em 15/03/2000, que declarou a inconstitucionalidade da prática da fecundação *in vitro* - FIV, tal como estabelecida naquele momento pelo Decreto Executivo nº 24029-S/1995, do Ministério de Saúde, que autorizava a prática da FIV para casais conjugais e regulamentava sua realização. O objeto do caso levado à Corte IDH era determinar se essa decisão da Sala Constitucional comprometeu a responsabilidade internacional do Estado.

Entre os fundamentos suscitados na decisão da Sala Constitucional, destaca-se o que considerou aplicável ao caso o art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos,

determinado que as práticas de FIV atentam contra o direito à vida, que deve ser protegida pelo ordenamento jurídico desde a concepção, já que tais práticas significam elevada perda de embriões, sendo estes considerados seres humanos.

Conforme se extrai da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 28/11/2012 no Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica, foram violados os seguintes direitos: artigos 5.1 (Direito à Integridade Pessoal), 7 (Direito à Liberdade Pessoal), 11.2 (Proteção da Honra e da Dignidade) e 17.2 (Proteção da Família), em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana. De outra parte, foram considerados direitos não violados no caso: artigo 24 (Igualdade perante a Lei), em relação ao artigo 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da Convenção Americana.

3.2 A interpretação do direito à vida na Convenção Americana de Direitos Humanos: a busca pela convergência

Na Sentença proferida pela Corte IDH no caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, a análise do mérito dividiu-se em quatro partes, quais sejam: a) o alcance dos direitos à vida privada e familiar e sua relação com outros direitos convencionais para resolver a controvérsia; b) os efeitos da proibição da fertilização *in vitro* – FIV; c) interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso; e d) proporcionalidade da medida de proteção. Para a análise que se propõe neste trabalho, daremos ênfase aos fundamentos expostos pela Corte IDH quanto a interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos para o caso.

O ponto de partida da análise da Corte IDH foi o principal argumento desenvolvido pela Sala Constitucional no julgamento que declarou a inconstitucionalidade da prática da fecundação *in vitro* – FIV na Costa Rica, no sentido de que a Convenção obrigaria a uma proteção absoluta do direito à vida do embrião e, conseqüentemente, obrigaria a proibição da FIV por esta implicar perda de embriões, o que reportava à ideia de inviolabilidade da vida desde a concepção.

A Corte inicia sua análise com a reafirmação de que é a intérprete última da Convenção, contudo, revela a inexistência de precedentes naquele tribunal em relação ao direito à vida tal como suscitado no caso. Diante dessa constatação e para analisar o alcance dos artigos 1.2 e 4.1 da Convenção Americana, utiliza-se de uma série de métodos de

interpretação, que podemos chamar de tradicionais, quais sejam: interpretação gramatical ou textual, interpretação sistemática, interpretação histórica, interpretação evolutiva e interpretação teleológica.

De acordo com Aida Pérez, o método de interpretação consiste em como se determinar o sentido de uma previsão legal sob as bases das fontes correspondentes, tendo a função de justificar a atribuição de sentido ao texto. Segundo a autora, os tribunais não se restringem ao uso de um único método de interpretação, mas sim combinam vários, tal como se vê claramente na sentença da Corte IDH no caso *Artavia Murillo* (PÉREZ, 2009, p.144).

A Corte utilizou-se da interpretação textual ou gramatical para analisar o alcance do termo “concepção” previsto no artigo 4.1 da Convenção. Nessa análise, observou que no momento de ser redigido o art. 4 da Convenção, o dicionário da Real Academia da Língua Espanhola diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação. Portanto, o termo “concepção” deveria ser entendido desde o momento em que ocorresse a implantação, razão pela qual considerou que antes desse evento não se poderia aplicar o art. 4 da Convenção.

A partir de uma interpretação sistemática, em que as normas devem ser interpretadas como parte de um todo e que o alcance de seus significados devem ser determinados em conformidade com o sistema jurídico ao qual pertencem, e de uma interpretação histórica, a fim de buscar o significado que os Estados parte da Convenção pretendiam atribuir ao termo “pessoa” presente no art. 4.1 da Convenção, a Corte apreciou, de forma geral, o disposto nos sistemas de proteção em relação à proteção do direito à vida, comentando os trabalhos preparatório de instrumentos normativos do Sistema Interamericano, Sistema Universal, Sistema Europeu e Sistema Africano. Nessa análise, foram feitas referências a decisões do TJEU e ao entendimento da margem de apreciação sobre o problema de quando começa o direito à vida.

A Corte concluiu, após essa análise, que nenhum dos artigos ou tratados permite argumentar que o embrião pode ser considerado como pessoa nos termos do art. 4 da Convenção, bem como não se pode chegar a essa conclusão de quaisquer dos trabalhos preparatórios.

Em uma interpretação evolutiva, ao que Aida Pérez (2009, p.145) chama de método dinâmico de interpretação, por meio do qual a interpretação de direitos constitucionais deve ter em conta entendimentos correntes de tempo e espaço em que cada direito está sendo aplicado, a Corte analisou o *status* jurídico do embrião e as práticas sobre a FIV no direito comparado. Em relação ao primeiro aspecto analisado, tendo em vista decisões do Tribunal de Justiça da

União Europeia (TJUE) e Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH), a Corte considerou que as tendências de regulamentação no Direito Internacional não conduzem à conclusão de que o embrião deva ser tratado como uma pessoa ou que tenha um direito à vida. Quanto ao segundo aspecto, considerou que a prática generalizada da FIV está associada ao princípio da proteção gradual (e não absoluta) e à conclusão de que o embrião não pode ser entendido como pessoa. Nessa análise, a Corte valeu-se da interpretação que considera a prática e que decorre do próprio objeto da interpretação da Convenção como “instrumento vivo”, ou seja, de acordo com padrões correntes contemporâneos (JACKSON, 2010, p.22).

Ressalta-se que por ocasião da interpretação evolutiva acerca do status jurídico do embrião e da prática da FIV, a Corte mencionou a Resolução nº 1358/92 do CFM do Brasil e a Lei nº. 11.105/2005.

Por último, partindo de uma interpretação teleológica, a Corte analisou o objetivo e finalidade da cláusula “em geral” prevista no art. 4.1 da Convenção. Com esse propósito, mencionou, no âmbito europeu, o entendimento do Tribunal Constitucional da Alemanha e Tribunal Constitucional da Espanha sobre a proteção do nascituro; no âmbito americano, mencionou o entendimento da Suprema Corte dos EUA, Corte Constitucional da Colômbia, Corte Suprema da Argentina e Suprema Corte do México, basicamente quanto ao caráter não absoluto do direito à vida. Nessa análise, em nota de rodapé, citou a decisão do STF na ADIn nº 3.510.

Pois bem, considerando os diversos métodos de interpretação utilizados pela Corte IDH para interpretar o artigo 4.1 da Convenção, observa-se uma postura diametralmente oposta à do STF, tal qual a depreendida do voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto, entendido como representativo da postura da Suprema Corte brasileira no julgamento da ADIn nº 3.510.

No extremo oposto à postura de resistência comentada por Vicki Jackson e identificada no julgamento da ADIn nº 3.510, tem-se a atitude de convergência que percebe o direito estrangeiro como o modelo que deve ser obrigatoriamente seguido pelo direito doméstico. Nesse caso, a convergência como atitude interpretativa normativa é dirigida no sentido de identificar/conformar o direito nacional com as normas legais transnacionais. Para alguns, a convergência permite que o direito constitucional doméstico seja visto como o local para a implementação do direito estrangeiro ou internacional (JACKSON, 2010, p. 39 e 42).

Tal como mencionado por Aida Pérez em relação ao argumento que defende o método comparado de interpretação baseado na ideia de que as experiências constitucionais estrangeiras podem ajudar a evitar fracassos e enganos, Vicki Jackson destaca como um dos

fundamentos de posturas de convergência a prevenção de violações de direitos humanos, ou seja, a presunção dá-se a favor das interpretações de acordo com o direito internacional dos direitos humanos quando o seu uso irá prevenir os mais sérios tipos de violações desses direitos, tal como genocídios e guerras (JACKSON, 2010, p.51). Nesse mesmo sentido, Laurence Burgorgue-Larsen, ao tratar da força persuasiva da jurisprudência internacional, observa aquela relativa à aceitação do direito estrangeiro para evitar novas condenações, haja vista a responsabilidade internacional que delas decorre (BURGORGUE-LARSEN, 2013, p.226).

Da sentença proferida pela Corte IDH no caso Artavia Murillo depreende-se uma grande preocupação com o que os outros tribunais e o direito internacional dos direitos humanos têm entendido sobre o direito à vida, tal como colocado em questão perante a Corte. Observa-se um grande esforço para que a resposta a ser dada ao caso pela Corte seja um reflexo da jurisprudência internacional e em consonância com interpretações que primam por evitar violações de direitos humanos. Ao longo de toda a análise do caso e fundamentação da sentença, a Corte firma uma postura convergente, mostrando-se claramente aberta ao diálogo transjudicial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos julgamentos da ADIn 3.510 realizado no Supremo Tribunal Federal brasileiro e o caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica perante a Corte Interamericana de Direitos humanos, pode-se observar duas condutas muito diferentes no que tange ao diálogo judicial.

No cenário brasileiro, a forma como se realizam os julgamentos no Supremo Tribunal Federal não permite uma genuína deliberação entre seus membros. Cada voto é proferido de forma separada e ao fim, contam-se os votos para que se chegue ao resultado final. Com isso, percebe-se que certos posicionamentos que demonstram grande aproximação com o diálogo judicial são pontuais, refletindo posturas pessoais. Não demonstram o comportamento do tribunal de forma *una*.

O caso da ADIn 3.510 reflete isto. Por mais que o ministro Celso de Melo tente estabelecer o diálogo a partir de uma postura de engajamento, seu posicionamento é isolado. O ministro-relator Ayres Britto também vota pela improcedência da ação, todavia manifesta uma postura clara de resistência. Os outros votos analisados no presente trabalho, quais sejam,

dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski também não realizam o diálogo judicial de forma efetiva, por mais que façam referências a documentos e legislações internacionais. O voto do ministro-relator revela a posição da Corte neste aspecto.

No julgamento do caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, que ocorreu cronologicamente em momento posterior ao da ADIn 3.510, percebe-se uma postura bastante diferente. Utilizando-se de diversos métodos de interpretação, a Corte Interamericana atuou nos ditames do modelo de convergência, delineado por Vicki Jackson. Atuou seguindo um modelo onde o que é produzido no âmbito internacional se reflete no âmbito constitucional de cada Estado. Como dito anteriormente, o âmbito nacional torna-se uma genuína implementação do que é realizado no direito internacional.

Aduz-se que enquanto o Supremo Tribunal Federal, de forma geral, adotou uma postura de resistência, a Corte Interamericana se pautou no diálogo judicial para que, a partir da deliberação e reflexão inerentes a esse processo, pudesse construir uma decisão mais bem fundamentada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento em 29/05/2008. Disponível na Internet: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*. Sentença de mérito de 28/11/12. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em 7 nov. 2015.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994.

TORRES PÉREZ, Aida. *Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2009.