

**A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU
DE DIREITOS HUMANOS (TEDH) EM
MATÉRIA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA:
CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO**

ANA CLAUDIA BRANDÃO DE BARROS CORREIA



Ana Claudia Brandão de Barros Correia

**A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE
DIREITOS HUMANOS (TEDH) EM MATÉRIA DE
REPRODUÇÃO ASSISTIDA: CONTRIBUIÇÕES
PARA O DIREITO BRASILEIRO**

*Publicação editada pela Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
em Homenagem ao Dia Internacional da Mulher/2025.*

Recife, 2025

Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares

Projeto gráfico: Luciano Costa

Capa: Antônio Recamonde / João Pessoa (Ascom Esmape)

Revisão: Autora

Sítio: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/biblioteca/publicacoes-digitais>

342.163 Correia, Ana Claudia Brandão de Barros.

A argumentação jurídica na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em matéria de reprodução assistida: Contribuições para o direito brasileiro / Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. - Recife: Escola Judicial de Pernambuco (Esmape), 2025.

1. Reprodução Assistida. 2. Argumentação jurídica - Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 3. Escola Judicial de Pernambuco (Esmape). I. Título.

Ficha catalográfica elaborada pela equipe da Biblioteca Jarbas Maranhão/Esmape

ISBN 978-85-65783-46-0

Correspondências: Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otilio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra Recife – PE

Biblioteca Jarbas Maranhão - CEP 50.080-900

E-mail: ej.biblioteca@tjpe.jus.br



TJPE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

BIÊNIO 2024/2026

PRESIDENTE

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Fausto de Castro Campos

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Eduardo Sertório Canto

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO

BIÊNIO 2024/2026

DIRETOR-GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

SUPERVISOR

Juiz Sílvio Romero Beltrão

PRÓLOGO

A LA OBRA A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH) EM MATÉRIA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO

De la Dr.^a D.^a Ana Claudia Brandão de Barros Correia

Entre los más interesantes debates contemporáneos sobre cuestiones espinosas de la actualidad jurídica destacan aquellos en los que se reflejan importantes dilemas de naturaleza ética. Las valoraciones acerca de lo que está bien o lo que está mal en la conducta humana son, como es evidente, previas a su consideración jurídica, aunque ocupan una posición central. Se trata, en general, de complejas disquisiciones de las que se pueden derivar consecuencias polémicas y arriesgadas para el Derecho.

Naturalmente, adentrarse en estas controversias tiene un alto grado de dificultad, que en absoluto arredró a la autora de las páginas que siguen. Son necesarias mentes sosegadas y bien dispuestas para afrontar las sutilezas que la filosofía moral exige para encontrar soluciones a problemas que son ya cotidianos. Ana Cláudia no solo contó con su propia preparación personal, con su sentido común y con su capacidad de estudio y reflexión. Se animó a realizar una estancia en la Universidad de Salamanca, en la que perfeccionó su formación y que aquí continúa mostrando sus frutos.

Con ello se estaba prolongando una magnífica y estable relación entre un excelente grupo de juristas pernambucanos y la tantas veces centenaria universidad española. En efecto, un nutrido grupo de magistrados de Recife había ya acudido a las aulas salmantinas, algunos de los profesores de Salamanca pudimos gozar de la hospitalidad de los colegas brasileños, y diversas investigaciones atestiguan los buenos resultados de una colaboración modélica.

Ana Claudia, pues, es un ejemplo destacado de esta cooperación y, como ya avanzaba, no se limitó a realizar una estancia de trámite en la Universidad española, sino que trató de perfilar las más pertinentes destrezas para manejarse con seguridad en los complejos pliegues de la filosofía moral, sino además para dar el salto y formarse un criterio sólido para la valoración crítica de las respuestas jurídicas a esos profundos dilemas éticos.

Este es un ámbito propicio para las paradojas, mientras en el terreno de la ética ambiental, las reflexiones más avanzadas pretenden superar lo que

denominan el antropocentrismo, en otras vertientes nos esforzamos por reforzar la posición del ser humano tanto en las consideraciones filosóficas, como en las normas jurídicas en las que se pretende reflejar estas prioridades éticas. Así ocurre en el campo de la inteligencia artificial o, asimismo, en el de la bioética.

Sin embargo, centrar los problemas jurídicos en el ser humano no evita los conflictos, porque con frecuencia hay numerosos seres humanos implicados y con intereses contrapuestos. Las normas jurídicas, en estos casos, demuestran sus dramáticas limitaciones y la jurisprudencia del más alto nivel debe dar respuestas que iluminen qué criterios ético-jurídicos deben ser los prioritarios.

Es en esta tesitura donde se sitúa la obra que, tan generosamente, la autora me ha invitado a prologar. No es mi intención entrar a debatir con ella desde estos primeros párrafos. Tuve ocasión de disfrutar el detenido intercambio de opiniones desde el tribunal que enjuició su posdoctorado. Ahora le toca al lector curioso adentrarse en estas páginas, y pensar detenidamente en las cuestiones que se plantean y en las soluciones que se proponen. Estoy seguro de que encontrará elementos robustos para formarse un parecer bien fundado. La doctrina brasileña tiene en estas páginas un nuevo y sobresaliente ejemplo de su buen hacer.

Sara (Lapurdi, País Vasco francés), 13 de octubre de 2024

Lorenzo M. BUJOSA VADELL

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca
Expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: CONTRIBUCIONES AL DERECHO BRASILEÑO

RESUMEN

Frente a los avances biotecnológicos, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida para la realización de un proyecto parental ha crecido vertiginosamente, generando dudas e incertidumbres respecto a cuestiones anteriormente consideradas indiscutibles, tales como el concepto de maternidad y paternidad, repercutiendo en las relaciones familiares. En este escenario, resulta relevante la actuación de los Tribunales para dirimir los conflictos derivados de esta técnica, destacándose la importancia del papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así, el presente trabajo tiene como objetivo analizar la argumentación jurídica utilizada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de reproducción humana asistida, con el fin de verificar en qué medida se concreta el objetivo de armonización de la interpretación dada a los derechos reproductivos en el contexto de los derechos humanos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y lo que se puede extraer como contribución para el Derecho Brasileño.

LEGAL ARGUMENTATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR) REGARDING ASSISTED REPRODUCTION: CONTRIBUTIONS TO BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

Given the biotechnological advances, the use of assisted human reproduction techniques for the realization of a parental project has grown exponentially, raising doubts and uncertainties about issues previously considered indisputable, such as the concepts of motherhood and fatherhood, which in turn impact family relationships. In this context, the role of the courts becomes essential to resolve the conflicts arising from these techniques, with special emphasis on the European Court of Human Rights (ECHR). The objective of this work is to analyze the legal argumentation used in the jurisprudence of the ECHR regarding assisted human reproduction, aiming to assess to what extent this argumentation contributes to the harmonization of the interpretation of reproductive rights within the context of human rights, as contemplated by the European Convention on Human Rights, and to identify what can be extracted as a contribution to Brazilian law.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH) EM MATÉRIA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO

RESUMO

Diante dos avanços biotecnológicos, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida para realização de um projeto parental cresceu exponencialmente acarretando dúvidas e incertezas quanto a questões antes tidas como indiscutíveis, tais como o conceito de maternidade e paternidade, repercutindo nas relações de família. Nesse cenário, afigura-se relevante a atuação dos Tribunais em dirimir os conflitos oriundos dessa técnica destacando-se a importância do papel exercido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a argumentação jurídica utilizada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em matéria de reprodução humana assistida, no intuito de verificar em que medida aquela concretiza o objetivo de harmonização da interpretação dada aos direitos reprodutivos no contexto dos direitos humanos contemplados pelo Convênio Europeu de Direitos Humanos e o que se pode extrair de contribuição para o Direito Brasileiro.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	15
2	A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E OS LIMITES AO PLANEJAMENTO FAMILIAR: HÁ DIREITO A REPRODUZIR-SE?	19
3	A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: O RESPEITO À MARGEM DE APRECIÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS.....	23
4	A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	27
4.1	Uma questão antecedente: a abstração dos enunciados normativos dos direitos humanos e o problema da colisão	27
4.2	A necessária argumentação jurídica das decisões judiciais como fundamento de sua legitimidade.....	32
4.2.1	Caso Evans x Reino Unido: a quem pertencem os embriões congelados? (n.º 6339/05, julgado em 10 de abril de 2007)	39
4.2.2	Caso Dickson contra Reino Unido: privação de liberdade e direito de procriar (n.º 44362/04, julgado em 04 de dezembro de 2007).	46
4.2.3	Caso S.H. e outros contra Áustria: proibição de acesso aos gametas doados (n.º 57813/00, julgado em 3 de novembro de 2011).....	51
4.2.4	Caso Costa e Pavan contra Itália: sobre os limites do Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGP) (n.º 54270/10, julgado em 28 de agosto de 2012).....	56
4.2.5	Caso Parrillo contra Italia: doação de embriões para pesquisas. (n.º 46470/11, julgado em 27 de agosto de 2015)	60
4.2.7	Caso Foulon e Bouvet contra França e Laborie contra França: validade e eficácia dos contratos de gestação de substituição celebrados no exterior (n.ºs 9063/14 e 10410/14, julgados em 21 de julho de 2016) e (n.º 14349/17, julgado em 19 de janeiro de 2017)	65
4.2.8	Caso <i>Paradiso e Campanelli contra Italia</i> : validade e eficácia dos acordos de gestação por substituição celebrados no exterior (n.º 25358/12, julgado em 27 de janeiro de 2015.).....	70
4.2.9	Caso Nedescu v. Romênia: a quem pertencem os embriões congelados? (julgado em 16 de junho de 2020).....	73
4.2.10	Caso X e outros v. Polônia: casais do mesmo sexo e acesso a técnicas de reprodução assistida (julgado em 07 de abril de 2020)	75

4.2.11 Caso P.M. v. Reino Unido: recusa do sistema público de saúde do Reino Unido em cobrir os custos de tratamentos de reprodução assistida (julgado em 12 de maio de 2023).....	77
5 CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO	81
6 CONCLUSÕES	101
7 REFERÊNCIAS	105

1

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir do célere desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida e a sua disseminação emergiram diversos dilemas, em especial o de se tentar conciliar os avanços científicos com a proteção ao ser humano e sua dignidade.

Após o nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo, em 1978, uma menina chamada Louise Brown, nascida na Inglaterra, estima-se que, globalmente, mais de 10 milhões de bebês já tenham nascido por meio de técnicas de reprodução assistida. Esse dado evidencia a importância e a eficácia dessas tecnologias no tratamento da infertilidade.

Várias comissões surgiram, em diversos países, no intuito de estudar alguns aspectos decorrentes da utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Na Itália, por exemplo, o Comitê Nacional de Bioética não permite que mulheres fora da idade reprodutiva façam uso das técnicas, assim como os casais formados por pessoas do mesmo sexo e a mulher solteira. Na França, em 1983, foi criado o Comitê Consultivo Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde. A Grã-Bretanha, em 1984, elaborou o relatório Warnock¹, vindo a surgir *Human Fertilisation and Embriology Act*, de 1990. Dessa feita, o nascimento de Louise Brown representava um progresso considerável: a técnica, longamente explorada, abria novos horizontes à terapêutica da esterilidade e à ciência da embriologia²

Atualmente, a reprodução humana assistida tem se consolidado como uma das soluções mais importantes para lidar com a infertilidade, um problema de saúde que afeta milhões de pessoas em todo o mundo. De acordo com dados

¹ Conhecido relatório Warnock, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology, elaborado sob a coordenação de Mary Warnock.

² ALBANO, Lílian Maria José. Biodireito: os avanços da genética e seus aspectos éticojurídicos. São Paulo: Atheneu, 2004. p. 75.

da Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca de 15% dos casais em idade reprodutiva enfrentam dificuldades para conceber naturalmente, o que significa que a infertilidade é uma condição comum que impacta a vida de muitas pessoas. Nesse contexto, as técnicas de reprodução assistida, como a fertilização in vitro (FIV), têm possibilitado a realização do sonho da parentalidade para muitas famílias³

No entanto, o crescente uso dessas técnicas também traz à tona questões jurídicas, éticas e sociais que precisam ser cuidadosamente analisadas. Entre elas, destaca-se a necessidade de garantir os direitos dos bebês nascidos por reprodução assistida e de fornecer segurança jurídica às famílias que optam por essas técnicas.

A cada dia, surgem novos questionamentos. Pode o homem ou a mulher fazer uso das técnicas ainda que não tenham problemas de fertilidade? É eticamente aceitável a escolha dos embriões que serão introduzidos no corpo da mulher, de acordo com a qualidade genética? A chamada “*barriga de aluguel*” é uma prática aceitável, do ponto de vista ético? Quem é a mãe nesse caso: a gestante ou a encomendante? Vários países já disciplinaram a matéria da reprodução humana assistida, no intuito de evitar a insegurança jurídica sobre o tema de impacto tão profundo na sociedade.

A partir da eleição de valores, os Estados decidem a esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, ou seja, sua autonomia, entendida como o direito de reger-se por suas próprias leis. A autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. E quando se faz referência especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, diz-se, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada; autonomia da vontade como manifestação de liberdade individual no campo psicológico e autonomia privada, o poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas⁴.

Nesse contexto do exercício dessa autonomia privada, exsurtem relações jurídicas que merecem um olhar mais apurado do jurista. Ora, com a introdução de novas técnicas e tratamentos médicos, encontramos forte conotação de submissão do indivíduo ao que lhe é apresentado como cientificamente comprovado e solução para os seus problemas de saúde, o qual, diante da sua autonomia privada estabelece vínculos com consequências que merecem ser sopesadas diante do arcabouço constitucional direcionado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Note-se que a colocação da pessoa humana no centro das preocupações jurídicas importa em revisitação da ideia de que o ser humano é dotado de dignidade e que constitui um fim em si próprio. Daí o fenômeno da repersonalização do Direito

³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor FerrerCorreia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 1989, p.11

Civil implicar menos preocupação com o patrimônio, deixando à margem as concepções individualistas do passado.

Nesse cenário, a existência de uma legislação a respeito do tema, o que não ocorre no Brasil, é demasiadamente importante, posto que se está tratando de questões como o início da própria vida humana, com repercussão na vida familiar de cada um, na saúde de cada indivíduo, enfim, como dito, está em jogo a própria dignidade de todos os envolvidos e, enquanto pessoa no sentido jurídico e sua inserção na sociedade em que vivem.

Os Estados europeus, em especial aqueles que adotam o sistema jurídico *civil law* já há algum tempo, regulamentaram a matéria de reprodução humana assistida em consonância com os valores constitucionais por eles elegidos no tocante ao direito à saúde e ao planejamento familiar como face desse direito.

Portanto, no contexto do direito europeu, segundo se depreende de decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos cabe aos Estados regular a utilização das técnicas de reprodução, com margem de discricionariedade, de forma que o acesso vai depender do conteúdo das leis que o regulem diante, obviamente, das normas constitucionais.



Ocorre que a evolução biotecnológica tem provocado questionamentos acerca dos limites da autonomia privada e da responsabilidade do Estado na concretização do direito à saúde nas Cortes de cada Estado, culminando com o chamamento da Corte Europeia de Direitos Humanos para se pronunciar sobre a existência ou não de violação ao tratado da Europa, ao se limitar determinados direitos aos cidadãos pelas legislações. Ora, com a introdução de novas técnicas e tratamentos médicos, encontramos forte conotação de submissão do indivíduo ao que lhe é apresentado como cientificamente comprovado e solução para os seus problemas de saúde, o qual, diante da sua autonomia privada estabelece vínculos com consequências que merecem ser sopesadas diante do arcabouço constitucional direcionado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Note-se que a colocação da pessoa humana no centro das preocupações jurídicas importa em revisitação da ideia de que o ser humano é dotado de dignidade e que constitui um fim em si próprio. Daí o fenômeno da repersonalização do Direito Civil implicar menos preocupação com o patrimônio, deixando à margem as concepções individualistas do passado.

Nesse cenário, a existência de uma legislação a respeito do tema, o que não ocorre no Brasil, é demasiadamente importante, posto que se está tratando de questões como o início da própria vida humana, com repercussão na vida familiar de cada um, na saúde de cada indivíduo, enfim, como dito, está em jogo a própria dignidade de todos os envolvidos e, enquanto pessoa no sentido jurídico e sua inserção na sociedade em que vivem.

O art. 8º do Tratado Europeu de Direitos Humanos estabelece que todos tem direito ao respeito à vida privada, à vida familiar, ao seu lar e correspondência, não devendo haver interferência de autoridade pública no exercício desse direito.

A partir desse dispositivo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem sido instado a se pronunciar sobre possíveis violações das legislações e decisões locais ao mesmo, diante da diversidade de regulamentação da matéria. A título de exemplo, sobre o tema da utilização das técnicas de reprodução humana assistida para o nascimento de uma criança a servir de doadora para outra doente, em Portugal, a Lei nº 32/2006, com as alterações da Lei nº 58/2017, não se refere especificamente à utilização do diagnóstico pré-implantação para teste de compatibilidade HLA, embora em seu art. 28º, contemple a sua realização para o diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, de acordo com o considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente assistida.

Por sua vez, a Lei nº 14/2006, que regulamenta as técnicas de reprodução assistida na Espanha, permite a realização do diagnóstico para fins de teste de compatibilidade HLA, porém condiciona a prática à prévia autorização da autoridade sanitária correspondente e, ainda, de parecer favorável da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida.

De outro turno, a Lei Francesa, da mesma forma, desde 2004, autoriza a prática, desde que haja autorização da Agência de Biomedicina.

Já a lei italiana, aprovada em 2004, é uma das mais conservadoras da Europa. Seus dispositivos vêm sendo questionados na Corte Constitucional Italiana, que já derrubou regras como a proibição de doação de espermatozoides e óvulos, assim como em relação ao número de óvulos que poderiam ser fecundados, reduzidos a três, que deveriam ser todos implantados, posto que vedado o descarte e o congelamento.

A diversidade entre as legislações dos Estados europeus e a margem de apreciação de que goza o Tribunal Europeu de Direitos Humanos dificultam a harmonização em matéria de reprodução assistida, o que pode levar a violação do princípio da igualdade.

Assim, o presente trabalho pretende analisar a jurisprudência da mencionada Corte em matéria de reprodução assistida a fim de verificar a argumentação jurídica utilizada na fundamentação das decisões, para, a partir daí, proporcionar uma compreensão da extensão do direito à saúde com relação à reprodução e aos limites ao planejamento familiar em contribuição para o Direito Brasileiro.

2

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E OS LIMITES AO PLANEJAMENTO FAMILIAR: HÁ DIREITO A REPRODUZIR-SE?

A proteção da família e o reconhecimento da formação dela como um direito se encontra presente em diversos diplomas internacionais. A Declaração Universal de Direitos Humanos, por exemplo, em seu art. 16, assinala que: “*Os homens e as mulheres, a partir da idade núbil, tem direito, sem restrição alguma por motivos de raça, nacionalidade ou religião a casar-se e fundar uma família.* Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, em seu art. 23.3. reconhece o “*direito do homem e da mulher de contrair matrimônio e fundar uma família*” e, no âmbito do Conselho da Europa, o Convênio para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais também preceitua, em seu art. 12, que “*a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm direito a casar-se e a fundar uma família segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito*”⁴

A Constituição Brasileira de 1988, no art. 226, § 7º estabelece o seguinte:

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§7º fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas”⁵

⁴ HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. M. *Textos Internacionales de Derechos Unamnos I (1776- 1976)*, p. 146.

⁵ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007,*

Dentre as faces do planejamento familiar, tem-se o direito de o casal decidir se deseja ter filhos, quantos filhos pretende ter e o espaçamento dos nascimentos, sem que haja qualquer interferência do Estado. Representa, portanto, o próprio princípio da liberdade nas relações de família. Tal liberdade, no entanto, no âmbito do planejamento familiar é uma liberdade responsável, posto que os indivíduos devem levar em consideração os direitos do filho que vai nascer, seus deveres para com ele e o bem comum.

Por relevante, cumpre destacar a distinção feita por alguns doutrinadores entre as expressões liberdade reprodutiva e autonomia reprodutiva. A primeira comporta as escolhas reprodutivas relativas ao planejamento familiar em si, ou seja, quando, onde, como ter filhos que diz respeito à intimidade e privacidade em cujo campo o Estado não deve interferir. Trata-se de um conceito negativo, no sentido de impedir que o Estado interfira nas escolhas reprodutivas das pessoas, porém não dá o direito às pessoas de tratamento, por exemplo. Por seu turno, a autonomia reprodutiva se refere a todas as ideias contidas na noção de liberdade reprodutiva e vai mais além para reconhecer a obrigação do Estado em garantir a sua concretização, mediante, por exemplo, a oferta de método contraceptivos e de concepção. Herring, porém, adverte que o direito à autonomia reprodutiva não é o direito a uma criança, mas o direito ao acesso às facilidades para que se tente ter uma criança.⁶

Cumprido, por conseguinte, relacionar o direito de fundar uma família com as possibilidades científicas em matéria de reprodução humana assistida e com o direito à reprodução. Romeo Casabona defende a reprodução como direito derivado do direito de fundar uma família, ao entender que o direito de procriar se depreende como pressuposto imprescindível do direito a formar uma família e, também, implicitamente, do direito à intimidade familiar. Para ele, o direito a fundar uma família é a concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, porém que se enquadra melhor no âmbito da liberdade do que dos direitos em sentido estrito. Explica:

“[...] efectivamente, no parece que haya um derecho absoluto a la reproducción en el sentido tradicional de la palabra, derecho a algo que puede reclamar a alguien, por ejemplo, al Estado; el Estado no nos va a poder aportar un hijo si nosotros decidimos que queremos reproducirnos(...) ese derecho a la reproducción no sería derecho, sino libertad”.⁷

Se se garante o direito de formar uma família, através da concepção natural, há de se reconhecer o direito daqueles que, por razões médicas, não podem procriar

p. 21-172.

⁶ HERRING, Jonathan. *Medical law and ethics*. 6th edition. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.371

⁷ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Granada: Comares, 2002, p. 77. Tradução livre: de fato, não parece haver um direito absoluto à reprodução no sentido tradicional da palavra, um direito a algo que pode reivindicar alguém, por exemplo, o Estado; o Estado não poderá nos trazer um filho se decidirmos que queremos reproduzir (...) esse direito à reprodução não seria direito, mas liberdade.

naturalmente, a também formarem uma família. Nesta linha, o direito a constituir família inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente. E esse direito depende também de outro direito que é o de participar do progresso científico e dos benefícios de que dele resultem, direito este reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos.⁸

No contexto do direito europeu, segundo se depreende de decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) cabe aos Estados regular a utilização das técnicas de reprodução, com margem de discricionariedade, de forma que o acesso vai depender do conteúdo das leis que o regulem em face, obviamente, da Constituição.

Assim, todos têm direito à concepção e à descendência, podendo exercê-la por via do ato sexual ou fertilização assistida, em caso de infertilidade. O casal estéril tem direito à filiação por meio da reprodução assistida desde que isso não venha a colocar em risco a saúde da paciente e do descendente.⁹

Entretanto, na procriação medicamente assistida o direito à intimidade familiar cede para dar espaço à participação de terceiros e de meios técnicos que auxiliam o processo reprodutivo, justificando-se a intervenção do poder público para a necessária proteção dos direitos fundamentais das pessoas.¹⁰ Assinala-se que:

[...] Es evidente que en supuesto de la reproducción asistida los intereses en juego y los derechos implicados no sereducen a los de la pareja que solicita las prácticas reproductivas. Los terceros implicados en la realización de las diferentes técnicas, sus derechos y libertades (su libertad de conciencia, por ejemplo) y los derechos del futuro hijo, actúan sin duda como limite frente al derecho de fundar una familia y la libertad de procrear, al tempo que, legitiman la intervención de los poderes públicos em el establecimiento de dichos limites.¹¹

Na mesma linha de raciocínio, Olga Krell faz a seguinte ponderação:

[...] Isto, entretanto, não significa que essa interpretação deve ser estendida a qualquer tipo de técnica de reprodução assistida. Assim, parece duvidoso permitir o uso da fecundação artificial homologa ou heteróloga simplesmente pela recusa da pessoa à utilização dos meios naturais de reprodução. Nesse contexto, a posição extremada seria a aceitação de um direito de recusar a reprodução natural que se expressaria no direito à contracepção e até num direito a recorrer aleatoriamente à reprodução medicamente assistida.¹²

⁸ Art. 27.1: Toda pessoa tem direito a fazer parte livremente da vida cultural da comunidade, a gozar das artes e a participar do progresso científico e dos benefícios que dele resultem.

⁹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137.

¹⁰ RUIZ, Yolanda García. Reproducción humana asistida: derecho, conciencia y libertad. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 258.

¹¹ 2 Idem, p. 258

¹² KRELL, Olga Jubert. Reprodução humana assistida e filiação civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 105.

Reconhecido, pois, o direito ao planejamento familiar, que inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente, indaga-se quais os limites e alcance do exercício desse direito. O primeiro questionamento que se apresenta diz respeito à possibilidade de pessoas que não possuem problema de infertilidade fazerem uso dessas técnicas. Alguns autores defendem que essa limitação é justificável já que se aplicaria o direito no âmbito do direito à saúde, olvidando-se, porém, do conceito de família que hoje prevalece.

Vale ressaltar, porém, que essa limitação da utilização das técnicas de reprodução assistida não mais se coaduna ao conceito de família atual. A família passa a ser vista num contexto de promover a dignidade e realizar a personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.¹³

A questão principal que se discute quanto aos limites do planejamento familiar e do direito de procriar encontra-se na vida das pessoas, em especial, da futura criança assim concebida e sua dignidade. Neste caso, aplica-se o sentido substantivo ou material de dignidade, que se traduz no imperativo de não instrumentalização e proibição de patrimonialização da pessoa.

Por conseguinte, os direitos fundamentais que o indivíduo pode exercer no novo marco médico e técnico somente podem ser limitados quando afetem direitos fundamentais de terceiros ou valores e bens objetivos derivados da Constituição e quando tais limitações tenham como finalidade real proteger tais direitos, valores e bens e sejam proporcionadas. Por sua vez, essa proporcionalidade significa idoneidade, necessidade, sempre tendo como parâmetro que o sacrifício cujos direitos são restringidos seja compensado pelos benefícios que a sociedade obtém com a restrição.

Destarte, exige-se uma reflexão mais aprofundada acerca das consequências da disponibilização dessas novas tecnologias médicas às pessoas e seus limites, a partir da análise de como as Cortes vêm construindo sua argumentação para, por exemplo, permitir ou negar o acesso a certas técnicas de reprodução assistida, a tratamentos médicos, etc, seja mediante argumentos utilitaristas, contratualistas, virtualistas, ou transumanistas.

¹³ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 34.

3

A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: O RESPEITO À MARGEM DE APRECIÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos é uma corte com jurisdição internacional com sede em Estrasburgo. É composto pelo número de juízes igual ao número de países signatários do Convenio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais que, atualmente, são quarenta e sete. Os juízes são eleitos pelo Parlamento europeu, a partir de uma lista de três candidatos propostos por cada Estado membro, para um mandato não renovável de nove anos.¹⁴

Os juízes atuam no Tribunal a título individual e não representam os interesses de nenhum Estado. Da mesma forma, a Secretaria do Tribunal que o assiste é composta por pessoas procedentes de todos os Estados membros e são totalmente independentes dos seus países de origem e não representam nem os demandantes nem os Estados membros.

A missão do Tribunal de Estrasburgo consiste em aplicar o Convenio Europeu de Direitos Humanos, verificando se todos os direitos e garantias nele previstos estão sendo respeitados pelos Estados. Para isso, é necessário que os particulares ou, em algumas ocasiões os próprios Estados, dirijam uma queixa (demanda) à Corte que prolatará uma sentença, de execução obrigatória para o país afetado.

Importante destacar que essa demanda deve ser proposta perante o Tribunal apenas após esgotados todos os meios judiciais cabíveis internamente e no prazo de 06 (seis) meses, a partir da data da notificação da decisão interna definitiva.

A demanda pode dirigir-se contra um ou vários Estados parte no convenio que tenham infringido (por ação ou omissão) o Convenio Europeu de Direitos Humanos. O ato questionado deve emanar de uma autoridade pública desses Estados, como por

¹⁴ O Comitê de Ministros é composto pelos Ministros de Assuntos Exteriores dos Estados Membros ou por seus representantes.

exemplo, um Tribunal ou Administração Pública. O Tribunal não conhece demandas interpostas contra particulares ou instituições privadas, como, por exemplo, sociedades mercantis.

A demanda pode ser proposta mediante o preenchimento de um formulário, disponibilizado na página na internet, na língua oficial do Tribunal (francês ou inglês) ou na língua de um dos Estados membros que haja ratificado o Convenio, do qual deverão constar: um breve resumo dos fatos, assim como da queixa; menção aos direitos do Convenio considerados violados; os recursos interpostos; cópia das decisões e sentença proferidas pelo Estado demandado; assinatura do demandante ou do seu representante legal. Interessante destacar que nesta fase do procedimento não é necessária a representação por advogado. O procedimento é escrito e gratuito.

O presidente analisará o caso no tocante a sua admissibilidade e, se a demanda for aceita, o governo será notificado. Para ser admitida é necessário que o assunto diga respeito a uma série de requisitos estabelecidos no Convenio. Em caso de não cumprimento desses requisitos, a demanda será inadmitida. É possível apresentar diferentes demandas, podendo o Tribunal admitir algumas ou uma e inadmitir o restante. Se a demanda é admitida, a partir deste momento, será necessária a representação por advogado. Há a possibilidade de assistência judiciária gratuita, porém não é automática, podendo ser concedida em fase ulterior do procedimento.

Nos termos do artigo 26.º da Convenção, existem quatro formações judiciais no Tribunal: Tribunal Pleno, composto por 17 juízes; Secções, compostas por 7 juízes; Comitês, compostos por 3 juízes; e formação com um Juiz Singular. Esclarece-se que as Câmaras correspondem a entidades administrativas pelas quais se distribuem os juízes do Tribunal – atualmente existem 5 Câmaras compostas por 9 ou 10 juízes –, e as Secções correspondem às formações judiciais compostas por 7 juízes da Câmara para a qual foi distribuído o caso. A convenção conta com o regimento interno do Tribunal que estabelece os procedimentos de tramitação dos processos.

Primeiramente, tenta-se realizar um acordo entre as partes. Se não for exitoso, o Tribunal procederá ao exame de fundo da demanda, ou seja, decidirá se houve ou não violação ao convênio. O Tribunal poderá condenar o Estado ao pagamento de uma compensação econômica por determinados prejuízos e que reembolse as despesas processuais do demandante. Entretanto, o demandante sucumbente não será condenando a pagar os gastos do Estado. Proferida a decisão, a execução da sentença não depende do Tribunal, sendo de responsabilidade do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que é o encarregado de controlar sua aplicação e velar pelo pagamento das eventuais reparações econômicas.

Outra característica importante que merece ser destacada é que o Tribunal de Estrasburgo não é uma instância de apelação em relação aos tribunais nacionais: não julga novamente os assuntos e nem é competente para anular, modificar ou revisar suas sentenças. Segundo explica Javier Garcia Roca, as sentenças definitivas do TEDH tem essencialmente uma natureza declaratória e costuma-se dizer são sempre juridicamente obrigatórias, porém nunca executórias, dadas as limitações de uma comunidade

internacional, que carece de órgãos executivos centralizados e considerando que se deve deixar aos Estados uma liberdade de eleição dos meios para assegurar o cumprimento das sentenças, as quais contemplam uma obrigação de resultado, qual seja, um compromisso internacional para os Estados no sentido de que devem tomar as medidas necessárias para que as violações não se repitam o que inclui, se for necessário, fazer modificações na legislação que transcendam o caso concreto julgado.¹⁵

Neste ponto, cumpre salientar a peculiaridade de que a Corte deve respeitar a margem de apreciação de que gozam os Estados membros em legislar, em respeito à soberania de cada um.

O cenário de incerteza que permeia o século atual clama, por um lado, para a uniformização como forma de diminuir a instabilidade, sem, contudo, renunciar a identidade cultural e jurídica e o respeito à margem de apreciação tem justamente esse papel harmonizador. Daí reconhecer-se, implícita ou explicitamente, uma margem nacional de apreciação e uma margem supranacional de controle – que permite um jogo de soluções no sentido de se concretizar essa harmonização do direito.¹⁶

A doutrina da margem nacional de apreciação está relacionada com os limites decisórios dos sistemas de justiça internacional, supranacional e regional em matéria de direitos humanos. Em verdade, por uma parte, a ideia de margem está associada à problemática da construção do “comum” que, de outra, não rejeita, antes reconhece, a diversidade dos sistemas de direito e das culturas.¹⁸ É uma ferramenta de interpretação “*para detectar quando os direitos fundamentais contidos no Convênio Europeu de Direitos Humanos são violados no contexto de um sistema diversificado mais amplo*”¹⁷

Note-se que tal ferramenta permite que o TEDH possa distinguir a questão que cabe à cada comunidade local decidir daquelas que devem ser impostas aos Estados uniformemente independentemente das diferenças culturais.¹⁸

Essa ferramenta não está expressamente prevista nas normas europeias de proteção aos direitos humanos, porém, ela é utilizada largamente pelo TEDH para conciliar a soberania dos Estados e o respeito à diversidade com a necessidade de resguardar os direitos garantidos pela Convenção.

Foi utilizada pela primeira vez pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e, em seguida, introduzida pelo TEDH, no caso *Lawless e. Irlanda*, de 1961, quando deixou ao Estado irlandês margem para decidir acerca da derrogação do artigo 15º da Convenção¹⁹. Em tal caso, a Corte reconheceu aos Estados uma margem nacional

¹⁵ GARCIA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Navarra: Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 2010, p. 75.

¹⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes e BRUM, Márcio Morais. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Volume 15, Issue 1, 2015, Pages 195-238 Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.amdi.2015.06.003>. Acesso em: 10 fev. 2020

¹⁷ OSTROVSKY, Aaron A., “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights with in Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, *Hanse Law Review*, vol. 1, 2005.

¹⁸ *Idem*

¹⁹ Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). *Case Lawless Vs. Ireland*, 1961

de apreciação. Porém, foi apenas no julgamento do caso linguístico belga, em 1968, que os fundamentos da doutrina foram precisados, nos seguintes termos: “*A Corte não deseja substituir as autoridades nacionais competentes, se assim o fizer, perderá a característica de mecanismo internacional de garantia coletiva instaurado pela convenção*”.²⁰

Portanto, a margem de apreciação decorre da preocupação em se respeitar o pluralismo, reconhecendo uma “soberania nacional controlada” e uma “primazia europeia relativa”²¹

Bakircioglu explica que:

(...) A margem de apreciação baseia-se na noção de que cada sociedade tem o direito de exercer certa latitude para vislumbrar o equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses nacionais, bem como na resolução de conflitos derivados de diversas convicções morais e que, por trás da doutrina; as autoridades nacionais estão, por vezes, em posição melhor do que os juízes internacionais para decidirem sobre os conflitos emergentes de diversas tradições sociais, políticas, culturais e jurídicas dos Estados Contratantes no contexto europeu.²²

VILA ressalta aspectos importantes da doutrina da margem de apreciação, ao constatar que o sistema de proteção dos direitos humanos na Europa cabe aos Estados e à Corte, que dividem esta tarefa, sendo que a atuação da Corte ocorre de maneira subsidiária, a qual se torna mais necessária quando se trata de matérias sensíveis que envolvem aspectos da moralidade e da religião, sobre os quais não há consenso entre os Estados.²³

Cumprir aqui alertar que a margem de apreciação, se não aplicada de maneira adequada, com exacerbação da casuística e mediante recurso meramente retórico de fundamentação das decisões pode levar ao reconhecimento de um “relativismo moral” que se chocaria com o caráter de universalidade de que gozam os direitos humanos e, conseqüentemente, prejudicar a proteção internacional desses direitos.²⁴

Nesta senda, embora em teoria a definição da margem de apreciação esteja muito clara, cumpre ressaltar que a sua aplicação não se dá de maneira uniforme pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, consoante será demonstrado da análise dos casos referentes à reprodução humana assistida.

²⁰ Delmas-Marty, Mireille e Izorche, Marie-Laure, loc. cit.

²¹ As duas expressões estão em Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit. Le relative et le universel*, Paris, Seuil, 2004a, p. 162.

²² BAKIRCIOGLU, Onder, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, vol. 8, n. 7, 2007

²³ 4 VILA, Marisa Iglesias, *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de um equilibrio entre democracia y derechos em la esfera internacional*, 2013, pp. 6 e 7.

²⁴ BENVENISTI, Eyal, “Margin of appreciation, consensus, and universal standards”, *International Law and Politics*, vol. 31:843, 1999, pp. 846 e 847.

4

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Antes de adentrar na análise propriamente dita do conteúdo das decisões, cumpre abordar alguns aspectos teóricos que servirão como subsídio à referida análise, quais sejam, o problema referente à colisão entre normas jurídicas e a importância da argumentação jurídica nas decisões judiciais. A partir dessas considerações, que não tem a pretensão de exaustão diante das limitações deste trabalho, passa-se ao exame das decisões.²⁵

4.1 Uma questão antecedente: a abstração dos enunciados normativos dos direitos humanos e o problema da colisão

Os enunciados normativos dos direitos humanos apresentam uma natural abertura, indeterminação e abstração, já que carregam conteúdos ético- morais os quais contribuem para sua pulverização. Daí decorre a dificuldade de seu reconhecimento, estabelecimento e delimitação e, mais ainda, de sua implementação e concretização, nesta era dos direitos, para se utilizar da expressão de Norberto Bobbio.

Para além desta dificuldade, no plano meramente normativo, os direitos humanos estão em harmonia dentro de um sistema jurídico. No plano fático, porém, a incidência de uma norma sobre determinada situação pode gerar uma colisão real

²⁵ Segundo o relatório do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, (Research Report – Bioethics and the “case-law” of the Court) constam sete decisões de mérito catalogadas como referentes à reprodução assistida e cinco referentes à maternidade de substituição, dentre as quais serão analisadas aquelas que envolvem diretamente o direito à reprodução assistida. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics. Acesso em: 10 fev. 2020.

entre direitos humanos, a desafiar uma solução pelo Estado. Em geral, são esses problemas que se apresentam ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando entre demandas nacionais, discutem-se direitos humanos, consagrados pelo Convenio Europeu de Direitos Humanos, a serem respeitados pelos Estados signatários.

Antes, porém, para se entender a possibilidade de conflitos de normas fundamentais, é imperiosa a análise do papel das regras e dos princípios no ordenamento jurídico.

Segundo a teoria positivista do direito, o ordenamento jurídico é formado por normas jurídicas, numa estrutura hierarquizada, de forma que uma serve de fundamento de validade para as demais.

Em que pese existirem vários conceitos e teorias sobre as normas jurídicas, o reconhecimento dos princípios como espécie de normas jurídicas não é assunto sobre o qual exista consenso.

Para os jusnaturalistas, os princípios eram situados numa esfera de normatividade praticamente nula, apesar do reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa inspiradora dos postulados de justiça²⁶

Já para os positivistas, os princípios, apesar de ingressarem nos novos códigos, ainda eram concebidos apenas como informadores do direito positivo. Apesar de serem extraídos da lei, eram vistos como pautas programáticas supralegais²⁷

Betti, por exemplo, sustentava que os princípios possuem um conteúdo axiológico excessivo, razão pela qual há uma repugnância a uma formulação em termos receptivos que, se ocorre, termina por reduzi-los ao mesmo grau de outra norma qualquer²⁸

Esser, por sua vez, ofereceu considerável contribuição ao tema, ao tratar do mesmo sob a ótica do direito privado, reconhecendo a atuação normativa dos princípios, embora os considerando como perfil de uma solução e não a solução em si mesma²⁹

Afirmava que um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, por não conter nenhuma inscrição vinculante de tipo imediato para determinado campo de questões, pois pressupõe a concretização judicial ou legislativa dessas instruções. Para ele, existem os princípios normativos, que não necessitariam de uma concretização de seu sentido, por serem deduzidos de pormenores reconhecidos positivamente e os princípios informativos, que seriam postulados de natureza ética ou política, ou seja, diretrizes que ficariam apenas no campo ideal e não, no campo jurídico.³⁰

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232. 28 Idem, p. 235.

²⁷ BETTI, Emilio. Interpretazione della legge degli atti giuridici. Milano: Giuffrè, 1949. p. 212.

²⁸ BETTI, Emilio. Interpretazione della legge degli atti giuridici. Milano: Giuffrè, 1949. p. 212.

²⁹ ESSER, Joseph. Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 102

³⁰ Idem, p. 65 .

Apesar de defender que os princípios, em si mesmos, não configurariam mandamentos, mas tão-somente o critério e a justificação das normas, Esser reconhecia que eles constituem direito positivo.³¹

Como advento do pós-positivismo, os princípios passam a ter normatividade reconhecida, apesar de ainda serem contrapostos às normas, como se fossem espécies distintas. Por outro lado, muitos ainda insistem em negar aos princípios o caráter normativo.

Karl Larenz, por exemplo, afirma que os princípios, mesmo servindo de base para o nascimento de regras, carecem de positivação. Segundo o notável jurista alemão, são apenas pensamentos diretores que possibilitam a interpretação e o desenvolvimento de uma regulação determinada por eles (função positiva) e que excluem normas cujos valores lhes sejam contrários (função negativa).³²

Atualmente, a divisão entre normas e princípios vem sendo refutada por importantes juristas e filósofos do direito, que caracterizam os princípios, ao lado das regras, como espécie de normas jurídicas.

Isso ocorre principalmente porque os princípios saíram da seara exclusivamente privatística e ingressaram nos domínios das Constituições, onde constituem a base dos sistemas normativos.

Adotando a tese que as normas jurídicas dividem-se em princípios e regras, cumpre analisar as diferenças.

Tradicionalmente, a norma jurídica é concebida como um comando que manifesta a obrigatoriedade de um comportamento, a exigência de uma ação ou omissão.³³

Para Kelsen, as normas jurídicas são mandamentos imperativos, mas também, permissões e atribuições de poder ou competência³⁴.

As normas jurídicas possuem uma estrutura lógica que se caracteriza pela conexão entre situações hipotéticas (fatos tipos) e determinadas consequências juridicamente prescritas, ou seja, pressuposto de fato e consequência (estatuição).

Nas lições de Lourival Vilanova, o revestimento verbal não é fundamental para a caracterização de um enunciado como sendo normativo, pois este “*não obedece a uma forma padrão*”, podendo variar segundo as peculiaridades de cada idioma e as diversas estruturas gramaticais.³⁵

³² LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis DíezPicazo. Madrid: Civitas, 1993. p. 54.

³³ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 287

³⁴ KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Tradução de de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 201.

³⁵ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 51.

Os princípios, por sua vez, também possuem um pressuposto de fato, hábil a caracterizá-lo como norma jurídica, porém possuem uma série indeterminada e homogênea de hipóteses, diferentemente do que ocorre com as regras. Por exemplo, quando a Constituição Brasileira de 1988 prevê que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, temos que a dignidade pode estar relacionada à uma série de questões, como saúde, educação, vida etc. demonstrando, assim, a possibilidade de existirem vários fatos, tipos.

No que tange ao elemento consequência, (estatuição), também pode o mesmo ser vislumbrado nos princípios. O que ocorre é que as consequências estão presentes em outros dispositivos.

Acerca da estatuição dos princípios, Eros Roberto Grau faz a seguinte observação:

[...] neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante, configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando o sentido de validade delas.³⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³⁷

De acordo com Dworkin, dois são os critérios que permitem apartar os princípios das regras. O primeiro deles é de ordem lógica: as regras são aplicadas de forma disjuntiva, ou seja: ocorrendo a hipótese de incidência e sendo a norma válida, a consequência jurídica deve necessariamente ocorrer. Os princípios, por seu turno, não são automaticamente aplicados, comportando inúmeras exceções não previstas pela própria norma³⁸.

Feitas tais considerações, tendo em vista a existência de regras e princípios

³⁶ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 110.

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

³⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

formando um ordenamento jurídico, como se comportar o aplicador do direito, apresentando-se um conflito entre regras ou entre regras e princípios, ou mesmo entre princípios?

Durante o processo hermenêutico, pode advir contradição entre normas integrantes do sistema, denominada antinomia. Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao explicar o tema, conclui que a antinomia jurídica perfaz-se quando as normas conflitantes emanem de autoridades competentes, num mesmo âmbito normativo; contradigam-se por possuírem operadores opostos (permissão e proibição) e conteúdos refletindo negação interna um e outro (prescrição de atuação e prescrição de omissão) e, por fim, criem posição insustentável do sujeito destinatário da norma, sem qualquer recurso para resolver o impasse instituído.³⁹

Configurar-se-ia antinomia real quando preenchidos os três requisitos acima expostos e antinomia aparente, acaso haja solução prevista no ordenamento jurídico, entre nós, consignada na Lei de Introdução, em que se fixa o critério hierárquico, de especialização e cronológico.

Na realidade, admitimos a possibilidade de haver conflitos entre regras, entre regras e princípios e entre princípios, embora a antinomia possa ser às vezes meramente aparente.

Ao se reconhecer a natureza axiológica dos princípios, entende-se que estes possuem dimensão de peso valorativa, ausente nas regras. Desse modo, ocorrendo o conflito entre dois ou mais princípios em um determinado caso, deve o intérprete considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, naquele caso concreto, qual deve prevalecer, afastando o princípio incompatível.

Situação diferente ocorre com as regras. Havendo conflito entre duas regras – o que Bobbio denomina de antinomia própria – uma delas será invalidada e deverá ser excluída do sistema jurídico.⁴⁰

Nessa hipótese, os critérios para a solução da antinomia são de ordem técnica (*lex posterior derogat priorem, lex superior derogat inferiorem et lex specialis derogat generalem*), conforme acima já dito, não demandando ao aplicador do direito nenhum juízo valorativo.

Observa ainda Dworkin que, no caso de conflito entre princípios, não há propriamente uma discricionariedade do intérprete em definir qual deles deve prevalecer. Essa determinação resulta, na expressão do constitucionalismo alemão, de um juízo de ponderação entre os diversos valores jurídicos envolvidos, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade.⁴¹

³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 209

⁴⁰ BOBBIO, Noberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo, Brasília: Polis, UnB, 1989. p. 86.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Boa parte das normas de direitos humanos é composta por princípios: igualdade, privacidade, função social da propriedade, liberdade de consciência, dentre outros direitos, que constituem, antes de tudo, princípios orientadores de todo o ordenamento jurídico, devendo, pois, ser necessariamente considerados pelo aplicador do direito.

Como os princípios possuem uma dimensão de peso maior que a das regras, havendo um conflito de regras, uma dessas regras será invalidada, enquanto no conflito entre princípios, a solução dependerá do peso e da importância de cada um no caso concreto, que não será invalidado, porém apenas não aplicado naquela determinada situação⁴²

Dessa forma, Alexy apresenta a distinção fundamental entre regras e princípios: princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, destarte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus e por a medida de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também, das possibilidades jurídicas. Já as regras possuem determinações no campo fático e jurídico de forma que se ela é válida; então, deve ser cumprida exatamente naquilo que ela ordena. As regras seriam aplicadas de forma silogística enquanto os princípios, por meio da ponderação.

Do exposto, pode-se concluir que a concepção de Alexy leva-nos a equiparar os princípios a valores, embora aponte para o que é devido e não apenas para o que seria melhor, o que impede que se possa determinar, para cada caso, a resposta correta na aplicação dos princípios.

Portanto, o alcance de uma norma de direitos humanos atribuída que permita não apenas a delimitação do conteúdo, mas também sua concretização, dependerá fundamentalmente das estruturas de argumentação e fundamentação promovidas pelos Tribunais que justificam suas decisões.

4.2 A necessária argumentação jurídica das decisões judiciais como fundamento de sua legitimidade.

O pós-positivismo desenvolveu a ideia de superação da legalidade estrita, normatização dos princípios e regras como forma de realizar a Constituição e de garantir sua plena efetividade. O Direito passa a ser visto não apenas como fruto de uma ação legislativa, mas também como resultado de um processo decisório, fundado em uma ótica racional para se chegar a uma solução justa ou mais adequada para cada caso.

p. 42

⁴² Idem, ibidem

A substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática potencializa a necessidade de argumentação, que tem por finalidade precípua propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais. Por isso, nas últimas décadas, especialmente a partir do que foi desenvolvido após a segunda guerra, os estudos e debates sobre argumentação passaram a estar sob os holofotes acadêmicos. Aliado a isto, a passagem de um Estado legislativo para um Estado constitucional requer a submissão do poder do direito à razão, tornando as teorias do Direito do século XX (formalismo, jusnaturalismo, neopositivismo, realismo, teorias críticas do direito, por exemplo) insatisfatórias para conceber a nova concepção do Direito como argumentação.

Habermas, entende por argumentação o tipo de discurso em que os participantes tematizam pretensões de validade controversas e procuram resolvê-las ou criticá-las com argumentos, que são os meios pelos quais é possível obter o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada pelo proponente de forma hipotética. Por sua vez, essa pretensão é baseada em razões, cuja força será medida pela capacidade de convencimento dos participantes em um discurso. A racionalidade do discurso surge a partir da possibilidade de justificação das ações, dentro de um contexto normativo existente.⁴³

Atienza, por sua vez, sobre a atividade de argumentar, explica:

“[...] Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectadas entre sí de muy variadas formas. Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante el intercambio de razones y que esas razones se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de problemas. Además, una argumentación consta de ciertas unidades básicas, los argumentos, en los que pueden distinguirse premisas (enunciados de los que se parte) y conclusiones (enunciados a los que se llega); y que son evaluables según ciertos criterios que permiten calificar los argumentos (y la argumentación) como válidos, sólidos, persuasivos, falaces, etc.⁴⁴

Por conseguinte, a argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da

⁴³ HABERMAS, Jürgen Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social. Martins Fontes, 2012, p. 49-50

⁴⁴ ATIENZA, Manuel. <https://www.boe.es> > anuarios_derecho > abrir_pdf. Acesso em: 15 fev. 2020

correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. Dessa forma, pode-se afirmar que a argumentação jurídica se baseia em três pilares: linguagem, racionalidade e convencimento.

Releva destacar, como nos explica Atienza, que não existe uma única forma de entender a argumentação, apontando três concepções, a formal, a material e a pragmática. A primeira se caracteriza por ver a argumentação como um processo predominantemente lógico-dedutivo, no qual há uma abstração quanto à correção das premissas e a conclusão. Para a concepção material, a forma dos enunciados é menos importante, sendo essencial aquilo que torna os enunciados verdadeiros ou corretos, ou seja, determinar em que condições tal tipo de razão prevalece sobre outra, tendo em conta como é ou como deve ser o mundo. Por fim, explica que a concepção pragmática contempla a argumentação como um tipo de atividade dirigida a persuadir um auditório para aceitar determinada solução de um problema ou chegar a um acordo sobre tal solução, respeitando certas regras. Dentro dessa concepção, pode haver dois enfoques: o da retórica, no qual o auditório a ser persuadido assume uma posição estática (Perelman) e o da dialética (Toulmin).⁴⁵

No âmbito das teorias da argumentação jurídica refere-se à argumentação no contexto jurídico, partindo da possibilidade de uma análise racional dos processos argumentativos, ou seja, para além de simples exteriorizações de emoções, reconhecendo, por outro lado, as limitações que existem no sistema jurídico.⁴⁶

O principal desafio da teoria da argumentação é justamente demonstrar a fundamentação racional consistente de uma decisão, que a torna a mais adequada para a solução de determinado caso concreto. Perelman lançou essa ideia ao reconhecer o uso prático da razão como pilar da argumentação jurídica. Nas palavras de Alexy:

“ o filósofo e jurista Chaim Perelman, nascido em Varsóvia e professor durante muito tempo em Bruxelas, começou realizando estudos sobre o lógico Gottlob Frege. Logo se dedicou à análise lógica de juízos de valor e de conceitos valorativos. Chegou à conclusão de que os juízos de valor não se podem fundamentar somente mediante observações empíricas (naturalismo) nem por meio de evidências de qualquer tipo (intuicionismo). Em seu estudo sobre a justiça, que apareceu em 1945, chegou, com isto, ao resultado de que pelo menos os princípios básicos de qualquer sistema normativo são arbitrários. Todavia, Perelman não se contentou com isso. Desde os anos cinquenta, tenta mostrar, numa teoria da argumentação, que, além da comprovação empírica e da dedução lógica, existe

⁴⁵ ATIENZA, Manuel. *Constitución e Argumentación*. <https://www.boe.es> > *anuarios_derecho* > *abrir_pdf*. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁴⁶ FIGUEROA, Alfonso García. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: ícone, 2012, p 19.

ainda toda uma série de possibilidades de argumentação e fundamentação racional. Em especial, assegura a ideia de que a possibilidade do uso prático da razão pode-se mostrar numa teoria geral da argumentação

Por sua vez, Alexy elenca regras e esquemas lógicos dentro da teoria da argumentação jurídica e esclarece:

“A explicação do conceito de argumentação jurídica racional nesta investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado “correto”. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso critério de correção para as decisões jurídicas.

As teorias da argumentação jurídica encontram-se no contexto da justificação, para proceder à distinção entre argumentos corretos/válidos de argumentos incorretos/inválidos.⁴⁷

Apesar dessa dupla possibilidade, as diversas teorias da argumentação jurídica podem ser de caráter descritivo- empírico, conceitual ou analítico ou prescritivo-normativo, sendo que a maioria adota estas duas últimas posturas, normalmente em conjunto.⁴⁸

Na realidade, existem várias propostas de critérios para orientar a argumentação jurídica, dentre os quais destacam-se três considerados fundamentais: a necessidade de fundamentação normativa; o respeito à integridade do sistema e o peso a ser dado às consequências concretas da decisão.

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que lhe deem sustentação. O intérprete deve respeito às normas jurídicas, aos conceitos e categorias compartilhados pela doutrina e pela jurisprudência, que, mesmo não sendo unívocos, têm sentidos mínimos. A argumentação não pode, portanto, seguir o senso comum, mas deve apresentar elementos jurídicos que embasem a decisão.

Em segundo lugar, a argumentação jurídica deve preservar a integridade do sistema, no sentido de o intérprete ter que observar a coerência da ordem jurídica. Essa exigência coincide com a necessidade de que as decisões sejam universalizáveis, ou seja a mesma para casos iguais., em iguais circunstâncias, em prol da isonomia e da segurança jurídica. Em terceiro lugar,

⁴⁷ ATIENZA, idem.

⁴⁸ FIGUEIROA, Afonso García. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação e estado constitucional. São Paulo: ícone, 2012, p 22

é necessário que haja o sopesamento das consequências práticas da decisão. Deve-se buscar um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo).⁴⁹

Em suma, o controle da racionalidade, correção e justiça do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que envolvem a compreensão do Direito, a seleção dos fatos e o exame das diversas soluções possíveis. Não se pode olvidar que, para realizar tal tarefa, exige-se um esforço de resgate dos elementos morais e histórico-jurídicos que os constituem, já que, através de uma mera atividade interpretativa literal não se é possível.

Neste ponto, é importante destacar que a argumentação jurídica não se confunde com a moral, embora considerável parcela da doutrina reconheça que não se pode ignorar o raciocínio moral, pois este é estreitamente vinculado ao raciocínio jurídico.⁵⁰

A respeito do tema, citando Dworkin, a Professora Lourdes Santos Perez nos explica que, segundo o mencionado autor, quando um juiz enfrenta um caso que exige a interpretação de conteúdos da Constituição, é inevitável incorrer em juízos de valor políticos e morais.⁵¹

A argumentação jurídica propicia a discussão sobre a legitimidade da atividade judicial na medida em que o juiz participa da criação da norma, a partir da demonstração do itinerário lógico, do esforço de convencimento do auditório para se chegar à decisão, posto que já não se aceita mais que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima, sem que se mostre sua justificação racional e moral, ou seja, a sua justiça intrínseca.

Vale ressaltar que apenas estruturas argumentativas que levem em consideração todos os desdobramentos e complexidades que o caso exige permitem

⁴⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de, *Hermenêutica e Argumentação*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 3ª tiragem, 2011, p.8. 50

⁵⁰ FIGUEROA, interpretando o explicado por ALEXY afirma que: [...] não é possível estudar a argumentação jurídica isoladamente, sem nenhuma atenção à razão prática, porque a razão prática apresentaria, segundo muitos autores, uma estrutura unitária, que não se pode fragmentar. Uma norma é uma razão para atuar de certa maneira que se entrelaça com outras razões no raciocínio prático cuja premissa fundamental final teria que ter natureza moral, pois não posso ser obrigado a fazer algo que não me pode obrigar moralmente por ser imoral O postulado da unidade da razão prática não é novo (já era parte da teoria do Direito de Kant), mas hoje adquiriu auge teórico e transcendência política: se reconhecemos a dimensão moral do raciocínio jurídico e também atendemos ao forte cunho moral e político de muitos conceitos e princípios constitucionais (dignidade humana, democracia, liberdade ou justiça), então o juiz (monocrático ou constitucional) torna-se protagonista, pois a ele corresponde articular em suas decisões a dimensão moral e a dimensão puramente institucional do direito. Contudo, para afastar subjetivismos reconhece-se a existência de uma razão jurídica, pressupondo-se que o Direito possui um tipo específico de razão vinculada à noção de razoabilidade, que se desenvolveria no momento da aplicação do Direito. FIGUEROA, Alfonso García. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: ícone, 2012, p 19.

⁵¹ No original: (...) Según la tesis central de la teoría de la constitución del mencionado autor, cuando un juez se enfrenta a un caso que requiere interpretar contenidos de la constitución, es inevitable incurrir en juicios de valor políticos y morales. Santos, M. (2018). Haciendo una lectura moral de la Constitución. *Revista Filosofía UIS*, 17(2), doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v17n2-2018008>

reconhecer legitimidade das decisões judiciais e a efetiva concretização dos direitos humanos.

As decisões judiciais, não raras vezes, utilizam uma forma de argumentar muito peculiar, que não obedece a um padrão de organização de argumentos. Os processos de construção decisória são formados por longas estruturas discursivas fragmentárias, por isso a análise da argumentação jurídica parte de uma constatação e de uma opção.

ATIENZA aponta um modelo de compreensão da fundamentação das decisões de um juiz frente um caso. Ele estrutura esse modelo partindo da identificação dos seguintes elementos: a) *citation*: a identificação, a situação temporal e espacial do caso a ser analisado. É fundamental para circunscrever a análise do julgamento, verificar a abrangência da análise, apontar para eventuais necessidades correção ou incompletudes. 2) *facts*: relato objetivo dos fatos juridicamente relevantes. Há a possibilidade de subdivisão entre o histórico processual relevante e os fatos ocorridos na situação concreta levada a julgamento. 3) *issues*, a identificação das questões jurídicas gerais que estão sendo discutidas no caso concreto 4) *holdings (ratio decidendi)* a identificação das teses jurídicas. É o núcleo da *ratio decidendi*. 5) *rationale* (sustentação), a enumeração das razões ou argumentos para se sustentar o *holding*. Em outras palavras, se os *holdings* são as razões para se decidir, a *rationale* apresenta as razões das razões. 6) *judgement particular*, consiste na identificação da parte dispositiva central da temática 7) *precedente geral*: identificação de afirmações de direito, que tem uma dimensão maior que a resolução do caso concreto demanda. O referido autor lembra que no que tange aos casos difíceis muitas vezes é necessária a análise de questões processuais, de prova, qualificação, aplicabilidade, validade, interpretação, discricionariedade além da ponderação. E explica que nem tudo é um problema interpretativo, embora um texto normativo se apresente com mais de um sentido, por imprecisão (ambiguidade ou vagueza), lacunas, contradições, dúvidas sobre o seu alcance e sobre a intenção legislativa.⁵²

Quanto à discricionariedade, chama a atenção para a aplicação de normas de fim: regras ou princípios.

As normas de fim (diferentemente das normas de ação) estabelecem que, em determinadas circunstâncias, um sujeito tem uma obrigação de alcançar um fim. Como a maneira de alcançar esse fim não pode ser estabelecida de antemão, deixa-se certa liberdade para se elegerem os meios e chegar aos fins. O comportamento discricionário é o que realiza como seguir as normais finais e, para tanto, deve eleger os meios adequados e ponderar adequadamente para os fins.⁵³

Para Atienza apenas excepcionalmente há submissão aos juízes de normas fins, posto que seus principais destinatários são os legisladores e os administradores,

⁵² ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2012, Cap. 6, p. 7-13

⁵³ Idem, p. 14.

porém, diante do fenômeno da judicialização da política tais situações vem aumentando passando a ter um certo grau elevado de relevância a questão da discricionariedade e da ponderação. A argumentação em decisões relativas ao alcance de um fim tem função central, diante do espaço que há para se elegerem meios para tal realização.

Por essa razão, a questão da ponderação tem um incremento de sua importância, pois permite, na passagem do plano axiológico para o deontológico e nele, a identificação de um comando específico ao caso concreto. O referido autor faz a seguinte distinção: na ponderação judicial típica, isto é, sem discricionariedade (ponderação de princípios) as “diretrizes” [produtos de norma fim] desempenham um importante fator a contribuir na eleição de peso de cada um dos elementos do balanço. Todavia, as diretrizes propriamente ditas compõem a atividade típica de legisladores e administradores (concretização de objetivos), e ao juiz caberia apenas o controle do limite de tal ponderação:⁵⁴

Nesse cenário, as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos funcionam como instrumento de refinamento das normas de direitos humanos no interior da dinâmica hermenêutica, contribuindo substancialmente para a delimitação das normas jurídicas e conseqüentemente para a sua concretização. No exercício de tal mister, o Tribunal construiu parâmetros para interpretar as normas que reconhecem direitos contidos no Convênio⁵⁵ e muitas vezes se vale também de fontes externas como normas emanadas de outras instituições internacionais, utilizando-se dos princípios da proporcionalidade, da necessidade da medida, da subsidiariedade e da doutrina da margem de apreciação nacional.

Procede-se a análise da necessidade da medida, no sentido de não haver outro meio que inflija menor sacrifício aos afetados para atingir o fim perseguido, considerando as razões apresentadas pelas autoridades nacionais, com a sua suficiência e relevância.

A própria margem de apreciação nacional proporciona mais um ingrediente a esse juízo de proporcionalidade, na medida em que, a princípio, o Tribunal não deve adentrar na questão para revisar a interferência em certos direitos, quando a primeira vista a finalidade da restrição parece legítima e a regulação mostra-se necessária de acordo com as autoridades nacionais e razoável de acordo com a ótica do Tribunal, de modo a justificar uma maior contenção da Corte em seus juízos, sob orientação da subsidiariedade.

A margem de apreciação serve como mecanismos de redução do alcance do controle europeu, devendo a atuação da Corte na interpretação dos direitos

⁵⁴ Ibidem, p. 15

⁵⁵ Consoante restará evidenciado da análise dos casos estudados referentes à reprodução artificial, alega-se violação ao art. 8º do Convenio Europeu de Direitos Humanos que garante o direito ao respeito à vida privada e familiar. Tal direito está definido em termos demasiadamente genéricos e, como consequência, permite uma interpretação autônoma da Corte a qual, em tese, reduziria a margem de apreciação dos Estados no tocante a esta matéria.

humanos ser subsidiária a dos Estados- membros.⁵⁶

Imperioso destacar que na atividade desse Tribunal a ponderação adquire relevo, diante do papel destacado dos princípios constitucionais na atualidade, assim, como da natureza dos direitos protegidos pelo Convenio Europeu de Direitos Humanos e a análise da compatibilidade das atuações dos Estado face aos mesmos. Ocorre que a realização da ponderação requer a observância de princípios como a universalidade, a consistência, a coerência e a adequação das consequências.

Assim, no presente trabalho, parte-se de um modelo de análise argumentativa que busca compreender a decisão, mas, sobretudo, entender e eventualmente apontar distorções decorrentes da aplicação da técnica da ponderação considerando que o Tribunal a utiliza para solução das demandas, sem olvidar a técnica da interpretação da margem de apreciação, já mencionada anteriormente, consoante será analisado a seguir.

4.2.1 Caso Evans x Reino Unido: a quem pertencem os embriões congelados? (nº. 6339/05, julgado em 10 de abril de 2007)

Natalie Evans e seu companheiro iniciaram, em 12 de julho de 2000, um tratamento em uma clínica especializada em reprodução assistida. Em 10 de outubro de 2000, foram informados de que Natalie possuía tumores pré-cancerígenos em ambos os ovários e que deveria se submeter a uma ovariectomia bilateral. Porém, ela poderia extrair ainda alguns óvulos antes do procedimento, para realizar a fertilização *in vitro* (FIV), devendo os óvulos serem retirados o quanto antes.

A clínica informou ao casal que ambos deveriam firmar um formulário de consentimento informado em relação ao tratamento com FIV, bem como entre outras condições para realização do procedimento dentre as quais, a possibilidade de revogação do consentimento em qualquer momento até a implantação dos embriões.

O casal, em 12 de novembro de 2001, realizou o procedimento, tendo sido fecundados onze óvulos, dos quais se conservaram seis embriões que ficaram congelados na clínica. Natalie realizou o procedimento e precisou aguardar dois anos para implantar o embrião em seu útero. Ocorre que, em 12 maio de 2002, a relação do casal terminou e o ex-companheiro de Natalie notificou a clínica sobre sua obrigação legal de destruir os embriões, diante da retirada de seu consentimento. Natalie, então, ingressou com uma demanda judicial perante a Corte inglesa, buscando autorização para que o seu ex-companheiro restaurasse sua autorização.

⁵⁶ GARCIA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Pamplona: Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 2010, p. 92

Seu pedido foi rejeitado em 01 de outubro de 2003, tendo ela interposto um recurso de apelação. Em 01 de outubro de 2004, a decisão foi mantida e a Sra. Evans, esgotadas as vias internas, recorreu ao TEDH.

A demandante sustentou que as disposições da lei britânica, que impõem a destruição dos embriões quando há a revogação do consentimento dado pelo Sr. J constituem uma violação ao direito à vida e implica violação ao art. 2º do Convênio. Alegou que as disposições do anexo 3 da Lei britânica de 1990, que permitem a revogação do consentimento para utilização dos óvulos e espermatozoides posteriormente, violam o seu direito ao respeito da vida privada e familiar e, portanto, o direito garantido pelo art. 8º do Convênio.⁵⁷ Defende, ainda, que houve violação ao art. 14, posto que, uma mulher apta a procriar sem assistência médica, pode escolher com toda liberdade o destino que quer dar aos seus óvulos fecundados. Através da fecundação, esta mulher seria a dona do embrião e do seu destino. Já em relação àquelas mulheres que se submetem a FIV, elas estariam a mercê do doador de esperma, já que a Lei de 1990 lhe confere o poder de se opor a que haja a implantação de embrião. Assim, haveria a necessidade de considerar o princípio da igualdade e a necessidade de atentar que se trata de uma situação diferente a qual requer uma solução diferente do que está estabelecido na lei para casos genéricos.

Importante destacar o que foi dito pela defesa do governo, que sustenta que a Lei de 1990 não estabelece nenhuma discriminação entre as mulheres que tenham filho de forma natural ou artificial, já que a implantação do embrião concebido pelo procedimento de FIV equivale à fecundação do óvulo que se produz no útero através de uma relação sexual.

O Tribunal reconhece a existência de um conflito entre direitos inseridos no art. 8º do convenio e que são irreconciliáveis, posto que se, de um lado, admite-se a utilização dos embriões, estar-se obrigando o senhor J. a ser pai enquanto a negativa da utilização priva a demandante da possibilidade ser mãe biológica.

A decisão tem como estrutura a análise dos direitos envolvidos em face ao art. 8º do Convenio; a extensão da margem de apreciação dos Estados, de acordo com a natureza dos direitos envolvidos e da existência de consenso ou não sobre os mesmo pelos ordenamentos jurídicos europeus; a proporcionalidade, a razoabilidade e a necessidade da medida discutida em uma sociedade democrática.

A decisão admite que o senhor J. agiu de boa-fé quando aceitou realizar o tratamento de FIV com a demandante posto que pensou que sua relação com ela fosse durar.

Não existe um consenso internacional sobre a regulamentação dos tratamentos de FIV e a utilização dos embriões provenientes dessa técnica. Alguns Estados adotaram uma legislação específica enquanto outros não legislaram sobre a matéria ou apenas o fizeram parcialmente, preferindo remeter-se aos princípios

⁵⁷ Toda pessoa tem direito ao respeito a sua privada e familiar

gerais do direito ou às normas deontológicas. Segundo o Tribunal, as questões discutidas neste caso se referem a âmbitos nos quais não existe uma clara concordância de opiniões entre os Estados, razão pela qual considera que se deve conceder ao Estado demandado uma ampla margem de apreciação.

Em virtude do anexo 3 da Lei de 1990, todas as clínicas que propõem tratamento de FIV têm a obrigação legal de deixar claro para as pessoas que se submetem ao tratamento que cada um dos doadores de gameta é livre para desistir da utilização dos mesmo em qualquer momento anterior à implantação. No caso, os litigantes firmaram o termo de consentimento informado, o qual continha a informação sobre a possibilidade de retirada do consentimento em todo momento até a implantação dos embriões.

O Tribunal não considera que a ausência de uma disposição que permita não se ter em conta a revogação do consentimento por um pai biológico, inclusive as circunstâncias excepcionais da causa, represente um rompimento ao equilíbrio justo que exige o artigo 8º do Convênio. Assinala que as condições pessoais das partes mudaram desde o início do tratamento, de modo que seria difícil para um Tribunal avaliar o peso das consequências da retirada do consentimento para considerar a nulidade da retratação.

A Corte rechaça a existência de tal violação ao argumento, primeiramente, de que a própria demandante não se refere que haja, por conta da lei, um impedimento a que ela adote um filho ou que dê à luz a um filho criado “in vitro”, a partir de gametas doados”. Argumenta o tribunal que a reclamação da requerente consiste no fato de, ao permitir a retirada do consentimento, a lei britânica a impediu de ser mãe biológica e que a discussão acerca de um direito a ter filhos biológicos encontra-se inserida no contexto do art. 8º do Convênio.

O Tribunal considerou que a falta de um consenso europeu sobre a definição científica e jurídica do início da vida, o ponto de partida do direito à vida dependia de uma margem de apreciação de cada Estado. Neste sentido, a legislação britânica não reconhece ao embrião a qualidade de sujeito de direito autónomo, de forma que não goza da proteção garantida pelo art. 2º do Convênio, rechaçando o argumento de que teria havido violação ao mesmo.

A leitura do caso em análise gera inúmeros questionamentos. Trata-se, sem dúvida, de um conflito de interesses importante, diante dos direitos que estão em jogo, considerando-se ainda, que a decisão não foi unânime., o que demonstra a dificuldade de resolução.

O Tribunal reconhece que há um conflito entre o direito à vida privada da requerente e, por outro lado, o direito do senhor J. de decidir ser pai ou não. Ambas as decisões formam parte do direito ao respeito à vida privada. Se ambas formam parte do direito ao respeito à vida privada como o TEDH soluciona este conflito? Em sua resolução, o TEDH tem em conta uma aproximação formalista da questão, a partir da análise do “Human Fertilisation and Embriology Act” (HFEA) de 1990, cujo anexo 3 permitia, como atualmente prevê o HFEA de 2008, que qualquer uma das

partes pode revogar o seu consentimento ao tratamento antes da implantação dos embriões. O argumento mais utilizado pelo TEDH foi no sentido de que considerando a inexistência de consenso entre os Estados membros sobre o status do embrião, deve-se garantir aos mesmos uma ampla margem de discricionariedade nesta matéria. Embora o Tribunal tenha reconhecido a plausibilidade da tese da requerente, é importante observar a argumentação jurídica utilizada com base na ponderação para a solução do conflito. A passagem da decisão a seguir transcrita bem demonstra a aplicação da técnica da ponderação:

“Embora a demandante alegue que o fato de ter sofrido maiores custos físicos e emocionais durante o tratamento de FIV, juntamente com a sua conseqüente infertilidade implica que seus direitos, ao amparo do artigo 8, deveriam prevalecer sobre o direito de J, a corte considera que não se **pode considerar maior o impacto de ela não poder ser mãe biológica em relação ao de o Sr. J ser obrigado a ser pai.**

E conclui, neste ponto:

“(...) Em relação ao equilíbrio entre os direitos das partes, ao amparo do artigo 8, em relação ao tratamento de FIV, a Câmara Alta, assim como todos os demais tribunais que analisaram o caso, sentem grande compaixão pela demandante, que claramente deseja ter um filho genético acima de todas as coisas. Sem embargo, diante das considerações já feitas, inclusive a falta de um consenso europeu a respeito, não considera que o direito da demandante de que se respeite sua decisão de ser mãe genética tenha mais peso que o respeito ao direito do senhor J de não ter um filho genético com a requerente”

Ou seja, o direito de ser mãe genética não tem maior peso que o direito de não querer ter um filho genético.

Diante de tal quadro, em casos difíceis, conclui que o legislador não ultrapassou a margem de apreciação garantida pelo artigo 8º do Convenio Europeu de Direitos Humanos. E pontua:” *embora a demandante critique a lei nacional sobre o consentimento porque as normas não podem deixar de ser aplicadas em nenhuma circunstância, a Corte não considera que houve violação ao artigo 8 do Convênio.*

Por outro lado, à guisa de evidenciar a dificuldade que o caso aponta, e em especial, a dificuldade que própria ponderação apresenta na teoria da argumentação jurídica, cumpre destacar as argumentações existentes nos votos divergentes de quatro magistrados.

Primeiramente, pontuam que nem sempre o fato de haver uma lei com disposições claras e determinadas sobre certos assuntos, em especial a questão da FIV,

significa a adoção de um critério justo na solução de conflitos. Ressaltam que:

[...] se a “lei é demasiadamente clara e categórica nos brinda demasiada certeza e pouca flexibilidade e, portanto, dada às circunstâncias especiais do caso, o problema principal reside na natureza absoluta do critério absoluto. (...) Consideramos o caso como um caso de interferência no direito da mãe a que se respeite a sua decisão de se converter em mãe genética. Podemos aceitar que a interferência está prevista em lei e que teria um fim legítimo enquanto se pretende proteger a ordem e a moral pública e os direitos dos demais. Sem embargo, foi proporcional e necessária esta interferência, dadas as circunstâncias especiais do caso? Consideramos que o direito da demandante a escolher ser mãe genética **pesa mais que o direito de J a escolher em não ser pai no caso em questão.**”

Há assim, também nos votos divergentes ao vencedor, uma clara argumentação jurídica com base na técnica da ponderação e da aplicação da proporcionalidade como critério de solução de conflitos. Atente-se que em sentido oposto ao voto vencedor: **“o direito da demandante a escolher ser mãe genética pesa mais que o direito de J a escolher em não ser pai no caso em questão”**.

Assim discorre a decisão: *“consideramos que a aplicação da Lei de 1990 ao caso da demandante é desproporcional. Devido a sua natureza absoluta, neste caso, em particular, a legislação impede o equilíbrio dos interesses postos em conflito”. Isto porque J ainda pode ser pai enquanto para a demandante é a última chance de ser mãe genética de um filho; não foi considerada a confiança que a demandante depositou no Sr. J, de que ele aceitaria ser pai de seu filho, posto que poderia ter recorrido a outros meios. Ainda se ressalta que, uma vez formado o embrião, J, perdeu o controle do seu espermatozoide e a destruição do embrião implica também a destruição do ovulo contra a vontade da requerente e, neste ponto, a legislação britânica fracassou na sua intenção de lograr um justo equilíbrio.*

Essas decisões dispares justificam a crítica feita por GARCÍA ROCA com relação a ponderação realizada pelo Tribunal:

[...] Como se puede ponderar más de media docena de criterios tan dispares entre sí para determinar la existencia o no de una margen de discrecionalidad nacional? ¿Cual debe elegir en caso el TEDH y esperar recibir el Estado demandado o el titular del derecho supuestamente violado? Todo parece quedar en manos del arte o pericia del interprete supremo del Convenio y poco hemos avanzado, pese a habernos, sin duda, movido en el buen sentido de la marcha”

(...) Ninguna verdadera categoría jurídica es susceptible de ser construida con tan variadas condiciones o circunstancias. La técnica del margen sigue albergando, muchas décadas después de ser acuñada y de comenzar a usarse, una acusada dependencia del contexto y se resiste a la formulación de reglas generales”⁵⁸

Outro ponto nodal considerado pela decisão divergente é no sentido obviamente se reconhecer a margem de apreciação que os estados possuem ao promulgar suas leis que regulem o tratamento de FIV, no entanto, essa margem de apreciação não pode servir como solução para casos como o presente, sob pena de dar-se uma solução meramente formal e simplista. Ademais, essa margem de apreciação não impede à Corte um exercício de controle especialmente quando se trate de alcançar um equilíbrio justo entre interesses opostos a nível doméstico. *“A corte não deve usar o princípio da margem de apreciação como um simples substituto pragmático de um enfoque meditado sobre o problema do alcance devido de revisão”*.

É mister salientar a menção ao direito à saúde das mulheres, cujo respeito deve ter em conta seus interesses e suas necessidades em face de fatores e traços distintivos que as diferenciam dos homens, a saber fatores biológicos tais como sua função reprodutiva, a situação da mulher em relação à procriação é diferente, inclusive no que toca à reprodução assistida, de modo que o enfoque que deve ser dado ao caso é com base no art. 14 do convenio, que admite que situações diferentes requerem tratamentos diferentes.

A peculiaridade da diferença de gênero e suas consequências na questão reprodutiva não foi cogitada no voto vencedor.

Ocorre que o Tribunal adotou como solução a impossibilidade de permitir a implantação com base na previsão da lei aplicável.

Em que pese a decisão fazer menção a uma ponderação, resta evidenciado que a maioria optou por uma decisão formalista, seguindo o modelo positivista, segundo o qual o método jurídico é de caráter mecanicista e a função de administrar a justiça tem por motivo principal a obediência à lei, quer dizer, uma atitude de acatamento e respeito em relação ao direito vigente, concebido como vontade do legislador.

A respeito do tema, explica ROSS, que a decisão de um caso jurídico se obtém mediante sua classificação dentro de um dos conceitos reconhecidos e a solução se deduz de acordo com os efeitos jurídicos contidos naqueles conceitos.⁵⁹ O juiz não valora nem determina sua atitude ante à possibilidade de diferentes interpretações, continua o referido autor. O Juiz é um autômato, que tem que

⁵⁸ GARCIA ROCA, ob.cit. p. 187

⁵⁹ ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. São Paulo: Edipro, 2009, p. 43.

respeitar a lei e sua função se limita a um ato puramente racional de compreender o significado da lei e comparar a descrição dos fatos que ela faz com os fatos do caso que tem que decidir. A decisão do juiz é um ato de vontade.

De acordo com esta linha de pensamento, considera-se que um caso difícil deve ser argumentado a partir da utilização das normas como instrumento, sendo as principais características deste esquema os seguintes: a) o direito é uma ciência de problemas e não meramente especulativa; b) a tarefa do juiz é o exercício da prudência e não da especulação; c) a prudência se baseia na racionalidade argumentativa; d) argumentar é convencer um auditório imaginário (toda a comunidade); e) a argumentação se baseia na experiência prévia acumulada, ou na capacidade do argumento de persuadir um auditório universal, utilizado como modelo.⁶⁰

ATIENZA explica que os problemas jurídicos possuem uma resposta final, no entanto esta resposta não tem que ser necessariamente a correta nem muito menos a única. A ideia de resposta correta não pode ser aceita nem sequer como guia para um juiz ou para um teórico do direito, diz o referido autor. Quando para um mesmo problema jurídico se propõem soluções baseadas em juízos de valor intrínsecos (últimos) incompatíveis entre si, não se pode falar em resposta correta: cada uma é correta de acordo com certos critérios e não há um meta-critério que englobe ambas.

Deve-se falar de melhor resposta possível, que seria aquela aceitável para a maioria, em uma comunidade ideal (guiada pelo discurso racional), porém particular, enquanto membros que compartilham certos valores básicos que não podem coincidir com os valores de outras comunidades.⁶¹

Neste contexto, pode-se dizer que prevaleceu, no julgamento em questão, a adoção de uma metodologia positivista, formalista e legalista que, embora exponha as razões da decisão, a fundamentação, ao final, remete à lei.

Os votos divergentes, de fato, realizaram um juízo de ponderação, na medida em que sopesaram as circunstâncias peculiares do caso, dentro de um contexto jurídico de reconhecimento do direito à saúde, da questão da diferença de gênero e seus impactos na reprodução humana e das consequências de fazer ceder o direito à paternidade de J. em relação à possibilidade de ser mãe da Sra. Evans, para os quais o direito dele sofreria “menos dano” se fosse afastado no caso concreto.

Imperioso, portanto, refletir se, de fato, esta metodologia, que ignora a particularidade do caso, protege efetivamente os direitos fundamentais em jogo.

⁶⁰ ATIENZA, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 138.

⁶¹ Idem, p. 290

4.2.2 Caso Dickson contra Reino Unido: privação de liberdade e direito de procriar (n.º 44362/04, julgado em 04 de dezembro de 2007).

O caso Dickson contra Reino Unido tem origem a partir de uma solicitação de uma cidadã britânica, para realização do procedimento de inseminação artificial com o esperma de seu marido que se encontrava preso. Em 1994, o Sr. Dickson foi condenado à pena de prisão perpétua por homicídio, de modo que o período mínimo que estaria na prisão seria de 15 anos. Ele não tinha filhos. Em 1999 conheceu Lorraine, através de uma rede de correspondência entre presos, enquanto ela também estava presa. Em 2001, casaram-se. A Sra. Dickson já tinha três filhos, fruto de outros relacionamentos. O casal solicitou a inseminação artificial, para que pudessem ter um filho juntos, argumentando que não era possível a concepção de outra maneira, diante da idade avançada da Sra. Dickson e a data em que o Sr. Dickson poderia ser libertado. O Secretário de Estado negou a solicitação deles, ao argumento de que as técnicas de reprodução assistida apenas poderiam ser asseguradas aos presos em circunstâncias excepcionais, não sendo o caso dos requerentes que sequer tiveram vida em comum posto que estavam presos. Considerou-se também o melhor interesse da criança que não poderia conviver com o seu pai biológico. Os requerentes apelaram para a Corte inglesa, recurso este que também restou infrutífero. Assim, recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Em uma primeira decisão proferida pela 4ª Câmara os requerentes não obtiveram êxito, de modo que interpuseram novo recurso, examinado pela Grande Sala ou Pleno.

Os requerentes insistem na existência de violação ao art. 8º do Convênio, que assegura o respeito à vida privada e ao art. 12, que prevê o direito ao casamento. Alegaram que na matéria de direitos dos presos não há que se falar em margem de apreciação posto que a mesma não tinha nenhum papel a desempenhar, uma vez que a política nunca havia sido submetida a escrutínio parlamentar e não permitia um exame real da proporcionalidade.

O governo, por sua vez, alega que perder a oportunidade de gerar um filho é consequência da prisão. Aduziu que a confiança do público no sistema penitenciário seria prejudicada se os elementos punitivos e dissuasores de uma sentença fossem contornados, permitindo a condenados conceber crianças, assim como que a restrição, por si só, contribui para o objetivo punitivo geral da prisão. Assevera, ainda, que a ausência de um dos pais por longo período teria um impacto negativo em qualquer criança concebida e, consequentemente, na sociedade como um todo. Por fim, sustentou que uma ampla margem de apreciação foi aplicada, dado o contexto positivo da obrigação, uma vez que a política não era abrangente e uma vez que não havia consenso europeu sobre o assunto.

O caso em questão requer a análise de, basicamente, dois direitos: o direito à procriação e os direitos dos presos em contrapartida com a posição do Estado em relação a tais direitos, no sentido de lhes garantir efetividade, ou seja, das obrigações positivas que lhes podem ser exigidas.

Sobre esta questão impende, antes, pontuar que as diferentes legislações europeias apresentam, cada uma, suas peculiaridades em relação ao sistema penitenciário. De fato, após a II Guerra Mundial instaura-se um processo de humanização da prisão, deixando de lado a visão única de proteção da sociedade contra o delinquente, para uma preocupação com a sua ressocialização. A partir de 1945, os Estados europeus dedicaram-se a reformar seus sistemas penitenciários, no intuito de preparar o preso para a volta à liberdade, em um evidente resgate da sua dignidade. Neste ambiente de pós-guerra, os direitos humanos passam por um processo de internacionalização, surgindo organizações internacionais para garanti-los e proliferando-se instrumentos normativos dedicados a sua proteção.

Entretanto, nenhum deles trata especificamente dos direitos dos presos. Isto porque essa matéria refere-se às políticas penais locais e sobretudo envolve a soberania dos Estados, que por vez rechaçam interferências no exercício do seu “jus puniendi”. Apesar disso, o Convenio Europeu de Direitos Humanos aplica-se às pessoas privadas de sua liberdade, já que o art. 5º alude a direitos específicos das mesmas, tais como o direito à informação, o direito à assistência jurídica, o direito à denúncia das condições de prisão dentre outros⁶²

Consequentemente, essa norma é utilizada para constatar a margem de apreciação de que goza cada Estado membro ao regulamentar os direitos do preso e o sistema penitenciário. Sobre o tema, explica Alcalá:

[...] De hecho, las partes en el asunto están en desacuerdo sobre si el rechazo de la solicitud planteada supone una violación del derecho, ya existente, de los solicitantes a concebir un niño (obligación negativa del Estado) o, por el contrario, constituye un fallo por parte del Estado a la hora de garantizar un derecho que no existía (obligación positiva del Estado). Para el Tribunal, se trataría más de una obligación positiva del Estado y se debería analizar si ésta era exigible, puesto que el derecho a concebir por parte de los reclusos se plantea en el marco de una situación excepcional, y surge como un nuevo derecho, que habría o no de ser garantizado, en todo caso, por el Estado.⁶³

Nesta senda, em que medida se garante a procriação por meio artificial e o que o cidadão pode exigir do Estado? De outro lado, os presos estão privados de sua liberdade, porém não de outros direitos, de modo que se indaga se a privação da liberdade repercute também na liberdade reprodutiva.

De um lado, vislumbra-se o interesse privado dos solicitantes de terem um filho, considerando que era a última oportunidade, diante da idade avançada da

⁶² ALCALÁ, Carmen Casada. Los límites de la prisión: fecundación in vitro y derecho a la vida privada y familiar. (Sentencia Dickson c. Reino Unido, asunto n 44362/04, de 04 de diciembre de 2007). Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401365&d=1. Acesso em 17 fev. 2020.

⁶³ Idem

mulher e do fato de o homem estar preso. De outro, o interesse público de manter as políticas prisionais e de ressocialização eleitas por um governo soberano e o impacto nos gastos e gestões administrativas que a obrigação traria. Diante de tal conflito, a decisão remete ao procedimento de ponderação entre os interesses privados e públicos envolvidos, a partir do exame da proporcionalidade.

Na primeira decisão, proferida pela Câmara ou Sala, esta reconheceu uma ampla margem de apreciação na matéria referente aos direitos dos presos e concluiu que não havia sido demonstrado que a decisão de recusar o acesso dos requerentes à inseminação artificial era arbitrária ou irracional ou que não havia observado o justo equilíbrio entre os interesses concorrentes, de modo que não vislumbrou violação ao art. 8º nem ao art. 12 do Convênio Europeu de Direitos Humanos. Pontuou-se que o requerimento se dirigia a permitir algo (ter filhos mediante o recurso de TRA) que não existe como um direito geral.⁶⁴

Considerou, ainda, a referida Corte, que a medida se justificava para proteger o melhor interesse da criança que poderia nascer.

Em sentido contrário ao julgado pela Câmara, a Grande Sala ou Pleno do Tribunal, considerou que a decisão das autoridades britânicas vulnera o artigo 8º do CEDH, posto que uma vez que o Estado permite, em geral, o uso das técnicas de reprodução assistida, a negativa de acesso à inseminação artificial afeta a vida privada e familiar dos solicitantes, que inclui o direito ao respeito de sua decisão de serem pais genéticos.⁶⁵ Note-se que a decisão não foi unânime, sendo tomada por 12 a 5 votos. Considerou, à unanimidade, não ser necessária a análise da violação ao art. 12 do Convênio.

Primeiramente, a decisão salienta que os direitos da Convenção são mantidos enquanto a pessoa está na prisão, de modo que qualquer restrição a esses direitos deve ser justificada em cada caso individual. Essa justificativa pode resultar, entre outras coisas, das consequências necessárias e inevitáveis da prisão ou de um vínculo adequado entre a restrição e as circunstâncias do prisioneiro na prisão. No entanto, não pode basear-se apenas no que argumenta de que ofenderia a opinião pública.

No que tange ao melhor interesse da criança, o Tribunal concorda que as autoridades, ao desenvolverem políticas públicas, preocupem-se, em princípio, com o bem-estar de qualquer criança.

Ocorre que o Estado tem uma obrigação positiva de garantir a proteção efetiva das crianças, sendo que tal obrigação não pode ser extrema a ponto de impedir

⁶⁴ Note-se que, como já tratado anteriormente, há grande controvérsia sobre a extensão do direito ao planejamento familiar, para incluir o direito à reprodução artificial ou não

⁶⁵ 66. The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents (see *E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom*, nos. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, DR 91-A, p. 61; *Kalashnikov v. Russia* (dec.), no. 47095/99, ECHR 2001-XI; *Aliiev v. Ukraine*, no. 41220/98, § 187-89, 29 April 2003; and *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71-72, ECHR 2007-I).

os pais de tentar engravidar, como ocorre nas circunstâncias do presente caso, considerando que a segunda requerente estava em liberdade e poderia cuidar da criança até o momento em que o marido dela foi libertado.

Em relação à questão da margem de apreciação, considerou-se que uma vez que as autoridades nacionais efetuam a avaliação inicial de onde está o equilíbrio justo em um caso, antes de uma avaliação final pelo Tribunal Europeu, uma certa margem de apreciação é, em princípio, concedida a essas autoridades em relação a essa avaliação. A amplitude dessa margem varia e depende de vários fatores, incluindo a natureza das atividades restritas e os objetivos perseguidos pelas restrições.

Consequentemente, quando uma faceta particularmente importante da existência do indivíduo estiver em jogo (como a escolha de ser tornar uma mãe genética), a margem de apreciação concedida a um Estado será, em geral, restrita. Onde, no entanto, não há consenso nos Estados membros do Conselho da Europa quanto à importância relativa do interesse em jogo ou a melhor forma de protegê-lo, a margem será maior. Isso é particularmente verdade quando o caso levanta questões complexas e escolhas de estratégia social: o conhecimento direto das autoridades sobre sua sociedade e suas necessidades significa que elas estão em princípio mais bem posicionadas do que o juiz internacional para avaliar o que é de interesse público. Nesse caso, o Tribunal geralmente respeitaria a escolha política do legislador, a menos que seja “manifestamente sem fundamento razoável”. Também geralmente haverá ampla margem de apreciação concedida se o Estado for obrigado a encontrar um equilíbrio entre interesses públicos e privados concorrentes ou direitos da convenção.

Quanto ao argumento do consenso europeu, a Câmara considerou que mais da metade dos Estados Contratantes permitem visitas conjugais aos prisioneiros (sujeitos a várias restrições diferentes), medida que leva à conclusão da necessidade de as autoridades fornecerem instalações adicionais para inseminação artificial. Além disso, considera-se que, ao fixar a política, o Secretário de Estado não buscou ponderar os interesses individuais e públicos concorrentes relevantes ou avaliar a proporcionalidade da restrição. Ainda, como a política não foi incorporada à legislação primária, os vários interesses concorrentes nunca foram pesados, nem questões de proporcionalidade foram avaliadas pelo Parlamento.

Consta da decisão que o argumento de que as estatísticas quanto à escassez de pedidos do gênero, já que o governo alegou que apenas três tiveram sucesso, não se presta a comprovar que houve uma avaliação da proporcionalidade necessária em um caso individual. Também não se considerou convincente argumentar, como o governo fez, que o ponto de partida da excepcionalidade era razoável, uma vez que apenas poucas pessoas seriam afetadas, o que implicava a possibilidade de justificar a restrição dos direitos dos requerentes pelo número mínimo de pessoas adversamente afetadas.

O Tribunal considera, portanto, que a ausência de uma avaliação no que diz respeito a uma questão de importância significativa para os demandantes deve ser vista como estando fora de qualquer margem de apreciação aceitável, de modo que não seja alcançado um equilíbrio justo entre os interesses públicos e privados envolvidos, reafirmando a violação ao art. 8º da Convenção.

Do exposto, as decisões proferidas dentro do mesmo Tribunal divergem justamente no que tange à extensão dos direitos envolvidos e seus limites, mas utilizam-se de argumentos baseados em uma ponderação para se chegar a um justo equilíbrio. Há uma divergência em relação ao argumento da essencialidade do direito, que deriva do grau de conexão de um conteúdo concreto com a dignidade da pessoa humana e, neste ponto, percebe-se claramente a utilização de um método dedutivo e principialista, baseado em razões gerais e argumentos lógicos.⁶⁶

Neste contexto, o reconhecimento de um direito humano por um Estado, permite que o TEDH restrinja a margem de apreciação que é garantida aos Estados.⁶⁷

Mais uma vez resta evidenciada a dificuldade de se apreciar a adequação da resposta dada a um conflito à luz da argumentação jurídica. Dentro do mesmo tribunal, iguais justificativas foram dadas para se chegar a resultados opostos. Entretanto, circunstâncias exteriores à norma, de cunho político-administrativo foram levadas em consideração por um bloco de juízes e desconsideradas como sendo relevantes por outros

Questão que salta aos olhos diz respeito à divergência quanto à margem de apreciação no tocante aos direitos dos presos e exame das políticas de ressocialização. Não se acham evidenciados o objeto e o conteúdo que foi dado à margem de apreciação neste caso que, nas palavras de ROCA, parece ser uma regra de não decisão, uma deferência europeia em relação à decisão interna.

Neste sentido, pode-se afirmar a prevalência de argumentos justificadores das escolhas político-legislativas feitas pelo Estado, à luz da prudência e da subsidiariedade que rege a atuação da Corte, em deferência ao juiz nacional.

Aponta-se a dificuldade de se fazer um verdadeiro juízo jurídico quanto à extensão dos direitos dos presos, em face imprecisão dos argumentos utilizados para estender ao preso o direito à reprodução artificial. Neste ponto, importante lembrar a contradição lógica apontada nos votos divergentes no sentido de que a Corte não impôs aos Estados membros a obrigação de tomar medidas para assegurar as

⁶⁶ GARCIA ROCA, ob. cit. p. 275.

⁶⁷ §78 - Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider. This is particularly so where the case raises complex issues and choices of social strategy: the authorities' direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest. In such a case, the Court would generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation". There will also usually be a wide margin accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see Evans, cited above, § 77).

visitas conjugais aos presos, em que pese ser uma tendência nos Estados europeus tais medidas, enquanto, por outro lado, reconheceu o direito às inseminações artificiais.

A utilização de argumentos demasiadamente pragmáticos torna difícil a sistematização dos critérios jurisprudenciais e prejudica a segurança jurídica. Por outro lado, os argumentos utilizados demonstram que a aplicação do Convenio pode ensejar soluções diversas diante da disparidade das tradições jurídicas, culturais e econômicas entre os Estados, sendo certo, porém, que se deve buscar singularizar standards mínimos, como critério de coerência.

Ademais, difícil atender ao critério da universalidade, de modo que a possibilidade de se extrair uma orientação geral aos Estados afigura-se questionável.

4.2.3 Caso S.H. e outros contra Áustria: proibição de acesso aos gametas doados (nº 57813/00, julgado em 3 de novembro de 2011)

Os recorrentes, dois casais da Áustria, desejavam utilizar técnicas de reprodução assistida que não são permitidas pela lei austríaca. Um casal precisava do uso do espermatozoide de um doador e o outro casal, dos óvulos doados. Apenas poderiam ser pais biológicos com a utilização da FIV. A primeira requerente sofria de infertilidade relacionada a problemas nas trompas de falópio. Ela produz óvulos, mas devido ao bloqueio das trompas, a fertilização natural se torna impossível. O segundo requerente é infértil. A terceira requerente sofre de agônadismo, ou seja, não produz óvulos, sendo completamente infértil, embora tenha útero perfeito. O quarto requerente, seu marido, em contraste com o segundo requerente, não tem problemas de fertilidade.

Em 04 de maio de 1998, a primeira e a terceira requerentes apresentaram um pedido ao Tribunal Constitucional de revisão da constitucionalidade das seções 3(1) e 3(2) da Lei de Procriação Artificial austríaca.

Isto porque a referida lei (Lei 275/1992) proíbe o uso de espermatozoide de um doador para a fertilização *in vitro* e doação de óvulos em geral. Ao mesmo tempo, a lei permite outras técnicas de procriação assistida, em particular a fertilização *in vitro*, desde que realizada com óvulos e espermatozoides dos cônjuges ou companheiros e, apenas em circunstâncias excepcionais, a doação de espermatozoides para realização de inseminação artificial, ou seja, a sua introdução nos órgãos reprodutivos da mulher. Assim, os demandantes alegaram que as disposições legais feriam diretamente o direito à procriação, o art. 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos, assim como o princípio da igualdade, ao permitir o uso de outras técnicas.

O Tribunal Constitucional austríaco, entretanto, entendeu que a limitação ao uso de certas técnicas de reprodução assistida justifica-se na medida em que o

legislador tentou encontrar uma solução equilibrando os interesses conflitantes da dignidade humana, o direito à procriação e o bem-estar das crianças. Além, disso, não reconheceu violação ao artigo 8º da Convenção nem ao princípio da igualdade e ao art. 12 da Convenção.

As partes, portanto, recorreram ao TEDH.

Os requerentes defendiam que a lei nacional violava o direito ao respeito à vida privada (art. 8º do CEDH) e a igualdade (art. 14 do CEDH alegaram ofensa ao art. 8º da Convenção, o respeito a sua vida privada e familiar e ao princípio da igualdade.

O Governo defendeu que a questão central no caso dizia respeito a em que medida o Estado deve autorizar e aceitar a cooperação de terceiros na realização do desejo de um casal de conceber um filho. Embora o direito ao respeito pela vida privada também incluísse o direito de satisfazer o desejo de ter uma criança, não significa que o Estado tivesse a obrigação de permitir indiscriminadamente todos os meios de reprodução tecnicamente viáveis ou mesmo de fornecer esses meios. Ao fazer uso da margem de apreciação oferecida a eles, os Estados tiveram que decidir por si mesmos que equilíbrio deveria ser alcançado entre os interesses concorrentes à luz das necessidades e tradições sociais e culturais específicas de seus países. Assim, a Áustria adotou como principais características da legislação que, em princípio, apenas métodos homólogos – como o uso de óvulos e espermatozoides do próprio casal – e os métodos que não envolviam uma técnica particularmente sofisticada e não eram muito longe dos meios naturais de concepção seria permitido. O objetivo era evitar problemas quanto à paternidade ou maternidade, ou seja, de não coincidir a filiação biológica com a afetiva, assim como afastar os riscos de comercialização.

A legislação, portanto, leva em consideração valores éticos e morais da sociedade, além de se preocupar com o bem-estar das crianças assim concebidas, sua saúde e seus direitos, o que justificaria a proibição das técnicas heterólogas. De outro turno, em face das diferenças entre essas técnicas, o legislador não era obrigado a dar tratamento igualitário a ambas, o que, conseqüentemente, não poderia ser considerado discriminação.

O Tribunal, primeiramente, fixou como ponto nodal da controvérsia a ingerência na vida privada dos litigantes. Em que medida a legislação austríaca respeitou a margem de apreciação em consonância com a necessidade de respeitar os direitos assegurados pelo Convênio.

Um ponto que restou uniforme, assim como ocorreu nos casos anteriores, foi o reconhecimento de que o art. 8º do Convênio, ao assegurar o respeito à vida privada e familiar dos indivíduos, contempla o direito de um casal conceber um filho através da utilização das técnicas de reprodução assistida, posto que se trata de uma escolha que é expressão da vida privada e familiar. Portanto, a interpretação de que o referido artigo garante o direito à utilização das TRAs foi aspecto considerado indiscutível já que não importa em nenhuma obrigação a cargo do Estado no sentido de permitir ou regular as referidas técnicas. Neste ponto, vislumbra-se a utilização de

um argumento de autoridade, considerando o respeito aos precedentes do próprio Tribunal.

O Tribunal considerou que se deve outorgar aos Estados uma margem ampla de apreciação em matéria de doação de gametas, porque são admissíveis tanto políticas restritivas como permissivas. Consta da decisão:

A Corte reitera que vários fatores devem ser levados em consideração ao determinar a amplitude da margem de apreciação a ser gozada pelo Estado ao decidir qualquer caso nos termos do artigo 8 da Convenção. Quando uma faceta particularmente importante da existência ou identidade de um indivíduo estiver em jogo, a margem permitida ao Estado será normalmente restrita (ver *Evans*, citado acima, § 77, e os casos citados). Onde, no entanto, não há consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa, nem sobre a importância relativa do interesse em jogo ou sobre os melhores meios para protegê-lo, especialmente quando o caso levanta questões morais ou éticas sensíveis, a margem será maior (ver *Evans*, citado acima, § 77; *X, Y e Z v. Reino Unido*, citado acima, § 44; *Fretté c.*

França, n. 36515/97, § 41, CEDH 2002-I *Christine Goodwin v. Reino Unido* [GC], nº 28957/95, § 85, CEDH 2002 - VI; e *A, B e C v. Irlanda*, citado acima, § 232). Em razão do contato direto e contínuo com as forças vitais de seus países, as autoridades do Estado estão, em princípio, em uma posição melhor do que o juiz internacional para opinar, não apenas sobre o “conteúdo exato dos requisitos da moral” em seu país, mas também na necessidade de uma restrição destinada a atendê-los (ver *A, B e C v. Irlanda*, citado acima, § 232, com outras referências). Geralmente, haverá uma ampla margem de apreciação se o Estado for obrigado a encontrar um equilíbrio entre interesses públicos e privados concorrentes ou direitos da Convenção (ver *Evans*, citado acima, § 77, e *Dickson*, citado acima, § 78).⁶⁸

⁶⁸ No original: The Court reiterates that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when deciding any case under Article 8 of the Convention. Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see *Evans*, cited above, § 77, and the cases cited therein). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see *Evans*, cited above, § 77; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, cited above, § 44; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI; and *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 232). By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the “exact content of the requirements of morals” in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them (see *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 232, with further references). There will usually be a wide margin of appreciation accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Evans*, cited above, § 77, and *Dickson*, cited above, § 78).

Outro argumento utilizado na decisão consiste no fato de não haver consenso entre os Estados europeus na regulação das técnicas de reprodução assistida. Devido às questões éticas e morais sensíveis e a rápida evolução médico-científica, assim como os diversos valores morais peculiares a cada sociedade, o Tribunal reconhece a ampla margem de apreciação do Estado, que estende-se tanto a sua decisão de intervir na área quanto, uma vez intervindo, de definir as regras detalhadas, a fim de alcançar um equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes. E pontua:

[...] No entanto, isso não significa que as soluções alcançadas pelo legislador estejam além do escrutínio do Tribunal. Cabe ao Tribunal examinar cuidadosamente os argumentos levados em consideração durante o processo legislativo e verificar se as escolhas que foram feitas pelo legislador garantem um justo equilíbrio entre os interesses do Estado e os interesses daqueles que foram diretamente afetados pelas escolhas legislativas.⁶⁹

A decisão fundamenta-se em considerações morais que foram feitas pelo Governo assim como na aceitabilidade social em relação às técnicas de procriação artificial, tais como o risco inerente de que elas não seriam empregadas apenas para fins artificiais, mas também para outros objetivos, como a “seleção” de crianças; risco de a doação de óvulos levar à exploração e humilhação de mulheres, em particular aquelas economicamente hipossuficientes. Outro justificante da política legislativa seria reduzir os riscos que a FIV traz para os doadores e os problemas de estabelecimento de filiação.

A decisão, portanto, utiliza-se basicamente da margem de apreciação dos Estados como fundamento para negativa do direito dos requerentes, concernente no argumento de adequação da legislação austríaca para com o art. 8º da Convênio.

Note-se que argumentos meta jurídicos são utilizados para justificar essa adequação tais como o da aceitabilidade ético-moral do uso das técnicas; argumentos de cunho político, para evitar que o uso da fertilização *in vitro* possa acarretar uma seleção e, portanto, possibilitar uma política de eugenia; argumentos sociopsicológicos, diante dos impactos que a dissociação da paternidade/maternidade

⁶⁹ No original: Since the use of *in vitro* fertilisation treatment gave rise then and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the present case touch on areas where there is not yet clear common ground among the member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one (see *X, Y and Z v. the United Kingdom*, cited above, § 44). The State’s margin in principle extends both to its decision to intervene in the area and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests (see *Evans*, cited above § 82). However, this does not mean that the solutions reached by the legislature are beyond the scrutiny of the Court. It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices. In order to do so, the Court finds that the situation of the first and second applicants and that of the third and fourth applicants have to be examined separately. The Court considers that it is appropriate to start the examination with the third and fourth applicants.

biológica com a socioafetiva pode acarretar no seio da família e da sociedade. Esses argumentos demonstram uma preocupação com a aceitabilidade social da decisão, que nos remete a um dos objetivos da argumentação que é de convencer um auditório em relação à adequação da decisão.

Chama atenção a deficiência na argumentação jurídica no que diz respeito ao princípio da igualdade. A decisão, neste ponto, ao fundamento de uma pretensa proporcionalidade deixa de indicar racionalmente como a igualdade não foi atingida com a opção legislativa feita pelo Estado austríaco.

Revela sobremaneira a ausência de coerência ao se afirmar que “*a lei austríaca não proíbe ir ao exterior em busca de tratamento contra a infertilidade que compreendam uso das técnicas de reprodução assistida, não permitidas na Áustria*” (§114), como se o chamado “turismo reprodutivo” fosse uma solução para os casais inférteis, sem atentar para o fato de que ao invés de promover qualquer igualdade tal permissão acentua ainda mais uma odiosa discriminação. Os argumentos utilizados na decisão, portanto, para afastar a interferência na vida privada dos recorrentes carecem de uma unidade racional, a atender critérios de adequação e coerência.

Assim mesmo, uma vez que o TEDH deixou claro que os Estados não tem obrigação, de acordo com o convenio, de permitir as TRAs em geral, nesta sentença houve uma vulneração à proibição de discriminação (art. 14 CEDH), na medida em que o Estado austríaco proíbe certas formas de FIV e outras não, sem justificar a diferença de tratamento.

Depreende-se que, ao se examinar critérios como universalidade, a consistência, a coerência e a adequação, talvez o TEDH tenha dado um peso maior à questão das consequências de sua decisão, que afetam a sua própria legitimidade enquanto Tribunal internacional. A argumentação utilizada pela decisão predominante revela uma tendência do TEDH a sopesar o respeito à soberania dos Estados europeus como principal argumento a justificar tal ou qual decisão. Diante da disparidade entre valores ético-morais dominantes em cada Estado, refletida nas legislações que tratam da reprodução humana assistida, tal argumento é relevante quando se examina a adequação das consequências da decisão. Essa atividade do TEDH é constante nos casos que envolvem os direitos reprodutivos. Esse critério exerceu papel de peso na decisão.

A avaliação quanto a outros critérios, dentre eles a justiça da decisão, neste caso foi relegada a um plano inferior.

No fundo, extrai-se uma maior preocupação do Tribunal em relação aos efeitos de condenar a Áustria, quando outros Estados europeus igualmente proíbem o uso de TRA mediante doação de gametas, inclusive estabelecendo que se trata a prática de conduta criminoso. O argumento de cunho consequencialista, embora não revelado, é perceptível, portanto, no sentido de evitar que a decisão do Tribunal possa, de algum modo, invadir a seara de competência legislativa dos Estados membros em tema em relação ao qual está longe de haver consenso.

4.2.4 Caso Costa e Pavan contra Itália: sobre os limites do Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGP) (nº 54270/10, julgado em 28 de agosto de 2012)

O caso Costa e Pavan contra Itália tem muitos pontos em comum com o caso anteriormente analisado, com a diferença de que agora o TEDH considerou que a proibição à técnica do diagnóstico genético pré-implantação (DGP) excedia a margem de apreciação do Estado.

O caso se refere a um casal italiano que tem uma enfermidade genética, a fibrose cística, descoberta após o nascimento da primeira filha, que também era portadora da doença. Em uma segunda gravidez, foi realizado um teste pré-natal o qual constatou que a criança era portadora da doença, de modo que o casal decidiu interromper a gravidez por motivos médicos. Objetivando ter um filho saudável, o casal solicitou recorrer ao emprego do DGP, como única possibilidade de evitar dita enfermidade, já que a técnica permite selecionar um embrião saudável para ser implantado na mulher e evitar o nascimento de filhos com a mesma enfermidade. Esta técnica está permitida em alguns Estados membros e destina-se ao diagnóstico de doenças consideradas severas tais como a hemofilia ou para detectar alterações que possam comprometer a viabilidade do embrião.

Ocorre que a Lei italiana nº 40, de 19 de fevereiro de 2004, proibia o acesso a essa técnica por casais que não atendessem aos requisitos objetivos da lei, porque não são estéreis ou inférteis.

Os requerentes alegaram ofensa ao art. 8º do Convenio, posto que o direito ao respeito à decisão de se tornar ou não pai, inclusive no sentido genético, enquadrava-se no direito ao respeito da vida privada e familiar. Nesse sentido, defendem que o Estado deve abster-se de interferir de qualquer forma na escolha do indivíduo quanto à procriação ou não. O Estado também tinha o dever de adotar medidas para permitir que essa escolha fosse feita livremente.

O Estado demandado, por sua vez, sustentou que os requerentes pleiteavam o reconhecimento de um direito a ter um filho saudável, que não era protegido pela Convenção, sendo a queixa inadmissível em razão da matéria. Por conseguinte, se o Tribunal considerou que o art. 8º era aplicável ao caso, o direitos dos recorrentes de terem sua vida privada e familiar respeitada não foi, de forma alguma, violado, porque a proibição de PGD era uma medida em conformidade com a lei que buscava um objetivo legítimo – proteger os direitos dos outros e a moral – e era necessário em uma sociedade democrática. Ao regular o acesso ao PGD, o Estado havia levado em consideração a saúde da criança e da mulher, sendo esta última suscetível à depressão devido à estimulação ovariana e à recuperação de ovócitos. Além disso, a medida em questão foi projetada para proteger a dignidade e a liberdade de consciência das profissões médicas e impediu o risco de seleções

eugênicas. Por fim, dada a falta de consenso europeu nessa área, os Estados membros desfrutaram de uma ampla margem de apreciação nas questões morais, éticas e sociais.

Em sua decisão, proferida desta vez à unanimidade, o Tribunal reitera a noção de vida privada, na acepção do art. 8º, como um conceito amplo que inclui, entre outras coisas, o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos, o direito ao desenvolvimento pessoal, ou, alternativamente, o direito à autodeterminação. Fatores como identidade sexual, orientação e vida também se enquadram na esfera pessoa protegida pelo art. 8º, assim como o direito de respeitar as decisões de se tornar ou não se tornar pai. Nos termos do art. 8º do Convenio, a Corte também reconheceu o direito de respeitar a decisão de se tornar pai genético e concluiu que o art. 8º se aplica às técnicas de fertilização *in vitro*. Assim, o desejo dos requerentes de conceber uma criança não afetada pela doença genética da qual são portadores saudáveis e de utilizar as técnicas de reprodução assistida e o diagnóstico pré-implantação para esse fim encontra-se inserido no art. 8º, pois essa opção é uma forma de expressão de sua vida privada e familiar.⁷⁰

A decisão do Tribunal analisa a racionalidade de dois argumentos justificantes da restrição ao PDG em face dos direitos humanos garantidos pelo convênio, quais sejam, a legitimidade da interferência do Estado na vida privada diante do que se pretende proteger (a moral e a liberdade de outros, a saúde da mulher, a liberdade de consciência dos profissionais e a prevenção à eugenia) e a sua necessidade em uma sociedade democrática. Não se pode olvidar o aspecto da proporcionalidade da restrição, uma vez que a lei italiana permite o aborto por razões médicas.

No caso concreto, a única possibilidade real de não ter um filho afetado pela enfermidade seria praticar um aborto, uma vez iniciada a gestação de forma natural e diagnosticado que o feto é portador da enfermidade.

Assim, a decisão utiliza-se do argumento da proporcionalidade em relação à proibição nacional, mediante o critério de coerência externa da proibição contida

⁷⁰ No original: the Court reiterates that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 is a broad concept which includes, among other things, the right to establish and develop relationships with other human beings (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B), the right to “personal development” (see *Bensaïd v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I), or alternatively the right to self-determination (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Factors such as sexual identity, orientation and life also fall within the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45, and *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, 19 February 1997, § 36, Reports of Judgments and Decisions 1997-I), as does the right to respect for the decisions to become or not to become a parent (see *Evans*, cited above, § 71; *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 212, ECHR 2010; and *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, § 181, ECHR 2011 (extracts)). 56. Under Article 8 of the Convention, the Court has also acknowledged a right to respect for the decision to become genetic parents (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007-V, with the references cited therein) and concluded that Article 8 applies to heterosexual insemination techniques for *in vitro* fertilisation (see *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 82, ECHR 2011). In the present case the Court considers that the applicants’ desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this end attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life. Consequently, this provision is applicable in the present case

na lei italiana em matéria de DGP em comparação com a norma que permite a interrupção voluntária da gravidez em condições análogas. Pontua-se que não se pode vislumbrar a proteção aos interesses da criança, posto que o conceito de criança não pode ser colocado na mesma categoria que o conceito de embrião e, havendo a possibilidade de se realizar um aborto por motivos médicos, se o feto for afetado pela doença, tendo em conta, em particular as consequências de tal ato para o feto que é claramente muito mais desenvolvido que um embrião.

A decisão refuta os argumentos do governo quanto a se evitar o risco de seleção eugênica e de afetar a dignidade e a liberdade de consciência dos profissionais médicos ao ser realizado um aborto por motivos médicos. Assim, “o tribunal não pode deixar de notar que a legislação italiana carece de coerência neste domínio. Por um lado, proíbe a implantação limitada a embriões não afetados pela doença de que os demandantes são portadores saudáveis, enquanto por outro lado, permite que os requerentes abortem um feto afetado pela doença. As consequências de tal legislação para o direito ao respeito pela vida privada e familiar dos requerentes são evidentes. A fim de proteger o direito de ter um filho não afetado pela doença da qual são portadores, a única possibilidade disponível para eles é iniciar uma gravidez por meios naturais e finalizá-la se o teste pré-natal mostrar que o feto não é saudável”.

Destaque-se que o Tribunal reconhece que a margem de discricionabilidade do legislador local em matéria de inseminação heteróloga é mais ampla, por suscitar questões morais e éticas sensíveis, porém, ao mesmo tempo, afirma que as opções legislativas não estão acima do escrutínio do Tribunal.

Outro destaque importante a se realizar na fundamentação da decisão consiste no fato de que o Tribunal, neste caso, justifica a diferença entre o presente caso e o caso S. H e Áustria, analisado acima, quando foi avaliada a compatibilidade do direito austríaco que proíbe a inseminação heteróloga com o disposto no art. 8º do Convenio, ao argumento de que neste caso se trata de inseminação homóloga, cabendo verificar a proporcionalidade da restrição ao DGP à luz da possibilidade de interrupção da gravidez por motivos médicos, tratando-se de uma situação específica.

E a decisão conclui: tendo em conta a inconsistência acima descrita na legislação italiana sobre PGD, o Tribunal considerou que a interferência no direito dos requerentes de respeitar sua vida privada e familiar era desproporcional. Consequentemente, houve uma violação do art. 8º do Convenio no presente caso.

O TEDH chegou a esta conclusão a partir do emprego de um argumento que não havia sido utilizado nos casos anteriores, qual seja, a existência de uma circunstância interna ao ordenamento jurídico (possibilidade de aborto por razões médicas) que dava à medida de proibição do DGP um sentido contraditório em relação ao sistema jurídico italiano.

Para se chegar à conclusão acerca da proporcionalidade da medida, mais uma vez, o Tribunal afirma que realiza uma ponderação que, segundo Atienza, pode se resumir através da seguinte fórmula:

En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 –que tienen condiciones de aplicación abiertas– establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q). – En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1). – Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q. Por supuesto, la mayor dificultad está en la última premisa del argumento de la primera fase, esto es, en el establecimiento de la relación de precedencia de un principio sobre otro. Alexy [2002] considera que para establecer esa precedencia es necesario tener en cuenta tres elementos que, según él, forman «la estructura de la ponderación» (diríamos que viene a ser la «justificación externa» de la ponderación) [vid. Alexy 2002; Bernal 2003; Lopera 2006]: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación dice así: «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro»; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Esas tres variables son: el grado de afectación de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los principios relevantes (según la concepción de valores predominante en la sociedad); y la seguridad de las apreciaciones empíricas⁷¹

Nesse cenário, o direito à saúde da mulher e da criança merece maior proteção que eventual direito à vida de embriões congelados, (grau de afetação), cuja natureza jurídica é discutível no próprio ordenamento jurídico nacional, sendo certo que permitir a realização do PGD no caso concreto (apreciações empíricas) é a solução que atende à razoabilidade e proporcionalidade.

⁷¹ ATIENZA, Manuel. Constitución y argumentación. Disponível em: <https://www.boe.es> > anuarios_derecho > abrir_pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

4.2.5 Caso Parrillo contra Italia: doação de embriões para pesquisas. (nº 46470/11, julgado em 27 de agosto de 2015)

O caso tem origem em um pedido formulado por uma cidadã italiana, Sra. Parrillo, para doar os embriões criados a partir de fertilização *in vitro* realizada com seus gametas e de seu companheiro falecido. O casal havia procurado uma clínica de fertilização *in vitro* e, como resultado do procedimento, foram criopreservados cinco embriões. Entretanto, antes que ocorresse a transferência embrionária, o companheiro da recorrente faleceu durante a guerra do Iraque. Pouco tempo depois, quando já vigente a Lei nº 40/2004, a requerente expressou sua vontade de doar os embriões para pesquisa. Ocorre que a lei, em seu art. 13, veda tal opção.

A requerente alegou que a negativa de sua solicitação por parte das autoridades italianas viola o seu direito à vida privada (art. 8º do CEDH), seu direito de propriedade (art. 1º do Protocolo nº 01 do CEDH) e sua liberdade de expressão (art. 10 CEDH) da qual a pesquisa científica é uma face. A demandante afirmou que, segundo a jurisprudência do Tribunal, “vida privada” era um conceito amplo (ela se referiu ao caso *Evans x Reino Unido*). Continuou afirmando que havia perdido o parceiro em circunstâncias trágicas, motivo pelo qual não conseguiu formar uma família como desejava. Explicou que havia decorrido apenas quatro meses entre a morte de seu parceiro e a entrada em vigor da lei, de modo que ela não teve tempo suficiente para refletir sobre seus planos de constituir família, e que, de qualquer forma, a implantação de embriões post mortem era ilegal. Argumentou que o Estado pretender que ela destruísse os embriões, em vez de permitir que ela os doasse para pesquisas, seria uma interferência em sua vida privada. Ela também sustentou que a proibição de doar embriões era completamente ilógica e incoerente com o sistema jurídico italiano, que defendia o direito à vida do embrião, porém permitia o aborto até o terceiro mês de gravidez. Além disso, ela considerou que a possibilidade de doar embriões não destinados à implantação atendia ao interesse público, uma vez que a pesquisa com células-tronco é promissora no tratamento de doenças severas e até então incuráveis. Sobre a questão da margem de apreciação, defendeu que, no caso, o Estado não tem ampla margem de apreciação sobre a matéria, considerando o consenso europeu existente sobre a possibilidade de doar embriões para pesquisa científica, inclusive com a possibilidade de financiamento.

O governo italiano, por sua vez, afirmou que a questão relativa à doação de embriões humanos não se enquadrava no conceito de “direito ao respeito pela vida privada”, assegurado pelo Convênio, de modo que o art. 8º apenas seria aplicável ao caso, se a requerente quisesse iniciar uma família com a implantação de embriões e tivesse sido impedida de fazê-lo. Que, pela aplicação da Lei nº 40/2004, a suposta interferência na vida privada da requerente ocorreria com o

objetivo legítimo de proteger o potencial de vida do embrião. Defendeu que a lei italiana que permitia o aborto, não era incompatível com a proibição de doação de embriões para a pesquisa, uma vez, no caso de um aborto, a proteção da vida do feto claramente tinha que ser pesada contra a situação e os interesses da mãe. Afirmou que os embriões gozam de proteção pelo direito europeu, visto que no Convênio de Oviedo, não há qualquer menção a que os Estados autorizem pesquisas científicas com embriões, deixando a matéria a cargo da ampla margem de apreciação daqueles. Observou que durante o processo legislativo, houve audiência pública, referendo, etc. os quais mostraram as opiniões científicas e éticas sobre o assunto, restando mantida a proibição da lei quanto a tais pesquisas. Além disso, argumentou que uso de células embrionárias importadas do exterior e resultantes da destruição dos embriões originais decorreram de células produzidas em outros lugares e não na Itália. No que diz respeito ao financiamento da União Europeia para pesquisa científica, o governo alegou que não havia previsão de financiamento de projetos que envolvam a destruição de embriões, tenham sido criados na Europa ou em outros países. Alegou que o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a proibição da fertilização heteróloga, permitindo assim o uso de embriões excedentes da fertilização *in vitro* para fins não destrutivos, reforçando a tese da defesa. Vale ressaltar que terceiros intervenientes apresentaram suas razões no feito.⁷²

Sobre as teses de mérito apresentadas pelas partes, a decisão foi proferida por 16 votos a 1, com base nos seguintes fundamentos:

- De acordo com a jurisprudência da Corte, o conceito de “vida privada”, na acepção dada pelo art. 8º do Convênio é amplo, não suscetível de definição exaustiva e abrange, entre outras coisas, direito à autodeterminação. Assim, o conceito também incorpora o direito de se tornar e não se tornar pai. Nos casos examinados pelo Tribunal que levantaram a questão específica do destino dos embriões obtidos na reprodução assistida, o Tribunal considerou a liberdade de escolha das partes. Ainda que a requerente não pudesse constituir família, trata-se de sua vida privada. Que o próprio direito interno, quando o Tribunal Constitucional italiano decidiu que a proibição da fertilização *in vitro* heteróloga era inconstitucional, afirmou que a escolha dos requerentes de serem pais e constituir família com filhos era uma aspecto de “sua liberdade de autodeterminação em relação à esfera de sua vida privada e familiar”, o que significa dizer que o sistema jurídico italiano também atribui importância à liberdade de escolha das partes na fertilização *in vitro* em relação ao destino de embriões não destinados à implantação. Assim, a capacidade de a requerente exercer uma escolha consciente e ponderada em relação ao destino de seus

⁷² Quais sejam: The European Centre for Law and Justice (ECLJ), he associations Movimento per la vita, Scienza e vita and Forum delle associazioni familiari, represented by Mr Casini, he associations Luca Coscioni, Amica Cicogna Onlus, L’Altra Cicogna Onlus and Cerco Un Bimbo and forty-six members of the Italian Parliament, represented by Ms Gallo, The associations VOX – Osservatorio italiano sui Diritti, SIFES (Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine) and Cittadinanzattiva, represented by Ms D’Amico, Ms Costantini, Mr Clara, Ms Ragni and Ms Liberal

embriões diz respeito a um aspecto íntimo de sua vida pessoal e, portanto, refere-se ao seu direito à autodeterminação, sendo aplicável o art. 8º do Convênio.

- A proibição prevista no art. 13 da Lei nº 40/2004 constitui uma interferência no direito da requerente de respeitar a sua vida privada.

- A enumeração das exceções ao direito do indivíduo de respeito a sua vida privada, conforme listado no art. 8º, §2º do Convênio é exaustiva e sua definição é restritiva. Para que seja compatível com o Convênio, a limitação dessa liberdade deve, em particular, buscar um objetivo que possa ser vinculado a um dos listados nesta disposição. Que o governo italiano justifica a restrição no fato de o sistema jurídico italiano considerar o embrião como sujeito de direito, o qual goza de dignidade humana. Que a proteção do potencial de vida do embrião pode estar ligada ao objetivo de proteger a moral e os direitos e liberdades de terceiros. No entanto, isso não implica nenhuma avaliação do Tribunal sobre se a palavra “outros” se estende aos embriões humanos.

- Ao determinar se uma medida impugnada era “necessária a uma sociedade democrática”, leva-se em consideração se os motivos apresentados para justificar essa medida eram relevantes e suficientes para fins do §2º do art. 8º do Convênio, bem como para se determinar a amplitude da margem de apreciação a ser gozada pelo Estado em qualquer caso. Quando uma face particularmente importante da existência ou identidade de um indivíduo está em jogo, a margem permitida ao Estado geralmente será restrita. Onde, o entanto não há consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa, nem sobre a importância relativa do interesse em jogo ou sobre os melhores meios para protegê-lo, especialmente quando o caso levanta questões morais ou éticas sensíveis, a margem será maior. No entanto, isso não importa dizer que as opções legislativas estão fora do alcance da análise do Tribunal. Este deve examinar atentamente os argumentos levados em consideração durante o processo legislativo e verificar se as escolhas feitas pelo legislador importam em um equilíbrio justo entre os interesses concorrentes do Estado e daqueles diretamente afetados. Não é tarefa do Tribunal substituir as autoridades nacionais no tocante à escolha dos regulamentos mais adequados que regem reprodução assistida. Assim, no presente caso, o direito invocado pela requerente de doar embriões para pesquisa científica não é um dos direitos centrais que atraem a proteção do art. 8º do Convênio, pois não diz respeito a um aspecto particularmente importante da existência e da identidade. Por isso, com base na jurisprudência da Corte, o Estado demandado deve dispor de uma ampla margem de apreciação no presente caso.

- A questão da doação de embriões não destinado à implantação suscita delicadas questões morais e éticas, não existindo um consenso europeu sobre o assunto, de modo que a Itália não é único Estado do Conselho da Europa que proíbe a doação de embriões humanos para pesquisas científicas.

- A tarefa do Tribunal não é revisar a consistência da legislação italiana. Para serem relevantes para os fins da análise do Tribunal, as incoerências apontadas pela demandante devem estar relacionadas com o assunto da demanda que ela apresenta perante o Tribunal, a saber, a restrição do seu direito à autodeterminação em relação ao destino de seus embriões.

- A escolha de doar os embriões em questão para a pesquisa científica emana apenas da requerente, uma vez que seu parceiro está morto. Não há provas de que o seu parceiro tivesse feito a mesma escolha.

- Assim, a Corte considera que o governo não ultrapassou a ampla margem de apreciação de que gozava no presente caso e que a proibição em questão era necessária em uma sociedade democrática, de modo que não houve violação do direito da requerente de ter respeitada a sua vida privada.

- Com relação ao artigo 1º do Protocolo nº 01, ele não se aplica ao presente caso, considerando que os embriões não podem ser reduzidos a posses.

Importante citar a fundamentação do voto divergente que considera desproporcional a interferência neste caso:

Para que uma interferência seja proporcional, o Governo deve fornecer razões legítimas (relevantes e suficientes). Mesmo assumindo que existe uma grande margem de apreciação nos casos de fertilização *in vitro*, “uma vez que o uso do tratamento de fertilização *in vitro* gera questões morais e éticas sensíveis em um contexto de evolução médica rápida e desenvolvimentos científicos” [62], a interferência ainda não pode ser arbitrária. Na Itália, o aborto e a pesquisa em linhas de células-tronco estrangeiras são permitidos. A lei desconsidera o interesse em impedir o sofrimento humano real por meio de pesquisas científicas em nome da proteção de um potencial para a vida que, além disso, nunca pode se materializar nas circunstâncias do caso. Não consigo entender por que o peso preponderante está associado ao potencial de vida quando a lei italiana permite o aborto de um feto viável e, nas circunstâncias particulares do presente caso, esse potencial não pode se materializar, na ausência do consentimento do requerente. Essa atitude e a explicação relacionada são não apenas inconsistentes, mas claramente irracionais e, como tal, não podem ser justificativas suficientes para a proporcionalidade da medida”⁷³

⁷³ No original: “ In order for an interference to be proportionate the Government must provide legitimate (relevant and sufficient) reasons. Even assuming, in view of Evans (cited above, § 81), that there is a wide margin of appreciation in IVF cases, “since the use of IVF treatment gives rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments”[62], the interference still cannot be arbitrary. In Italy both abortion and research on foreign stem-cell lines are permitted. The Law disregards the interest in preventing actual human suffering through scientific research in the name of the protection of a potential for life which, moreover, cannot ever materialise in the circumstances of the case. I cannot see why preponderant weight is attached to the potential for life when Italian law does allow the abortion of a viable foetus, and in the particular circumstances of the present case, that potential cannot materialise, in the absence of the consent of the applicant.

Inferre-se do julgado que a maioria não levou em consideração, como o fez o voto divergente, a incoerência das normas internas italianas que, de um lado, impedem a doação de embriões para pesquisas científicas e, de outro, permite o aborto de um feto viável, além de permitir a pesquisa com células embrionárias importadas do exterior.

A coerência é concebida, segundo Maccormick, como um postulado argumentativo na aplicação de princípios fundamentais.⁷⁴

Trata-se, pois, de conceber o ordenamento jurídico com um sistema congruente em que todas as suas normas se relacionam logicamente e de modo harmônico, seguindo valores comuns irradiados por todo o sistema jurídicos, que seriam os princípios fundamentais.

A incoerência da argumentação se revela, ainda, quando se leva em consideração que alguns Estados aprovaram legislação que proíbem expressamente pesquisas com células embrionárias, enquanto outros permitem esse tipo de pesquisa apenas em condições restritas, como aquelas que requerem que se proteja a saúde do embrião ou que a investigação ocorra com células importadas do estrangeiro.⁷⁵ Mais uma vez aqui, parece não chamar atenção a questão do “turismo reprodutivo” e da desigualdade que o mesmo pode gerar perante os cidadãos dos Estados-membros.

Para além disso, infere-se que a argumentação contrasta com os próprios precedentes do Tribunal, já que, por exemplo, o argumento da impossibilidade de consentimento do pai, em face do seu falecimento, não foi apontado como argumento de grande peso na decisão, diferentemente do que ocorreu no caso *Evans x Reino Unido*, em que ao mesmo foi dado maior peso na decisão deste último caso.

Outro aspecto a ser pontuado é a inobservância da questão relativa às consequências da decisão. É necessário argumentar sobre as consequências favoráveis e desfavoráveis de uma decisão, levando-se em conta os valores que deram causa à ação (PERELMAN). A operação de um juízo de valor devidamente justificado demonstrará quais consequências podem ser aceitas e permitidas para resolver determinados casos.

Neste caso, a decisão conduz ao resultado de ter-se que manter os embriões congelados indefinidamente, para, finalmente, destruí-los, uma solução que não protege nenhum interesse nem a nível particular nem a nível geral.

This attitude and the related explanation are not only inconsistent but plainly irrational and as such cannot be sufficient justification for the proportionality of the measure.

⁷⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷⁵ No original: 178. However, certain States (Andorra, Latvia, Croatia and Malta) have enacted legislation expressly prohibiting any research on embryonic cells. Others allow research of this type only subject to strict conditions, requiring for example that the purpose be to protect the embryo's health or that the research use cells imported from abroad (this is the case in Slovakia, Germany, Austria and Italy).

4.2.6 Caso Mennesson e outros contra França e Labassee contra França: validade e eficácia dos contratos de gestação de substituição celebrados no exterior (65192/11 y 65941/11, julgado em 26 de junho de 2014).

Mennesson e Labassee c. Francia tratam, ambos, da eficácia dos acordos de gestação de substituição celebrados por cidadãos dos Estados-membros que proibem ou não reconhecem tais acordos em outro país que os permitem.

Por conta de problemas de infertilidade do senhor Mennesson e da Sra. Labassee, os casais celebraram contrato de gestação de substituição nos Estados Unidos. Os embriões foram produzidos usando os espermatozoides dos homens, os quais foram implantados, em cada caso, no útero de mulheres contratadas para gestar. Como resultado nasceram os gêmeos Mennesson e Juliette Labassee. Nos Estados Unidos, restou reconhecida a parentalidade do Sr. e da Sra. Mennesson em relação aos gêmeos e do Sr. e da Sra. Labassee em relação à Juliette. As autoridades francesas, suspeitando que se tratava de contrato oneroso de barriga de aluguel, recursaram-se a registrar as certidões de nascimento das crianças. No caso Mennesson, houve emissão de certidão de nascimento, sendo que a promotoria pública ingressou com ação contra o casal com objetivo de anulá-las. No caso Labassee o casal, não contestou a recusa quanto ao registro do nascimento, mas procurou obter a declaração da posse de estado de filho, a qual não foi registrado no registro civil competente.

Os requerentes recorreram até a última instância francesa, sendo que o Tribunal de Cassação entendeu que se o registro fosse efetuado importaria em reconhecer efeito ao contrato de barriga de aluguel, o qual é nulo segundo o Código Civil francês, por razões de ordem pública. O Tribunal considerou que não havia violado o direito ao respeito à vida privada e familiar dos casais, uma vez que a anulação dos registros não privou os filhos da relação de paternidade/maternidade reconhecida pelas leis da Califórnia e Minnesota, assim como não impediu que eles morassem na França.

As partes, então, interpuseram recurso perante o TEDH. Alegaram violação ao art.8º do Convênio (direito ao respeito à vida privada e familiar) e que, em detrimento do melhor interesse da criança, não puderam obter o reconhecimento na França, de relações entre pais e filhos, que tinham legalmente estabelecido no exterior. Os recorrentes no caso Mennesson alegaram, ainda, violação ao artigo 14 (proibição de discriminação) em conjunto com art. 8º, argumentando que a impossibilidade de obter o registro colocava as crianças em situação discriminatória em comparação com as outras crianças, em desrespeito ao direito das mesmas de terem respeitada a sua vida familiar.

O governo francês defendeu que não houve dano à convivência familiar entre os requerentes; que a interferência era necessária, posto que os contratos dessa

espécie ofendem a ordem pública e o princípio da indisponibilidade do corpo humano. Defende não haver consenso na Europa sobre o tema, sendo que a maioria do Estados proíbe a prática. Portanto, a legislação francesa respeita o equilíbrio entre os interesses privados e o interesse público envolvidos, assim como visa a proteger as crianças e as mães que cedem seu útero, evitando conflitos nas relações de filiação.

O caso foi julgado por sete juízes, tendo a decisão sido fundamentada com base nos seguintes argumentos:

- Aplicabilidade do art. 8º tanto no aspecto de “vida familiar” quanto no de “vida privada”. Não havia dúvida de que o sr. e a sra. Mennesson cuidavam dos gêmeos como pais, desde o nascimento dos filhos e que os quatro viviam juntos como família, no sentido dado pelo convenio ao termo.

- O direito à identidade é parte integrante do conceito de vida privada e havia um vínculo direto entre a vida privada das crianças nascidas após a gestação de substituição e determinação legal de paternidade/maternidade.

- A interferência no direito dos requerentes de respeitar sua vida privada e familiar resultante da recusa das autoridades francesas em reconhecer a relação de filiação tinha sido de acordo com a lei, na acepção do art. 8º do Convenio. A interferência seria legítima tem em vista que objetiva dois fins legítimos, quais sejam, a proteção da saúde e a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Isto porque a recusa das autoridades francesas em reconhecer a relação jurídica de filiação das crianças nascidas como resultado de contrato de barriga de aluguel no exterior visava desencorajar os franceses a realizar fora do país, uma técnica que é proibida na França, cuja razão de ser baseia-se na proteção das crianças e da mãe de aluguel.

- O Tribunal examinou se a interferência era “necessária em uma sociedade democrática”. Salientou que uma grande margem de apreciação deveria ser deixada aos Estados na tomada de decisões relacionadas à barriga de aluguel, tendo em vista as sensíveis questões éticas envolvidas e a falta de consenso sobre essas questões na Europa. Entretanto, reconheceu que essa margem de apreciação é estreita quando envolve um aspecto fundamental da identidade dos indivíduos, além do que deve haver um equilíbrio justo entre os interesses do Estado e dos indivíduos diretamente interessados, lembrando que quando houver crianças, seus melhores interesses deverão prevalecer.

- Era inevitável que a vida familiar dos recorrentes fosse afetada pela falta de reconhecimento da filiação entre Sr. e Sra. Mennesson e os gêmeos. Entretanto, os recorrentes não alegaram que os obstáculos que enfrentavam eram intransponíveis, nem demonstraram que foram impedidas de usufruir na França do direito ao respeito à vida familiar. Considerou que os quatro conseguiram se estabelecer na França, que moravam juntos como as outras famílias e não correram o risco de serem separadas por falta do registro.

- Que os tribunais franceses analisaram a situação específica e concluíram que as dificuldades práticas enfrentadas pelas demandantes não excederam os limites impostos pelo respeito à vida familiar, tendo sido alcançado um equilíbrio justo entre os interesses dos requerentes e os do Estado, no tocante ao seu direito ao respeito pela vida familiar.

- No que diz respeito ao direito dos gêmeos ao respeito a sua vida privada, reconheceu que eles estavam em uma situação de incerteza jurídica, já que embora reconhecidos em outro país como filhos do casal Mennesson, esse status lhes fora negado pelo direito francês. Há, portanto, violação à identidade das crianças no seio da sociedade em que vivem. Além disso, embora seu pai biológico fosse francês, eles enfrentavam incertezas preocupantes quanto à possibilidade de obter a nacionalidade francesa, situação suscetível de ter repercussões negativas na definição de sua própria identidade. As questões relativas ao direito sucessório, posto que não seriam herdeiros necessários, também os privavam de um componente adicional de sua identidade em relação a sua ascendência. Assim, o direito à identidade das crianças foi significativamente afetado com a recusa do Estado francês em reconhecer a relação de filiação entre as crianças nascidas por meio de barriga de aluguel realizada no exterior, assim como o melhor interesse da criança, que deve orientar qualquer decisão sobre ela.

- O fato de um dos pais ser o pai biológico da criança agravou a situação, dado que a paternidade biológica é componente da identidade de cada indivíduo e, como tal, não poderia ser sonogado esse direito à criança de ter a sua paternidade biológica reconhecida. Ao impedir o reconhecimento e o estabelecimento do relacionamento legal entre as crianças com o seu pai biológico, o Estado francês ultrapassou a margem de apreciação permitida. Assim, restou violado o art. 8º do Convênio, posto que o direito das crianças ao respeito a sua vida privada.

Quanto à violação art. 14, o Tribunal entendeu desnecessário tecer considerações a respeito, diante das considerações feitas com o reconhecimento da violação ao art. 8º.

O Estado francês foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

A sistemática argumentativa da decisão não difere das demais no tocante à sequência lógica em que se examina a proporcionalidade, a necessidade da medida adotada pelo Estado-membro e a margem de apreciação. Note-se que o respeito à identidade foi interpretado no contexto do art. 8º do Convênio ou seja, do direito ao respeito à vida privada e familiar, mediante uma interpretação material e ampla, a partir de uma perspectiva garantista, como ocorreu nos casos anteriores.

No entanto, o Tribunal faz uma distinção entre o direito à vida familiar e o direito à intimidade ao entender que a vida familiar não teria sido afetada, porque todos viveram juntos, em família, sem que tivesse havido qualquer obstáculo por parte do Estado, enquanto a intimidade das crianças teria sido

violada, na medida em que lhes fora negado o reconhecimento do vínculo de filiação biológica.

Ao que indica, a decisão segue a orientação de proceder a um exercício de ponderação ao considerar, por exemplo, que o princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer quando sopesado com a regra de proibição relativa aos contratos de gestação de substituição, como costuma acontecer em casos em que tais interesses se acham envolvidos.

4.2.7 Caso Foulon e Bouvet contra França e Laborie contra França: validade e eficácia dos contratos de gestação de substituição celebrados no exterior (nºs 9063/14 e 10410/14, julgados em 21 de julho de 2016) e (nº 14349/17, julgado em 19 de janeiro de 2017)

Trata-se, como no caso anterior, de demandas propostas igualmente contra a França, diante da recusa de transcrever o nascimento de filhos nascidos na Índia e na Ucrânia por meio de gestação de substituição, discutindo-se, pois, a validade desses contratos.

As partes alegaram ofensa ao art. 8º do Convênio, assim como a existência do precedente do caso *Mennesson/Labassee*, que tratava de situação análoga.

O Tribunal constatou que se tratava da mesma situação e, assim como no citado precedente, decidiu ter havido violação ao direito ao respeito à vida privada apenas em relação às crianças, no tocante a sua identidade, já que eram filhos biológicos dos pais e, como tal, o não reconhecimento legal dessa paternidade importou em ingerência injustificada e desproporcional das autoridades francesas, em violação ao direito assegurado pelo Convênio.

Nesses casos, portanto, construiu-se o entendimento de que a identidade está incluída dentro do conceito extensivo do direito ao respeito à vida privada e familiar, de modo que todo menor, independentemente da forma pela qual tenha sido concebido, gestado ou nascido tem direito ao reconhecimento de sua filiação, assim como a sua identidade.⁷⁶ A fim de evitar repetições, remete-se às considerações feitas acima, posto que os argumentos decisórios foram os mesmos já descritos e comentados para condenar a França, baseando-se o TEDH em seus próprios precedentes para dirimir esses conflitos.

⁷⁶ HERNÁNDEZ, Carmen Sánchez. La reproducción asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica. *Revista de Derecho Privado*, nº 72, n. 4, julio-agosto 2018, p. 39-92

A jurisprudência, segundo Miguel Reale, é uma ciência normativa (mais precisamente, compreensivo-normativa) devendo-se, porém, entender, por norma jurídica bem mais que uma simples proposição lógica de natureza ideal; é antes uma realidade cultural e não mero instrumento técnico de medida no plano ético da conduta, pois nela e através dela se compõem conflitos de interesses, e se integram renovadas tensões fático-axiológicas, segundo razões de oportunidade e prudência (normativismo jurídico concreto ou integrante).⁷⁷

Os chamados precedentes jurídicos, que formam a jurisprudência, estendem a todos o que se concedeu a um em particular, quando em situação análoga. Tal argumento assemelha-se à indução e baseia-se no princípio de identidade (tratar da mesma maneira os seres da mesma categoria) e na reciprocidade (identificação das partes), o que o assemelha à equidade.⁷⁸

Usar a jurisprudência importa em utilizar um argumento de autoridade. Trata-se de um trabalho de coerência argumentativa, cujo grau de persuasão dependerá da proximidade e atualidade entre o tema discutido no julgado e os casos anteriores⁷⁹.

Segundo Alexy a razão básica para seguir os precedentes é o princípio da universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante.⁸⁰ No mesmo sentido, Ricardo Rocha Viola:

“Com efeito, não seria nada proveito para a sociedade que os inúmeros juízes investidos na função jurisdicional pudessem prolatar decisões divergentes para casos similares. Sem dúvida alguma, neta situação estaria sendo frustradas as expectativas legítimas da sociedade, que não saberia como comportar-se em face da multiplicidade de entendimentos decisórios, por vezes contraditórios entre si. É em função desse cenário que surge a necessidade de que uma decisão, na medida do possível, alinhe-se aos seus precedentes acerca da mesma matéria⁸¹

Desta maneira, esse tipo de argumento, sem dúvida, traz coerência às decisões e promove a segurança jurídica e a equidade, papel fundamental dos Tribunais.

⁷⁷ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42.

⁷⁸ HENRIQUES, Antonio. Argumentação e discurso jurídico. 2ª ed, São Paulo: Atlas, 2013, p. 57.

⁷⁹ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 2ª Edição. São Paulo: Mandamentos, 2001, p. 259.

⁸¹ VIOLA, Ricardo Rocha. Teoria da decisão judicial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 90.

4.2.8 Caso *Paradiso e Campanelli contra Italia*: validade e eficácia dos acordos de gestação por substituição celebrados no exterior (nº 25358/12, julgado em 27 de janeiro de 2015.)

Poucos meses depois, o Tribunal se pronunciou novamente sobre a matéria no caso *Paradiso e Campanelli contra Itália*, o qual, embora se refira igualmente à maternidade sub-rogada, teve contornos bem mais dramáticos.

Um casal italiano que, após se submeter a vários tratamentos de FIV no seu país, celebrou um contrato de gestação de substituição com uma agência russa. Nascida a criança, o casal retornou a Itália, com o documento de renúncia à maternidade por parte da gestante e com a certidão de nascimento emitida pelas autoridades russas, tendo autoridades italianas se negado a outorgar efeitos a tais documentos, ao considerar que a lei italiana vedada a inseminação heteróloga e as normas relativas à adoção.

O menor foi recolhido aos serviços sociais e posto em disponibilidade para adoção.

Nesse interim, foi realizado exame de DNA, no qual se constatou que não havia qualquer vínculo biológico com os encomendantes.

O menor foi acolhido por uma família, com a finalidade de ser adotado.

Na primeira decisão, proferida por 5 votos a 3, a 2ª Sessão da Corte entendeu que tinha havido violação ao art. 8º do Convênio, posto que os recorrentes passaram com o menor as primeiras etapas importantes de sua vida e durante este período eles atuaram como pais da criança. Considerou-se desproporcional a atitude do governo italiano de entregar a criança para os serviços sociais, em face da inexistência de vínculo genético entre os requerentes e ela. A decisão também pontuou que "*(...) a referência à ordem pública não pode se converter em uma carta branca que justifique qualquer medida posto que a obrigação de levar em consideração o melhor interesse do menor incumbe ao Estado, independentemente da natureza do vínculo parental, genético ou de outro tipo. (...)*" (§80).

Ocorre que o governo italiano recorreu à grande Sala, ou plenária, tendo o resultado da demanda sido oposto. Os fundamentos da decisão foram os seguintes, em síntese:

- O Tribunal considerou que a relação entre os demandantes e a criança não se enquadrava no âmbito da vida familiar para os fins do art. 8ª do Convenio.

- Observou que a autoridade parental exercida pelos requerentes era ilegal, na medida em que eles trouxeram para a Itália uma criança estrangeira que não tinha vínculos biológicos com nenhum deles, violando as regras estabelecidas para adoção internacional, além de terem firmado acordo que violava a lei italiana que não permitia a reprodução assistida heteróloga.

- Embora não tenham vínculo biológico com a criança, a jurisprudência do Tribunal reconhecia a possibilidade de existir uma vida familiar entre aqueles que cuidaram da criança e a mesma, devido aos estreitos laços pessoais entre elas e o tempo que passaram juntos. Porém, no caso, embora tenha restados evidenciados esses laços por relatório emitido por assistentes sociais, o termino do relacionamento entre os requerentes e a criança não era diretamente imputável aos mesmos, mas que eles criaram a incerteza jurídica em relação aos vínculos em questão, quando praticaram conduta contrária à lei italiana, ao se estabelecerem na Itália com a criança. Considerou-se que as autoridades italianas reagiram prontamente solicitando a suspensão da autoridade parental, com entrega da criança aos serviços sociais e sua disponibilização para adoção.

- Tendo em vista a ausência de qualquer vínculo biológico entre a criança e os requerentes, a curta duração do relacionamento com a criança e a incerteza dos laços entre eles do ponto de vista jurídico e apesar da existência de um projeto parental e de laços emocionais, as condições para a existência de vida familiar não foram atendidas, embora o fatos se enquadrem na discussão acerca da vida privada dos requentes. Isto porque os requerentes foram afetados pelas decisões judiciais que retiraram a criança de sua guarda e colocação da mesma à disposição para adoção. Assim, as medidas tomadas em relação à criança representam uma interferência na vida privada. Essa interferência violaria o art. 8º, a menos que estivesse de acordo com a lei ou visasse um ou mais objetivos legítimos e fosse necessária em uma sociedade democrática.

- A conduta dos recorrentes foi contrária à Lei de Adoção e à proibição italiana de utilização de técnicas heterólogas de reprodução artificial, de modo que as medidas tomadas em relação à criança foram legítimas já que visavam prevenir a desordem e proteger os direitos e liberdades dos outros.

- O desejo das autoridades italianas de reafirmar a competência exclusiva do Estado para reconhecer uma relação de filiação – e isso apenas no caso de um vínculo biológico ou adoção legal – com objetivo de proteger as crianças é perfeitamente legítimo, de modo que as medidas impugnadas não foram desarrazoadas.

- As medidas impugnadas foram necessárias em uma sociedade democrática, posto que os motivos apresentados para as justificar eram relevantes e suficientes. A ilegalidade do comportamento dos requerentes e a urgência de tomar medidas em relação à criança, que consideravam em estado de abandono, de acordo com a Lei de Adoção, justificaram as medidas para prevenir desordens e proteger a criança. Assim, foram razoáveis e proporcionais.

- A proporcionalidade da medida reflete-se na avaliação dos interesses públicos envolvidos, sendo que o interesse dos requerentes tem um peso menor, posto que deixar a criança ficar com os requerentes teria sido o mesmo que legalizar a situação criada por eles em violação a importantes regras do direito italiano.

- Os Tribunais italianos, tendo concluído que a criança não sofreria danos graves ou irreparáveis com a separação, haviam alcançado um equilíbrio justo entre os diferentes interesses em jogo, mantendo-se dentro da ampla margem de apreciação, de modo que não houve violação ao art. 8º do Convenio.

A dificuldade do presente caso é manifesta diante da divergência apresentada dentro da própria Corte. Note-se que o desfecho final foi diferente dos anteriores porque, em que pese as premissas jurídicas terem sido semelhantes, em especial a proibição dos contratos de barriga de aluguel na França e na Itália, por razões de interesse público e valores éticos levados em consideração pelo legislador quando da elaboração das leis locais, uma circunstância fática consistente na existência ou não de vínculo genético entre o nascido e algum dos membros do casal encomendante foi a razão preponderante para a decisão.

Entretanto, bem avalia Carmen Hernandez da necessidade de serem ponderados outros fatores:

[..] Ante ello y, desde mi punto de vista, no son valorados otros elementos, tales como si el menor se encontraba incurso en una situación real de desamparo, considerando en este caso, se presupone que atendiendo al «interés del menor», que para éste lo más beneficioso es separarlo de sus padres comitentes y ser objeto de una adopción posterior, antes que dejarlo con éstos, por el hecho de no tener vínculo genético alguno, haber convivido poco tiempo y haber desarrollado una conducta muy cuestionable destinada al fin perseguido: tener un hijo por el que llevaban luchando muchos años. Bien es cierto que no se deben amparar conductas contrarias a la norma desarrolladas para conseguir un fin prohibido, pero lo que ocurre en este caso atendiendo a la situación del menor, llamémosle «interés», me conduce a mantener la permanencia del mismo con sus padres comitentes antes que hacerlo entrar en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia.⁸²

Ressalte-se que, no primeiro julgamento, os juízes não atribuíram tamanha relevância a essa circunstância (vínculo genético), levando em consideração o melhor interesse da criança, independentemente da natureza do tipo de vínculo familiar. Efetivamente, este é um princípio consagrado pelo Convênio e, como tal, não lhe pode ser dado um peso inferior a outro extraído a partir de argumentos baseados em premissas que não se coadunam com outros princípios vigentes.

Para Durán, esta postura significa a tentativa de dotar de uma aparência tecno-científica e médica a defesa e promoção jurídica de determinados valores, quais sejam as formas tradicionais de família com exclusão de outras. E pontua:

⁸² Ob, cit.

[...] Sem embargo, a proibição generalizada de acesso a técnicas de reprodução aplicada a todas as pessoas que não encaixam em determinado modelo de pais e de famílias parece uma medida claramente contrária aos direitos fundamentais e liberdades ideológicas e à intimidade das pessoas que desejam converter-se em progenitores. Em primeiro lugar, não parece proporcional entender que é necessária a proibição de todas estas técnicas para garantir direitos, bens e valores tais como a dignidade humana, o direito à saúde e o direito à integridade física e moral das pessoas. Em segundo lugar, uma proibição tal geral reflexa a preferência do Estado por um determinado conceito ético acerca do valor da vida, da reprodução e do modelo de família e de pais.⁸³

Por conseguinte, essa premissa estabelecida pelo Tribunal acarreta a criação de uma hierarquia entre os tipos de filiação, a merecer uma maior ou menor proteção do Estado, o que não condiz com os preceitos contemporâneos do Direito de Família e com a própria igualdade material protegida pelo Convênio e consagrada pelas Constituições europeias. O argumento, portanto, não se reveste de uma aceitabilidade racional na medida condiciona o melhor interesse da criança basicamente à existência ou não de vínculo genético entre ela e os pais.

4.2.9 Caso Nedescu v. Romênia: a quem pertencem os embriões congelados? (julgado em 16 de junho de 2020)

O caso **Nedescu v. Romênia** tem como questão central o direito de um casal ao acesso aos embriões criopreservados após a separação. Os requerentes, um casal que se submeteu à fertilização in vitro (FIV), separaram-se antes que os embriões criopreservados fossem utilizados. A mulher buscava acesso aos embriões, enquanto o ex-companheiro se opunha à utilização.

Após o fim do relacionamento, o marido retirou o consentimento para a utilização dos embriões congelados, o que, segundo as leis romenas, resultaria na destruição dos embriões. A mulher argumentou que o direito de acesso aos embriões fazia parte de sua autonomia reprodutiva, protegida pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante o direito ao respeito à vida privada e familiar. O julgamento considerou em argumentação jurídica:

- - **Direito à Vida Privada e Autonomia Reprodutiva:** O Tribunal considerou que o acesso aos embriões faz parte da autonomia reprodutiva e

⁸³ DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: Interpretação Constitucional e Biodireito. In BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (org.). Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237-261.

está intrinsecamente ligado ao direito à vida privada, conforme previsto no artigo 8º da Convenção. Os juízes argumentaram que a autonomia reprodutiva inclui a liberdade de tomar decisões sobre o uso de embriões congelados, desde que as legislações nacionais protejam esse direito de maneira proporcional e adequada.

- **- Conflito de Direitos e Margem de Apreciação:** O TEDH reconheceu que havia um conflito entre os direitos dos dois membros do casal: o direito da mulher de exercer sua autonomia reprodutiva e o direito do ex-companheiro de não ser forçado a se tornar pai contra sua vontade. A Corte destacou que os Estados têm uma margem de apreciação para regulamentar questões bioéticas sensíveis, incluindo o uso de embriões criopreservados. No entanto, essa margem deve ser exercida de forma proporcional, equilibrando os direitos individuais envolvidos.
- **Proporcionalidade e Proteção do Direito à Vida Privada:** Os juízes enfatizaram a importância de assegurar que as regulamentações nacionais fossem aplicadas de maneira a respeitar a vida privada de ambos os indivíduos, considerando que a proibição automática do uso de embriões congelados, quando um dos membros do casal retira o consentimento, poderia resultar em uma restrição desproporcional ao direito da mulher de ter filhos.

O TEDH concluiu que a decisão do tribunal romeno de negar o acesso da mulher aos embriões, sem considerar suficientemente sua autonomia reprodutiva e o impacto sobre seu direito à vida privada, violava o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Tribunal, portanto, reforçou a importância de um equilíbrio justo entre os direitos em jogo, ao aplicar regulamentações relacionadas à *fertilização in vitro* e embriões criopreservados. Embora o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tenha reconhecido que o acesso aos embriões faz parte da autonomia reprodutiva da mulher e que o direito à vida privada foi violado, a Corte respeitou o direito do ex-companheiro de retirar seu consentimento.

Portanto, o julgamento reconheceu a violação dos direitos da mulher, mas não autorizou o uso dos embriões, pois o direito do ex-companheiro de retirar o consentimento foi considerado legítimo e prevaleceu no caso.

Este caso reforçou a ideia de que a autonomia reprodutiva é parte integrante do direito à vida privada e que as legislações nacionais devem ser aplicadas de maneira proporcional para proteger esses direitos.

4.2.10 Caso X e outros v. Polônia: casais do mesmo sexo e acesso a técnicas de reprodução assistida (julgado em 07 de abril de 2020)

O caso envolveu a recusa do governo polonês em permitir que casais do mesmo sexo utilizassem técnicas de reprodução assistida, o que levou os requerentes a argumentar que essa decisão violava seus direitos à vida familiar e à não discriminação.

Os requerentes, um casal do mesmo sexo, queriam utilizar técnicas de reprodução assistida (TRA) para ter filhos, mas enfrentaram obstáculos legais devido à legislação polonesa, que restringia o acesso a essas técnicas apenas a casais heterossexuais. A Polônia proibiu explicitamente que casais do mesmo sexo utilizassem TRA, o que levou os requerentes a buscar justiça no TEDH, alegando que essa restrição violava o artigo 8º (direito à vida privada e familiar) e o artigo 14º (proibição de discriminação) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O julgamento foi por maioria. Embora a maioria dos juízes tenha concordado que a Polônia violou os direitos dos casais do mesmo sexo ao impedir o acesso às técnicas de reprodução assistida, houve juízes que discordaram da decisão, emitindo votos vencidos. O voto vencedor teve em vista a seguinte argumentação jurídica:

- **Violação do Artigo 8º (Direito à Vida Familiar):** O TEDH concluiu que a recusa da Polônia em permitir que casais do mesmo sexo utilizassem técnicas de reprodução assistida violava o direito dos requerentes à vida privada e familiar, conforme o artigo 8º da Convenção. O Tribunal argumentou que o direito de formar uma família é uma parte essencial da vida privada e familiar, e essa liberdade não pode ser restringida de forma discriminatória com base na orientação sexual.
- **Violação do Artigo 14º (Proibição de Discriminação):** O TEDH também decidiu que a Polônia violou o artigo 14º da Convenção, que proíbe discriminação. O Tribunal argumentou que, ao restringir o acesso às técnicas de reprodução assistida exclusivamente a casais heterossexuais, o Estado polonês discriminou injustamente os casais do mesmo sexo. Essa discriminação foi considerada uma violação dos direitos à igualdade e à dignidade dos requerentes.
- **Margem de Apreciação do Estado:** A Polônia argumentou que, de acordo com a sua legislação e valores tradicionais, deveria ter o direito de decidir quem poderia acessar as técnicas de reprodução assistida. O TEDH reconheceu que os Estados têm uma margem de apreciação em questões sensíveis relacionadas à moralidade e à família. No entanto, a Corte afirmou que essa margem de apreciação não pode ser exercida de maneira a discriminar indivíduos com base na sua orientação sexual. O Tribunal

ênfatiou que o direito à vida familiar deve ser protegido igualmente para todos, independentemente da composição da família.

- **Proporcionalidade e Necessidade de Proteção Contra Discriminação:** O TEDH destacou que as políticas nacionais devem ser aplicadas de maneira proporcional e razoável, sem criar discriminação injustificada contra grupos vulneráveis. A Corte sublinhou que os direitos à vida privada e familiar, quando combinados com o princípio da não discriminação, exigem que os casais do mesmo sexo sejam tratados de forma justa e igualitária no acesso a serviços de reprodução assistida.

O voto vencedor determinou que a recusa da Polônia em permitir que casais do mesmo sexo acessassem técnicas de reprodução assistida violava os artigos 8º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O TEDH concluiu que as políticas polonesas eram discriminatórias e desproporcionais, privando casais do mesmo sexo de seus direitos à vida familiar de maneira injusta e contrária ao princípio da não discriminação. O Tribunal reforçou que os Estados não podem usar sua margem de apreciação para justificar a discriminação com base em orientação sexual, devendo proteger o direito à igualdade e à vida familiar de todos os indivíduos.

De outro lado, vale ressaltar as considerações dos votos vencidos:

- **Margem de Apreciação do Estado:** Os juízes que emitiram o voto vencido argumentaram que a Polônia deveria ter uma **ampla margem de apreciação** para decidir sobre questões sensíveis, como o acesso às técnicas de reprodução assistida, particularmente em áreas relacionadas à moralidade pública e ao conceito de família. Eles ressaltaram que o Tribunal deve ser cauteloso ao interferir nas políticas nacionais, especialmente em questões que envolvem tradições culturais e valores morais específicos de cada Estado.
- **Proteção da Família Tradicional:** O voto vencido ênfatiou que a decisão do Estado polonês de restringir o acesso à reprodução assistida aos casais heterossexuais estava alinhada com a sua política de proteção da "família tradicional", que é reconhecida pela legislação polonesa. Segundo essa visão, os casais do mesmo sexo não estariam incluídos no conceito de família tradicional defendido pela legislação nacional, e, portanto, o Estado teria o direito de definir políticas públicas que preservem essa estrutura familiar.
- **Ausência de Consenso Europeu:** Outro ponto levantado pelo voto vencido foi a ausência de um consenso claro entre os Estados europeus sobre a questão do acesso de casais do mesmo sexo às técnicas de reprodução assistida. Os juízes dissidentes consideraram que, devido à falta de

consenso, os Estados deveriam ter mais liberdade para legislar sobre o assunto de acordo com seus próprios valores e tradições.

- **Proporcionalidade e Justificação da Restrição:** Os juízes também argumentaram que a restrição imposta pela Polônia era **proporcional**, uma vez que refletia a vontade democrática do país de proteger a estrutura familiar tradicional e não impunha uma proibição absoluta aos casais do mesmo sexo em outras áreas da vida familiar. Eles defenderam que o Estado estava agindo dentro de sua discricionariedade legítima e que a política não constituía uma violação dos direitos humanos, mas uma escolha legislativa válida.

O voto vencido sustentou que a Polônia deveria ter o direito de manter políticas que reflitam seus valores sociais e morais sobre a família, mesmo que isso significasse restringir o acesso de casais do mesmo sexo às técnicas de reprodução assistida. Os juízes dissidentes acreditavam que a decisão da maioria interferiu indevidamente nas prerrogativas do Estado e não respeitou suficientemente a margem de apreciação permitida em questões relacionadas à moralidade e à definição de família.

Na medida em que a família ganhou uma dimensão mais ampla, calcada na busca da realização pessoal de seus membros e da dignidade deles, não há mais como não se admitir a proteção das famílias homoafetivas.⁸⁴

Mais uma vez, a discrepância demonstra as dificuldades de uniformizar legislações e decisões judiciais sobre o tema.

4.2.11 Caso P.M. v. Reino Unido: recusa do sistema público de saúde do Reino Unido em cobrir os custos de tratamentos de reprodução assistida (julgado em 12 de maio de 2023)

O julgamento tratou da recusa do sistema público de saúde do Reino Unido em cobrir os custos de tratamentos de reprodução assistida, especificamente fertilização in vitro (FIV), para uma mulher que alegou discriminação com base em sua situação de saúde e situação financeira. O caso envolvia a análise da política de saúde pública e seus impactos no direito à não discriminação e à vida familiar.

A requerente, P.M., foi diagnosticada com problemas de infertilidade e buscou tratamento de fertilização in vitro (FIV). No entanto, o sistema público de saúde do Reino Unido negou a cobertura para o tratamento devido à aplicação de políticas restritivas sobre quem poderia acessar tratamentos de reprodução assistida

⁸⁴ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2016, p.184

por meio do sistema público. P.M. argumentou que a recusa representava uma discriminação e uma violação de seu direito à vida privada e familiar, previsto no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e do artigo 14º, que proíbe discriminação. O voto vencedor se embasou na seguinte argumentação jurídica:

- **Margem de Apreciação do Estado:** O TEDH reconheceu que os Estados têm uma **certa margem de discricionariedade** ao formular políticas públicas de saúde, incluindo a alocação de recursos e os critérios para cobertura de tratamentos de fertilização in vitro. No entanto, a Corte argumentou que essa discricionariedade não pode ser exercida de forma a criar discriminação injustificada ou desproporcional entre os cidadãos.
- **Violação do Artigo 8º (Direito à Vida Familiar):** O Tribunal concluiu que o direito à vida familiar inclui o direito de tentar formar uma família por meio de tratamentos médicos, como a FIV, e que a recusa do sistema público de saúde do Reino Unido em fornecer esse tratamento para P.M. sem justificativa proporcional violava esse direito. O TEDH destacou que os tratamentos de FIV são essenciais para casais ou indivíduos que enfrentam problemas de infertilidade, e o acesso a esses tratamentos é parte integrante do direito à vida privada e familiar.
- **Violação do Artigo 14º (Proibição de Discriminação):** O TEDH também decidiu que a recusa representava uma **discriminação** com base na saúde e na situação financeira da requerente. A Corte enfatizou que, embora o Estado tenha o direito de estabelecer critérios de elegibilidade para tratamentos de saúde, essas políticas não podem resultar em discriminação indireta ou desproporcional contra grupos vulneráveis, como pessoas com infertilidade. Ao negar a cobertura a P.M. com base em critérios arbitrários, o Reino Unido falhou em tratar de maneira justa as necessidades médicas relacionadas à fertilidade.

Embora a decisão tenha sido amplamente aceita, houve **votos vencidos** que expressaram preocupação com a interferência do Tribunal nas políticas de saúde nacionais. Os juízes dissidentes argumentaram que:

- **Margem de Apreciação Ampla:** Eles acreditavam que os Estados devem ter uma margem mais ampla para decidir como distribuir os recursos de saúde pública, especialmente em relação a tratamentos médicos caros como a FIV. Para esses juízes, o Tribunal não deveria intervir nas decisões de priorização de recursos do Reino Unido.

- **Proporcionalidade da Recusa:** O voto vencido também considerou que a política do Reino Unido não era desproporcional, pois o Estado oferecia alternativas para alguns tratamentos de saúde reprodutiva, e as restrições impostas tinham como objetivo garantir a eficiência e a sustentabilidade do sistema de saúde pública.

O TEDH, por **maioria**, concluiu que a recusa do sistema público de saúde do Reino Unido em cobrir os custos do tratamento de fertilização in vitro para P.M. **violava o artigo 8º (direito à vida privada e familiar) e o artigo 14º (proibição de discriminação)** da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A Corte reafirmou que, embora os Estados tenham margem para formular suas políticas de saúde, essa margem não pode ser usada de forma a criar discriminação injustificada ou negar acesso a tratamentos essenciais de maneira desproporcional.

Assim, a decisão reforçou a importância de garantir o acesso igualitário a tratamentos de saúde reprodutiva, especialmente para indivíduos ou casais que enfrentam problemas de infertilidade, incluindo os direitos reprodutivos como direito à saúde.

5

CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO

Consoante já mencionado, em face da disseminação da utilização das técnicas de reprodução humana assistida é imperiosa a necessidade de regulamentação legal da matéria, tendo em vista suas consequências jurídicas, principalmente em relação à filiação e aos direitos de personalidade.

A situação legislativa atual no Brasil é a existência de normas do Código Civil em vigor, insuficientes para solucionar a gama de problemas que o tema apresenta e normas deontológicas previstas nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, encontrando-se a matéria regulamentada atualmente pela Resolução nº 2.320/22, aplicadas aos profissionais médicos.

Outrossim, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.184/2003, que visa regulamentar as práticas de reprodução assistida no país. Esse projeto foi proposto para criar um marco regulatório mais claro e detalhado sobre as técnicas de reprodução assistida, abordando aspectos como o uso de sêmen, óvulos e embriões congelados, bem como direitos e deveres de médicos, pacientes e doadores. No entanto, em face da evolução da medicina nessa área e da jurisprudência da Corte Constitucional sobre família, o mesmo se apresenta ultrapassado e desconforme com a realidade médica e jurídica atual.

Recentemente, está em tramitação proposta de novo Código Civil brasileiro, onde a reprodução humana assistida é tratada de maneira mais detalhada em comparação com o Código Civil atual, com o objetivo de adaptar a legislação às evoluções científicas e às novas configurações familiares. O projeto busca regulamentar aspectos importantes dessa técnica, incluindo questões relacionadas à filiação, à doação de gametas, à preservação de embriões e à gestação por substituição (barriga de aluguel). As principais propostas são:

1. **Filiação decorrente de reprodução assistida:** O projeto reconhece a filiação decorrente de técnicas de reprodução assistida, independentemente da origem do material genético. Isso significa que os pais que utilizam doadores de sêmen ou óvulos serão legalmente reconhecidos como pais dos filhos gerados por meio dessas técnicas, sem qualquer distinção entre filiação biológica e filiação assistida.

2. **Consentimento formal:** Um dos pontos fundamentais é a exigência de que o casal ou a pessoa que deseja utilizar técnicas de reprodução assistida forneça um **consentimento formal e informado**, garantindo que estão cientes dos aspectos legais, médicos e éticos envolvidos. Entretanto, o Código Civil não foi claro sobre a revogação do consentimento, especialmente em casos de doação de gametas e embriões.

3. **Doação de gametas e embriões:** O novo projeto estabelece normas sobre a doação de espermatozoides, óvulos e embriões, respeitando o anonimato dos doadores, salvo se houver consentimento expresso em contrário ou em situações de risco à saúde e outras avaliadas casuisticamente pelo juiz. A doação é permitida tanto para casais heterossexuais como para indivíduos ou casais homoafetivos, garantindo maior inclusão e igualdade no acesso às técnicas.

4. **Gestação por substituição (barriga de aluguel):** O projeto do novo Código Civil também traz regras para a **gestação por substituição**, prevendo que essa prática deve ser altruísta, ou seja, sem fins lucrativos. Pessoas com laços familiares de até quarto grau com os pais biológicos podem participar do processo de gestação por substituição, garantindo maior segurança jurídica às partes envolvidas. No entanto, o Código avançou para incluir a possibilidade de cessão em razão de laços de “amizade”, o que é bastante criticado diante da subjetividade deste conceito e da possibilidade de burla à gratuidade da cessão.

5. **Direitos dos filhos gerados por reprodução assistida:** Os filhos gerados por reprodução assistida têm os mesmos direitos de filiação, herança e convivência familiar que os filhos concebidos naturalmente, sem qualquer discriminação. O projeto reforça a **proteção dos direitos da criança** e a estabilidade das relações familiares estabelecidas por meio dessas técnicas.

6. **Embriões excedentários:** O novo Código Civil trata também da questão dos **embriões excedentários**, permitindo sua conservação por um período de tempo e regulamentando as possibilidades de doação para outros casais ou indivíduos, pesquisa científica ou descarte, desde que respeitadas as condições estabelecidas por lei.

Nessa senda, o projeto do novo Código Civil busca modernizar e ampliar o arcabouço jurídico brasileiro sobre reprodução assistida, adequando-o às novas realidades familiares e tecnológicas. A proposta visa garantir segurança jurídica aos pais, proteger os direitos das crianças nascidas por meio dessas técnicas e estabelecer normas éticas e legais claras para o uso de reprodução assistida no Brasil. Porém, precisa de ampla participação da sociedade em sua discussão.

No que tange à jurisprudência, das decisões do Tribunal Europeu de Direito Humanos, a partir da lógica argumentativa utilizada pelo mesmo, em que pesem as diferenças relativas à competência e às peculiaridades do direito europeu, cumpre-se extrair algumas contribuições para o Direito brasileiro, onde a jurisprudência ainda é discrepante em situações de extrema gravidade.

A primeira delas refere-se à extensão do direito ao respeito à vida privada e familiar em cujo núcleo está contido o direito ao planejamento familiar, assegurado pela Constituição Brasileira de 1988.

De fato, as decisões do TEDH demonstram uma tendência a uma interpretação ampliativa do conceito do direito ao respeito à vida privada e familiar, para se reconhecer um direito à reprodução como face desse direito, seja ela natural ou artificial. Neste contexto, é importante observar que não se trata apenas de um reconhecimento para efeitos de proteção aos direitos fundamentais, mas tal reconhecimento tem consequências em distinguir o que se trata de obrigação positiva ou negativa do Estado.

Este ponto é crucial e precisa estar bem delimitado em uma futura legislação a respeito do tema.

No âmbito do Direito Brasileiro, não restam dúvidas de que a consagração pela Constituição Federal de 1988 do direito ao livre planejamento familiar dá força à interpretação no sentido de que se trata de um direito amplo, cujas restrições devem ser limitadas a interesses públicos relevantes, para utilizar os termos da jurisprudência do TEDH.

Sobre o direito ao planejamento familiar, o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

[..] A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros

componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). (...) ⁸⁵

Porém, a extensão desse direito a ponto de incluir ou não um direito à reprodução assistida é tema sobre o qual ainda não há consenso. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou:

Infere-se que o acórdão de 2º Grau entendeu não ser razoável o atendimento ao pedido dos agravantes, de custeio, pelo Poder Público, do tratamento para reprodução assistida, em hospital de outro Estado ou clínica particular, pois o direito ao planejamento familiar não se inclui no âmbito de proteção ao direito fundamental à saúde, assegurado pela Constituição Federal, consoante se extrai do voto condutor do acórdão recorrido, in verbis:

"A apelação é tempestiva e possui os demais requisitos de admissibilidade. Recurso de Apelação interposto contra a r. sentença de fls. 98/101, que julgou improcedente o pedido de custeio do tratamento para reprodução assistida (fertilização in vitro), sendo a autora, hipossuficiente economicamente, portadora de infertilidade decorrente de salpingectomia bilateral. Narram os autores, que são casados desde 2003 e não conseguem ter filhos de forma natural. Após o diagnóstico da infertilidade (fls. 28/29), concluiu o Instituto de Ginecologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que o único tratamento indicado seria o da fertilização in vitro. Inexistindo Hospitais no Estado do Rio de Janeiro habilitados a realizar o referido tratamento, foram os autores encaminhados ao Hospital Pérola Byghton localizado no Estado de São Paulo. Sem conseguir agendar atendimento no Estado de São Paulo, os autores, através do Núcleo de Fazenda Pública, encaminharam um ofício à Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, solicitando informações quanto à possibilidade de tratamento em Hospital Estadual. Em resposta, a Secretaria informou que o tratamento solicitado pelo casal não é oferecido na rede pública de saúde e que não se encontra na tabela descritiva de procedimentos do SUS. Informou, ainda, que a legislação vigente só autoriza tratamento fora do domicílio para procedimentos que estão relacionados nas Tabelas Descritivas de Procedimentos SIA e SIH/SUS (fls. 33). Assim, pleiteiam os autores, que seja julgada procedente a presente ação,

⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.jus.br. Acesso em: 09 nov. 2019.

determinando-se aos réus, em atenção ao artigo 226, §7º, da CR e nos termos do disposto na Lei 9.263/96, o fornecimento do tratamento de fertilização in vitro em unidade diversa da Federação, de acordo com a Portaria nº 55/99 do Ministério da Saúde e Resolução SES nº 1899/02, que disciplinam o tratamento fora do domicílio, ou, ainda, seja determinado o custeio do tratamento de reprodução assistida em clínica particular. No entanto, sem razão os apelantes. **Não é razoável obrigar o Estado ao alto gasto com tratamento de fertilização, pois o direito ao planejamento familiar não se inclui no âmbito de proteção ao direito fundamental à saúde.** O Poder Público está obrigado a assegurar o mínimo existencial a pessoas economicamente hipossuficientes, mas sua atuação está limitada a reserva do possível, uma vez que a realização do direito social à saúde, consistente em uma prestação positiva, está subordinada às possibilidades do orçamento. **O direito ao planejamento familiar não está inserto no mínimo existencial, pelo que não se pode afastar do caso a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição, segundo o qual os direitos assegurados pela Carta dependem de dotação orçamentária para serem implementados pelo Estado.** Não é outro o entendimento dessa Corte de Justiça:

'APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO AUTORAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. O TRATAMENTO PRETENDIDO NÃO ESTÁ INCLUSO NO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, NA MEDIDA EM QUE A INFERTILIDADE NÃO CONFIGURA EXISTÊNCIA DE UMA ENFERMIDADE. EMBORA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA A PATOLOGIA DA QUAL É PORTADORA A AUTORA AFIGURE-SE NECESSÁRIO A FIM DE EVITAR O DANO A SUA SAÚDE, O MESMO NÃO SE PODE AFIRMAR EM RELAÇÃO AO TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO, POSTO NÃO SER ESSENCIAL À MANUTENÇÃO DA SAÚDE OU DA VIDA DA AUTORA. OS MEDICAMENTOS PLEITEADOS PELA AUTORA, COM EXCEÇÃO DO ZOLADEX, SÃO ESPECÍFICOS AO TRATAMENTO DE INFERTILIDADE E NÃO INTEGRAM ELENCO OFICIAL DE MEDICAMENTOS DA ESFERA PÚBLICA. ENTENDIMENTO DESTES

E. TRIBUNAL ACERCA DO TEMA. R. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT DO CPC C/C ART. 31, INCISO VIII, DO REGIMENTO INTERNO DESTES E. TRIBUNAL.'

(0216806-75.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - DES. CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 22/10/2013 - DECIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL)

'Apelação Cível. Fertilização in vitro. Pedido de custeio pelo Estado e Município do Rio de Janeiro. Cerceamento de defesa não configurado. Exame pericial desnecessário ao deslinde da controvérsia. Demanda que versa sobre a obrigatoriedade do Sistema Público de Saúde de custear o tratamento, e não sobre a impossibilidade de a autora engravidar. **Em que pese o justo desejo de constituir família, o tratamento pretendido não está abrangido pelo conceito de garantia do direito fundamental à saúde.** Sentença mantida. Jurisprudência do TJ/RJ. RECURSO QUE TEM O SEGUIMENTO NEGADO, na forma do art. 557, caput do CPC.' (0301692- 07.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. PEDRO SARAIVA ANDRADE LEMOS - Julgamento: 19/09/2013 - DECIMA CÂMARA CÍVEL) 'DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE ENDOMETRIOSE E

FERTILIZAÇÃO IN VITRO. 1. Não obstante, ser assegurado pela Constituição da República o direito à saúde, e o dever do Estado de viabilizar, através de políticas sociais e econômicas, acesso universal igualitário a serviços e ações para sua proteção e recuperação (art. 196), a verba pública deve ser destinada aos necessitados, com o fito de atendê-los de forma igualitária e no maior número possível. 2. Ainda que o Estado tenha o dever de fornecer meios que assegurem o direito ao planejamento familiar, este não é tido como um direito fundamental, trata-se de norma de conteúdo programático, podendo, inclusive ser observado o princípio da reserva do possível. Não seria aceitável investir em um tratamento que não consta em nenhum programa de saúde pública diante de tantas outras doenças e necessidades que acometem a população. 3. Negado seguimento.' (0316469- 31.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. ADOLPHO ANDRADE MELLO - Julgamento: 03/09/2013 - NONA CÂMARA CÍVEL)

'CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. Ação proposta em face do Estado do Rio de Janeiro para compeli-lo a fornecer à autora tratamento de fertilização, haja vista estar ela impossibilitada de engravidar por meio natural. Sentença de improcedência. Reserva do possível. Apelo da vencida.(...) **4. Embora o direito ao planejamento familiar esteja previsto na Constituição da República, ela não o alça como direito fundamental - de aplicabilidade imediata. Trata-se de norma de conteúdo programático (art. 226, §7.º, da CR);** embora o Estado tenha o dever de implementar o programa enunciado, sob pena de incorrer em

inconstitucionalidade por omissão, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo avaliar, frente a outras normas de igual espécie, o momento mais adequado à implementação de política pública que garanta a sua efetividade, podendo postergá-lo desde que não fira o princípio da razoabilidade.5. **O direito ao planejamento familiar não está inserto no mínimo existencial, pelo que não se pode afastar do caso a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição, segundo o qual os direitos assegurados pela Carta dependem de dotação orçamentária para serem implementados pelo Estado.** 6. Não é razoável o gasto com tratamento de fertilização, não disponível na rede pública estatal, que pode ou não ter sucesso, enquanto que, com esse valor, poderiam ser tratadas várias pessoas doentes.7. Preliminares rejeitadas. Apelo ao qual se nega provimento. Unânime.' (0005359-16.2006.8.19.0001 (2008.001.07121) – APELACAO - DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 20/05/2008 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)⁸⁶

Destaca-se desse julgado o não reconhecimento do direito ao planejamento familiar como direito fundamental, de aplicabilidade imediata, nem como inserido âmbito de proteção ao direito fundamental à saúde. Essa categorização é importante porque conduz à conclusão acerca da não obrigatoriedade de o Estado custear esses tratamentos quando não há previsão orçamentária para tal, caindo na chamada reserva do possível. De fato, a realidade brasileira no tocante à saúde pública não pode ser comparada com a dos países europeus, embora o cenário socioeconômico não possa condicionar os direitos fundamentais dos cidadãos.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que os planos de saúde não são obrigados a cobrir o tratamento de fertilização in vitro (FIV), salvo quando houver uma previsão contratual expressa. A decisão foi tomada pela Segunda Seção do STJ, no contexto do julgamento do Tema 1067 dos recursos repetitivos. O ministro relator, Marco Buzzi, destacou que a legislação brasileira, conforme a Lei 9.656/1998, exclui a inseminação artificial da cobertura obrigatória, mas inclui o planejamento familiar, sendo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) responsável pela regulamentação.

A ANS, em resoluções como a de número 192/2009, também excluiu expressamente a inseminação artificial da lista de procedimentos obrigatórios e, por consequência, o STJ entendeu que a fertilização in vitro, que é um procedimento mais complexo e oneroso, também não deve ser coberta de maneira compulsória. Para o relator, isso garante o equilíbrio econômico-financeiro dos planos de saúde, evitando prejuízos ao sistema e aos demais segurados.

⁸⁶ AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.559 - RJ (2014/0187535-0. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 11 fev. 2024

Essa decisão foi fundamentada em uma interpretação que busca garantir a sustentabilidade dos planos de saúde, não obrigando a cobertura de procedimentos considerados facultativos pela legislação e pela regulamentação vigente, salvo disposição contratual específica que preveja tal cobertura. A propósito, o julgado:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.851.062 - SP (2019/0356986-1) RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI RECORRENTE : BRADESCO SAUDE S/A ADVOGADOS : LUIS FELIPE FREIRE LISBOA - DF019445 ALESSANDRA MARQUES MARTINI - SP270825 RECORRIDO : L A M A ADVOGADO : VANESSA SINHORINI - SP337193 INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE" ADVOGADOS : FILIPE SEIXO DE FIGUEIREDO - RJ180663 GUSTAVO BINENBOJM - DF058607 RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ - DF046142 ANDRÉ RODRIGUES CYRINO - DF058605 ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS - DF058608 INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED - "AMICUS CURIAE" ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA MENDES MAFFRA ROCHA - SP211945 RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA - SP366173 CALEBE TORTORA ALVES - DF056082 INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE" EMENTA RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015 - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA PROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - MANUTENÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO - INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - CUSTEIO DE TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO - INVIABILIDADE - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO. 1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015: 1.1. Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro. 2. Caso concreto: ausente cláusula autorizando a cobertura do tratamento de fertilização in vitro, impõe-se o acolhimento da insurgência recursal a fim de julgar improcedente o pedido inicial. 3. Recurso especial provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Documento: 137878135 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 27/10/2021 Página 1 de 2 Ribeiro divergindo do Sr. Ministro Relator, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator. Para os fins repetitivos, restou firmada a seguinte tese: "Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro. Vencidos os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Consignado pedido de preferência pela Interessada FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, representada pelo Dr. Mateus Dias. Brasília (DF), 13 de outubro de 2021 (Data do Julgamento) MINISTRO MARCO AURÉLIO.⁸⁷

Por outro lado, não se pode negar avanços na jurisprudência brasileira no que tange à proteção dos direitos reprodutivos femininos. A título de exemplo, pode-se citar a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, por unanimidade, determinou que os planos de saúde são obrigados a custear o processo de criopreservação de óvulos das pacientes com câncer. A medida é preventiva devido ao risco de infertilidade do tratamento e deve ser realizada até o final da quimioterapia.

A decisão do colegiado, garantiu que, se a operadora de saúde cobre o tratamento do câncer, também deve custear a prevenção dos efeitos adversos causados pela quimioterapia. Nesse contexto, ela representa um grande avanço quanto aos direitos reprodutivos e também do tratamento diante do abalo emocional com mudanças significativas na vida da paciente, seja por receber a notícia da confirmação ou o estresse de investigar uma doença maligna ou limitante. O fato de ter cobertura para preservação de gametas dentro do plano terapêutico para o câncer dará a chance de a mulher ter sua prole com o próprio material genético.⁸⁸

Sobre essa ótica, infere-se uma nítida diferenciação das decisões tomadas pelo TEDH que tendem a considerar os direitos reprodutivos como inseridos na categoria de direito ao respeito à vida privada e familiar e, conseqüentemente, passível de ensejar uma obrigação positiva por parte do Estado, embora ainda pare divergência sobre a matéria o que ficou evidenciado no julgamento do caso Dickson x Reino Unido. Por conseguinte, essa matéria impescinde de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal porque, por óbvio, a futura lei sobre reprodução assistida vai acarretar conseqüências em relação ao direito ao planejamento familiar.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1851062/SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi. 2ª Seção, julgado em 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 out. 2024.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.815.796 - RJ (2019/0150440)**-Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, julgado em 2019.

No tocante a temas controvertidos como fertilização *in vitro* heteróloga, inseminação *post mortem*, gestação de substituição, diagnóstico pre-implantacional etc percebe-se que o TEDH adota uma postura de respeito às legislações nacionais diante das peculiaridades locais no tocante a valores ético- morais.⁸⁶

Embora existam vários aspectos polêmicos que envolvem o tema da reprodução assistida, chama-se atenção aqui para temas que foram corriqueiramente discutidos pelo TEDH conforme análise de sua jurisprudência, quais sejam a questão do consentimento informado, dos contratos de gestação de substituição e a utilização do diagnóstico genético pré-implantacional.⁸⁷

Primeiramente, é visível a força que é dada ao termo de consentimento informado firmado pelas pessoas que se utilizam das técnicas de reprodução assistida como meio de realização de um projeto parental. O caso Evans x Reino Unido demonstra bem essa assertiva ao não permitir a implantação dos embriões sem autorização de um dos envolvidos. De fato, princípios como a autonomia da vontade, a liberdade reprodutiva e boa-fé consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro condizem com essa interpretação e com a ideia de que se trata de um projeto parental no qual a manifestação de vontade livre e esclarecida é fundamento de validade e legitimidade para qualquer intervenção médica.⁸⁸ Ademais, não há dúvidas de que garante a segurança jurídica imprescindível à realização dos procedimentos, diante das consequências nas relações de família e para os direitos de personalidade dos envolvidos.

Sobre a disputa para utilização de embriões, após o divórcio, como exemplo podemos citar a decisão do TJDF:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. BIOÉTICA. BIODIREITO. DIVÓRCIO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO HOMÓLOGA. EMBRIÕES EXCENDENTÁRIOS. DESTINAÇÃO. DESCARTE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E DA AUTODETERMINAÇÃO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é livre decisão do casal, observado o princípio da paternidade responsável, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de entidades públicas ou privadas. 2. A paternidade, que deve ser sempre responsável, encerra um complexo feixe de direitos e deveres jurídicos, sociais e morais dos genitores, biológicos ou afetivos. 3. O princípio da autodeterminação também no planejamento familiar assegura que a decisão de ter filho, de como tê-los, a quantidade, é uma decisão livre do casal, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. 4. Com o desenvolvimento tecnológico, mormente nas ciências biológicas, foram desenvolvidas e aperfeiçoadas técnicas de reprodução assistida, as quais permitiram que reprodução humana se dissociasse da sexualidade, o que exigiu e ainda

exige a modificação das estruturas jurídicas com vistas ao acolhimento e normatização desta nova realidade. 4.1. No manejo das técnicas de reprodução assistida se verifica a cisão temporal entre formação do embrião e a implantação no útero da pessoa que gestará o feto. Desse modo, em atendimento ao princípio da autodeterminação e do livre planejamento familiar como decisão do casal, a vontade procriacional daqueles que optem por essa técnica - fertilização in vitro homóloga -, caso queiram exercer a paternidade a partir do embriões excedentários criopreservados, deve se manter perene até a implantação na pessoa que gestará a criança. 4.2. Porém, ante os princípios da paternidade responsável e da autodeterminação, um ou ambos os cônjuges/companheiros, durante o casamento, ou os ex-cônjuges/companheiros que se valeram da fertilização in vitro homóloga, podem, no livre exercício daqueles princípios, individual ou conjuntamente, decidirem não mais seguir adiante com o projeto parental antes iniciado, o que enseja o descarte do embriões criopreservados. 5. ?8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade. 9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas. 10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito? (STJ - (REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021). 6. A manifestação de vontade dos genitores quanto à destinação dos embriões excedentários criopreservados decorrentes da utilização das técnicas de reprodução assistida é uma exigência do Conselho Federal de Medicina no momento de se colher o consentimento informado. Contudo, o consentimento ali externado pode ser modificado ou revogado a qualquer momento, em homenagem ao princípio da autodeterminação no planejamento familiar e da paternidade responsável. 7. Recurso conhecido e desprovido. ⁸⁹

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 0702501-17.2019.8.07.0011. Descarte de embriões criopreservados – Divórcio. Relatora: Des. Maria Ivatônia. 5ª Turma Cível. Julgado em 01 de dezembro de 2021. Publicado no PJe em 13 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 14 out.

Consoante se infere, o caso envolvia um casal que realizou fertilização **in vitro** durante o casamento, resultando em embriões excedentários. Após o divórcio, o ex-marido solicitou judicialmente o descarte dos embriões, o que foi autorizado em primeira instância e mantido no julgamento da apelação. A desembargadora relatora, Maria Ivatônia, destacou que a vontade procriacional pode ser revogada ou alterada até a implantação do embrião, baseando-se nos princípios da paternidade responsável e da autodeterminação no planejamento familiar. A decisão reconheceu que a Constituição Federal proíbe qualquer imposição sobre a decisão de ter filhos, sendo uma escolha voluntária e pessoal de cada cônjuge. Além disso, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) permite o descarte de embriões, desde que as normas legais sejam respeitadas e haja consentimento dos genitores, sem violar o direito à vida. Assim, o colegiado entendeu que o ex-marido não poderia ser forçado a se tornar pai contra a sua vontade, e o descarte dos embriões foi considerado legal, respeitando o direito de revogação de consentimento anteriormente dado

O caso se assemelha ao do mencionado julgamento, inclusive no que tange ao resultado.

Ainda sobre o destino dos embriões, inclusive após a morte de um dos cônjuges, o STJ foi instado a se pronunciar. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou a questão da inseminação post mortem no Recurso Especial nº 1.918.421/SP, julgado em 2021 pela Quarta Turma. O tribunal decidiu que, para a implantação de embriões criopreservados após a morte de um dos cônjuges, é necessário o consentimento expresso e formal do falecido. No caso em análise, os filhos do primeiro casamento do falecido contestaram a decisão que permitia à viúva utilizar os embriões congelados, alegando que não havia autorização clara dada em vida pelo falecido. A Quarta Turma do STJ, em decisão majoritária, entendeu que o consentimento para a reprodução assistida post mortem deve ser inequívoco, sendo necessária uma manifestação clara da vontade do falecido, como um testamento ou outro documento formal. Essa exigência visa assegurar que decisões reprodutivas, que geram repercussões patrimoniais e existenciais, sejam tomadas de forma consciente e planejada. Segue o acórdão;

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA

E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

1. A negativa de prestação jurisdicional não se configura quando todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa são considerados pelo órgão julgador, estabelecendo-se, de modo claro e fundamentado, a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes.

2. Nos termos do entendimento do STJ, é inviável, em recurso especial, a verificação de ofensa/aplicação equivocada de atos normativos interna corporis, tais como regimentos internos, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/1988.

3. No que diz respeito à regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, o Brasil adota um sistema permissivo composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino.

4. Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados. Dispõe, ademais, que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas da fertilização in vitro para fins de pesquisa e terapia.

5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.

6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

8. O Planejamento Familiar, de origem governamental,

constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade.

9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas.

10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito.

11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético post mortem.

12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição post mortem, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação post mortem de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo.

14. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando provimento aos recursos especiais, divergindo do relator, e a manifestação do relator mantendo seu voto anterior, e o voto do Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização,

pelos recorridos, de implantação do material biológico de J L Z, falecido, nos termos do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão.

Vencidos o relator e a Ministra Maria Isabel Gallotti.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES À EMENTA

(VOTO VENCIDO) (MIN. MARCO BUZZI)

"[...] o Código Civil se limitou a fixar o momento no qual a autorização deveria ser prestada - prévia e antecedente ao procedimento -, porém não estabeleceu a forma para que tal aquiescência fosse concedida.

Em análise ao ordenamento jurídico pátrio, verifica-se inexistir imposição legal atinente à forma que a autorização do marido/companheiro deva ser realizada.

Ademais, frente à ordem jurídica contemporânea, é cediço que o formalismo cedeu passagem ao consensualismo ou liberalidade das formas, motivo pelo qual os negócios jurídicos não são, salvo disposição em contrário, solenes ou formais, podendo se realizar sob qualquer modalidade".

"[...] não havendo forma prescrita em lei, evidencia-se a ocorrência de atos ou negócios jurídicos consensuais, os quais independem de solenidade ou formato especial, nos termos do disposto no artigo 107 do Código Civil".

"Se pelo ordenamento jurídico admite-se a manifestação por quaisquer meios, é fato que quando essa declaração se dá por documento escrito, tal aquiescência afigura-se verdadeiramente sofisticada a denotar a perfectibilização do requisito atinente à prévia e expressa declaração de vontade.

No caso específico dos autos, a Corte local, com amparo nas provas colacionadas afirmou categoricamente que o consentimento do falecido para a procriação 'post mortem' foi expressamente concedido em documento escrito por ele assinado, sob o qual não paira qualquer discussão de falsidade".⁹⁰

De outro turno, no tema da cessão de útero, verifica-se uma tendência da legislação europeia quase que unanime a não reconhecer validade aos contratos de cessão de útero, sejam eles celebrados a título gratuito ou oneroso. Isto não significa dizer que o Brasil tenha que adotar a mesma orientação. Entretanto, os direitos humanos são dotados de universalidade e, por isso, o entendimento de que tais tipos de pacto representam violação a tais direitos, assim como a preceitos que são

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1918421/SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Relator para Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 08 jun. 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*: DJe, 26 ago. 2021. *Revista do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ)*, v. 263, p. 830.

consagrados pela Constituição brasileira, com a indisponibilidade do corpo humano já podem ser tomados como indicativo de que a decisão legislativa acerca de sua permissão ou não deve ter em conta os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, através de uma preocupação com a coerência e unidade do sistema. Ademais, não se pode olvidar valores éticos e morais dominantes em uma sociedade democrática que serão atendidos pela futura legislação. Sobre este ponto, o legislador não poderá deixar de ter em conta a repercussão econômica das suas opções, considerando a acirrada desigualdade socioeconômica do país que pode colocar as gestantes em situação de vulnerabilidade, exploração econômica e desamparo em prejuízo ao direito à saúde.⁸⁹

Por fim, *no* que tange ao diagnóstico pré-implantação, o Projeto de Lei contempla a possibilidade de sua realização desde que objetive evitar ou tratar doenças hereditárias graves, assim como o projeto do novo código civil.⁹⁰ Este tema pressupõe o status que cada ordenamento jurídico atribui ao embrião humano. A matéria foi discutida no Brasil, com o advento da Lei nº 11.105/2005, de 24 de março de 2005, que permitiu a doação de embriões congelados oriundos da fertilização *in vitro* para realização de pesquisas com células-tronco. O art. 5º da referida lei foi objeto de Ação de Direta de Constitucionalidade (ADI 3510), tendo o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidido, por seis votos a cinco, pela constitucionalidade do dispositivo. Sobre a proteção que o embrião recebe do ordenamento jurídico brasileiro, a Corte explicou:

[...] O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo- pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras

terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição⁹¹

Nesse cenário, a permissão da realização do diagnóstico genético pré-implantação (DGP) se coaduna a interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Brasileiro, acerca do grau de proteção que merece o embrião humano em face de outros direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal brasileira como o direito à saúde e à liberdade de investigação científica.

Interessante decisão foi a proferida em primeira instância por Juiz do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que determinou a cobertura pelo plano de saúde de procedimento de fertilização *in vitro* para fazer nascer filho compatível HLA com o outro, o chamado bebê medicamento. A expressão irmão salvador provem do inglês “saviour sibling”, utilizado pela primeira vez no ano de 2022, por Julian Savulescu e Merle Spriggs, para definir a criança que nasce após um membro da família ficar doente para servidor de material humano como forma de tratar a criança doente. O fundamento da concessão do tratamento, neste caso, foi o direito à saúde e melhor interesse da criança.⁹²

Assim noticiou a decisão o site do TJDFT:

“A 6ª Turma Cível do TJDFT confirmou, por unanimidade, sentença que determina que o plano de saúde Cassi deve custear todo o tratamento de fertilização *in vitro* de uma mãe para concepção de um irmão (ã) para a filha, que é portadora de anemia falciforme. A determinação leva em conta o fato de o transplante de medula óssea em favor da menina ser a sua única chance de cura. Dessa forma, o colegiado consignou que a geração do segundo filho, por meio da aludida técnica, apresenta-se como o único meio de se obter o material genético necessário ao tratamento. O plano de saúde réu apresentou recurso, sob alegação de que teve sua defesa cerceada, diante do indeferimento da realização de prova técnica capaz de demonstrar a necessidade do procedimento solicitado. Sustenta a inexistência do dever de custear o tratamento e traz jurisprudência para amparar seu entendimento. Para o caso de ser mantida a obrigação, requereu seja excluída da condenação

⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.jus.br. Acesso em: 09 nov. 2019.

⁹² FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Filhos para a cura: o bebe medicamento como sujeito de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 119.

a obrigação de custeio do armazenamento dos embriões não utilizados pela apelada, bem como que sejam limitados em duas vezes os procedimentos a serem realizados.

Inicialmente, o desembargador descartou nulidade por cerceamento de defesa, “pois, em razão da dinâmica dos fatos e da plena instrução da lide, é de fato desnecessária a realização de perícia médica de especialista em fertilização *in vitro*”. Segundo o magistrado, havia nos autos informações suficientes para a formação da questão acerca da saúde da filha da autora e da necessidade de transplante de medula proveniente de familiar 100% compatível, para se viabilizar a cura da patologia da criança. O julgador ressaltou que o ponto central do caso vai além do direito ao planejamento familiar, mas principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. “Não se desconhece a existência de julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, no sentido da possibilidade de exclusão dos métodos de reprodução assistida da cobertura contratual dos planos de saúde. Entretanto, além de não se tratar de recurso com efeito vinculante para as demais instâncias, o caso dos autos se distingue dos demais julgamentos em sentido contrário por envolver questão diretamente ligada ao tratamento e ao direito à vida de criança portadora de anemia falciforme”, explicou o magistrado. Dessa forma, o colegiado considerou que eventual cláusula contratual que embarace o tratamento completo necessário à cura da anemia falciforme é nula, por abuso de direito, ainda que pela ótica do Código Civil, pois coloca o usuário/paciente em demasiada desvantagem. De acordo com a decisão, não compete ao plano de saúde restringir tratamento indicado por médico especialista, devendo ser rejeitada a tese da parte ré no sentido de que a fertilização *in vitro* estaria excluída da previsão contratual e não estaria prevista no rol de procedimentos médicos da ANS. Assim o recurso do plano de saúde foi negado e a decisão mantida.⁹³

A ver a problemática que envolve a reprodução humana assistida, a discussão a respeito da Lei deve ser ampla, mediante a realização de audiências públicas em que participem experts das mais diversas áreas, sem olvidar a representatividade de associações, organismos não governamentais e segmentos da sociedade para que se possa conseguir um mínimo de consenso a respeito de matérias sensíveis tratadas pelo Projeto de Lei e do novo Código Civil.

Para os fins do Direito, todas as demais áreas do conhecimento são importantes no auxílio à compreensão dos limites daquilo que pretende regular e para a aplicação dos conceitos de forma coerente com os seus próprios pressupostos.

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. Plano de saúde deve custear fertilização *in vitro* para tratamento de criança com doença genética. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/plano-de-saude-devera-custear-fertilizacao-in-vitro-para-tratamento-de-crianca-com-doenca-genetica>. Acesso em: 10 nov. 2024.

Os outros ramos do conhecimento informam ao Direito como se estabelecem e qual a gramática dos fenômenos que a ele estão submetidos em forma de ação, para que se mantenha coerente com seus princípios e objetivos.

Não se pode olvidar, ainda, que esses fenômenos ocorrem em determinados contextos históricos que influenciam na regulação e nas respostas que serão dadas aos dilemas e problemas. Por isso, é forçoso reconhecer que esse conceito é mutável, sujeito à evolução ética e científica. Consoante pontua de Francisco Amaral, o Direito não é neutro. Tanto o sistema jurídico, como os conceitos e as categorias jurídicas, são representações materiais dos valores historicamente defendidos e pretensamente realizáveis. O direito é resultado de um processo histórico, em que diversos valores vão se sedimentando.

6

CONCLUSÕES

A pós-modernidade é marcada por incertezas e angústias oriundas do pluralismo de concepções e pela velocidade das transformações e, neste cenário, surgem tentativas de lidar racionalmente com elas para proporcionar uma certa previsibilidade e segurança jurídica.

No ambiente da colisão decorrente justamente desse pluralismo, a argumentação jurídica das decisões judiciais adquire especial relevo, no sentido de lhes atribuir racionalidade e legitimidade. Frequentemente não será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis.

Em relação à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, a deflagração de casos de colisão entre direitos fundamentais de particulares ou perante o Estado é cada vez mais frequente e exige do julgador uma construção argumentativa da norma concreta dotada de lógica e racionalidade suficientes para que se atinja ao menos uma resposta adequada. Nesse mister, não há como não se reconhecer a influência de valores morais e políticos da sociedade., tanto que as decisões do Tribunal fazem referência, ao analisar as medidas locais, à necessidade da medida em uma sociedade democrática.

Como já ressaltado anteriormente e resta evidenciado através da análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) não existe homogeneidade entre os Estados quanto à regulação da matéria da reprodução humana assistida, sendo certo que em geral se reconhece uma ampla margem de apreciação para cada Estado regulá-la.

Desse modo, a referida Corte tenta estabelecer pautas mínimas que devem ser seguidas pelas regulamentações dos Estados membros.

Diante de tal contexto, a atividade desenvolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no intuito de harmonizar as diversas legislações e interpretações dadas pelos Estados-membros quanto à utilização das técnicas de reprodução assistida e suas consequências jurídicas nas relações de família, a partir do conteúdo do direito ao respeito à vida privada e familiar consagrado pelo Convenio Europeu de Direitos Humanos, pode-se dizer que é árdua. Prova disso é que a maior parte das decisões foi tomada por maioria, carecendo de amplo consenso dentro da própria Corte.

Note-se que a primeira dificuldade decorre do fato de que o direito à reprodução não está estabelecido expressamente no Convenio, por isso requer especial relevância a interpretação dada ao art. 8º, que se caracteriza pela flexibilidade que lhe é dada pela Corte no tocante ao seu conteúdo.

Para além disso, o Tribunal baseia suas argumentações em três elementos que permeiam a estrutura de suas decisões: 1) Interpretação ampla do direito ao respeito à vida privada e familiar, consagrado pelo art. 8º do Convenio, considerando que o direito à utilização das técnicas reprodutivas encontra-se nele inserido; 2) A ampla margem de apreciação de que gozam os Estados-membros para regular a matéria; 3) Respeito às decisões internas de regular ou não questões concretas. As decisões buscam, neste ponto, manter uma neutralidade. 4) Necessidade da medida em uma sociedade democrática, considerando os interesses envolvidos.

A essas premissas acrescentam-se outros critérios que resultam de um método indutivo. A soma de tudo isto parece incrementar a sensação de insegurança jurídica decorrente da existência de tantos estândares decisórios e do fato de o TEDH utilizar esses vários critérios de forma não sistematizada ou hierarquizada, sem haver estabelecido uma preferência em relação a eles.

Observa-se que o TEDH realiza habitualmente a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma escalonada e formal e a maior parte dos critérios pode integrar-se em um juízo de direitos efetuado conforme esse princípio, de modo que há uma acumulação de diversos critérios amparados pela margem de discricionariedade dos Estados e que devem ser considerados quando da realização do juízo de proporcionalidade.

O problema é que a existência de tantos critérios pode levar a juízos contraditórios entre si, como já ocorreu conforme demonstrado em algumas das decisões acima analisadas.

De outro giro, infere-se que, no exercício da atividade de ponderação, o Tribunal utiliza-se de uma argumentação material no intuito de justificar uma ponderação entre os interesses privados e públicos que estão em jogo, porém, em muitos casos, reafirma uma argumentação formalista, mediante aplicação de uma lógica meramente dedutiva, sem considerar as circunstâncias concretas do caso, como ocorreu no julgamento Evans x Reino Unido.

Portanto, a flexibilidade da interpretação da margem de apreciação faz com que o TEDH a reduza quando se estabelecem restrições em matéria de reprodução assistida suscetíveis de afetar todos os nacionais de um Estado membro por igual ou a aumente nos casos concretos nos quais não se pode inferir um direito geral de procriar mediante reprodução assistida (Dickson contra Reino Unido e Costa e Pavan contra Itália) ou naqueles em que o que se discute não é uma proibição por parte de um Estado membro, mas seus efeitos em dito Estado, em especial quando existem menores cujos interesses devem ser protegidos. (Mennesson e Labassee contra França e Paradiso e Campanelli contra Itália), sem que haja uma argumentação que deixe claro os critérios justificadores de uma ou outra opção.

Ao que parece, a utilização da técnica da margem de apreciação na construção argumentativa das decisões ainda carece de premissas mínimas racionais, de sorte que funciona muito mais como critério de justificação retórica de legitimidade das decisões, do que um verdadeiro critério de interpretação do direito.

Não se pretende afastar a necessidade da margem de apreciação diante do contexto de atuação do TEDH, mas apenas alertar para a necessidade de diminuir a sua dependência do contexto e sua resistência ao estabelecimento de regras gerais, para que sua aplicação se dê de forma clara, coerente e consistente.

É evidente que a falta de consenso sobre um tema difícil como reprodução humana assistida e o respeito à margem de apreciação que outorgou aos Estados não podem constituir um obstáculo a que o TEDH exerça o seu papel de estabelecer estândares comuns quando se trata da aplicação dos direitos humanos. Assim, exige-se um maior aprofundamento na análise das supostas violações para impedir ingerências indevidas mediante a utilização de argumentos coerentes e integrativos para que efetivamente se alcance o sentido daquilo que de fato se compreende um direito humano, a fim de que ele seja efetivamente protegido e concretizado.

Em relação ao Direito Brasileiro podemos extrair algumas lições, a qual se considera a mais importante a necessidade de se definir a o conteúdo e extensão do direito ao planejamento familiar e as consequências que essa opção acarretará quanto à exigência de obrigações positivas ou negativas por parte do Estado brasileiro, aspecto que deve ser previamente definido pela doutrina e pela jurisprudência como precedente lógico e necessário à elaboração de qualquer lei ou regulamentação sobre reprodução humana assistida.

Por isso, a análise de julgados sobre reprodução humana assistida é essencial para garantir a proteção legal dos envolvidos e estabelecer um equilíbrio entre as demandas tecnológicas e o ordenamento jurídico. As decisões judiciais sobre esse tema desempenham um papel crucial na definição dos direitos dos pais, das crianças e dos doadores de gametas, bem como na regulamentação das clínicas e profissionais de saúde que realizam esses procedimentos. Sem uma base legal sólida, os indivíduos que recorrem a essas técnicas podem enfrentar incertezas sobre a filiação, herança e outros direitos fundamentais.

Além disso, a evolução dos julgados em tribunais nacionais e internacionais revela uma preocupação crescente com a proteção dos direitos das crianças nascidas por reprodução assistida, independentemente da configuração familiar dos pais. É preciso garantir que essas crianças tenham os mesmos direitos e status que aquelas concebidas naturalmente, promovendo a igualdade e a dignidade humana. Casos como o acesso a embriões criopreservados após a separação de casais, ou as discussões sobre a identidade de doadores de sêmen, ilustram como a jurisprudência é vital para dirimir conflitos e assegurar a justa aplicação dos direitos.

Outro ponto fundamental é a segurança jurídica para as famílias. A ausência de regulamentações claras ou a aplicação inconsistente das leis pode gerar insegurança para os casais que recorrem à reprodução assistida, especialmente em questões relacionadas à doação de gametas, gestação por substituição (barriga de aluguel) e uso de embriões criopreservados. Julgados que estabelecem diretrizes claras sobre esses temas fornecem previsibilidade e proteção aos envolvidos, permitindo que as famílias construam suas vidas com a certeza de que seus direitos serão respeitados e garantidos.

Casos como o do médico americano que inseminava suas pacientes com o seu próprio sêmen e do doador holandês que tem mais de quinhentos filhos mostram a dramaticidade e a urgência de regulamentar, no caso do Brasil, e de se firmar uma doutrina e jurisprudência com base na proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais dela decorrentes.

Portanto, a análise contínua dos julgados sobre reprodução humana assistida é de extrema importância, tanto para ajustar o direito à realidade científica e social quanto para garantir que os avanços biotecnológicos sejam acompanhados de uma proteção robusta aos direitos humanos. A reprodução assistida não é apenas uma questão de saúde reprodutiva, mas também um tema que exige uma abordagem jurídica inclusiva e protetiva, assegurando que todas as partes envolvidas, especialmente as crianças, tenham seus direitos respeitados e suas necessidades atendidas.

7

REFERÊNCIAS

ALBANO, Lílian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus aspectos ético-jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2004.

ALCALÁ, Carmen Casada. **Los límites de la prisión: fecundación in vitro y derecho a la vida privada y familiar. (Sentencia Dickson c. Reino Unido, asunto n 44362/04, de 04 de diciembre de 2007)**. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401365&d=1. Acesso em 17 fev. 2020.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 2ª Edição. São Paulo: Mandamentos, 2001,

AMARAL NETO, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5ª ed.. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil.

. in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: 1989

AÑÓN, C. Lema, **Reproducción, Poder y Derecho**. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999,.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2012, Cap. 6, p. 7-13

. **Constitución e Argumentación.**

<https://www.boe.es> > anuarios_derecho > abrir_pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BAKIRCIOGLU, Onder, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, vol. 8, n. 7, 2007.

BENVENISTI, Eyal, “Margin of appreciation, consensus, and universal standards”, *International Law and Politics*, vol. 31:843, 1999, pp. 846 e 847.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge degli atti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1949.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo, Brasília: Polis, UnB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Portal do STJ*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Portal do STF*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.320, de 26 de maio de 2022. Dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 jun. 2022. Disponível: <http://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 13 out. 2024.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de , **Hermenêutica e Argumentação**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 3ª tiragem, 2011.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: Interpretação Constitucional e Biodireito. In BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237-261.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Joseph. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Research report on bioethics*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics. Acesso em: 13 out. 2024.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. A reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família: a fiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2ª ed., 2018.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Filhos para a Cura: o bebe medicamento como sujeito de direitos. São Paulo: RT. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994

FIGUEROA, Alfonso García. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: ícone, 2012,

GARCIA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. Navarra: Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 110.

HABERMAS, Jürgen **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Martins Fontes, 2012.

HENRIQUES, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**. 2ª ed, São Paulo: Atlas, 2013

HERNÁNDEZ, Carmen Sánchez. **La reproducción asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica**. Revista de Derecho Privado, nº 72, n. 4, julio-agosto 2018, p. 39-92.

HERRING, Jonathan. **Medical law and ethics**. 6th edition. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. M. **Textos Internacionales de Derechos Unamnos I (1776-1976)**, p. 146.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

OSTROVSKY, Aaron A., “What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights with in Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, *Hanse Law Review*, vol. 1, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El convenio de Derechos Humanos y Biomedicina**: su entrada en vigor en el ordenamento jurídico español. Granada: Comares, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysso Leandro Mascaro. São Paulo: Edipro, 2009.

RUIZ, Yolanda García. **Reproducción humana asistida: derecho, conciencia y libertad**. Granada: Editorial Comares, 2004..

SALDANHA, Jânia Maria Lopes e BRUM, Márcio Morais. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional** Volume 15, Issue 1, 2015, Pages 195-238 Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.amdi.2015.06.003>. Acesso em: 10 fev. 2020

SANTOS, M.. **El pensamiento de Ronald Dworkin**: balance y críticas Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, N° 22, 2005, págs. 319-332.

SANTOS, M. (2018). **Haciendo una lectura moral de la Constitución**. Revista Filosofía UIS, 17(2), doi:<http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v17n2-2018008>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. Plano de saúde deve custear fertilização in vitro para tratamento de criança com doença genética. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/plano-de-saude-devera-custear-fertilizacao-in-vitro-para-tratamento-de-crianca-com-doenca-genetica>. Acesso em: 10 nov. 2024.

VILA, Marisa Iglesias, **Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH**: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos em la esfera internacional, 2013, pp. 6 e 7.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 51.

VIOLA, Ricardo Rocha. **Teoria da decisão judicial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 90.

Impresso na Provisual Gráfica e Editora
Utilizando o papel Triplex 250 g na capa,
papel Offset 75g no miolo.
Usando a fonte TimesNewRoman