

UM MANIFESTO PELO ABANDONO DA TEORIA CONCEPCIONISTA

Amanda Barbosa¹

Em 2023, foram dados passos importantes em direção à revisão e atualização do Código Civil brasileiro. Foi designada uma comissão de juristas para apresentação de um anteprojeto. Ao longo desse processo, foram abertos canais para a recepção de sugestões, bem como foram realizadas audiências públicas – uma delas sediada em Salvador, Bahia. Nesta oportunidade, pude reiterar uma sugestão, já encaminhada previamente por escrito, a respeito do art. 2º do Código Civil.

No texto em vigor, temos: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” O que sugeri foi a inclusão da seguinte premissa: cada fase da vida humana receberá a tutela jurídica adequada aos seus contornos. Assim entendeu o STF na ADIN 3.510, ao considerar constitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança, o qual autoriza e regula a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, e assim também entende parte da doutrina brasileira.

Costuma-se dizer, nos manuais de Direito Civil, que o art. 2º do *codex* oferece uma redação confusa, que gera dúvidas a respeito de qual teoria sobre o início da personalidade jurídica da pessoa natural teria sido adotada: a concepcionista, a condicional ou a natalista. Considerando que personalidade jurídica é atributo conferido pela ordem jurídica a um ente a partir de dado marco, sendo ela a potencialidade de titularizar direitos e deveres na ordem civil, a redação não me parece tão obscura assim.

A primeira parte é muito clara: adotou-se a teoria natalista. Em outras palavras, estaremos diante de uma pessoa – para o Direito – a partir do nascimento com vida. Nos momentos anteriores ao nascimento com vida, não se está diante de uma pessoa porque não há, simultaneamente, a capacidade de titularizar direitos e deveres. Ocorre que isso não é impedimento para que o nascituro seja titular de direitos – e apenas direitos – como o é do direito à vida, à imagem, à herança, dentre tantos outros previstos em lei.

Por isso existe a ressalva na segunda parte do dispositivo: o nascituro tem direitos, mas não tem deveres, por isso não pode ser equiparado à pessoa. A despeito de tamanha clareza, muitos escritos insistem que a redação é obscura e indicam que a teoria concepcionista foi a adotada pelo Código Civil. De acordo com ela, desde a concepção, se está diante de uma pessoa. Equiparar a natureza jurídica de um ser humano em gestação com um ser humano já nascido é contraditório – pelas razões acima – e afronta a ontologia de cada etapa da vida humana.

A questão ganha ainda mais relevância com a existência dos embriões extracorpóreos em decorrência das técnicas de reprodução humana assistida. Se equiparados a uma pessoa, não se poderia admitir o seu descarte ou utilização em pesquisas, situações que importam em sua destruição. Para a produção de uma norma jurídica em um estado laico, é preciso se despir das premissas religiosas, criar certo distanciamento e tentar

¹ Professora Adjunta de Direito Civil da UFBA. Mestre em Direito pela Unisinos e doutora em Direito pela UFBA. Pesquisadora nos grupos Vida (UFBA) e Clínica de Direitos Humanos (UFPR). Membro do IBADFEM e do Fórum Estadual sobre Aborto Legal da Bahia. Advogada especialista em Direito Médico (Ucsal).

observar a realidade de uma forma diferente, partindo dos dados que a própria empiria nos oferece.

Como já afirmou o STF, não cabe ao Direito determinar o início da vida humana, e sim identificar a melhor tutela jurídica para cada uma dessas etapas. Esse é o trabalho que precisa ser retomado, com bastante atenção, com o advento da revisão do Código Civil. A teoria concepcionista, além das razões já expostas, pode levar a consequências nefastas para os direitos reprodutivos das mulheres: contradição com as hipóteses legais de aborto e com a licitude de determinados métodos contraceptivos, a exemplo da pílula do dia seguinte.

Entendo que cada estágio da gestação deve contar com tutela jurídica própria. A proteção legal de um nascituro até 12 semanas não deve ser a mesma de um nascituro com 25 semanas no que se refere à possibilidade de interrupção legal da gravidez, por exemplo, assim como não há limite etário ao aborto legal nos casos de risco à saúde da mulher e anencefalia. Alterar o art. 2º do Código Civil na linha proposta torna o sistema jurídico mais coerente, sem qualquer redução dos direitos conferidos ao nascituro no ordenamento jurídico vigente.

No primeiro documento publicado pela comissão de juristas, não foram sugeridas alterações no art. 2º referido. Contudo, fez-se constar o seguinte, no art. 1º: “§1º Os direitos e princípios expressos neste Código não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio para a proteção da pessoa humana ou nos tratados internacionais, em especial os de Direitos Humanos, em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Não há nada de errado com o dispositivo em si, mas ele remete à discussão sobre a interpretação do Pacto de San José da Costa Rica.

Nos mesmos livros que apontam ser a teoria concepcionista a mais adequada para o Brasil, diz-se que não há outra interpretação possível à luz do art. 4º, item 1 do Pacto referido, que diz: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Ora, proteger a vida – em geral – desde a concepção não leva à conclusão pela teoria concepcionista. A questão é: de que forma será protegida a vida em cada fase.

Pensemos, por exemplo, nas hipóteses de aborto legal atualmente existentes: risco à vida da mulher, gestação decorrente de estupro e antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. São situações em que, por razões peculiares a cada uma delas, escolheu-se privilegiar outros direitos fundamentais – da pessoa que gesta – em detrimento do direito à vida do ser em gestação. É preciso consolidar, no meio social, que há sim situações em que o direito à vida do ser em gestação cederá diante do direito à vida da mulher.

Não se pode reduzir a mulher a um objeto, a um “recipiente” que – independentemente das circunstâncias – deverá suportar 9 meses de gestação e todas as suas repercussões físicas, psicológicas, sociais e econômicas. Há diversos projetos de lei para exclusão das hipóteses legais de aborto ou criação de empecilhos ao acesso ao aborto legal, de modo que o estabelecimento de uma premissa clara a respeito do estatuto jurídico de cada fase da vida humana se faz urgente. A teoria concepcionista chancela esses projetos, o que seria um grande retrocesso.

Também é importante frisar que hipóteses de aborto legal não são um modo arbitrário de privar alguém da vida. Arbitrariedade remete a ausência de justificativa, o que não se afigura nas hipóteses de aborto legal. Entender o contrário é ignorar por completo que a pessoa que gesta é titular de direitos fundamentais que merecem salvaguarda. Que possamos introduzir a premissa da tutela jurídica conforme a etapa da vida humana na lei

civil para propiciar o não retrocesso do direito ao aborto legal e avançarmos em outras pautas.

COMO CITAR ESSE ESCRITO

BARBOSA, Amanda. Um manifesto pelo abandono da teoria concepcionista. **Revista Direito e Feminismos**. Salvador, vol.3, nº1, Dez. 2023.

REVISTA DIREITO E FEMINISMOS

Recebido em: 27.12.2023

Aprovado em:27.12.2023
