

2 docs.  
1985  
90 fls.

MC74  
cec/bug

Códigos antigos:

01.02360

01.02380

P R O P O S I T U R A   P A R A   R E F O R M A  

---

D A   L E G I S L A Ç Ã O   C O N C E R N E N T E   A O  

---

A B O R T O  

---

JOSÉ BLÁSIO BACKES  
PROFESSOR DE ÉTICA NA UFSC - FIL  
1985

(TEXTO PARA DISCUSSÃO)

INTRODUÇÃO

A presente propositura é um excerto integrante de nosso livro inédito intitulado NAScer, OU NÃO NAScer, que escrevemos como ensaio para a correta colocação do questionamento da licitude do aborto.

As 10 proposições que aqui destacamos têm como objetivo ministrar subsídio para debate pré-constitucional, com vistas a uma possível reforma da legislação concernente ao aborto voluntário. Descartamos, porém, a pretensão de, extrapolando de nossa especialidade, incursionarmos indebitamente e com linguagem inespecífica pelos domínios do Direito, da Embriologia ou ciências afins. Com singeleza e consciência de nossas limitações, propomo-nos a direcionar o foco luminoso da Ética sobre as referidas ciências, com o fim de nelas divisarmos indicadores capazes de subsidiar uma correta legislação abortual.

Com o nítido propósito de transparência do ideário por nós exposto, decidimos preferir uma certa prolixidade frasal a uma excessiva compactação de nosso pensamento.

A propositura que ora apresentamos repudia a idéia de uma legislação meramente decorativa, como aquela que Dante Alighieri maisinou neste verso:

"Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?" <sup>1)</sup>  
(As leis existem, mas quem as executa?)

---

1) - Dante ALIGHIERI, Divina commedia, Purgatorio, XVI

Ao invés de figurarmos como caricatos em virtude de uma legislação ornamental quanto à prática abortiva, importa levarmos a sério esta sábia recomendação de William Shakespearre:

"We must not make a scarecrow of the law,  
Setting it up to fear the birds of prey,  
And let it keep one shape, till custom make it  
Their perch, and not their terror." 2)

(Não devemos fazer da lei um espantalho,  
Que armamos para afugentar as aves predadoras,  
Mas o deixamos lá ficar igual até que o costume  
O converte em poleiro das aves em vez de as enxotar.)

## 1ª PROPOSIÇÃO

Desde sua concepção, o nascituro permanecerá sob a proteção do Estado; em consequência, o Poder Público prestará apoio moral e meios materiais às entidades, públicas e particulares, que têm por objetivo específico a defesa da vida do nascituro, o amparo à gestante carente e o socorro às crianças que nascem sem perspectiva de vida realmente humana.

## JUSTIFICAÇÃO

Nesta primeira proposição, o Estado ainda omite pronunciar-se quanto à personalidade e o direito de vida do nascituro, razão por que, outrossim, ainda se abstém de criminalizar punitivamente o aborto. Tal omissão, todavia, não pode ser interpretada como endosso estatal ao aborto indiscriminado. Seria essa uma interpretação errônea, que se evidencia com a seguinte comparação exemplificativa: o Estado também não legisla sobre o ódio, não o criminaliza nem comina penalidade contra quem odeia a outrem; essa abstenção legislativa, porém, jamais poderia ser interpretada como aval do Estado ao ódio entre cidadãos, muito ao contrário, interessam ao Poder Públi

---

2) - William SHAKESPEARE, Measure for measure (Medida por medida), 2º ato.

co entidades, oficiais ou particulares, cujo objetivo se concentra na defesa da comunidade humana contra focos de odiosidade e se esmera na promoção do amor entre os cidadãos, objetivo relevante para cujo êxito incumbe ao Estado prestar apoio moral e material.

Se, pois, na 2ª proposição, a seguir, constatamos uma limitada descriminalização impunitiva do aborto, a saber, no 1º trimestre gestacional, essa postura, em absoluto, não implica necessariamente em conivência ou colaboração do Estado com a prática abortiva indiscriminada nesse trimestre primordial da gestação. Muito ao revés, cabe ao Estado o dever de proteção especial ao conceito recente, por ser este um ente vivo de categoria privilegiada, engendrado por casal humano, gestado em útero de mãe humana e programado geneticamente para evoluir à sua plena personalidade e seus plenos direitos humanos.

Definido assim o dever estatal de proteção ao nascituro, importa ainda valorizar o fato notório de que clarificar e motivar a consciência social em defesa do ser humano pré-natal é mais produtora, embora menos cômoda, do que fulminar ameaças penais contra gestantes que cogitam abortar seu conceito.

## 2ª PROPOSIÇÃO

Após 3 meses de idade gestacional, será o conceito reconhecido como pessoa civil, para o fim específico de seu direito à vida; por consequência, a partir do referido marco etário do nascituro, será o aborto considerado crime de homicídio, em paridade com o infanticídio, e sujeito às correspondentes penalidades legais, salvo expressa disposição exceptiva em contrário.

### JUSTIFICAÇÃO

A proposta descriminalização e conseqüente impunibilidade do aborto no decurso do primeiro trimestre de gravidez fundamenta-se em que, nessa fase da reprodução humana, ainda não há provas rigorosamente conclusivas que possam convencer o universo filosófico-científico a qualificar a interrupção da



gravidez como homicídio, em pleno senso ético-jurídico desse termo. Essa carência de provas concludentes, a salientamos em 1.7 do nosso ensaio supra citado, na respectiva introdução.

No mesmo citado ensaio, em 1.9, buscamos evidenciar que, após 3 meses de gestação, há válidos indícios de já ser o nascituro qualificável como pessoa e, portanto, portador do direito à vida. Importa, porém, advertir que, se para efeitos jurídicos firmamos um marco fixo de personalização do conceito, já que a lei não pode ficar à mercê de referenciais variantes, contudo, em termos filosófico-científicos, quiçá a personificação do nascituro possa ser validamente fundamentada entre o 2º e 3º mês da reprodução humana.

Com efeito, um conceito entre 2 a 3 meses de vida intra-uterina já se configura indubiamente humanizado, pois que já possui todos os elementos humanos essenciais de um recém-nascido. Ora, um recém-nascido, um neonato, por mais extremamente prematuro que seja, desde que viável, é de imediato reconhecido pelos povos civilizados como pessoa com direito à vida. Por que então negaríamos personalidade e direito à vida a um feto de 3 meses que, embora ainda intra-uterino, é substancialmente igual ao extra-uterino neonato, para efeitos de personalização e credenciamento ao direito à vida?

Essa inconfundível humanização do conceito de 3 meses - e quiçá menos - foi salientada numa recente revista alemã por um estudo de Ronald S. Toth, no qual este asseverou:

"10 semanas: A criança em gestação possui substancialmente todas as partes corporais de um recém-nascido.

12 semanas: As impressões digitais perfeitamente formadas, só ainda mudarão quanto ao seu tamanho" 3).

O mesmo pensamento foi realçado por um grupo de médicos brasileiros:

"3º mês: Todos os sistemas orgânicos estão aptos a funcionar. /.../ Daí por diante, as únicas mudanças básicas serão o crescimento e o aperfeiçoamento do que já está formado" 4).

3) - Ronald S. TOTH, Die Wahrheit über Abtreibung (A verdade sobre o aborto), Klar & Wahr, XXV(5): 26, 5 maio 1985.

4) - João Evangelista dos Santos ALVES & alii, Aborto - o direito à vida, p. 25.

Consoante essa visão científica do conceito e tendo em vista os progressos da microbiologia aplicada à embriologia humana, define-se um horizonte dentro do qual se torna mais e mais obsoleto fixar o fenómeno do nascimento como marco jurídico do início da personalidade civil do ser humano e de seu direito à vida.

### 3ª PROPOSIÇÃO

São reconhecidas como legais as seguintes razões aduzidas para justificar alguma interrupção da gravidez:

a - Salvar a vida da gestante, bem como assegurar-lhe aquele padrão de sanidade física e mental indispensável ao exercício normal da maternidade, quando a salvaguarda desses valores femininos essenciais for seguramente comprovada ou conjecturada inconciliável com a prossecução da gravidez a termo;

b - Evitar à gestante e ao seu filho consequências graves e insuperáveis advindas de gravidez por estupro;

c - Impedir o nascimento de filho com deficiências físicas ou mentais tão sérias a ponto de se prevê-lo dependente onímodo em todas as quadras de sua vida.

Nas intervenções abortivas previstas como legais, é indispensável alguma forma de anestesia do conceito a ser sacrificado.

### JUSTIFICAÇÃO

Como vimos em 1.6 de nosso sobredito ensaio, o valor da vida humana, quer do nascido, quer do nascituro, se encontra relativizado dentro de um amplo jogo de valores diversificados e muitas vezes insanavelmente conflitivos entre si. Ora, um princípio elementar de ética nos orienta no sentido de que, em não sendo possível salvar todos os valores em conflito, mister se torna salvaguardar aquele valor que, em termos de sensatez, venha a se impor à mente como sendo o valor mais alto ao qual se deve dar salvamento.

Quando, por conseguinte, valores vitais de uma pessoa já nascida entram em conflito inconciliável com o valor da vida do nascituro, a decisão de ordem ética deverá pesar em favor daqueles valores que, emergencialmente, porventura sobrepujam o valor da vida do ser humano pré-natal. Evidentemente, nessa

ponderação de valores em conflito, não vale como peso de balança o egoísmo do nascido contra o nascituro indefeso, egoísmo cujo leque de abrangência não é preciso minudenciar.

Não há como negar que são previsíveis abusos à margem do texto da presente proposição; mas que lei, quer humana, quer de inspiração divina, nunca sofreu distorção interpretativa?

Quanto à exigência de prévia anestesia em favor do conceito a ser sacrificado, a fundamentamos na lei nº 6.638, de 08/05/79, que, em seu Art. 3º, exige anestesia prévia para os animais a serem usados em experiências científicas. Ora, em 'havendo tal consideração da lei em face da dor de um animal, quanto mais cautela anestésica deve então a lei ordenar em face da dor de um ser humano em gestação que se pretende sacrificar!

#### 4ª P R O P O S I Ç Ã O

Uma alegação de justificativa para aborto só poderá ter aceitação legal se for processada com tal antecedência que permita interromper a gravidez no período do 1º trimestre gestacional; excetuam-se 'da presente exigência aquelas justificativas legais de aborto que, no referido prazo trimestral, não puderam ser constatadas ou previstas.

#### JUSTIFICATIVA

Numa era de tecnologia médico-obstétrica avançada e em 'avanço ulterior, constituiria anacronismo deixar progredir 'uma gravidez além do 1º trimestre, para só então a pessoa interessada insistir em razões de abortamento, razões que, salvo possíveis exceções, as sobreditas técnicas já poderiam ter detectado ou prognosticado nos mais recentes primórdios do 'processo reprodutivo humano.

Interessa aqui aduzir que 91% das americanas que decidem abortar seu conceito o fazem nas primeiras 12 semanas de gravidez <sup>5)</sup>, o que, aliás, constitui relevante medida cautelar, pois, como vimos em 11.2 do mencionado ensaio, os riscos de 'mortalidade e morbidade conexos com o abortamento crescem à medida que ele é procrastinado para fases mais avançadas da 'gestação.

---

5) - Ronald S. TOTH, ibidem, p. 26.

## 5ª PROPOSIÇÃO

As sanções penais contra o aborto ilegal serão agravadas em proporção com o grau de desenvolvimento físico-psíquico do concepto abortado, e conforme o grau de sevícia com que foi realizado seu abortamento ou seu possível abandono.

### JUSTIFICAÇÃO

Ainda que, em abstrato, não se possa graduar o nascituro em mais ou em menos humano, em mais ou em menos pessoa, todavia, em termos concretos, a sua extirpação do corpo materno pode suscitar-lhe uma variante escala de malestar e dor, em proporção com o grau evolutivo de seu sistema nervoso central. Outrossim, o abortador praticaria maior opróbrio à sensibilidade humanitária se exercesse violência injustificável contra um feto mais desenvolvido e de mais intensas reações de dor, do que se praticasse a mesma violência contra um embrião de sensibilidade apenas emergente.

Ora, se o Estado, com base no Decreto-Lei nº 24. 645, de 10 de julho de 1934, veda atrocidades contra os animais e as penaliza segundo o grau das mesmas, por que não tomaria legalmente em conta a maior ou menor atrocidade perpetrada contra um ser humano em pleno ímpeto de vida pré-natal?

## 6ª PROPOSIÇÃO

Em princípio, fica isenta de medida punitiva a gestante que vier a interromper sua gravidez, quer por si, quer por outrem; essa isenção penal, todavia, se torna insubsistente quando determinada gestante, no contexto de sua operação abortiva, houver comprovado conduta capaz de traumatizar a opinião pública, como sejam o aborto por desafio à lei que o rege ou por motivos manifestamente fúteis ou com requinte de crueldade contra o concepto rejeitado.

### JUSTIFICAÇÃO

Em 1.º do ensaio a que supra nos referimos, havemos por bem ressaltar que, em termos de consciência ética, é dubiamente averiguável a responsabilidade pessoal da mulher que abor-

ta ou faz abortar seu próprio conceito. Ora, em não sendo claramente comprovada a responsabilidade ética pessoal de um aborto, resulta dificilmente sustentável a responsabilidade jurídica e conseqüente apenação de uma pessoa em causa.

A essa consideração acresce o fato de que, segundo salientamos em 1.11.1 de nosso ensaio, uma alta percentagem de abortantes, quando decide sacrificar seu próprio filho, o faz compulsivamente por injunções advindas de uma conjuntura sócio-econômica notavelmente agravadora do ônus de uma maternidade imprevista, conjuntura pela qual deveriam ser apenados os artífices da mesma, e não a gestante em desespero.

#### 7ª PROPOSIÇÃO

O Estado avocará à sua exclusiva competência a realização de interrupções da gravidez; conseqüentemente, fica posta fora da lei e sujeita às competentes penas a prática abortiva de pessoas e de instituições não credenciadas, regulamentadas e inspecionadas pelo Poder Público.

#### JUSTIFICAÇÃO

São demasiadamente notórias os descaminhos de pessoas e de instituições aborteiras que agem por sua própria conta e interesse, comprometendo o bom nome da classe médica e para médica, bem como vilipendiando as leis que regem a interrupção da gravidez.

#### 8ª PROPOSIÇÃO

Aos hospitais e ambulatorios médicos de todo o País, quer públicos, quer particulares, incumbe o dever de, sem qualquer atitude discriminatória, prestar assistência às mulheres que hajam contraído morbidades em conseqüência de abortamento, quer legal, quer ilegal.

#### JUSTIFICAÇÃO

Não compete a pessoas ou instituições extra-judiciárias arvorar-se em juizes para, através de desassistência, punir

pessoas que julgam rés de aborto. Negar assistência a essas pessoas, indebitamente sentenciadas, equivale a expô-las a risco de vida ou de grave morbidade, riscos aos quais se submete sequer um celerado de alta periculosidade em negando-lhe atendimento sanitário.

#### 9ª PROPOSIÇÃO

Nenhuma pessoa integrante de corpo médico ou paramédico pode ser exigitivamente convocada a participar de uma intervenção abortiva, ainda que permitida em lei, quando a referida pessoa alegar objeção de consciência, salvo o caso de urgente salvamento de gestante cuja vida é ameaçada pelo prosseguimento da gravidez.

#### JUSTIFICAÇÃO

Tendo em vista que a sociedade humana é notavelmente pluralista em termos de concepções filosóficas ou religiosas, e considerando que tais concepções, via de regra, envolvem um correlato código de moral, importaria em violação de um direito humano exigir de um médico ou enfermeiro o que sua consciência lhes veda, violação essa repelida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu Art. 18, que diz: "Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião."

#### 10ª PROPOSIÇÃO

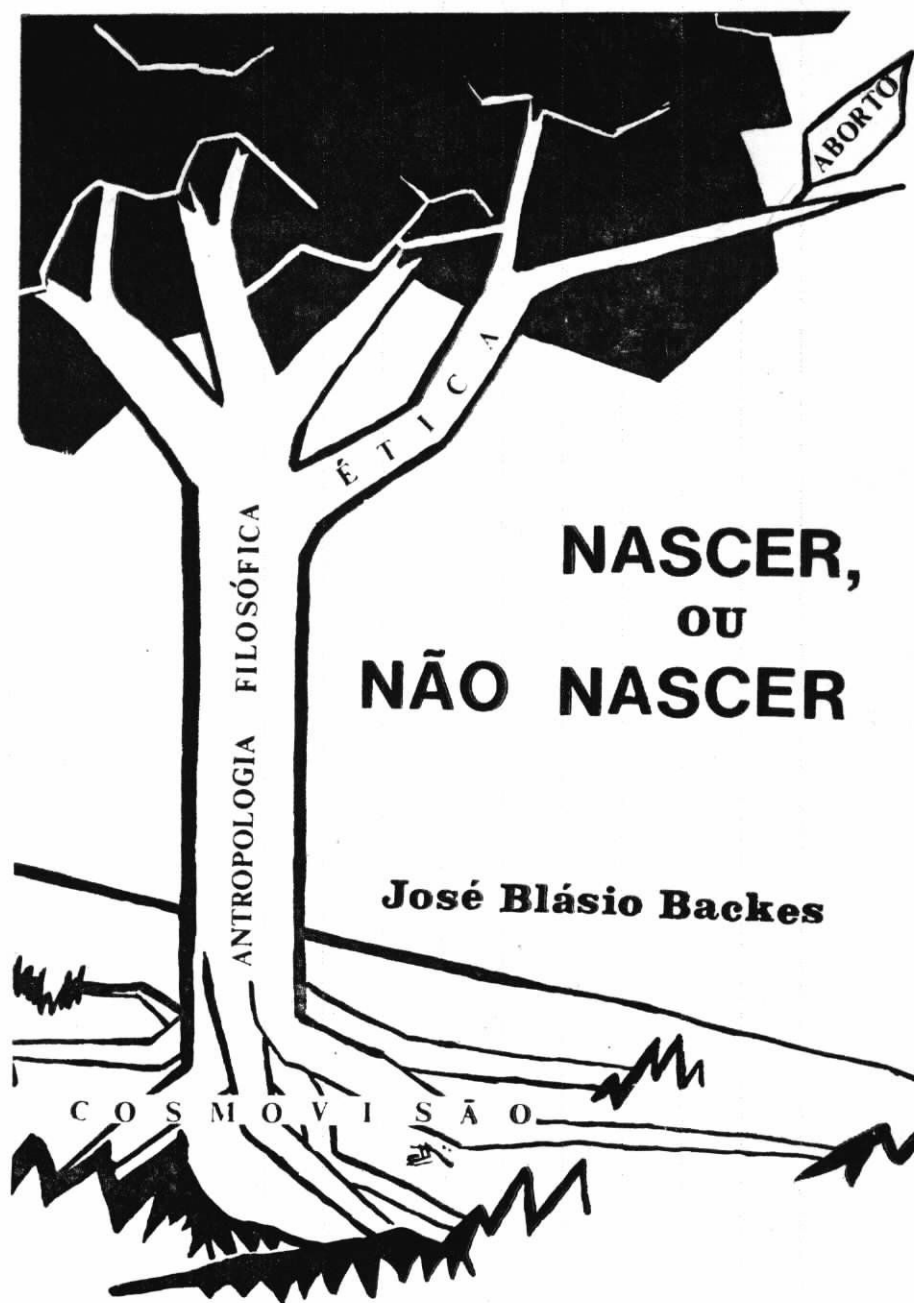
Para dar correto e eficaz cumprimento às proposições acima expostas, o Poder Público manterá uma Comissão Central de Ética Abortual, com subsidiárias em todos os conglomerados humanos de maior expressão numérica e problemática; as referidas Comissões serão integradas por pessoas de diversas concepções filosóficas e religiosas, com preponderância de participantes femininas, que prestarão subsídio ao Poder Judiciário, sobretudo naqueles casos de cogitados abortamentos que não se enquadram com suficiente nitidez na presente propositura.

### JUSTIFICAÇÃO

Seria excessivamente oneroso à Justiça comum julgar todas as propostas de interrupção da gravidez. Entre a alternativa de deixar o abortamento ao livre arbítrio das gestantes ou de seus conselheiros, e a alternativa de onerar insustentavelmente a Justiça comum, a Comissão Central de Ética Abortual se afigura como sensato meio-termo.

O AUTOR DO PRESENTE TEXTO PARA DISCUSSÃO PERMITE QUE ESTE SEJA REPRODUZIDO, DESDE QUE NA ÍNTEGRA, DE PÁGINAS UM ATÉ DEZ, E EXCLUSIVAMENTE POR PROCESSO FOTOCOPIADOR.

*José Blásio Backe,*



**NAScer,  
OU  
NÃO NAScer**

**José Blásio Backes**

**O ABORTO VOLUNTÁRIO  
EM VISÃO AMPLIADA**





EXEMPLAR NÚMERO 1

- DIREITOS RESERVADOS -

quer para fins de reprodução do texto, quer para o desenvolvimento do  
esquema de questionamento global do aborto

JOSÉ BLÁSIO BACKES

PROFESSOR DE ÉTICA NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

*José Blásio Backes*

# **NASCER, ou NÃO NASCER**

## **ENSAIO**

PARA A CORRETA COLOCAÇÃO  
DO QUESTIONAMENTO DA  
LICITUDE DO ABORTO VOLUNTÁRIO

(TEXTO PROVISÓRIO, PARA DISCUSSÃO)

1985

## N O S S A   C A P A

DESENHO de Edmundo Vegini, professor de Filosofia na UFSC

### SÍNTESE DA MENSAGEM FIGURATIVA

Por via do simbolismo da árvore, sugerimos a superação do questionamento micro-ético e periférico da problemática abortual, superação que será operacionalizável mediante um novo estilo macro-ético de questionamento global e sistêmico da licitude do aborto voluntário.

### SIMBOLISMO DA FOLHA E DO GALHO

O problema do aborto voluntário é uma periférica folha brotada na extremidade do galho da Ética. Solucionar esse problema ético específico, porém, exige a prévia solução de problemas éticos mais genéricos, muitos dos quais permanecem ainda em aberto.

Exemplificando, encarecemos que, para solucionar o problema da eticidade do aborto, é imprescindível decidir, em anterior instância ética, se o direito de vida é relativo ou absoluto em todos os níveis humanos; qual o critério de preferencialidade de quando o direito de vida de alguém conflita com direito de outrem; se direitos competem somente à pessoa efetiva, ou também ao conceito enquanto apenas potencialmente pessoal.

### SIMBOLISMO DO TRONCO

Encontrar solução para o problema do aborto voluntário, na extremidade arbórea da Ética, somente é pensável a partir de uma prévia solução consensual de magnos problemas do tronco da Antropologia Filosófica.

No referido tronco, avulta o problema da conceituação de pessoa, suporte exclusivo de todos os direitos humanos, máxime do direito à vida. Sem consenso quanto aos constituintes ônticos da

personalidade, é arbitrária a exigência de classificar o nascituro como pessoa com direito à vida, sobretudo nos primórdios do processo reprodutivo.

#### SIMBOLISMO DO RAIZAME

É inviável o consenso quanto aos constituintes ônticos da personalidade e os decorrentes direitos, enquanto a pesquisa não profundar no raizame da cosmovisão humana, em busca de um certo ecumenismo cultural, para um mínimo indispensável de consenso quanto à posição do homem no universo, quanto ao sentido da vida e quanto aos valores que a dignificam.

Radicalizar antagonismos cosmovisionais, como espiritualismo contra materialismo, naturalismo contra sobrenaturalismo, religiosidade auto-punitiva contra hedonismo arredio ao sacrifício, ciência experimental contra filosofia, e ambos contra a teologia, ou vice-versa - é um radicalizar que aporta necessariamente ao caos deste caos ético-jurídico atual em que, num extremo, o conceito já é proclamado pessoa com direito à vida no instante do evento fecundativo, e, no outro extremo, toda personalidade não passa de ficção jurídica, pelo que, logicamente, seria ficcional também o direito à vida.

- VI -

"Dios te conserve fría la cabeza,  
caliente el corazón, la mano larga,  
corta la lengua, el oído con adarga  
y los pies sin premura y sin pereza."

(Deus te conserve fria a cabeça  
E quente o coração, a mão larga,  
Curta a língua, o ouvido em defensiva,  
E os pés sem ter pressa e sem preguiça.)

Miguel de UNAMUNO, Redención, p. 1339.

- III -

"Hast du Verstand und ein Herz,  
so zeige nur eines von beiden;  
beides verdammen sie dir,  
zeigest du beides zugleich."

(Se tens cabeça e coração,  
dos dois um só convém mostrar;  
aos dois vão dar a maldição,  
se os dois mostrares par a par.)



## O ABORTO NO MUNDO

- razões reconhecidas como justificadoras de aborto
- percentuais do conjunto de países do mundo que as reconhecem

De 3%, é desconhecida a postura diante do aborto;

Em 8%, a lei não reconhece razão justificadora de aborto;

Em 13%, aborto só com a razão de salvar a vida da gestante;

Em 16%, aborto também por razões médicas, eugênicas e humanitárias;

Em 24%, além das anteriores, também por razões de ordem social se admite o aborto;

Em 36%, com algumas restrições quanto à fase gestacional, admite-se o aborto por simples solicitação da gestante.

Dados de abril/77, data após a qual a Itália, Portugal e a Espanha legalizaram o aborto, integrando-se, com certa analogia, no grupo dos acima referidos 16% de países.

Ver - FRENTE DAS MULHERES FEMINISTAS, O que é o aborto, p. 46.

- T. CARRETONI & S. GATTO, L'aborto - problemi e leggi p. 111-81.

"Não se pode ser justo se não se é humano."

VAUVENARGUES, Reflexões e máximas, p. 526.

## POSTURA CATÓLICA EM FACE DO ABORTO

### ATRAVÉS DA HISTÓRIA

- 1 - A licitude do aborto foi questionada desde os primórdios do cristianismo até nossos dias; as divergências favoráveis ao aborto, porém, limitavam-se a enfoques parciais desse problema.
- 2 - À medida que a filosofia de Aristóteles influenciava o pensamento cristão, questionava-se na teologia moral a tese aristotélica da "animação posterior", ou seja, a tese de que somente 40 a 80 dias após a concepção o corpo do nascituro, como "matéria", teria condições de receber uma alma incorpórea, como "forma" constitutiva do novo homem; consoante essa tese hilemórfica, pois, o aborto não poderia ser considerado "homicídio" nos referidos dias iniciais da gestação.
- 3 - Outrossim, questionou a teologia moral a licitude do abortamento de feto já "animado", em situações que hoje denominamos "casos-limite".
- 4 - Seria tarefa quicá inviável fixar proporções, quantitativa e qualitativa, entre defensores e adversários da licitude do aborto; em termos qualitativos, podemos aduzir, além de alguns papas, teólogos exponenciais como estes, que defendiam a "animação posterior", embora nem todos aristotélicos:
  - S. Jerônimo (347-419),
  - S. Agostinho (354-430),
  - S. Tomás de Aquino (1225-1274),
  - S. Afonso M. de Ligório (1696-1787).
- 5 - A polêmica em torno da licitude do aborto foi sustada por Pio IX, em 1869, quando o condenou sem ressalvas de enfoques parciais, condenação mantida pelos papas até nossos dias; tolera-se, porém o "aborto indireto e não intencionado", como efeito colateral de intervenção para salvar a gestante, quando a gestação lhe ameaça a vida.
- 6 - Atualmente, notáveis pensadores da Igreja católica sugerem:
  - a - que se substitua a palavra "animação" por "personificação (hominização)";
  - b - que a solução do "aborto indireto" seja substituída pela "ponderação de valores em conflito", com preferência para o valor maior a salvar - p. ex., valor da vida do nascituro x valor da vida da gestante.

Ver - John T. NOONAN, La Chiesa cattolica e l'aborto.

- Marciiano VIDAL, Moral de atitudes 2, p. 215-28.

## P R E F Á C I O

Nosso esquema de QUESTIONAMENTO DA LICITUDE DO ABORTO, que temos em execução, suscitou-nos no espírito relevantes dúvidas quanto à própria estrutura da mesma. Adveio-nos essa dubitação a partir de profícuos diálogos e de aulas concernentes à problemática abortual. Com o fim de superar incertezas, havemos por bem sobrestar a pesquisa em referência e escrever o presente estudo propedêutico, de impostação metodológica, submetendo a severa crítica uma questão basilar do abortamento, a saber, a correta colocação do questionamento da licitude do aborto.

Na 1ª parte, sob a epígrafe PRELIMINARES PARA O QUESTIONAMENTO DA LICITUDE DO ABORTO, versaremos notáveis pressupostos éticos aos quais necessariamente se condiciona a correta colocação do problema abortual. Dentre esses pressupostos, há-os tão polêmicos como a própria interrupção voluntária da gravidez.

Na 2ª parte, sob o título EXCERTOS DE PESQUISA SOBRE A LICITUDE DO ABORTO, enfeixamos dois componentes temáticos, intitulados:

- ESQUEMA PARA UM QUESTIONAMENTO GLOBAL DA LICITUDE DO ABORTO, ajustado aos preliminares tematizados na 1ª parte, com explicitação dos objetivos de cada questionamento parcelar;

- LEVANTAMENTO DE OPINIÕES, NA PERSPECTIVA DE UM QUESTIONAMENTO GLOBAL DA LICITUDE DO ABORTO, objetivando identificar aqueles aspectos parciais do abortamento que mais dividem as opiniões do público e, pois, estão a exigir melhor desempenho argumentativo por parte do pesquisador.

O questionamento da licitude do aborto é uma constante na história da humanidade. Tudo o que sobre esse tema, ao longo de nossa

pesquisa, conseguimos ler e ouvir nos firmou a convicção de que ainda está distante, quicá muito distante, o dia em que abortistas e anti-abortistas consigam desembrenhar-se da floresta de infindáveis discussões em que habitualmente se emaranham, floresta que evoca o notório verso de Dante Alighieri:

"Nel mezzo del cammin di nostra vita  
Mi ritrovai per una selva oscura,  
Chè la diritta via era smarrita." 1)

(Da nossa vida em meio da jornada,  
Achei-me numa selva tenebrosa,  
Tendo perdido a verdadeira estrada.)

Francine Dumas, em seu livro L'autre semblable, se adentra nessa floresta com a precatada observação de que o questionamento do aborto "se preferiria evitar, por causa de seu caráter íntimo, doloroso e frequentemente sórdido" 2).

Em face de tão controversa problemática, agravada com os adjetivos que a mencionada autora francesa lhe apõe, só poderíamos apresentar este nosso estudo propedêutico em termos de ensaio, aberto, por sua natureza, a críticas e conseqüente revisão. Se, ao revés, nos abalançassemos a ministrá-lo ao leitor como conclusivo e imune a reparos, bem estaríamos a perpetrar uma pretensão similar à que Walt Whitman expressou neste verso:

"I celebrate myself, and I sing myself,  
And what I assume you shall assume,  
For every atom belonging to me as good belongs to you." 2)

(Eu celebro a mim mesmo e a mim mesmo canto,  
E tudo o que penso eu também tu hás de pensar,  
Pois cada átomo que a mim se refere há de referir-se também a ti.)

1) - Dante ALIGHIERI, La divina commedia. L'inferno, canto I, p. 16.

2) - Francine DUMAS, L'autre semblable. Sobre esse livro, a autora calçou seu artigo O drama do aborto na França. In: Maria Girardet-SBAFFI, L'aborto nel mondo. P. 96-102.

3) - Walt WHITMAN, Song of myself. In: AN ANTHOLOGY OF FAMOUS ENGLISH AND AMERICAN POETRY. P. 615.

A hêtero-crítica dos que não pensam como nós, em apoio à auto-crítica que estamos empreendendo, poderá ser de grande valia em prol de quem anela ser justo para com dois entes que nos merecem consideração - a gestante e o ser em processo de gestação humana.

Com referência especial à 1ª parte deste ensaio, em que vemos preliminares para o questionamento da licitude do aborto, antecipamos algumas observações, com o fim de tornar mais translúcidos nossos reais objetivos:

- Em nenhum momento, no presente ensaio, objetivamos arvorar-nos em juiz da prática abortiva, visto que, em termos metodológicos, não poderíamos assumir um posicionamento preconcebido dessa ordem. Com efeito, estamos apenas escrevendo os preliminares de uma pesquisa sobre o aborto em perspectiva ética, razão por que somente na conclusão de nosso projeto global deverá fluir logicamente um fundamentado juízo ético sobre a interrupção voluntária da gravidez.

- Sublinhamos que nosso objetivo precípuo é empenhar-nos na mudança de métodos no tratamento da problemática abortual. Quando fautores e adversários do aborto voluntário tiverem a cautela de, dialogalmente, instruir com a competente comprovação seu juízo sobre a prática abortiva, muitas vozes, hoje altissonantes, hão de minguar, talvez até um prudente silêncio total.

- Quiçá para desconforto seu, há de o leitor perceber que conjugamos em formas condicionais os verbos referentes ao caráter pessoal do nascituro. Tal condicionalidade é resposta à nossa consciência profissional, que nos veda nulificar aprioricamente as graves objeções que respeitáveis pensadores opõem à tese da personalidade do conceito, máxime em seu estado primordial de embrião e de zigoto.

- Quanto à nossa abertura para exceções a uma comprovada norma geral de direito de vida do nascituro, não se trata de conclusão a-metodologicamente antecipada, e sim, de um pressuposto de ética geral, que, numa eclosão de conflitância insanável, privilegia os valores maiores em detrimento dos menores, e prefere os desvalores menores aos maiores. Temos, é verdade, consciência do quanto é melindrosa a justa ponderação de valores e desvalores, ou seja, de bens e males, em situações conflitivas.

- Ainda que ao pesquisador seja difícil isolar do discurso filosófico-científico sua própria postura pré-havida quanto ao problema em questionamento, esmeramo-nos com rigor no propósito de separar

esses dois paralelos mentais no decorrer da pesquisa, paralelos que, na conclusão da mesma, podem vir a se aproximar ou mesmo sobrepor, dando à gestante o que é da gestante, e ao nascituro o que é do nascituro.

"Et nous alimentons nos aimables remords,  
Comme les mendiants nourrissent leur vermine."

(E nós alimentamos nossos amáveis remorsos,  
Como os mendigos alimentam sua verminose.)

Charles BAUDELAIRE, Au lecteur, p. 33.

"Yet each man kills the thing he love, /.../  
Some do it with a bitter look,  
Some with a flattering word, /.../.  
Some strangle with the hands of Lust,  
Some with the hands of Gold: /.../.  
Some do the deed with many tears,  
And some without a sigh: /.../."

(Todos matam aquilo que amam;  
Uns o fazem com ar de amargura,  
E uns dizendo galantes palavras;  
Uns trucidam por mãos do Prazer,  
E uns apelam às mãos de seu Ouro;  
Uns cometem a ação a chorar,  
E uns não dando sequer um suspiro.)

Oscar WILDE, The ballad of reading gaol, c. 381-2.



## I N T R O D U Ç Ã O

"... e dissemi ch' i' erri  
Anzi ad aprir ch'a tenerla serrata, ..."

(e ale me disse que eu erre  
antes por abrir / a porta / do que por mantê-la fechada)

Dante Alighieri, La divina commedia, Purgatorio, canto IX, p. 70

"To be, or not to be - that is the question." 4)

(Ser, ou não ser - esta é a questão.)

Com a frase dubitativa supra, inicia Shakespeare um monólogo de Hamlet, personagem de tragédia homônima, o qual titubeia em face da alternativa de empenhar-se numa solução homicida.

"Nascer, ou não nascer - esta é a questão." Com o citado jogo de palavras, adrede construído sobre o modelo hamletiano, traduzimos o pungente conflito em que se envolve a consciência do brasileiro, quando se defronta com a legislação concernente ao aborto voluntário.

#### CAOS LEGISLATIVO

Por um lado, mentaliza o cidadão os artigos 124 até 128 de nosso Código Penal, que, com duas exceções, punitivamente reprime o ' aborto voluntário, enquanto, por outro lado, o mesmo cidadão constata que no Brasil, ano por ano, se realizam centenas de milhares de abortos, 5) muitos em condições deletéreas para a saúde ou para a vida

---

4) - William SHAKESPEARE, Hamlet. III ato, I cena.

5) - Assaz difícil é a consecução de estatísticas confiáveis concernentes ao aborto voluntário, visto que as há de todo em todo irreais e alarmistas, veiculadas com o tácito objetivo de pressionar governos a legalizarem a prática abortiva ou a liberarem novas faixas de permissividade abortual. Dentro desta moldura de manipulação estatística, interpretam sociólogos o propalado número de 3 a 5 milhões de abortos anuais no Brasil. Todavia, minimizar o número nacional ou mundial de abortos eletivos importaria em leviandade inadmissível. De nossa parte, em caráter provisório, nos fixamos na estatística de Marciano Vidal, que, em sua obra Moral de ' atitudes, p. 217, conjectura: "Pode-se estimar que os abortos alcançam a cifra de 30% dos nascimentos naqueles países em que estão legitimados, enquanto que a porcentagem dos países em que não estão legitimados pode-se considerar em 20% em relação com os nascimentos."

de quem buscou no abortar uma solução. Esse conflito ante as alternativas "nascer, ou não nascer" extrema sua pungência quando compulsamos a legislação mundial sobre o aborto: países há que o penalizam com igual rigor em qualquer fase gestacional <sup>6)</sup>; outros legalizaram soluções abortivas restritas ao período embrional do conceito, de par com terceiros cuja lei permite investir abortivamente sobre o nascituro até o extremo terminativo do processo de gestação <sup>7)</sup>, e, como solução de mediania, toma vulto a propositura de se despenalizar legalmente o aborto, sem, todavia, prestar-lhe cobertura oficial. Mas a perplexidade do cidadão se consuma ao verificar que, diante do mencionado caos legislativo mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem continua statuindo ambigualmente que "todos os homens têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" <sup>8)</sup>, evitando, porém, definir quem, perante a ONU, deve ser considerado homem, para efeitos de direito à vida - se exclusivamente o ser humano já nascido, ou se inclusive o intra-uterino, que geneticamente vem programado para nascer como homem.

#### ALTERNATIVA DE TRÁGICA PRACTICIDADE

Se o "nascer, ou não nascer" contrapusesse alternativas de mera instância especulativa, se essas alternativas fossem similares à opção entre a geometria de Euclides ou a geometria não-euclidiana de

6) - Sem precisão, indica-se que, em fins da década de 60, eram somente 40 países que haviam rompido o cerco da legislação penal que vedava a interrupção voluntária da gravidez. Na década de 70 e ainda na incipiente década de 80, esse quadro se alterou notavelmente, com a legalização do aborto, de amplitude variante, em países cuja moral notoriamente rígida lhe havia oposto barreira aparentemente intransponível, como na Itália, na Espanha e, recentemente, em Portugal. O fato mais marcante, porém, foi a legislação abortual significativamente liberalizante dos Estados Unidos, em 1973.

7) - Firmou a Corte Suprema dos Estados Unidos a postura de que o termo "pessoa" não pode ser aplicado em benefício de quem ainda não nasceu. Partindo dessa premissa maior de que somente o ser humano já nascido é pessoa, e subsumindo a premissa menor de que somente a pessoas é atribuído o direito à vida, logicamente se conclui que, até o preciso momento de consumir uma nascença, não obstante 9 meses completos de gestação, o nascituro humano ainda não possui direito à vida, pelo que, implicitamente, fica reduzido à categoria de animal e sujeito a ser sacrificado aos interesses de terceiros. O cardeal John Krol, de Filadélfia, como eco dos protestos de massa, condenou essa decisão da Corte Suprema como "trágica indizível". (Ver Tullia CARRETONI & Simone GATTO, L'aborto, p. 176) Em 16/09/82, O CORREIO DO POVO reportava um pronunciamento de Ronald Reagan contra a permissividade abortual da legislação americana. Ver similar posição do Código Civil brasileiro.

8) - ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Art. 3º.

Lobatchevski, bem poderíamos continuar fruindo a tranqüilidade expressa neste provérbio salomônico: "Para um coração contente, os dias são como um perpétuo festim" <sup>9)</sup>. Todavia, o festim do coração entra em colapse quando nossa consciência ética se apercebe de que o "nascer, ou não nascer" poderia abrir-se para uma alternativa de trágica praticidade, alternativa que, adequadamente equacionada, coincidiria com o hamletiano dilema "ser, ou não ser homicida".

Há, pois, um grave quesito a responder: seria o abortamento um efetivo homicídio?

Tertuliano, advogado afro-romano convertido ao cristianismo no século III, responde a esse quesito com afirmativa cristalina, afirmativa de citação assídua por parte dos que historicam a posição anti-abortista da Igreja católica: "Para nós, em verdade - sentencia o advogado - assim como é vedado o homicídio, também não é legal destruir o que foi concebido no seio materno, enquanto o sangue se está formando numa criatura humana. Impedir o nascimento é acelerar o homicídio, e não faz nenhuma diferença suprimir uma alma já nascida ou destruir uma alma que está por nascer. Quem está para ser homem já o é, como o fruto já se encontra na semente" <sup>10)</sup>. Afirmativa tão grave e de tão ponderosas conseqüências, porém, deve ser submetida a serena avaliação, distinguindo criteriosamente entre homicídio a nível biológico, e homicídio a nível pessoal, distinção que passaremos a encarecer.

#### NÍVEIS DE HOMICÍDIO

A nível biológico, não há como fugir de uma dúplice constatação: o nascituro humano é um ser vivo, engendrado por um casal humano; ademais, com sempre crescente perspicuidade, vem-se comprovando que o conceito humano possui uma indivíduo própria em termos genéticos, diversa da individualidade genética de sua genitora. Dessa dupla constatação se há de concluir que, dentro dos parâmetros da ciência vigente, o conceito humano, como indivíduo vivo originário de viventes humanos, deve ser classificado na espécie homem, visto que suas características não se ajustam a nenhuma outra espécie biótica. Tal classificação, todavia, torna forçoso concluir que a ocisão de um ser humano pré-natal se configura efetivamente como "homicídio", ao menos a nível biológico

9) - BÍBLIA, Provérbios, 15,5.

10) - Apud John T. NOONAN, La chiesa cattolica e l'aborto. In: Maria Girardet-SBAFFI, L'aborto nel mondo, p. 130.

e no sentido literal desse termo, composto de homo = homem, e oidere, 'abrandamento composicional de caedere = matar.

Um evidente homicídio em termos biológicos, entretanto, é de molde a sugerir a possibilidade mais ampla de um homicídio personal, no pleno sentido ético desse termo. Essa equiparação de homicídio biológico e homicídio personal, porém, deve ser devidamente comprovada, 'ao invés de aprioricamente declamada em chavões oratórios. Com efeito, se é tão expedito classificar biologicamente como homem o nascituro de gestante humana, antepõem-se óbices não desprezíveis quando se pensa em categorizar esse mesmo homem gestacional também como pessoa, com o fim de lhe assegurar o direito de Vida, já que somente ao ser personal esse direito é assegurado. A sobredita dificuldade em atribuir caráter personal ao nascituro humano radica na dispersiva discordância dos pensadores quanto a uma válida e precisa conceituação do termo pessoa, e, quando se fixa uma como válida, torna-se ainda mais embaraçoso enquadrar nessa conceituação o nascituro, máxime em seus ainda obscuros primórdios evolutivos.

#### TRINTA MILHÕES DE HOMICÍDIOS ANUAIS?

Se um estudo criterioso provasse que o nascituro humano, além de homem biologicamente, é também pessoa em termos filosófico-científicos, poder-se-ia porventura concluir que o "nascer, ou não nascer" equivale ao trágico dilema "ser, ou não ser homicida"? E os inculcados 30 milhões anuais de abortamentos no mundo se caracterizariam como tipificados homicídios pessoais, no pleno sentido ético desse termo? Se realmente cada abortar equivalesse a sacrificar ilegítimamente uma pessoa, o aborto mundial superaria os pogroms de todos os tempos, e os campos nazistas de extermínio humano se configurariam benignos ante a mortandade abortamental, mortandade diante da qual, em protesto,

"o mar deveria levantar-se até o firmamento  
e apagar a luz das constelações" <sup>11)</sup>,

como terrivelmente, em sua linguagem barroca, se expressou o já citado

---

11) - William SHAKESPEARE, Rei Lear, III ato, VII cena. - Nossa tradução é extraída de traduções deste verso original:  
"The sea, which such a storm as his bare head  
In hell-black night endur'd, would have buoy'd up,  
And quench'd the stelled fires: yet, poor old heart,  
He holp the heavens to rain."

Shakespeare, pela boca do conde Gloster, para exprobrar a ingratitude das filhas do rei Lear.

Importa, contudo, ponderar que, em termos éticos, um homicídio se consuma como tal quando a occisão de uma pessoa é praticada de modo ilegítimo contra um sujeito personal, ou seja, sem razão proporcionalmente grave que justifique tal solução occisória. E ainda se impõe distinguir entre homicídio objetivo e subjetivo: o homicídio objetivo, como violação real da norma de respeito à vida pessoal; o objetivo cumulado com o subjetivo, quando a violação da dita norma é livre e conscientemente decidida pelo sujeito personal violante. Firmadas essas premissas, e considerando-se o contexto tragicamente humano em que inúmeras gestantes aceitam compulsivamente o sacrifício de seu conceito, forçoso é concluir que seria precipitação inabonável execrar sumariamente como homicídios, em senso objetivo e subjetivo, os abortamentos todos que se praticam no mundo, inscrevendo retoricamente a "escalada do aborto" na "escalada da violência mundial".

Por outro lado, não menos lastimável seria uma pétrea insensibilidade em face do morticínio abortual, mesmo se tão-só considerado em termos biológicos, como extermínio massificado de seres viventes engendrados por seres humanos. Essa carência de sentimentos se evidencia quando, pragmaticamente, se pretende superar o morticínio abortual clandestino mediante igual morticínio oficializado, a pretexto de tutela sanitária em favor das abortantes.

Por conseguinte, antes de equiparar acaloradamente o aborto ao homicídio, ou, reversamente, antes de promover friamente o sumário sacrifício de intra-úterinos humanos, como indicador de avanço cultural, mister se torna fixar a mente no seguinte bloco dual de proposições basilares, que, já supra veiculadas, decidimos reiterar aqui e no fluir deste nosso ensaio:

- 1ª proposição: somente se for comprovado o caráter de pessoa do nascituro, sua occisão poderia constituir-se em homicídio, não só biológico, mas também personal e correlatamente violador da norma e da consciência éticas.

- 2ª proposição: embora configurando-se um homicídio personal, o mesmo não é gerador de culpa ética quando não livre e conscientemente decidido; outrossim, insubsiste culpa ética quando há razão proporcionalmente grave que justifique o sacrifício de um nascituro, no sentido de que o alto valor de sua vida seja conflitivamente sobrepujado por valor ainda mais alto a salvar.

Visando a prevenir ambigüidades e a manter concisão, esclarecemos que o termo NASCITURO, assaz recorrente neste ensaio, significa genericamente o ser humano em processo de reprodução, qualquer que seja a fase gestacional em que se encontre, a menos que aponhamos explicitamente um ulterior significante a essa palavra.

Outrossim, o termo ABORTO, não menos repetitivo, traduz, neste ensaio, exclusivamente a interrupção voluntária da gravidez, exceto expressa referência ao aborto involuntário.

Também empregamos o termo CONCEPTO no mesmo sentido de nascituro, mas preferencialmente para a fase primordial da gestação.

"Não apenas a caridade, mas a simples justiça exige que não lancemos pedras às mães que julgam não ter condições para criar um filho não desejado, se a sociedade que integramos, nós e elas, não tem previsto obras assistenciais de ajuda a estas mães ou de recolhimento dos filhos que nenhum adulto quer."

Hubert LEPARGNEUR, O aborto voluntário diante da Moral católica, p. 56.



"Toda formulação ética pré-científica ou pré-filosófica está enfraquecida pela base. Às vezes misturaram-se emoções pré-científicas, medos mágicos e normas tabus nos tratados morais sobre o aborto, o que não é válido nas exigências de uma metodologia moral crítica."

Marciano VIDAL, Moral de atitudes - 2, p. 225

"É necessário também que a moral da comunidade humana, e concretamente a moral do grupo cristão, mantenha uma posição de coerência com relação ao respeito devido à vida humana. Não se pode ajuizar negativamente o aborto, e justificar ao mesmo tempo ações que atentam contra a própria vida humana: guerras etc."

Marciano VIDAL, Moral de atitudes 2, p. 226.

1ª PARTE

PRELIMINARES PARA O

QUESTIONAMENTO DA LICITUDE DO ABORTO

"Audiatur et altera pars."

(Que também a parte contrária seja ouvida.)

Princípio processual do Direito romano

"Hasta un ladrón puede tener razones,  
Puede tener razón un asesino.  
Pero nunca la tiene  
aquel que roba o mata  
una verdad cualquiera."

Maria de los Reyes Fuentes - Sinrazón, 2751.

Temos e cultivamos a convicção de que o material inflamável da temática abortual não deve ser exposto ao faiscar de polêmicas passionais. Eis por que nos propomos a um esforço liminar de conciliação, no sentido de co-ambientar defensores e adversários do aborto num mesmo zelo de coerência no pensar, num mesmo empenho de comedimento emocional, num mesmo linguajar cioso de evitar chavões acríticos e afirmativas aprióricas destituídas de comprovação, com o que concretizaremos aquela convergência de forças que Goethe celebrou num monólogo de Fausto:

"Wie alles sich zum Ganzen webt,  
Eins in dem andern wirkt und lebt!  
Wie Himmelskräfte auf und nieder steigen  
Und sich die goldnen Eimer reichen!" <sup>12)</sup>

(Como tudo para o todo se entrelaça,  
Um ao outro sua vida e ação repassa!  
Como cálicos obreiros sobem, descem  
E uns os baldes de ouro aos outros oferecem!)

"Baldes de ouro", em ritmo cooperacional do poeta, é o que intentamos oferecer serenamente ao leitor sereno, em contrapartida a tantos "baldes de ouro" que nos têm oferecido respeitáveis interlocutores, favoráveis ou adversos ao aborto.

Em alinhando nossas reflexões pessoais, buscaremos constante respaldo mental em especialistas de expressiva nomeada, aos quais, porém, por lisura profissional, evitaremos atribuir alguma citação polêmica singular, para não comprometermos nominalmente a terceiros no presente ensaio, que, máxime em seus aspectos controvertidos, é de exclusiva responsabilidade ética nossa. A nós e ao leitor, sirva-nos como referencial, em nosso caliginoso itinerário, esta significativa frase de Erich Fromm: "Creio que reconhecer a verdade não é principalmente uma questão de inteligência, mas de caráter" <sup>13)</sup>.

---

12) - Johann Wolfgang GOETHE, Faust I, S. 10.

13) - Erich FROMM, Meu encontro com Marx e Freud, p. 168.

"/.../ cabe à ética decidir qual seja a verdadeira resposta ao ' perguntarmos sobre o que é correto fazer, como também cabe à ética indicar as razões que nos asseguram que os nossos juízos ' acerca do caráter das pessoas ou acerca da moralidade das ações ' são verdadeiros ou falsos."

George Edward MOORE, Princípios éticos, p. 3.

## 1.1 - O ABORTO EM PERSPECTIVA ÉTICA

O aborto voluntário, como toda conduta humana, quando colocado em perspectiva ética, assume lineamentos que diferem daqueles que lhe advêm quando colocado em perspectiva moral.

### 1.1.1 - A ÉTICA EM FACE DA MORAL

Consoante o dicionário filosófico de André Lalande, a Moral "é o conjunto de prescrições admitidas em determinada época por determinada sociedade", ao passo que a Ética "é um julgamento apreciativo sobre os atos qualificados como bons ou maus" <sup>14)</sup> - qualificação essa fundamentada no referido estamento moral. Vale dizer que a Moral se caracteriza como um conjunto factual de normas que regem a conduta humana em determinado contexto sócio-cultural, enquanto a Ética se tipifica como crítica a um fático preceituário moral, confirmando-o como válido, ou propondo seu aprimoramento, ou ainda denunciando como inaceitáveis determinadas prescrições morais em vigor.

Concluir-se-á, pois, que, no concernente ao aborto, o escopo de uma válida ética é fundamentar uma válida moral, e que uma fática moral abortual há de ser expurgada, se necessário, por uma adequada crítica ética da prática abortiva.

Como então situar o Direito em face da Ética e da Moral? Sem obliterar ulterior desdobramento da ciência jurídica, poderíamos afirmar que o Direito ora opera no espaço da Ética, ora no da Moral. Quando, em termos teoréticos, o Direito se empenha por fundamentar filosófica e cientificamente as normas legais a serem consagradas no ordenamento jurídico de uma nação, ele está ocupando seu espaço crítico de ética. E sempre que o Direito, em termos práticos, aplica os preceitos legais vigentes à conduta concreta dos indivíduos, eis que ele

---

14) - André LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, verbete Éthique.

milita no seu espaço fáctico de moral. É, pois, conjecturável a hipótese de que, no concernente ao aborto, haja vingado uma lei que, homologada em termos jurídicos factuais de linha moral, autoriza a occisão do feto cuja vida já é extra-uterinamente viável; ao corpo de juristas responsáveis, caberia então o ético afã de reconsiderar criticamente essa lei factual; ao invés de perfilhar a cômoda tese de que uma conduta, uma vez abrigada à sombra de um dispositivo legal, é ipso facto correta e imune a ulterior questionamento.

E como se relaciona com Moral e Ética a Teologia Moral? Esta última <sup>15)</sup>, em força de seu próprio denominativo, sugere um conjunto de fácticas prescrições morais coerentes com determinado sistema religioso. Em similitude com o Direito, porém, busca a Teologia Moral dilatar o espaço fáctico das prescrições teológico-morais, adentrando o espaço crítico da Ética, para ajustar seu preceituário também aos princípios filosóficos e à realidade científica, ou para expungir algum preceito que, por via de falha exegese teológica, se haja revelado eticamente indefensável. O referido esforço de ajustamento da Teologia Moral ao lineamento filosófico-científico da Ética, o encontramos em renomados teólogos, que, no concernente ao aborto, questionam sobretudo o caráter pessoal do conceito na fase gravídica embrional, com o que, implicitamente, questionam a licitude do abortamento na referida fase.

### 1.1.2 - OBICES DO QUESTIONAMENTO ÉTICO

Temos cabal consciência dos óbices que embaraçam uma crítica ética às normas jurídicas ou teológicas factualmente em vigor quanto à prática abortamental, tendo em vista que multifárias escolas éticas discrepantes contestam mutuamente premissas com que seus oponentes pretendem validar determinada conduta humana. Haja vista que o racionalismo ético da escola aristotélico-tomista é contraditado pela ética da intuição emocional dos valores, de Max Scheler; o deontologismo ético, do dever pelo dever, proposto por Immanuel Kant, recebe contrapartida, em sentido opositivo, por parte do pragmatismo de William James e dos utilitaristas de muitos matizes.

---

15) - Atribuímos aqui ao termo "Teologia Moral" um senso lato, como sendo ela o estudo das normas de conduta a que se vinculam os adeptos de uma determinada confissão religiosa. O termo em referência se ajusta com mais precisão à Teologia Moral daquelas entidades religiosas que, através dos tempos, deram a esse estudo uma consistência sistêmica.

Sobre essa aparente excludência mútua e onímoda de sistemas éticos, alteia-se, todavia, um valor diligenciado por todos, a saber, o bem da pessoa humana, considerada esta globalmente, com realce para sua impostergável dimensão social. O mencionado valor comum de todas as escolas pode ser formulado nestes termos e servir de constante referencial no questionamento da licitude do aborto:


- tudo o que é contra a pessoa humana é contra a Ética, e, pois, contra o Direito e a Teologia Moral, desde que corretamente conduzido esse trívio de estudos;

- tudo o que aprimora a pessoa humana é abonável pela Ética, e, pois, pelo Direito e pela Teologia Moral, com a mesma ressalva anterior.



"Preceito é uma regra que se impõe;  
conselho (ideal) é simplesmente o  
que se propõe como meio útil de al-  
cançar o fim da moral. São, portan-  
to, obrigatórias as atitudes que  
caem sob o preceito; são de livre  
escolha as que correspondem a um  
conselho. /.../ Não há domínio em  
que não intervenha esta distinção :  
o trabalho é obrigatório na medida  
dos deveres profissionais; há, po-  
rém, além dessa medida, uma margem  
livre de atividades supererogató-  
rias; /.../"

Jacques LECLERCQ, As grandes linhas  
da filosofia moral, p. 371-2.



## 1.2 - DEVER E IDEAL REFERENCIADOS AO ABORTO 15a)

Em sentido ético, o dever vincula uma pessoa a determinada conduta, com o que essa conduta se torna exigível por parte de outrem. O ideal, à sua vez, não vincula, e sim, apenas motiva alguém a uma conduta, razão por que esta não é exigível, mas tão-só aconselhável.

### 1.2.1 - SÍNTESE DE IDEAL E DEVER

A síntese de ideal e dever pode resultar em duas configurações éticas relevantes: o ideal é conversível em dever, com o que o ar-  
dor idealístico, sujeito às naturais oscilações do psiquismo, ganha em consistência e regularidade executivas; em contrapartida, o dever, quando cumprido por ideal, é mais motivado, por mais gratificante, e, por isso mesmo, arrosta melhor os obstáculos na trajetória de execução de uma conduta.

Saliente-se, todavia, que a comutação de um ideal em dever somente é válida a nível subjetivo, nunca na ordem objetiva da normati-  
vidade ética. Vale isso dizer que o ideal há de ser assumido como de-  
ver por livre decisão do quem o assume, e de tal modo que sua decisão permaneça em constante disponibilidade para ser livremente por ele re-  
vogada - com a evidente ressalva de que esse processo conversivo de i-  
deal em dever, e vice-versa, ocorra sem lances de leviandade. Impõe-  
-se, outrossim, grifar que nenhum ideal, ainda que subjetivamente erigi-  
do em dever, pode jamais derrogar outro dever, máxime quando o cumori-  
mento desse outro dever interessa vitalmente ao bem grupal ou comum.

Empenhar-nos-amos agora por ajustar ao questionamento da li-  
citude do aborto o supra exposto entrelace de ideal e dever. Sim, have-  
ria estrito dever de respeitar a vida do nascituro sempre que seu sta-  
tus personal fosse devidamente comprovado, até o grau epistemológico

15a) - Preferimos o termo "ideal" a "conselho", pois este último já  
não expressa o significado que passamos a pôr em questão.

indicado infra, em 1.4, para o agir humano obrigatório. Demais, por ideal, pode ainda uma pessoa decidir-se a preservar também a vida de um conceito cujo direito fuisse ponderavelmente duvidoso ou quicá nulo, 'ideal que a pessoa em causa teria até direito de converter, subjetivamente, em dever seu de consciência. Um ideal tão humanitariamente generoso, entretanto, vai subordinado à ressalva de que, objetivamente, 'agiria contra a ética uma gestante que decidisse morrer para salvar um conceito seu cujo direito de vida fosse insustentável. Efetivamente, o ideal de salvar qualquer nascituro humano a qualquer preço não derroga à gestante o seu dever natural de salvar a própria vida, ~~se necessária~~ ao bem de filhos menores anteriormente havidos. Parece deveras irrefutável que, salvo prova prática em contrário, a maternidade é intransferível, razão por que os direitos adquiridos pelos filhos anteriores, em dada situação concreta, podem preferir ao duvidoso ou mesmo insubsistente direito de um nascituro - situação-limite que havemos de considerar mais detidamente a seguir, em 1.6 e 1.7.

#### 1.2.2. - IDEAL E DEVER, QUANTO AO NASCITURO, EM ESCALA DE AUTORIDADE NORMATIVA

No concernente a ideal e dever, qual o papel dos dirigentes de sociedades filosóficas ou religiosas que, em seu código moral, disciplinam a interrupção voluntária da gravidez? Sobretudo em relação a seus adeptos, incumbe a eles urgir o dever, e somente o dever, de respeitar o direito de vida do nascituro, desde que esse direito não seja contraditado à base de objeções ponderáveis - objeções que podem ser fundamentadas na carência de provas válidas quanto ao caráter pessoal do conceito, ou fundamentadas em direito preferencial de outrem, evidenciado após criteriosa ponderação de valores em conflito, consoante, infra, havemos de questionar em 1.5 e 1.6. Adicionalmente, ainda é facultado aos dirigentes de sociedades aconselhar a seus adeptos, e somente aconselhar, o ideal de proteger toda vida pré-natal que lhes estiver afeta, mesmo que não amparada pelo comprovado direito de nascer.

Com as afirmativas númer-expedidas, nos reportamos inevitavelmente ao ideal de preservar até a vida do zigoto humano, a partir do evento fecundativo, ideal esse, a nosso ver, indebitamente exigido como dever, já que ainda não existem estudos que induzam uma alta probabilidade quanto à categoria pessoal de um óvulo recém-fecundado. Ora, não sendo pessoa o zigoto, não há como capacitá-lo a direitos, nem mesmo ao direito de nascer, pois que direitos competem privativamente

a seres personais, como, em 1.6, tornaremos a enfatizar. Em consequência, sendo o uso de alguns modelos de DIU biologicamente abortivo, no sentido de extinguir a vida de um óvulo fecundado, nem por isso se há de ver nesse aborto biológico, aprioricamente, um aborto personal, de ressonância ética. Esses dois níveis de aborto viriam a coincidir se, insistimos, comprovada fosse a personalidade do zigoto.

A indiscriminada defesa de toda vida pré-natal, a qualquer preço, em nome de um ideal, poderia onerar a consciência dos respectivos defensores com o peso de uma impraticável responsabilidade, com vistas ao sucesso existencial do filho cujo nascimento advogaram e da genitora sobre cuja consciência ética exerceram pressão para fazê-lo nascer. Tal ordem de responsabilidade é judiciosamente inculcada pela já referida Francine Dumas, quando afirma que "recusar o aborto significa, pois, aceitar a responsabilidade, coletiva e individual, de pôr no mundo criaturas em condições tais que cada uma tenha opções existenciais, sem excessivo condicionamento de miséria, de sub-cultura ou de carência afetiva ambiental" 16).

Por conseguinte, não revelaria senso de responsabilidade pressionar, em nome de um ideal entendido como dever, a consciência ética de uma gestante no sentido de levá-la a consumir sua gravidez, e, nascido o filho, alhear-se dele e de sua genitora, deixando-os entregues à sua angústia, em meio a problemas insustentáveis com que esse nascimento "ideal" os veio cumular. Tão pouco, em postura contrária, revelaria senso de responsabilidade quem, eximindo-se onimodamente de ideal e dever para com o ser humano intra-uterino, reivindicasse o aborto indiscriminado e, lavando as mãos como Pilatos, pretendesse alhear-se dos abortamentos que, na esteira dessa indiscriminação abortiva, nenhuma ética poderia justificar, nem quanto à sua realização arbitrária, nem quanto ao modo sinistro de executá-los.

16) - Francine DUMAS, op., cit. p. 100.

"As legislações que permitem o aborto percorrem suas etapas com ritmo sempre mais veloz. 'Tão-só o mundo islâmico, países do Terceiro Mundo e algumas grandes ilhas do mundo cristão permanecem imunes, mas não é possível imaginar por quanto tempo ainda, /.../ O aborto, a princípio olhado como evento secreto ou crime, como desastre da profissão médica ou como trágica manifestação da humana fraqueza, apareceu, quase de improviso, como justificado aos membros do "American Law Institute", foi defendido pela "American Medical Association", aplaudido pela "American Public Health Association", valorizado pelo "Planned Parenthood World Population", dado à publicidade pelo "New York Times".

Angelo FIORI & ELIO SGRECCIA, '  
Aborto - riflessioni di studiosi cattolici, p. 7 e 15-16.

### 1.3 - ABORTO, UM PROBLEMA DE DIMENSÃO HISTÓRICO-PLANETÁRIA

Pouco resta do sonho medieval por um mundo unitário em termos de cosmovisão, sonho esse desfeito principalmente no que tange ao unitário escalonamento dos valores humanos. Incumbe-nos, pois, a penosa tarefa de produzirmos, quanto à eticidade do aborto, um discurso argumentativo que seja assimilável por todas as correntes de pensamento de nossa cultura pluralitária.

#### 1.3.1 - PARA A UNIVERSALIDADE DO ABORTO, ARGUMENTAÇÃO UNIVERSALIZANTE

A interrupção voluntária da gravidez revela-se como prática humana que, dir-se-ia, é componente do ethos de todos os povos, por todos os tempos e em todos os níveis culturais, de tal modo que, baseada em seu inquérito jornalístico, a italiana Myriam Mafai concluiu que "o aborto faz parte do horizonte feminino, exatamente como a gravidez, o parto, a menopausa" 17).

Fosse o aborto exclusivamente um problema científico, de teor jurídico, médico, psicológico ou econômico, nada mais plausível do que distribuí-lo à alta competência dessas ou de outras áreas da ciência empírica; fosse o abortar um problema privativamente filosófico, bem estaria ele sob o foco de luz das elucubrações dos filósofos; fosse a voluntária interrupção da gravidez tão-só um problema teológico, nada obstaria a que as diversas confissões religiosas, intra-muros, lhe equacionassem uma solução para seus respectivos adeptos. O problema do aborto eletivo, porém, é eminentemente de ordem ética. Tendo em vista que à ética incumbe a tarefa multiabrangente de realizar a pessoa humana em todas suas dimensões específicas, através de sua adequada

---

17) - Tullia CARETTONI & Simone GATTO, L'aborto, p. 17.

conduta, havemos de concluir que uma impositão ética do aborto voluntário deve irrefugivelmente abranger, em seu espectro questionativo, ' as bandas espectrais da problemática científica, filosófica e teológica, problemática trinitária que densamente envolve a prática abortiva. Além dessa trindade do espectro cultural, há de a ética tomar em consideração os variegados cambiantes cosmovisionais que coloreem a Ciência, a Filosofia e a Teologia da humanidade contemporânea pluralitária.

Essa visão macro-ética sugere de pronto que, para avaliar o abortamento sob o ponto de vista de sua eticidade, busquemos recursos argumentativos em mananciais que formam oásis comum a todos os militantes de nossa cultura pluralista, ou, ampliando semanticamente um termo recente, diremos que o questionamento da licitude do aborto deve processar-se em amplitude ecumênica. Esses propugnados recursos argumentativos universalizantes deverão ultrapassar os argumentos nimamente peculiares a segmentos da comunidade humana, argumentos que poderiam ser convincentes para o público interno de entidades limitadas, mas podem não sê-lo para os que vivenciam outros problemas ou partilham de outra cosmovisão. Em 1.5, havemos de explicitar a proposta visão macro-ética do problema da licitude do aborto.

### 1.3.2 - EXEMPLARES DE ARGUMENTAÇÃO PARTICULARIZANTE

#### NO QUESTIONAMENTO DA LICITUDE DO ABORTO

O supra exposto alvitre de elaborar uma argumentação universalizante nos evoca exemplares notórios de argumentação particularizante com vistas ao questionamento da licitude do aborto.

Nossa geração de mais provecta idade recorda o histórico argumento anti-abortista particularizante do marechal Pétain, que, em 1942, convicto de que a França desnatalizada capitulara ante a invasão nazista por falta de jovens franceses para defender a pátria, operacionalizou uma drástica lei penal contra o aborto, segundo a qual os culpados de interrupção da gravidez eram punidos por crime assemelhado à alta traição contra a soberania de seu país <sup>18)</sup>.

Particular, ao invés de universalizante, é também a recente argumentação chinesa em prol da prática abortiva, de impositão nitidamente depopulacionista, a ponto de serem pressionadas à interrupção da gravidez as gestantes que, deliberada ou acidentalmente, hajam violado,

---

18) Apud Francine DUMAS, op. cit., p. 99.

com seu proibido engravidamento, a prefixada quota governamental de filhos<sup>19)</sup>.

Em perspectiva diversa da sócio-política dos argumentos anteriores, mencionamos como particularizante a inculcada argumentação contra o aborto construída a partir dos aberrantes abusos perpetrados em clínicas de interrupção da gravidez, máxime em países que oficializam a prática abortamental. Não obstante a validade do clamor contra essas instituições feticidas mercantis, débil é sua força argumentativa contra o abortamento como tal, pois, se clamor contra abusos fosse argumento válido contra o uso, deveríamos clamar hoje alto e bom som por total encerramento do automobilismo no Brasil, em virtude dos 21 mil mortos anuais em nosso trânsito infestado de aberrâncias<sup>20)</sup>.

Em versão estritamente teológica, de teor católico, mas não menos particularizante, encontramos na história o argumento erigido sobre o dogma que declara Maria imune do pecado original "desde o primeiro instante de sua concepção". Esse dogma, proclamado por Pio IX em 1854, proclama implicitamente o caráter personal de Maria já no estado de zigoto, pois não faria sentido atribuir a referida imunidade original a um ser não-personal. Proclamada a personalidade de Maria no estado zigotal, implicitamente proclamado está, outrossim, a personalidade de todo zigoto humano, por força de sua especificidade paritária com a de Maria. E, proclamada a personalidade de todo zigoto humano, implicitamente ainda se proclama seu direito à vida e a conseqüente condenação de abortá-lo. Eis por que o dogma em referência, de tanto alcance conseqüencial para o questionamento católico da licitude do aborto, marcou o término da quase bimilenar corrente de teólogos católicos que sustentavam haver, após o evento biológico da fecundação humana, uma fase de aproximadamente 2 meses em que o conceito humano ainda não teria atingido o patamar da hominização, em sentido de personalização capacitadora para o direito à vida, donde inferiam a licitude do abortamento nesse espaço pré-humano da gravidez.<sup>21)</sup>

Muitos outros argumentos nimamente particularizantes poderíamos arrolar, quer em defesa, quer em condenação do aborto, o que enfraquece a posição de ambas as partes contendentes. Faltaríamos, porém, à lisura se pretendêssemos inculcar que nenhum proponente dos acima expostos exemplares particularizantes desenvolveu argumentos mais universalizantes em prol de sua postura diante da vida do nascituro.

---

19) - Ver em VEJA, O despertar da China, (881): 44-66, p. 44-66.

20) - Ver Michael LITCHFIELD & Susan KENTISH, Bebês para queimar.

21) - Ver John T. NOONAN, La chiesa cattolica e l'aborto. In: Maria Girardet-SBAFFI, L'aborto nel mondo, p. 157 ss.



"Factum non praesumitur, sed probandum est - um facto não deve ser presumido, mas comprovado" - p. ex., o caráter pessoal do nascituro.

#### Princípio jurídico

"Quod si res est dubia, vincat humanitas et facilitas - em se tratando de matéria duvidosa, prevaleça o que é humano e favorável (na interpretação da obrigatoriedade de uma conduta)."

S. Gregório NAZIANZENO, Orationes, 39, 19.

"O ponto central do ato volitivo é dado pela influência dos motivos que induzem a vontade a auto-determinar-se para a realização de um fim. /.../ Para julgar se um homem é responsável por certa ação, se esta lhe deve ser imputada como sua própria, devemos determinar de que maneira se manifestou sua personalidade ao preparar essa ação, ao amadurecê-la e ao realizá-la."

Agostino GEMELLI & Giorgio ZUNINI, Introdução à psicologia, p. 380 e 383.

#### 1.4 - FORMAÇÃO DA CONSCIÊNCIA PRÁTICA EM FACE DO ABORTO

Sobremodo relevante se afigura nosso chamamento por uma argumentação universalizante no questionamento da licitude do aborto, quando se considera o processo intelectual-psicológico de que resulta o constructo de uma consciência individual concreta em face da opção entre abortar ou conduzir a termo uma gravidez. A propósito, nunca se perca de vista que, em termos éticos, uma norma de conduta relativamente ao aborto, como qualquer outra norma ética, só pode gerar dever individual e concreto de consciência quando ativados e conjugados os dois polos que induzem obrigatoriedade prática - o polo objetivo e o polo subjetivo, cujo estudo complementaremos em 1.7.

##### 1.4.1 - O POLO OBJETIVO DA CONSCIÊNCIA ÉTICA PRÁTICA

Por parte do polo objetivo, que é o da normatividade ética, torna-se indispensável, para que se gere o dever consciencial no sentido de cumprir uma norma, que esta seja comprovadamente exigitiva, quando menos, até o grau epistemológico de sólida probabilidade, quando a cabal certeza for inviável - como supra já asseveramos, em 1.2.1. Todavia, em havendo argumentos que induzam uma ponderante probabilidade contra o carácter obrigatório dessa norma de conduta, o agente potencial se encontra eticamente liberado para optar entre uma ou outra dessas duas condutas prováveis.

Quando, pois, embora ~~sem~~ absoluta certeza mas com prudente probabilidade, se comprovasse o carácter pessoal do embrião humano já aos 2 meses de gravidez, e seu decorrente direito de vida, haveria suficiente razão ética para se gerar o dever de consciência no sentido de resguardar esse direito pré-natal. Em contrapartida, porém, à medida que se avolumassem provas muito significativas de que o embrião ainda não é pessoa, e, portanto, ainda não possui condições éticas para

fruir o direito à vida, a consciência ética do potencial agente ficaria livre para optar entre interromper a gravidez ou consumá-la, ainda mais quando razões outras de notável peso viessem somar-se a essa definição da personalidade do nascituro. <sup>22)</sup>

#### 1.4.2 - O POLO SUBJETIVO DA CONSCIÊNCIA ÉTICA PRÁTICA

Pelo lado do polo subjetivo, que é o da consciência ética em conjuntura prática, mister se torna evitar à gestante bloqueios que lhe possam entrar a intelecção, ou o psiquismo, ou ambos. Bloqueios intelectivos lhe obstaculariam uma correta assimilação dos argumentos que visassem a comprovar-lhe como exigencial determinada conduta para com o nascituro, bloqueios esses que poderiam avolumar-se quando se lhe ministrassem argumentos particularizantes que orbitam fora do espaço da sua própria cosmovisão. Bloqueios/psíquicos lhe obstruiriam a decisão de cumprir a norma de conduta que lhe fora comprovada como dever de consciência, fenômeno que lembraria esth verso que integra um poema tempestuoso do poeta americano Carl Sandburg:

"... when did cold logic bring forth a child?" <sup>23)</sup>

(quando foi que a fria lógica deu à luz uma criança?)

Sugerimos, por conseguinte, jamais investir intempestivamente sobre a consciência de uma gestante com uma etérea ética abortual, trabalhada "more geometrico - a modo de geometria" <sup>24)</sup>, segundo a ex-

22) - Remetemos o leitor à histórica polêmica sobre a segurança probativa exigida para que um agente, em sã consciência, possa decidir-se por uma determinada conduta:

- O tuciorismo, exigindo a conduta que seja mais seguramente lícita, ou seja, a conduta ajustada à lei vigente;
- O probabiliorismo, permitindo a conduta mais provavelmente lícita;
- O equiprobabilismo, facultando optar entre condutas de liceidade igualmente provável;
- O probabilismo, admitindo uma conduta cuja licitude seja solidamente provável, sem necessidade de comparar complexamente essa licitude provável com outras também prováveis.

Ver:-Nicola ABBAGNANO, Dicionário de filosofia, verbete Probabilismo.

- Francesco ROBERTI, Dizionario di Teologia morale, verbete Sistema.

23) - Carl SANDBURG, The People, yes. In: Oswaldino MARQUES, Poemas famosos da língua inglesa, p. 125.

24) - Johannes HIRSCHBERGER? História de la filosofia, 2 t., p. 34.

pressão de Baruch Spinoza. Ante a decisão concreta de poupar ou sacrificar um nascituro, pode a geometria mental feminina entrar em colapso e produzir configurações psíquicas inesperadas, lembrando aquele ser humano contraditório que o poeta inglês Alexander Pope descreveu como

"Chaos of Thought and Passion, all confus'd" 25).

(Um caos todo confuso de pensamento e de paixão.)

Com efeito, quem conhece o mundo da gravidez humana, ora festivo, ora trágico, há de ter contactado gestantes bloqueadamente irreceptivas a qualquer argumento expendido para comprovar-lhes determinado dever para com seu conceito, ou, quando porventura intelectivamente pareciam aceitá-los em definitivo, o "caos todo confuso de pensamento e de paixão" lhes barrava o caminho do cumprimento da norma previamente entendida como obrigatória.

25) - Alexander POPE, Essay on man. In: ANTHOLOGY OF FAMOUS ENGLISH AND AMERICAN POETRY, p. 124.

"Quando alguém deve empenhar-se numa especialidade assaz delimitada, não é sensato, não é fecundo enclausurar-se nela de imediato. Isso importaria em equipar-se de antolhos. Nenhuma ciência basta a si mesma; nenhuma disciplina, vista em separado, é luzeiro suficiente para seus próprios caminhos. Isolada, ela se encolhe, define-se, se estiola e, na primeira oportunidade, se extravía. /.../ Em todas as coisas, ide direto ao essencial; não vos deixeis atrasar pelas minúcias: não é com minúcias que se sustentam as ciências. /.../ O que falta nestes tempos, do ponto de vista da ciência, não é a quantidade do saber, e sim, a harmonia do saber, harmonia que não se consegue se não mediante apelo aos princípios fundamentais."

Antonin Dalmace SERTILLANGES, La vie intellectuelle, p. 125, 130, 131.

## 1.5 - A LICITUDE DO ABORTO, UMA QUESTÃO INTERDISCIPLINAR

No segmento 1.3, lançamos, ainda em termos genéricos, a proposta de questionar a licitude do aborto em estilo de macro-ética, cujo espectro abranja a Ciência, a Filosofia e a Teologia, esta última como visão transcendental de valores não claramente escalonados pelos dois estudos que lhe são afins. No segmento 1.4, encarecemos a necessidade de uma ética humanizada, para o fim de formação da consciência prática em relação ao ser humano intra-uterino e à sua genitora. Passaremos agora a debuxar um quadro dessa ética abortual multiabrangente.

### 1.5.1 - VISÃO DE UM QUESTIONAMENTO INTERDISCIPLINAR DA LICITUDE DO ABORTO

Indicamos como preponderantes, para um questionamento global da licitude do aborto, as disciplinas a seguir.

#### - A ÉTICA

há de se cometer a tarefa liminar de dirimir questões basilares de sua área, tarefa da qual depende o sucesso de um correto discurso ético relativamente ao aborto. Realizada essa operação liminar, da qual este nosso ensaio é um limitado espécimen, há de valer-se a ética da interveniência dos estudos científicos, filosóficos, teológicos, infra esboçados, para inferir as normas de conduta prática em face do nascituro.

#### - Ao DIREITO

se há de solicitar, em parceria com a antropologia filosófica, a pesquisa do perfil jurídico do nascituro, com o fim de que as normas jurídicas de conduta para com a sua vida sejam consonas com as da ética, tendo em vista o liame natural entre o ordenamento ético e o jurídico.

- À EMBRIOLOGIA,

apoiada pela Genética e a Biologia, se há de solicitar a tarefa de, em cada fase do processo reprodutor humano, descrever a configuração somática do nascituro, como suporte ôntico de um possível psiquismo pré-natal.

- À PSICOLOGIA

se cometerá investigar, nas diversas fases da gravidez, o psiquismo pré-natal, como indicador funcional de possível capacitação do nascituro para o status personal. Adicionalmente, caberá à Psicologia avaliar a efetiva ressonância do aborto voluntário no psiquismo de quem a ele se submete.

- À ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA

cumprir dilucidar o conceito de pessoa, núcleo questionativo que polariza todas as demais questões concernentes ao aborto, visto que somente ao ser personal é atribuído o direito à vida. Uma vez fixado como válido um conceito de pessoa, deverá a Antropologia Filosófica, valendo-se de informações da embriologia e da psicologia, estudar a aplicabilidade desse conceito de pessoa ao nascituro, nas diversas etapas gestacionais.

- À MEDICINA

competete configurar clinicamente aqueles quadros conflitivos em que se impõem as alternativas excludentes de salvar a vida da gestante ou a do nascituro. Outrossim, adscrive-se à Medicina indicar que anormalidades, constitucionais ou funcionais, se revelam, no nascituro, como ônus grave e insuperável, no sentido de nascer para uma vida sub-humana, ou indicar que inconvenientes graves, resultantes da consumação de uma gravidez, poderiam impossibilitar à gestante o exercício de sua missão familiar. E ainda é competência da Medicina dimensionar a repercussão do abortamento sobre a saúde de quem a ele se sujeita. Há de a Ética avaliar propostas abortivas que, baseadas em informes médicos, visam a dirimir conflitos de direito prioritário à vida, ou a evitar males que possam sub-humanizar a vida da gestante ou a do filho que vier a nascer.

- À PSICO-SOCIOLOGIA

se há de solicitar informação respeitante ao efetivo ambiente em que se irá processar a vivência pós-natal de um nascituro engendrado por via extra-matrimonial ou de estupro, com vistas a questionar se é justo exigir um nascimento que prenuncia situações violentadoras do equilíbrio psíquico da genitora, ou do genitor, ou de ambos.

- A SOCIOLOGIA,

máxime em seus enfoques econômico e educacional, cumpre supeditar os dados necessários a um debate de alto nível quanto às reais perspectivas de vida verdadeiramente humana que esperam o cidadão potencial após o nascimento, ou mesmo antes de nascer, dados que porventura não de sugerir a pergunta se é lícito compalir um nascituro a uma vida fatalmente sub-humana.

- A HISTÓRIA,

como subsídio introdutório ou suplementativo,

poder-se-á pedir preciosos informes quanto ao posicionamento das comunidades humanas em face do aborto, quer por força de legislação, quer por tácito consenso consuetudinário. Outrossim, será de relevante valia o testemunho histórico sobre os efeitos práticos, em termos de aprimoramento humano individual e social, advindos da prática ou recusa do aborto. E ainda, a partir de uma regularidade histórica maior ou menor da prática abortiva, é inferível uma dificuldade maior ou menor de implantar numa comunidade a ética abortual que estudo adequado houvesse comprovado como válida.

1.5.2 - O AVAL PLEBISCITÁRIO COMO CRITÉRIO JUDICATIVO

DA LICITUDE DO ABORTO

Tributamos ao leitor nosso voto de confiança no sentido de que ele mesmo mentalmente se haja antecipado a nós em julgar inadequado um plebiscito para decidir da legalização do aborto, tendo em vista a vastidão do horizonte interdisciplinar que a problemática abortual acaba de lhe descortinar. Efetivamente, se um penoso estudo interdisciplinar sobre a eticidade do aborto sequer consegue emitir sobre ele um veredito irrestritamente seguro quanto a todas as suas nuances, importaria em desacreditar a Ética e o Direito se precipitadamente confiássemos tal veredito a um lacônico "sim" ou "não" de votantes, dentre os quais milhões não possuem suficiente preparo cultural para um responsável enfoque global do problema, que lhe é proposto resolver em termos compulsoriamente disjuntivos. 26)

---

26) - Nossa pesquisa de opinião, componente deste ensaio, em 2.2, colocada em termos de "sim" e "não", em momento nenhum pretendeu atribuir força normativa ao juízo emitido pelos entrevistados, e sim, apenas lhe damos valor informativo. Se valor normativo ali conferíssemos à nossa pesquisa, a estaríamos assemelhando ao recurso plebiscitário, do qual supra discordamos.



Mesmo que razões ponderáveis houvesse para decidir acerca do aborto por via plebiscitária, as alternativas "sim" ou "não", ainda que respondendo a diversas propostas de permissoriedade abortual, não cobririam toda a escala de aspectos variantes que tipificam o abortar voluntário, como se pode inferir de nossa pesquisa de opinião que integra o presente ensaio. Deveras, entre o abortamento de um neo-conceito de ainda obscura categoria pessoal, para salvar a vida de uma gestante, e o abortamento de um feto de 7 meses, há muitos graus escalares diante dos quais quer gregos quer troianos distribuiriam cautelosamente ora um "sim", ora um "não".

E deixamos ao leitor conjecturar as motivações escusas que podem facilmente infiltrar-se numa campanha pré-plebiscitária concernente a tão polêmica matéria.

Proporíamos, pois, que, em se tornando imperioso reformular a a legislação disciplinadora do aborto, tal reforma seja previamente confiada ao estudo de uma comissão de alto nível, na qual participariam especialistas de todas as disciplinas acima indicadas para o questionamento interdisciplinar do aborto voluntário. A referida comissão poderia ser integrada, entre outros, por delegados de sociedades filosóficas e religiosas, bem como, de preferência, por aqueles parlamentares que se hajam especializado em problemática abortual. No somatório dos integrantes da comissão de alto nível, evidentemente haveria paridade ou mesmo preponderância do número de representantes femininas, com o fim de não propiciar objeções como esta de uma jovem feminista italiana: "Se abortar coubesse aos homens, o aborto seria um sacramento" <sup>27)</sup>. A título de notável subsídio, seria facultado à dita comissão receber a manifestação escrita de cidadãos, em similitude com o procedimento adotado pela comissão que elaborou a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Em 2.2. de nosso ensaio, apresentaremos um esquema de caráter interdisciplinar, mais orgânico e desenvolvido do que o acima esboçado, como roteiro de questionamento global da licitude do aborto.

---

27) - Tullia CARETONI & Simone GATTO, op. cit., p. 16.

"Em consequência, tão-é o conhecimento dos princípios fundamentais do direito natural, sempre válidos, e o conhecimento da situação histórica, são capazes de tornar possível um juízo acerca daquilo que, em dado caso, é "historicamente reto" e por isso mesmo "reto segundo a natureza". /.../ Dessa forma, as exigências da lei natural poderão revestir formas ~~asas~~ <sup>asas</sup> diferentes, conforme as várias situações concretas e históricas a serem consideradas. Circunstâncias mutáveis, a opinião de um determinado ambiente, os valores admitidos em determinada sociedade, a maneira pela qual será interpretado um certo modo de agir - eis alguns fatores que necessariamente intervêm na determinação concreta da exigência moral."

Reginaldo M. PIZZORNI, Attualità del diritto naturale?, p. 160 e 162.

"Os princípios comuns da lei natural não podem ser aplicados de um mesmo modo a todos, tendo em vista a grande variedade das coisas humanas."

Tomás de AQUINO, Summa theologiae, I-II, q. 95, a. 2, ad 3.

## 1.6 - O DIREITO DE VIDA, UM DIREITO RELATIVO

Não raro constatamos enfáticas defesas do nascituro que atribuem valor absoluto à sua vida e, conseqüentemente, o absoluto direito de que ela seja preservada. Por um lado, não nos apraz apoucar essa ênfase defensoria; por outro lado, porém, se impõe desencantar, entre outras, a fórmula da "absoluta inviolabilidade da vida pré-natal", porque ela não se ajusta aos parâmetros ético-jurídicos da humanidade, parâmetros ante cuja constância invariável o direito de vida é uma variável. Vale isso dizer que a humanidade consagrou a relatividade do direito de vida de cada pessoa humana já nascida, donde se colhe a conclusão de que nada obsta a que, infra, a inculcada absolutez do direito de vida do nascituro seja questionada.

Em abono de nossa asserção, aparentemente óbvia, hajam vista alguns exemplos paradigmáticos de relatividade do direito à vida.

### 1.6.1 - GUERRA, RELATIVIZAÇÃO MÁXIMA

#### DO DIREITO À VIDA

Sem qualquer óbice de ordem ético-jurídica, embora com insopitável relutância, pode uma nação defender-se contra uma guerra injusta, lesiva ao seu território ou quicá outros interesses vitais, mesmo com sacrifício de notáveis contingentes humanos, quer do país agressor, quer do agredido. Uma guerra defensiva, considerada justa, resulta de uma ponderação de valores em conflito, e é corrente concluir que o valor da soberania de uma comunidade, considerada como um todo, é valor mais alto que excede sobre o valor da vida de um ou de muitos cidadãos, quando considerados como indivíduos, excelência valoral essa que torna prioritário o direito de soberania da nação sobre o direito de vida do cidadão.

Essa fundamentação ético-jurídica da guerra defensiva foi celebrada com particular vigor nas letras francesas por Maurice Barrès e Charles Péguy, sem, todavia, exaltarem a guerra pela guerra, ou a guerra como "Única higiene do mundo" <sup>28)</sup> como proclamava, em 1913, Filippo Tomaso Marinetti, em seu manifesto futurista denominado Millenovecento tredice, isso como eco de similar proposição divulgada por Nietzsche, em tópicos de sua obra <sup>29)</sup>. Barrès, tendo em mente o primeiro conflito mundial, enalteceu os jovens combatentes franceses mortos como "ces jeunes âmes pleines de divinité - estas jovens almas cheias de divindade" <sup>30)</sup>. Nos passos de Barrès, o religioso e contemplativo Péguy, tombado em combate na batalha de Marne, em 1914, deixou-nos estes versos de Eve, em que ao "charnel", vale dizer ao "material" da cidade terrena defendida pelo combatente, contrapõe o espiritual da cidade de Deus que o espera por morte em combate:

"Heureux ceux qui sont morts pour la terre charnelle,  
Mais pourvu que ce fût dans une juste guerre.  
Heureux ceux qui sont morts pour quatre coins de terre,  
Heureux ceux qui sont morts d'une mort solennelle." <sup>31)</sup>

(Felizes os que morreram pela terra carnal,  
Desde que haja sido num guerra justa.  
Felizes os que morreram por quatro cantos de terra,  
Felizes os que morreram de morte solene.)

Os históricos morticínios das cruzadas da cristandade, e os de outras confissões religiosas, bem comprovam que não só a nível ético-jurídico, mas ainda a nível teológico-moral o direito de vida do ser humano é administrado como relativo, em função de valores vários considerados mais altos do que o direito individual de viver.

#### 1.6.2 - EXEMPLOS COMPLEMENTARES DE RELATIVIDADE

##### DO DIREITO À VIDA

- Relativo é também o direito de vida num contexto de agressão extra-bélica, individual ou grupal. Respeitante a tal agressão, a

28) - Apud Estêvão CRUZ, História universal da literatura, v. 2, p. 244.

29) - Ver sobretudo F. NIETZSCHE, Thus spake Zarathustra, p. 63.

30) e 31) - André LAGARDE & Laurent MICHARD, XX<sup>e</sup> Siècle - Les grands auteurs français, p. 117-128 (Barrès), 139-176 (Péguy).

Ética e o Direito consagraram o incontroverso direito de defesa, ainda que resultando em morte do agressor, desde que dentro dos limites da vetusta fórmula romana "servato moderamine inculpatae tutelae - observada a moderação de uma defesa sem culpa". Importa, porém, advertir ' que a legítima defesa não só é lícita como resposta a uma agressão eticamente culposa, e sim, em termos éticos, também como resposta a um alto risco imediato de vida advindo de quem é incapaz, aqui e agora, ' de culpa ética, porque incapaz de um agir livre, por exemplo um louco.

- Relativo, outrossim, se comprova o direito de vida quando o bem comum é julgado valor maior do que a vida do celerado que o põe em risco, valoração comparativa que fundamenta a pena de morte. Esta, embora em franco declínio, continua vigendo em todos os países, para crimes de alta traição contra a pátria.

- Como exemplo de relatividade do direito à vida, indicamos ainda o do comandante de uma nave, bem como o de toda a tripulação, di reito que, em virtude de procedimentos internacionais de pristina origem, é suplantado, em caso de naufrágio, pelo prioritário direito de vida dos passageiros, e mesmo a prioridade destes é escalonada, com preferência para crianças, enfermos e velhos, quando não é viável o salvamento geral. Os 1.513 mortos no sinistro do Titanic, em 1912, por insuficiência <sup>de</sup> botes salva-vidas, constituem exemplo de trágica relativi dade do direito de vida, com valoração prioritária para o de uns, e nu la para o de outros, segundo critério sentimental de precedência, que beneficiou 712 sobreviventes <sup>31)</sup>.

- Relativo ainda tem-se comprovado ~~o~~ direito de toda vida nos casos de seqüestro. Com efeito, tende a generalizar-se o parecer ' de negar ao seqüestrador o exigido resgate, quando este compromete gra vemente o bem comum. A negação do resgate constitui evidente risco do seqüestrado, o que vale por indicar que a defesa social contra a escalada sempre mais audaciosa da chantagem figura como valor mais alto do que a vida individual de uma ou mais vítimas de seqüestro.

### 1.6.3 - RELATIVO, POR IGUAL, O DIREITO DE VIDA DO NASCITURO?

Admitamos agora, a título de método, que o direito de vida do nascituro, em determinada fase gestacional, haja sido comprovado, '

---

31) - ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, verbete Titanic disaster.

ao menos como norma geral, em paridade com o direito de vida das pessoas já nascidas. Demais, tenhamos presente que, segundo os exemplos acima tipificados, o direito de vida de todas as pessoas natas decorre entrancado numa rede complexa de direitos individuais e coletivos, prioritários uns, posterioritários outros, em benefício de uns e detrimento de outros. Por uma questão de coerência, impõe-se então questionar: por que, dessa rede geral de direitos prioritários e posterioritários, haver-se-ia de excetuar o nascituro? Será que sua vida é valor tão supino a ponto de lhe engendrar sumariamente um direito prioritário de vida, sobre tudo e sobre todos, inclusive sobre a vida de sua genitora em perigo gestacional e onerada de filhos menores?

A essa sugerida relativização do direito de vida do nascituro, sói-se objetar que ele não é "injusto agressor", que ele é um ser "inocente". À parte a sensibilizante intenção dos objetores, não podemos eximir-nos de afirmar que as referidas objeções não obstem a que se inclua o nascituro na rede geral de direitos prioritários e posterioritários de vida. Para uma adequada compreensão dessa afirmativa, retomemos mentalmente o que supra foi exposto quanto à legítima defesa contra um agressor sem culpa ética, e o apliquemos à questão vertente.

Que o nascituro não é "injusto agressor" é verdade evidencial, mesmo porque as categorias justo/injusto são de ordem ética, a qual tematiza o agir livre, mas um ser pré-natal é incapaz de exercer o livre arbítrio. No entanto, pode este constituir-se agressor em sensu extra-ético, portanto sem ser injusto, pelo fato de sua presença no corpo da genitora ameaçar a vida desta, ameaça presencial de que a ameaçada pode, e quicá deve, defender-se quando sua vida ou integridade é indispensável à sua prole pré-havida.

A objeção de o nascituro ser "inocente" coincide com a anterior, só que em perspectiva diferente. Em termos éticos, o ser humano pré-natal não pode ser inocente nem culpado, porque esse duo opositivo supõe o agir livre, de que o nascituro é incapaz. Em termos ônticos, sim, lhe podemos atribuir aquela "Unschuld des Seins - inocência do ser", que Nietzsche contrapõe à ordem moral, e que a filosofia anterior havia afirmado pelo aforisma "omne ens bonum - todo ser é bom". Tal inocência, extra-ética e meramente ôntica, por isso é predicável tanto do nascituro humano quanto de um pássaro ou de uma flor. Some-se a essa ponderação que, no caso do supra citado naufrágio, como em outras situações conflitivas, muitas pessoas, mesmo que ôntica e eticamente inocentes, têm pago com a própria vida o prioritário direito de vida assegurada a outros.

Os reparos filosófico-lingüísticos que acabamos de expender no tocante aos termos duais justo/injusto, inocente/nocente, ôntico/ético <sup>32)</sup>, sugerem que, máxime em questionamentos polêmicos como o que temos em curso, os contendores inexceptivamente primem pela clareza de conceitos e pela monossêmia das palavras que os devem significar. Conceitos de contornos imprecisos, traduzidos por palavras polissêmicas, bem fazem jus à cáustica ironia que Goethe veiculou por boca de Mefistófeles:

"Denn eben wo Begriffe fehlen,  
Da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein.  
Mit Worten lässt sich trefflich streiten,  
Mit Worten ein System bereiten, /.../" <sup>33)</sup>.

(Pois justamente onde faltam os conceitos,  
Encaixa em boa hora uma palavra.  
Palavras prestam-se a magníficas batalhas,  
Palavras prestam-se a fundar sistemas.)

#### 1.6.4 - VALIDADE DO ABORTO "INDIRETO"

Para dirimir o perplexificante impasse do conflito entre vida do nascituro e vida da gestante, uma longa tradição de moralistas, particularmente da Igreja católica, adotou uma solução mediante o recurso ao notório princípio do "duplo efeito", bem como à correlata antonímia "direto-indireto". Ver-se-á que a proposta solução, por um lado, se empenha por manter o caráter absoluto e inexceptivo do direto de vida do nascituro; por outro lado, busca uma saída para salvar a vida da gestante.

Segundo o recurso em consideração, jamais poderia ser validada eticamente a ocisão direta do nascituro, mediante algum expediente por sua natureza letal. Admissível, em caso-limite, seria sua ocisão indireta, numa intervenção clínica ou cirúrgica de duplo efeito: o efeito direto e intencionado seria salvar a vida da gestante; o efeito indireto, não intencionado senão apenas tolerado como colateral, seria a morte do nascituro.

32) - Ver em Johannes HIRSCHBERGER, op. cit., p. 514, o pensamento de Nietzsche sobre a "inocência do ser - Unschuld des Seins".

- Ver em Nicola ABBAGNANO, Dicionário de filosofia, verbete Bem, as reflexões históricas sobre a conversibilidade de ser e bem.

33) - Johann Wlfgang GOETHE, op. cit., p. 50.

Há, porém, a ponderar que, sobre ser apresentado o princípio do duplo efeito em versões assaz discrepantes, acresce que sua aceitação não é unânime, havendo quem sugere substituí-lo pela acima indicada ponderação de valores em conflito, ponderação da qual se concluiria por assegurar prioridade de direito de vida a quem representasse maior valor a ser salvaguardado. Tal conclusão valorativa, no caso-limite em foco ou em outros de similar magnitude, poderia beneficiar, ora o nascituro, ora sua genitora - esta última, sobretudo, quando onerada de graves compromissos anteriormente assumidos.

Além da falta de consenso quanto à validade do recurso ao duplo efeito, impõe-se contra ele uma grave objeção de ordem rático-sentimental. Realmente, em se analisando esse recurso engenhoso pelo enfoque da dor física ou de um possível sofrimento psíquico do nascituro, parece forçoso concluir que sua occisão indireta é mais penosa do que a direta, visto que diretamente tirar a vida do ser pré-natal poderia ser operacionalizado com meios anestésiantes, ao passo que indiretamente deixá-lo morrer o exporia a um doloroso e quiçá angustiante processo lento de extinção da vida. Anestesiar o nascituro previamente em função do aborto indireto? Ora, na prática, tal subterfúgio equivale a uma eutanásia, e esta, no caso vertente, equivale a um aborto direto, o que contradiz frontalmente a tese do aborto indireto por via de duplo efeito.



Registra a história da filosofia 'cerca de uma vintena de opiniões quanto à conceituação de PESSOA, as quais podem ser especificadas em 3 grupos: a pessoa como substância racional, a pessoa como auto-relação consciente, a pessoa como hêtero-relação consciente - isso sem falar nas discrepantes conceituações de pessoa na instância jurídica. Em face da relatada insegurança quanto ao conceito de pessoa, impõe-se perguntar que segurança, para fins de formação da consciência ética prática, pode gerar a notória assertiva de que o nascituro é pessoa e que o aborto equivale a homicídio em termos éticos já nos primeiros dias da gestação, etapa essa em que a "substância" corpórea do concepto recente nem sequer dispõe de sistema nervoso central para sediar sua presumida consciência ou racionalidade.

Ver conceito de PESSOA em

Ismael QUILES, La persona humana, p. 195-363;

José Ferrater MORA, Diccionario de filosofía, verbete Persona;

Nicola ABBAGNANO, Diccionario de filosofía, verbete Pessoa.

## 1.7 - O PROBLEMA DA PERSONALIDADE DO NASCITURO

### E DE SEU DIREITO À VIDA

O problema nuclear da personalidade do nascituro e de seu correlato direito à vida já foi, de modo ocasional e perfunctório, tangenciado na introdução e em segmentos anteriores do presente ensaio. Outrossim, já afloramos, em 1.4, o procedimento, em termos éticos, no sentido de formar a consciência prática do agente potencial em face de um conceito de cujo caráter pessoal e direito à vida não lhe brilha a plena luz da certeza.

Alargaremos agora o horizonte desses problemas e indigitaremos caminhos para soluções, eticamente aceitáveis segundo nosso parecer.

#### 1.7.1 - TERMINOLOGIA IMPRÓPRIA EM CAMPANHAS

##### DE DEFESA DO NASCITURO

Neste passo, revocamos à memória do leitor o supra transcrito verso em que Goethe ironizou os que, não possuindo conceitos claros, brandem palavras de efeito, via de regra polissêmicas.

Verificamos recentemente uma bem intencionada militância em defesa da vida. Se esses movimentos especificamente objetivam a defesa do direito de vida do nascituro, o relevo dado ao termo "vida" se revela infeliz. O termo em apreço possui significado genérico e é, portanto, polissêmico, razão por que, quando não adjetivado com ulterior especificativo, se aplica não só ao nascituro humano, senão a todos os viventes, nascituros ou nascidos, racionais ou irracionais. Há de se convir que tal generalização semântica não é adequada para advogar o específico direito de vida do vivente humano pré-natal.

Ainda que, contra o aborto, se conclamasse a sociedade para a defesa da vida humana, ainda assim, com o especificativo "humana"

persistiria um notável saldo de generalidade e polissemia, pois vida humana se atribui também, por exemplo, a um espermatozóide ou a um óvulo antes da fecundação, contudo sem ampará-los com o direito à vida. Correntemente, todos os componentes ou produtos específicos do homem são adjetivados como humanos.

Outrossim, apelar para a sacralidade da vida humana, em defesa do direito humano de nascer, se nos afigura tática nimiamente restritiva. A sacralização da vida resulta historicamente de uma impositação panteísta da natureza, impositação que, arraigada no Oriente e perfilhada por limitados redutos do Ocidente, não coere com a visão dualista do mundo cristão e pouca receptividade pode angariar na atmosfera dessacralizada deste fim de milênio.

#### 1.7.2 - A PERSONALIDADE DO NASCITURO,

##### REFERENCIAL ÚNICO PARA DEFESA

##### DE SEU DIREITO À VIDA

Neste passo, julgamos útil recordarmos o duo disjuntivo "nascer, ou não nascer", com que epigrafamos nosso ensaio ora em curso. Aos que questionam o aborto, o aprovando ou reprovando, deve avultar na mente a idéia nuclear de que a disjunção "nascer, ou não nascer" é resposta a estoutre: "ser, ou não ser pessoa".

Na hipótese de não ser pessoa o nascituro, não haveria razão para questionar seu direito à vida, porque sua condição ôntica seria a de um mero vivente, a ser enquadrado no código de proteção aos animais; como animal, poderia ele ser sacrificado em proveito de quem o tivesse sob seu domínio, bastando, segundo a lei, resguardá-lo de dores desnecessárias. Ao revés, na hipótese de o nascituro ser pessoa, há toda uma legislação mundial para defender-lhe o direito à vida, bem como, para circunscrever as exceções a esse direito, das quais tratamos no segmento 1.6; inclusive lhe defenderia o direito de vida a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, em seu preâmbulo, fundamenta esse e outros direitos na "dignidade da pessoa-humana".

É inexpressivo o apelo do anti-abortista para a "indefesa inocência do nascituro" ou para o "sentimento maternal da gestante", se comparado com o apelo para a personalidade do ser humano pré-natal. De modo similar, o apelo do abortista para a impersonalidade supera o apelo para a "auto-determinação da gestante" ou para a "futura carência que espera o nascituro".

Em síntese, personalidade e direito à vida são categorias vinculares e somente predicáveis da espécie biótica homem - triedro de conceitos já por nós apreciado no prefácio. A propósito, entre muitos outros, pondera o notável jusfilósofo Hermann Bekaert, segundo parâmetros ético-jurídicos da filosofia ocidental: "Entre os seres vivos, tão-só o homem é dotado de poderes para agir e vinculado a deveres de obrigação; só ele é persona no senso jurídico da palavra /.../, porque o direito é a expressão normativa de uma sociedade humana /.../." E, interpretando as leis francesas protetoras dos animais, ressalva o autor que elas são "atos de generosidade" e que "não têm como efeito engendrar um direito em favor do vivente por elas beneficiado", porque este, "na óptica jurídica, continua sendo coisa" 34).

### 1.7.3 - SUPERACÃO DA DÚVIDA QUANTO À PERSONALIDADE

#### E O DIREITO DE VIDA DO NASCITURO

No segmento 1.4, em que versamos a consciência ética prática diante da alternativa de aceitar ou recusar o aborto, distinguimos o polo objetivo da norma quanto à dita alternativa, e o polo subjetivo da apreensão dessa norma pelo agente ético potencial.

Indicamos agora que a consciência ética, para agir como convém a um ente racional, deve imbuir-se de certeza gnoseológica em sua decisão favorável ou contrária ao abortamento. A certeza, à sua vez, constitui-se com a mesma bipolaridade da consciência, a saber: certeza objetiva (ingl. "certitude"), que é o momento da irrefutabilidade de uma proposição da qual decorre determinada norma de agir; a certeza subjetiva (ingl. "certainty"), momento da segurança com que o sujeito cognoscente apreende essa proposição irrefutável que lhe gera um agir exigencial. 35)

O reverso da certeza gnoseológica é a dúvida, cujo momento objetivo é a dubiedade de uma proposição e correspondente norma, e seu momento subjetivo é a dubitação do sujeito, por inseguro quanto a uma proposição e a norma que dela deriva como obrigatorial.

Admitamos agora, por hipótese, que ao potencial agente não se haja antolhado com certeza objetiva a personalidade de um nascitu-

34) - Hermann BEKAERT, Introduction a l'étude du droit, p. 339.

35) - Nicola ABBAGNANO, Dicionário de filosofia, verbete Certeza. - O inglês, à diferença de outros idiomas, possui palavra própria tanto para a certeza objetiva quanto para a subjetiva.

ro cujo nascer está em questão; a dúvida resultante de tal carência de certeza objetiva redundará em não aderir esse agente com certeza subjetiva à proposição de que o nascituro é pessoa. Infirmada a certeza quanto à sua personalidade, infirmada está, outrossim, a certeza quanto ao seu direito à vida, e ainda quanto à ilicitude de abortá-lo.

Impõe-se, pois, uma pergunta: seria lícito decidir-se pelo aborto ou intransigentemente condená-lo em tão inseguro contexto cognoscitivo? Diante de duas proposições prováveis, uma pelo abortamento e outra contra ele, mas ambas destituídas de certeza, seria facultado ao agente ético optar, sem ulterior cautela, por uma de seu interesse? Não provaria prudência quem assim optasse, qual se fora um navegador que, em noite com tênue visibilidade e com sua nau à deriva, decidisse afoitamente um rumo de alto risco. O alto risco, no caso em tela, vem expresso no dilema "ser, ou não ser homicida" - dilema que admitimos como hipótese no prefácio deste ensaio.

Como então libertar a consciência ética do potencial agente enredado em dúvida quanto à licitude ou ilicitude de abortar? Em não possuindo esse agente - a gestante ou quem lhe assessorar a consciência, - certeza filosófico-científica quanto à personalidade e correlato direito de vida do nascituro em causa, incumbe-lhes a prudência de municiar-se de uma outra certeza, de uma certeza supletiva, como me apraz chamar a certeza de ter lealmente esgotado todos os esforços disponíveis; inclusive consulta a terceiros, para apurar a licitude ou ilicitude de completar ou cancelar a gravidez que se comprova problemática.

Encarecemos, todavia, que, se ao agente potencial é exigido desvencilhar-se de dúvidas, ninguém lhe pode exigir que esse desvencilhamento importe em saque torturante contra seu psiquismo, pois parece evidente que ninguém tem o dever de tornar-se neurótico, segundo os moldes daquela moral neurotizante que Freud com tanta veemência profli-  
gou 36).

36) - Ver Sigmund FREUD, Edição standard brasileira de obras psicológicas completas: v. 9, Moral sexual "civilizada" e doença nervosa moderna; v. 19, Neurose e psicose; v. 20, Inibição, sintomas e neurose.

"O maior crime da sociedade urbana é não permitir à criança ser criança. Três milhões de abortos pouco significam quando se tem em mente a situação das crianças condenadas a não serem crianças, porque assim o determinam os donos do futuro do mundo."

J. Marcos BACH, Uma nova moral? p. 149.

"Em conclusão, se o aborto é crime, são corresponsáveis por esse crime todos aqueles que não fazem o impossível no sentido de que as crianças, uma vez concebidas, tenham todas uma possibilidade de vida, seja no plano pessoal, seja no plano familiar - com o carinho, a educação, a abertura à realidade e às escolhas essenciais que isso supõe - seja no plano mundial, com disponibilidade, para todos, de cama, de pão cotidiano, de livros, e, para todos os povos subdesenvolvidos, dinheiro e técnicos em quantidade suficiente para a saída coletiva de uma situação que torna difícil o pleno acesso à condição humana."

Francine DUMAS, Il drama dell'aborto in Francia, p. 100-1.

"São freqüentes os casos em que valores vitais devem ser postergados, com vistas a valores pessoais mais altos. É que a qualidade da vida precede o crescimento vegetativo."

Johannes GRUNDEL, Premissas histórico-naturais para um agir ético, p. 13.

## 1.8 - DIREITO DE NASCER E DEVER DE NASCER

Dilucidada a formação da consciência ética quanto à postura em face de uma gravidez problemática, encarecido o esforço pessoal pleno e sereno de superar as dúvidas emergentes diante da decisão de salvar ou sacrificar um nascituro, temos como irrefugível fazer, em seqüência, esta inquirição: comprovado o direito de vida do ser humano pré-natal, ao menos em termos de norma genérica, já está inclusive comprovado o dever de que ele nasça a qualquer preço, mesmo que seja para uma vida previstamente sub-humana, ou sub-humanizadora da vida de terceiros, ou para ambas essas alternativas falimentares da pessoa humana?

### 1.8.1 - NÍVEIS DE JUSTIFICAÇÃO ABORTUAL

Por uma resposta negativa à referida interrogação, rejeitando a exigência de nascimento a qualquer preço, coadunam-se partidários do aborto, mas com níveis justificativos discrepantes. Há-os que justificam cancelar a gravidez para salvar a vida da gestante, ou para obviar a percalços oriundos de uma gravidez por estupro - dois níveis justificativos acolhidos na legislação brasileira vigente. Sem falar nos propositores da liberação onímoda do aborto, a critério exclusivo da gestante, há outros, mais moderados, que justificam abortar em casos previstos pelo Abortion Act do Reino Unido, diploma legal de 1967, que, dito de passagem, insere o risco de vida da gestante no mesmo inciso que abrange outros riscos mais benignos. Eis um excerto dessa lei:

"1.1 - Segundo os dispositivos desta seção, uma pessoa não será culpada de ofensa à lei do aborto se a gravidez for interrompida por um médico inscrito na ordem, e se dois médicos inscritos na ordem sustentarem, em boa fé,

a - que a prossecução da gravidez importaria em risco de vida para a gestante, ou em prejuízo maior à sua saúde física ou mental, ou à de seus filhos, do que o prejuízo de interromper a gravidez;

b - que haja risco substancial de que o nascituro venha <sup>a</sup> ser

frer anomalias físicas ou mentais capazes de lhe causar graves obstáculos." 36)

Além desses níveis justificativos do Abortion Act, vêm se avolumando os reclamos de liberação do aborto com base em justificativas de ordem social, tendo em vista a prognose de um futuro sombrio para o nascituro e seus progenitores. A proposta desse nível ulterior de justificação abortual toma vulto sobretudo nos países do Terceiro Mundo, em que são frequentes os casos-limite de famílias irremediavelmente condicionadas a vivenciar o mundo da miséria total, constituindo-se, pois, em surgidouros de sempre novos contingentes de miséria e de criminalidade infanto-juvenis.

Antes de entrarmos no mérito das justificativas de aborto oficializadas pelas legislações inglesa e brasileira, ou no mérito da proposta de aborto por exigência social, expressamos liminarmente o parecer cautelar de que a interpretação factual dessas justificativas não deve arbitrariamente expandir-se a ponto de se configurar como estrada vicinal de acesso ao abortamento para controle puro e simples da natalidade. Constituiria deveras afronta à civilização vigente se, em meio ao coro enaltecedor do progresso científico deste "século das luzes", alguém ainda, por princípio e programaticamente, se apegasse a um método brutal de planejamento familiar ou de política populacional, qual é o método da interrupção do processo procriativo. Admitimos, isto sim, questionar justificativas abortuais relativamente a gestações involuntárias, acontecidas à margem dos recursos contraceptivos, quer em razão de contingências pessoais das usuárias dos mesmos, quer devido a desinformação ou carência de meios para operacionalizar a contracepção.

#### 1.8.2 - PARA O SER HUMANO, VIDA SIMPLEMENTE, OU VIDA PLENA?

Firmado o posicionamento supra, passamos a reportar-nos mais detidamente aos apontados níveis justificativos do aborto, subsumindo-os todos sob esta pergunta: na defesa do nascituro, que categoria de vida lhe havemos de advogar? A essa interrogação genérica, podemos dar ulterior especificativo: havemos de reivindicar para o nascituro uma vida simplesmente, uma vida abstrata, ou uma vida concreta de

---

36a) - Apud Maria GIRARDET-SBAFFI, L'aborto nel mondo, p. 34. Nossa tradução é feita sobre a versão italiana.



auto-realização pessoal? E, fechando ainda mais o cerco interrogativo: propugnaremos para o ser humano em gestação aquela vida que a Campanha da Fraternidade de 1984, em seu refrão musical, exigiu como "vida plenamente"? E o refrão "para que todos tenham vida plenamente" deve ser também estendido à gestante e seus familiares?

Quando um laudo pericial confiável prenuncia para a gestante futuros problemas graves decorrentes de gestação consumada, a ponto de inabilitá-la para as responsabilidades maternas e conjugais, nem a vida dessa gestante, nem a de seus familiares, oferecem possibilidades de ser aquela "vida plenamente" que se reinvidica para todos os seres humanos. Quando, com seguro critério científico, se constata ser o conceito portador de grave deficiência física e/ou mental, compeli-lo assim mesmo a nascer, em nome de seu direito à vida, equivale seguramente a encaminhá-lo para uma vida que não é "vida plenamente", além de comprometer a plenitude de vida de seus familiares. Quando, em perspectiva social, a título de exemplo entre muitos, um alcoólatra, por via de estupro doméstico, engendra, alcoolizado, um filho a sua companheira, mãe paupérrima de filhos menores perdidos no sub-mundo da miséria e do crime, nenhuma perspectiva de "vida plenamente" poderão entrever para esse filho de estupro os que pretendem fazê-lo nascer a qualquer preço.

Um debate sobre a licitude do aborto nos casos indigitados ' há de sempre ser estéril enquanto não fecundado previamente pelo consenso quanto à qualidade de vida a que tem direito o ser humano em sua fugaz trajetória vital neste mundo. Rumo a esse conseneo, por via dialogal, pode ser motivante este já notório verso de Manuel Bandeira, máxime para o diálogo sobre a justificativa social do aborto:

"Vi ontem um bicho

Na imundície do pátio

Catando comida entre os detritos.

Quando achava alguma coisa,

Não examinava nem cheirava:

Engolia com voracidade.

O bicho não era um cão,

Não era um gato,

Não era um rato.

O bicho, meu Deus, era um homem." 37)

---

37) - Manuel BANDEIRA, O bicho. In: Mário da Silva BRITO, Panorama da poesia brasileira - Modernismo, p. 61.

De modo similar, o poeta americano Edwin Markham, ao contemplar "o homem com a enxada", quadro de Jean-françois Millet, viu nesse homem pictoricamente reproduzido um ser "stolid and stunned, a brother of the ox - estólido e apalermado, um irmão do boi". Se esse poeta visse "irmãos do boi" a fervilhar em nossas favelas, possivelmente carregaria ainda mais as trágicas cores de um verso de sua autoria:

"O masters, lords and rulers in all lands,  
How will the futur reckon with this Man?  
How ~~answer~~ <sup>answer</sup> his brute question in that hour  
When whirwinds of rebellion shake all shores?  
How will it be with kingdoms and with kings -  
With those who shaped him to the thing he is -  
When this dumb Terror shall rise to judge the world,  
After the silence of the centuries?" 38)

(O senhores, potentados e senhores de toda a terra,  
Como o futuro há de avir-se com este Homem?  
Como responder nesta hora a suas tremendas perguntas,  
Quando o turbilhão da revolta sacudir todas as plagas?  
Que vai ser dos reinos e dos reis,  
Daquelles que o converteram nessa coisa que ele é,  
Quando esse calado Terror se levantar para julgar o mundo,  
Depois de um silêncio de séculos?)

Os transcritos bosquejos poéticos sobre o "homem bicho", sobre o "homem irmão do boi", os podemos ver sociologizados neste quadro das 1.200 quadrilhas de menores que atuavam na Grande São Paulo já em 1979, segundo a revista Isto é: "Desprezada, humilhada e maltratada, o que faz esta autêntica 'tropa de choque'? Nos últimos dez anos, ela praticou mais de vinte e cinco mil ações consideradas criminosas e matou mais de duas mil pessoas. É a responsável por 80% dos assaltos a mão armada em São Paulo e 50% dos crimes contra o patrimônio/.../. Hoje eles possuem mais de dez mil armas, incluindo pistolas automáticas e revólveres de todos os calibres. Formam uma espécie de 'nova sociedade', fundada sobre o crime sistemático, a prepotência e a carência total" 39)

Os transcritos tópicos poéticos e a citada estatística sociológica são discreta amostra do grande "Weltschmerz - dor mundial", de

38) - Edwin MARKHAM, The man with the hoe. In: An anthology of famous english and american poetry, p. 705.

39) - C. A. LUPPI, Novo alvo do Esquadrão. In: Revista ISTO É, (122): 47, 24 abr. 1979.

que assiduamente falavam os românticos. Em face do mundo da dor corporal e do sofrimento psíquico, as correntes filosóficas ou religiosas têm sua própria cosmovisão, e, consoante esta, cada adepto julga se deve, ou não, nascer para a vida terrena um nascituro que não tem perspectivas de fruir "vida plenamente", ou que venha a degradar a plenitude de vida de seus familiares. Não obstante esta nossa compreensão ante a cosmovisão alheia, permitimo-nos opinar que dois extremos devem ser descartados: por um lado, o extremo de rejeitar o nascimento do conceito em força de uma cosmovisão egoísta, hedônica, sibarita; por outro lado, o extremo de defender o nascimento desse conceito para que ele venha a partilhar, com seu defensor, de uma cosmovisão auto-flageladora de supervalorização das adversidades da vida terrena.

Somente um prévio consenso dialogal quanto ao justo meio-termo entre esses dois extremos cosmovisionais poderá ser premissa válida para um fecundo questionamento dos níveis justificativos de aborto acima considerados.

### 1.8.3 - ANÁLISE DE OBJEÇÕES

#### A JUSTIFICATIVAS DE ABORTO

As objeções infra elencadas, conquanto referíveis a todas as justificativas abortuais acima aduzidas, concentram seu poder de fogo particularmente contra a justificativa social de abortamento.

#### 1ª objeção - referenciada ao existir da pessoa

Para urgir o dever de que a vida do nascituro seja preservada, não obstante graves adversidades que previstamente o venham onerar em termos físicos, ou mentais, ou morais, foram excogitados argumentos condensáveis nesta vetusta fórmula: "Melius est sicesse quam non ~~esse~~ ~~se~~ - é melhor existir assim do que não existir" <sup>40)</sup>. Ajustada à questão ora em foco, essa fórmula significaria que é melhor existir como mongolóide, é melhor existir como pivete, é melhor existir como apenado irre recuperável do que não existir como espécimen humano. O valor da pessoa, por conseguinte, cifrar-se-ia no seu núcleo ôntico metafísico de ser humano que existe, independente de como existe; ou, quando muito, o como existir seria secundário para o homem que existe.

---

40) - Nossa tradução do "esse" latino, respeitante ao presente aforisma, não é a de "ser como necessidade", -própria da filosofia clássica; fixamo-nos aqui no "ser como possibilidade", que o alemão expressa por "das Dasein", o vernáculo por "o ser aqui", ambos no sentido existencialista de estar no mundo.

Obviamente, essa colocação torna a remeter para as cosmovisões que dinamizam o pensar e sentir de cada pessoa - como vimos de salientar no segmento anterior. Descartados, nesse ensejo, tanto o hedonismo sibarita, que sacrifica o nascituro como obstáculo ao prazer e ao luxo, quanto o fanatismo auto-flagelador, que exige mantê-lo vivo a qualquer custo, ainda resta uma ampla faixa intermediária de cosmovisões discrepantes em relação à filosofia do sofrimento e, por isso mesmo, discrepantes em relação a justificativas de aborto. Esse recuo à filosofia do sofrimento evidencia, uma vez mais, que a questão da eticidade do aborto não é senão um tangencial aspecto de questões muito mais profundas, questões basilares que, não resolvidas propedêuticamente, frustrarão qualquer tentativa de questionamento profícuo da licitude de abortar com base nas justificativas acima aduzidas.

O aforisma "é melhor existir assim do que não existir" brotou, ao menos em seu significado substancial, da vertente da cosmovisão cristã, como valorização absoluta da vida e, pois, também como reação à prática greco-romana de expor os recém-nascidos problemáticos, prática defendida por Platão na sua utópica República <sup>41)</sup>.

A tradicional filosofia cristã do sofrimento exige preservar a vida do deficiente já nascido, desde que, na variante escala deficiencial, ele ainda seja classificável como ser humano. Essa filosofia influenciou o Direito ocidental, que só condenar como homicida quem ouse eliminar um deficiente humano. Eis por que movimentou a opinião mundial o caso da belga Suzane Vandeput, que, em maio de 1942, deu morte à sua filha Corina, recém-nascida com gravíssima deficiência física, a qual foi assim descrita num periódico: "Era um ser humano que não tinha nem braços, nem mesmo espáduas; à parte inferior do pescoço, prendiam-se dois dedos de um lado, e quatro dedos de outro lado, mediante um esboço de mãos; os pés eram disformes, o ânus não funcionava normalmente, fazendo-se toda a evacuação pelas vias urinárias" <sup>42)</sup>. Como conclusão de um rumoroso processo judicial contra a

---

41) - PLATÃO, República, V. In: Giovanni Pugliese CARRATELLI, Platone tutte le opere, p. 981. - Platão se limita a afirmar que "é necessário acasalar-se, quanto possível, os melhores homens com as melhores mulheres, e, vice-versa, os piores com as piores, quanto menos possível; e que os filhos dos primeiros sejam criados, não, porém, os dos outros". Carratelli sugere que, no passo citado, Platão se reporta à lei de Licurgo, segundo a qual, em Esparta, os recém-nascidos disformes eram levados ao barranco denominado "Apóthetai", na Laodemoônia, onde eram expostos ou precipitados no abismo. Ver uso similar junto à rocha Tarpéia, atribuído aos romanos.

- ARISTÓTELES, em Política, p. 56, tem semelhante proposta.

42) - PERGUNTE E RESPONDEREMOS, VI(66):235-245, jun. 1963.

filicida, o juiz decidiu absolvê-la, com os conseqüentes protestos advindos de diversos países, desde o Vaticano até a União Soviética <sup>43)</sup>. Ainda mais desconcertante foi, no fim da 2ª guerra mundial, o insistente informe de que o governo nazista, como contributo para o esforço total de guerra, havia sacrificado em massa deficientes mentais e físicos, inclusas vítimas da 1ª guerra mundial.

Por força de coerência, a legislação protetora do deficiente já nascido importará logicamente em óbice para a ocisão do deficiente nascituro, quando o mesmo já é categorizável como pessoa humana. Em que pese esse óbice, e considerando que a ciência possui atualmente sofisticados meios para diagnose pré-natal de anomalias funcionais e constitucionais, mesmo em conceitos recentes, expressamos o parecer de que não se deve excluir peremptoriamente do diálogo sobre a licitude do aborto a preocupação eugênica de reduzir ao mínimo o já nímio ônus econômico-social da assistência ao contingente humano anormal. A esse contingente, importa somar a escalada mundial de neuroses, que sugere incluir na pauta do diálogo abortual a saúde mental da mulher e, redutivamente, sua saúde física, quando seriamente comprometidas em virtude de gravidez já em curso.

Recusar esse diálogo, resultaria em converter a fórmula "é melhor existir assim do que não existir" em lastimável instrumento de prepotência argumentativa, com a conseqüente substituição da via dialógica pelas vias paralelas de infundáveis monólogos improdcentes.

2ª objeção - respaldada na expectativa de melhorias sócio-econômicas

Com vistas ao nascituro gerado na miséria total, presumem os vitalistas onímodos que melhorias de ordem sócio-econômica e educacional serão de molde a resgatá-lo para uma vida digna de pessoa humana. Contra essa expectativa otimal, importa ponderar que a marcha descendente de um filho da miséria para o abismo da degradação irreversível só provar-se mais acelerada que a lenta marcha ascensional da redenção do sub-mundo humano pelos órgãos públicos, se é que eles não institucionalizaram a miséria total com suas aberrâncias jurídica-administrativas.

3ª objeção - a partir de uma presuntiva explosão abortual

Presume-se que o endosso a soluções abortivas, embora limitadas, poderia importar em potencial insofrecível de abortamentos arbi-

---

43) - Idem, ibidem.

trários, possibilidade para a qual nos alerta, por via de metáfora, este verso de Friedrich von Schiller:

"Gefährlich ist's den Leu zu wecken"<sup>44)</sup> -

E perigoso despertar o leão.

Esse potencial abortivo não deve ser minimizado nem superestimado, atitude prudencial sugerida pelos dados a seguir.

A revista médica inglesa The Lancet afirma que, em 18 meses decorridos da implantação do Abortion Act, a aplicação da lei britânica merecia juízo positivo, porque o número de abortos, longe de crescer, se estabilizou<sup>45)</sup>. O livro-reportagem Babies for burning (Bebês para queimar), embora denunciando os abusos das clínicas abortamentais inglesas, não oferece, todavia, dados capazes de refutar o ~~an~~juízo do juízo numérico de The Lancet<sup>46)</sup>.

A sua vez, o diário italiano Il Messaggero, reportando estatísticas quanto aos efeitos da lei 194, que institucionaliza o aborto na Itália, concluiu que, se o número de abortantes com 19 anos teve notável ascensão, não houve, entretanto, aumento do número global de abortos nesse país. E compara o articulista essa vaga estatística abortual italiana com a da Checoslováquia, onde, afirma, a partir da vigência da lei do aborto, em 1959, o número de abortantes menores de idade quintuplicou, mas o número global de interrupções da gravidez acusou decréscimo<sup>47)</sup>.

Mais preocupante que os juízos anteriores é o de Marçiano Vidal, citado em nossa Introdução; ele indica 30 abortos voluntários para cada 100 nascimentos naqueles países em que interromper a gestação é prática legal, ao passo que somente 20 abortos vêm sendo provocados nos países em que o aborto não é legitimado<sup>48)</sup>. Muito significativo, outrossim, é o projeto de resolução concernente ao aborto nos Estados-membros do Conselho da Europa, adotado, em 26/06/1972, pela Comissão de População e de Refugiados, projeto no qual se afirma que, "segundo um recente relato das Nações Unidas, o aborto é a mais difusa forma de limitação da natalidade no mundo"<sup>49)</sup>.

---

44) - Friedrich SCHILLER, Das Lied von der Glocke, p. 138.

45) - Apud Tullia CARETONI & Simone GATTO, op. cit., p. 36.

46) - Michael LITCHFIELD & Susan KENTISH, Bebês para queimar, p. 189 ss

47) - IL MESSAGGERO, Aborto: questa legge funziona, 28/09/1980.

48) - Ver nossa nota 5) na Introdução.

49) - Apud Tullia CARETONI & Simone GATTO, op. cit., p. 210.

É surpreende por certo esta informação, aparentemente paradoxal: "Segundo um artigo do Police College Magazine (outono de 1973), o número dos abortos clandestinos (grifo nosso) praticados na Inglaterra após a aprovação do Abortion Act, quando menos, duplicou (mais de 300 mil só em 1972). O fato apresenta um quê de paradoxal, mas não é difícil explicá-lo em termos psicológicos: enquanto, por um lado, com a liberação do aborto, diminuem aquelas inibições psicológicas que limitam sua difusão, levando a considerá-lo praticamente como simples método contraceptivo, por outro lado permanecem ainda aquelas razões de segredo que determinam sua clandestinidade" 50).

50) - Virgilio FAGONE, Il problema del inizio della vita del soggetto umano. In: Angelo FIORE & Elia SGRECCIA, Aborto, p. 179.

"Para quem está fora do sofrimento, é fácil aconselhar e motivar o sofredor."

ESQUILO, Prometeu acorrentado, p. 21.

"Dizem eles (os homens) que levamos em nossas casas uma vida isenta de perigos, ao passo que eles combatem com a arma na mão; é falso. Eu preferiria tomar parte em três combates a dar à luz uma só vez."

EURÍPEDES, Medéia, p. 171.

"Na França, no final de 1979, 11 padres, 1 pastor e mais 43 cristãos fizeram uma declaração pública, tomando posição no debate sobre o aborto. Em resumo, esta declaração diz que há duas coisas inaceitáveis: de um lado, proibir o aborto às mulheres em desespero; e, de outro, banalizar o aborto, sem que haja uma educação para a maternidade e paternidade responsáveis. Argumentam que aborto não deve ser banalizado a ponto de transformá-lo num método de contracepção, mas que razões éticas podem levar cristãos e cristãs a uma decisão consciente de optar pelo aborto por "razões de vida".

FRENTE DE MULHERES FEMINISTAS, O que é o aborto, p. 26.

Ver em J. P. Barruel de LAGENEST et alii, O aborto voluntário, p. 13: "/.../ recomendamos /.../ MULHERES FEMINISTAS, O que é o aborto.



## 1.9 - COMPETÊNCIA QUANTO AO DESTINO DO NASCITURO

Temos como sensato professar nossa estima para com os movimentos feministas, tardia insubordinação da mulher contra o arbítrio do homem e das legislações androcráticas. Confessamos, outrossim, nossa compreensão para com excessos de ênfase feminista que, não raro, desvirtuam as intenções originárias. Alimentamos esta nossa compreensão porque, no curso da história, os mais justos movimentos de libertação têm gerado seqüelas colaterais negativas. É, pois, em espírito de estima e compreensão que nos propomos a versar, de modo aberto mas responsável, o tema ora em tela.

### 1.9.1 - EMPATIA PARA COM A GESTANTE

Para desenvolver o tema da epígrafe deste segmento, se faz mister que não nos desempenhemos apenas como risonhos acarinhadores de antológicos bebês que maravilhosamente vêm ao mundo. Importa, sim, que acionemos toda a nossa capacidade de empatia<sup>51)</sup>, covivenciando possíveis angústias em face do horizonte de perspectivas que se depara à gestante e seus familiares com o advento de mais um membro da família. Importa, outrossim, que tenhamos a desenvoltura mental de coambientarmos na complexa estrutura social e cultural que, di-se-ia, condiciona os parceiros conjugais, máxime a mulher, na conjuntura da decisão de aceitar ou de rejeitar um ônus gestacional que porventura se revela adverso à gestante, ou ao seu conceito, ou ao seu conjunto familiar.

No sugerido clima de empatia, teremos condições mais adequadas para avaliar a notória proclamação que feministas italianas, quando da campanha de legalização do aborto naquele país, expressaram

---

51) - Empatia é termo de significados variantes; para nosso propósito, "experimentar substitutivamente o sentimento ou a vontade ou o pensar de outrem". (Ver Webster's third dictionary)

nestes termos: "Não deve o Estado, de nenhum modo, mandar em nosso útero" <sup>52)</sup>. Com o devido respeito às reais intenções da citada proclamação, pedimos vênia para opinar que o sentido da mesma, ou de similares, não deveria expandir-se para lances como este: "Eu não quero este filho, e meu corpo me pertence" <sup>53)</sup>. Com efeito, expandido assim, o sentido da citada proclamação sugere que à mulher assiste um paritário direito decisório sobre seu próprio corpo e sobre o de seu concepto. Damos como aceitável que a mulher é árbitra de seu útero, de seu corpo, de sua pessoa e de seu papel no convívio humano, desde que resguardados os limites que sua natureza racional, psíquica e física, lhe estabelece. O arbítrio irrestrito sobre a vida de seu concepto, porém, esbarra com óbices intransponíveis, como infra veremos.

### 1.9.2 - GESTANTE E GESTADO,

#### DUAS REALIDADES INCONFUNDÍVEIS

É bem verdade que, na óptica do Direito Romano, "o concepto ainda não nascido é, em termos de máxima, considerado mera parte do corpo materno" <sup>54)</sup>. Da prístina visão embriológica romana até a de nossos dias, volveram dois milênios de pesquisa científica, e esta nos assegura hoje que o concepto não é parte, não é apêndice nem ~~excrecência~~ do corpo da mulher que o porta em seu útero.

#### - Gestante e gestado, individualidades bióticas distintas

Em termos genético-biológicos, gestante e concepto são seres que têm, cada qual, sua própria individualidade biótica. Considere-se esta asserção do geneticista italiano Angelo Serra: "No desenvolvimento do embrião, a mãe, portanto, representa somente o fator extrínseco, destinado a prover, a baixo custo, o mecanismo cardíaco e renal, mas ela não tem qualquer poder de controle sobre a diferenciação desse ser embrional. Tanto isso é verdade que há uma fundada previsão, embora dificilmente operacionalizável, de que o ambiente materno possa um dia vir a ser totalmente substituído por um ambiente artificial." E prossegue o referido geneticista: "Em conclusão, o recém-concebido já tem

---

52) - Tullia CARETONI & Simone GATTO, op. cit., p. 16.

53) - Marta SUPPLY, Abortar é um direito. In: VEJA (823) 5-8, 13 jun. 1984.

54) - Ver DIREITO ROMANO, I. 1, §1, D, de inspiciendo ventre, 25,4) - citado por Gaetano SCIASCIA, Persona física, In: DAREMBERG & SAGLIO, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, p. 1015.

sua própria, bem definida e determinada realidade biológica: é um indivíduo totalmente humano em desenvolvimento, o qual, de modo autônomo, momento por momento, sem qualquer descontinuidade, constrói sua própria forma, executando, por sua atividade intrínseca, um desenho prôjetado e programado no genoma que lhe é peculiar" <sup>55)</sup>. Tão indivíduos, em termos biológicos, afirmam-se gestante e gestado a ponto de serem "imunologicamente diferentes, de tal forma que não poderiam receber um enxerto de pele, nem transfusão de sangue um do outro" <sup>56)</sup>.

Ante os referidos dados da ciência contemporânea, não há como tergiversar: um conceito abrigado em útero não é a gestante, nem da gestante, nem para a gestante; é um ser pertencente à espécie humana, com individualidade própria, com dinâmica biótica própria, com destino vivencial também próprio. Essa elementar constatação genético-biológica, já por si, aconselha as feministas extremadas a serem cautelosas na afirmação de seu presuntivo arbítrio sobre o nascituro e, pois, menos açadas em rejeitá-lo sumariamente.

- Gestante e gestado, duas pessoas inconfundíveis, ao menos após 4 meses de gestação

Desde que respeitada a lógica, há de se inferir da prática jurídica e consuetudinária que o nascituro deve ser classificado como homem-pessoa, quando mais cedo não fosse, ao menos após aproximadamente 4 meses de gestação. Sua personificação pré-natal importaria, também logicamente, em líquido direito seu à vida. Objetar-se-ia porventura que um ser humano em gestação ainda não possui adequados órgãos materiais que possam participar na geração de atividades racionais características de um sujeito pessoal.

A exposta objeção responde Virgílio Fagone com o exemplo de pessoas, reconhecidas como tais, cujos órgãos corpóreos já não comportam atividades superiores da mente, como é o caso de enfermos prostrados em estado comatoso. "Assim como - pondera Fagone - o homem não deixa de ser sujeito pessoal mesmo quando os órgãos materiais da atividade espiritual já não podem exercer sua função, da mesma forma, parece-nos, deve-se legitimamente afirmar que o homem já era sujeito pessoal mesmo antes que esses órgãos houvessem adquirido sua forma definitiva e sua capacidade funcional" <sup>57)</sup>. Esse raciocínio adquire ainda

55 - Angelo SERRA, Il neo-concepito alla luce degli attuali sviluppi della genetica umana. In: Angelo FIORI & Elio SGRECCIA, Aborto, p. 124 e 130, passim.

56 - João E. dos Santos ALVES et alii, Aborto - o direito à vida, p. 26.

57) - Virgílio FAGONE, Il problema dell'inizio della vita. In: op. cit. p. 177.

mais vigor quando cotejamos o recém-nato com o nascituro: logo após nascer com vida um prematuro, de qualquer fase gestacional, as leis de todos os países civilizados lhe reconhecem o direito de viver, o que importa implicitamente em reconhecer-lhe o status de pessoa. Ora, já são notórios os casos de prematuros que nasceram viáveis e vivem, após 6 e mesmo após aproximadamente 4 meses (17 semanas) de vida intra-uterina<sup>58</sup>). Isto posto, parece-nos atentatório à lógica negar personalidade e direito à vida a conceitos não nascidos, quando os mesmos têm idade intra-uterina igual à que tiveram prematuros que, nascidos, de imediato tiveram consagrados o seu caráter pessoal e seu consequente direito à vida.

Ante mais esses dados factuais, de ordem científico-jurídica universal, dever-se-á mitigar o ímpeto libertador de um feminismo sem fronteiras, mediante retorno à consciência de que o arbítrio da mulher sobre sua própria pessoa não pode legitimamente expandir-se como arbítrio sobre um conceito humano, logicamente classificável como pessoa em pleno gozo do direito à vida, quando menos após aproximadamente 4 meses de evolução intra-uterina.

- Gestante e gestado, com razoável probabilidade, duas pessoas inconfundíveis também já nos primórdios de gestação

Uma ressalva se faz mister, como intróito à nova ordem de considerações que passaremos a expender. Se, na epígrafe do presente segmento, opinamos que a gestante e seu conceito, já nos primórdios da gestação, se configuram como duas pessoas mutuamente inconfundíveis, não nos abalançamos, todavia, a radicalizar como irretorquivelmente certa nossa afirmativa, e sim, a mantemos discretamente a nível de probabilidade razoável. Ademais, propomos que nessa afirmativa provável não seja incluído o conceito nas 2 ou mesmo 3 primeiras quinzenas de gravidez, visto que, segundo infra havemos de ponderar, é presumível não haver ainda elementos persuadentes capazes de sequer probabilizar a categoria pessoal do conceito nos estados seqüenciais de zigoto e de mórula, nem mesmo quando ele já se encontra nidado no útero e iniciando a pulsação cardíaca.

Nossa restrição dubitativa quanto à personificação do conceito primordial se respalda na exigência filosófica, para fins ético-jurídicos, de que o nível pessoal deve ter como suporte o nível humano.

---

58) - Entre outros relatos jornalísticos, precariamente documentados, citamos o da revista MANCHETE (1441) 01 dez. 1979, que estampa a fotografia do prematuro Mimi Faulkner, filho de Myrna Faulkner, nascido após 17 semanas de gravidez, em 1978, no Hospital Infantil de San Diego, Califórnia; a foto é de seu 12 aniversário.

Reputamos, ademais, não bastar que esse nível humano exista apenas potencialmente, senão que é imprescindível que a pessoa seja homem em ato, vale dizer que seja homem efetivamente. Ora, parece duvidoso que um conceito, na 1ª ou mesmo 2ª quinzena da gestação, muito embora geneticamente potenciado para vir a ser homem, já o seja efetivamente, para fins de capacitação pessoal e de conseqüente habilitação ao direito de vida. Com efeito, afigura-se inconcebível um homem efetivo sem encéfalo efetivo, pois que este é o suporte da dinâmica consciencial e do ulterior desempenho intelectual - características incanceláveis do ser pessoal. A presença do encéfalo no conceito, porém, no estágio atual da ciência e da tecnologia, só é verificável depois da 2ª quinzena gestacional, por via de encefalograma.

Para que o leitor possa aquilatar a cogitada transição do conceito, de homem em potência para homem em ato, transcrevemos o ex-certo Evolução do nascituro:

1ª dia - A concepção ocorre na ampola tubária. Um novo ser humano, fruto da união de gametas humanos, inicia sua vida. É um ser irrepetível. /.../

Aproximadamente 30 horas após a fecundação, ocorre a primeira divisão celular. Segue-se uma série de outras divisões, aumentando o número de células: é o novo ser humano em pleno desenvolvimento. Após certo número de divisões celulares, o conceito atinge a fase denominada mórula. Enquanto isso, está sendo levado através da trompa em direção ao útero.

3ª a 4ª dias - O conceito, sob a forma de mórula, com 12 a 16 células, chega à cavidade uterina. Forma-se uma cavidade no interior da mórula, passando o conceito a denominar-se blastocisto. Já nas células da mórula existe certa especificidade, de modo que as mais internas ficam situadas em um polo do blastocisto (o embrioblasto, que dá origem aos tecidos do embrião) e as células externas achatam-se e formam a parede do blastocisto (o trofoblasto, que se converterá na placenta).

6ª a 7ª dias - Inicia-se a nidação, ou seja, a implantação do conceito, sob a forma de blastocisto, na mucosa uterina (endométrio), previamente preparada para recebê-lo.

12ª dia - Inicia-se a diferenciação dos tecidos embrionários.

15ª a 17ª dias - Inicia-se a hematopoiese e a formação de vasos sanguíneos.

18ª a 21ª dias - O coração começa a pulsar.

1º mês e meio - É possível fazer um eletroencefalograma. A criança já é capaz de realizar movimentos rudimentares, embora a mãe ainda não os perceba.

2º mês - Todos os sistemas orgânicos estão praticamente formados. É possível fazer um eletrocardiograma e pode-se ouvir as batidas de seu coração, com instrumentos de precisão.

3º mês - Todos os sistemas orgânicos estão aptos a funcionar. A criança já é capaz de deglutir líquido amniótico, de realizar movimentos respiratórios e de urinar também. Possui até impressões digitais. Quando sua mãe dorme, ela também dorme, e acorda

quando ouve ruído forte do exterior ou quando sua mãe realiza movimentos bruscos. Daí por diante, as únicas mudanças básicas são o crescimento e o aperfeiçoamento do que já está formado." 59)

No referido cronograma reprodutivo, o conceito, de potencialmente hominizável a partir da união dos gametas, adquire sua hominização efetiva, com crescente probabilidade, após a 2ª quinzena gravídica. Um alerta de ordem jus-filosófica então se impõe, no sentido de se moderar o ímpeto de arbítrio sobre o destino do nascituro. Em realidade, se, não obstante a exigência científica de classificá-lo na espécie homem, negássemos ao conceito sua categoria de pessoa e seu onexo direito à vida, marcaríamos um lastimoso retrocesso ao pensamento escravista. Sim, o sustentáculo da escravatura foi a indébita e hoje repudiada dissociação dos conceitos homem e pessoa. O escravo partilhava naturalmente com o livre o serem ambos homens, mas juridicamente eram discriminados de modo radical: ao livre se adscrevia o privilégio de persona (pessoa), como sujeito de direitos; ao escravo cabia o vili-pêndio de ser apenas res (coisa), portanto objeto de direito por parte do livre 60); isso, em força do Direito Romano, similar à legislação escravista de muitos outros povos. Perimida a escravatura, logicamente dever-se-ia também dar por definitivamente perempta a dissociação entre homem e pessoa e, pois, atribuir o status personal tanto ao homem nascido quanto ao homem nascituro, tão logo este último apresente seguas características que exijam classificá-lo cientificamente na espécie homem - homem em ato, como acima grifamos.

O sobredito acoplamento jusfilosófico de homem e pessoa foi enfatizado cristalinamente, entre outros, pelo jusfilósofo Luís Legaz y Lacamba, quando sentenciou que "a idéia de pessoa, ou sujeito de direito, se funde com a idéia de homem" 61). Dir-se-ia que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inobstante o seu silêncio quanto à personificação do nascituro, ainda assim marca o funeral da dissociação de homem e pessoa: por uma parte, em seu prefácio, fundamenta essa Declaração de direitos do homem na "dignidade da pessoa humana" (grifo nosso), enquanto, por outra parte, em seu corpo normativo, introduz a maioria de seus 30 artigos com a fórmula "todo homem tem direito" (grifo nosso), com o que sugere a indissociável equipolência de homem e pessoa.

Admitimos que as númer-expostas considerações, de cunho histórico, ainda não constituem argumento intangível, apto por si só para

59) - João Evangelista dos Santos ALVES, op. cit., p. 24-25.

60) - Gaetano SCIASCIA, Capacità jurídica (Diritto Romano). In: ibidem.

61) - Luís Legaz y LACAMBA, Filosofia del derecho, p. 720.

dirimir qualquer dubitação quanto à efetiva personificação do conceito primordial. Longo e acidentado caminho de pesquisa filosófico-científica resta a transitar, até que a ciência decida onde começa o homem efetivo, e até que a filosofia decida qual de suas multi-discrepantes conceituações de pessoa é válida para se considerar personificado um homem.

A supra indicada carência de certeza quanto à personificação do conceito, sobretudo nos 4 primeiros meses gestacionais, está, porém, a exigir uma virtude comum a toda pessoa sensata - a virtude da prudência, que, pedindo vênias, sugerimos aos movimentos feministas. De veras, ainda que seja somente provável o status personal e o dele decorrente direito de vida do nascituro, impõe a prudência comedimento em face da alternativa de rejeitá-lo ou de o aceitar. Uma pessoa prudente não dispararia uma arma, salvo razões extremamente graves, mesmo se fosse apenas provável haver uma pessoa na trajetória do projétil. E há, como acima indicamos, se não inteira certeza, ao menos razoável probabilidade de que, na trajetória mortífera de um "eu não quero este filho", se encontre um conceito-pessoa, provável beneficiário deste estatuto da ONU: "Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" <sup>62)</sup>. E este mesmo provável conceito-pessoa, rejeitado, é também provável beneficiário de outro imperativo da ONU: "A criança figura, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro" <sup>63)</sup>.

Embora admitindo valores humanos a salvar que, em circunstâncias excepcionais, podem superar o valor da vida de um nascituro, contudo, em circunstâncias normais, a certa ou provável vida de um conceito-pessoa presente no útero da gestante deve ser considerada valor mais exímio do que o valor do justo ideal de libertação da mulher, lembrando aquele notório verso de Camões:

"Cesse tudo quanto a antiga musa canta,  
Que outro valor mais alto se alevanta" <sup>64)</sup>.

62) - ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 3.

63) - ONU, Declaração Universal dos Direitos da Criança, Princípio 8º.

64) - Luís de CAMÕES, Os lusíadas, 1 canto, 2 estrofe.

DA GESTANTE

Não obstante a supra desenvolvida argumentação em prol do nascituro, havemos por justo manifestar nossa convicção de que a gestante não deve ser atropelada por agentes das normas protetoras do ser humano pré-natal. Muito pelo contrário, deve caber a ela a primeira palavra em defesa de sua intenção, seja a de completar, seja a de interromper uma gestação que parece questionável. Pudera! Não se pode partir do apriórico pressuposto de que toda mulher, em face <sup>de</sup> uma gravidez problemática, intempestiva ou indesejada, já por isso mesmo é uma potencial filicida gratuita e leviana. Credite-se um voto de confiança liminar ao sentir e ao pensar da gestante. Credite-se a ela a capacidade de ver com justeza os valores em conflito no seu horizonte pessoal e familiar, pelo equilíbrio de seu sentir e de seu pensar, como neste verso auto-analítico de Fernando Pessoa:

"o que em mim sente está pensando" 65).

Somente quando, em dado caso concreto e singular, uma virtual abortante se evidenciar incapaz de, por seu próprio sentir e pensar, atingir aquele mínimo de critério judicativo que uma ética lúcida tem como razoavelmente exigível, somente então, e sem brandir minazes artigos jurídico-penais, é admissível entrar em cena um agente normativo, oficial, oficioso ou privado. E é óbvio que esse agente há de proceder com o tato refinado de quem, à base de motivações aceitáveis, pretende resgatar um nascituro comprovadamente pessoal abrigado em território uterino alheio.

Esta nossa linha de reflexão induz logicamente a inferir que valorizamos com veemência a motivada formação da consciência feminina, de preferência ao seu intimidamento por via de expedientes punitivos. Até mesmo, sugerimos que sejam expungidos da legislação penal, tanto civil como religiosa, dispositivos penalizadores da mulher que consente interromper sua gravidez.

A enunciada sugestão despenalizadora evoca o segmento 1.4.2 do presente ensaio, no qual buscamos dilucidar o polo subjetivo da consciência ética prática em face da alternativa de abortar. Mais descritivamente, a sugerida despenalização da mulher se respalda no fato

---

65) - Apud Massaud MOISÉS, Panorama da literatura portuguesa - V, prefácio, p. 23.



de que as abortantes com as quais vão defrontar-se o juiz e o confessor não coincidem com a genérica, abstrata e descarnada abortante dos códigos penais. Defrontam-se eles com abortantes inconfundivelmente singulares, concretas, imersas de corpo e espírito na sociedade concreta da busca neurotizante dos meios de atingir ou manter um nível satisfatório de vida; na sociedade concreta em que pode ser dramático ou mesmo trágico acomodar um inesperado filho adicional; na sociedade real dos meios de comunicação que condicionam e manipulam o sentir e o pensar femininos. Outrossim, defrontam-se o juiz e o confessor com abortantes mal sucedidas com os meios de controle da natalidade, ou porque os desconhecem, ou porque lhes permanecem inacessíveis, ou porque seu quadro psico-físico os rejeita, ou porque os meios contraceptivos que lhes foram propostos como de validade moral exclusiva se lhes revelaram inaplicáveis ou inoperantes na vivência conjugal. Em síntese, nem o juiz, nem o confessor, quiçá na totalidade dos casos jurídicos ou canônicos emergentes, possuem tempo e meios para discernir o grau de culpa a sacar sobre a abortante, e o grau de culpa a sacar sobre a sociedade em que ela vive ou vegeta; ora, não é racional nem justo sentenciar uma definida pena contra uma indefinida culpa.

Ao mesmo passo que o ante-projeto do novo Código Penal brasileiro, em seus artigos 121 e 122, prossegue na tradição de cominar pena de detenção à mulher que provoca seu próprio aborto ou a ele consente submeter-se, também a Igreja Católica, em seu recente Código de Direito Canônico, cânon 1398, mantém a pena de excomunhão latae sententiae (automática) para a mulher que provoca o aborto efetivamente. O referido cânon, todavia, deve ser interpretado à luz do cânon 1324, que versa os atenuantes da violação de uma norma; sobretudo em força do parágrafo 3º, 4º e 5º desse cânon atenuativo, flui a conclusão de que raras gestantes hão de incorrer em excomunhão por decidirem abortar ou fazerem abortar seu próprio conceito. Em somando à parcimônia penal do Direito Canônico da Igreja Católica similar parcimônia por parte da prática penal brasileira e sua respectiva jurisprudência, estaríamos próximo da despenalização por nós acima alvitada - alvitre que retrataríamos na hipótese de comprovar-se que uma mulher, por culpa sua e sem atenuante, se dispõe a fazer o que profundamente lhe repugna, ou seja, entregar à morte seu próprio filho.

Sugerida a despenalização do aborto praticado ou aceito por gestantes contra seu próprio conceito, julgamos, ao revés, imperioso e urgente assestar as baterias jurídico-penais contra os que rapinam lucros no mister de valer-se de gestantes desnorteadas, ou de induzir seu desnorteamento, consumando friamente interrupções de gravidez que

nenhuma reta e compreensiva Ética jamais poderia co-honestar. A esses agressores da autêntica libertação feminina, dever-se-ia aplicar esta paródia do verso de Castro Alves, permutando o termo "livros" pelo termo punitivo "penas":

"Oh! Bendito o que semeia  
Penas, penas à mão cheia  
E manda o povo pensar!" 66)

66) - Antônio de Castro ALVES, O livro e a América. In: Espumas flutuantes, p. 32.

"Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal."

ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Art. 3º.

"Todos são iguais perante a lei, e, sem qualquer distinção, têm direito a igual proteção da lei; todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação violadora da presente Declaração e contra incitamentos a tal discriminação."

IDEM, ibidem, Art. 7º

"Portanto, o princípio de isonomia deve ser considerado não como implicando uma igualdade absoluta, porém uma igualdade proporcional. Proporcional, em primeiro lugar, porque varia de acordo com as exigências pre-cípua do ser humano. Como acima se afirmou, no que tange aos direitos fundamentais da pessoa humana, mister se faz seja absoluta a igualdade."

Anacleto de OLIVEIRA, verbete Isonomia. In: ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO.

## 1.10 - ISONOMIA EM PROL DO NASCITURO E DA GESTANTE

A discriminação de seres humanos vem suscitando um crescente repúdio por parte da humanidade. A discriminação humana contrapõe-se a isonomia, na acepção de igualdade dos homens perante a lei, entendida como igualdade de direitos e deveres ~~essenciais para pessoas~~ essencialmente iguais <sup>67)</sup>. Para os objetivos do presente estudo, atribuímos ao termo isonomia um senso mais lato, nele abrangendo todas as normas igualitárias em favor de seres humanos, normas quer de ordem jurídica, quer inferidas de princípios éticos, quer inspiradas pelo bom-senso ou a piedade humanos.

### 1.10.1 - ISONOMIA EM FAVOR DE TODO VIÁVEL HUMANO.

#### QUER NASCIDO, QUER NASCITURO

Por viável designamos aqui todo concepto capaz de viver e desenvolver-se fora do útero materno <sup>68)</sup>.

No segmento anterior, constatamos que um prematuro humano, após aproximadamente 4 meses (17 semanas) de gestação, se comprovou exitosamente viável e, acontecido tão insólito fenômeno, esse prematuro, logo que nascido, foi legalmente amparado com o direito à vida, dentro dos parâmetros jurídicos mundiais, amparo legal esse que supõe implícita sua condição de pessoa. Dessa constatação factual, forçoso é inferir que todo concepto de idade aproximadamente quadrimensal, é, em circunstâncias evolutivas normais, extra-uterinamente viável, pelo que, em linha de isonomia, deve ser legalmente reconhecido como pessoa e por isso credenciado com o direito à vida também no útero materno.

---

67) - Ver Arnaldo de Oliveira FARIA, Isonomia. In: ENCICLOPÉDIA SARAI-VA DE DIREITO, vol. 46, p. 272-285.

68) - Ver João Luiz ALVES, anotações ao Código Civil brasileiro, p. 25, onde cita a opinião de Rui Barbosa, que julga o termo viabilidade inadequado para expressar a aptidão de viver, sugerindo substituí-lo por vitalidade.

Da indicada inferência de impositação isonômica, há de se concluir ulteriormente, com limpidez igual e a fortiori, que naufraga estrondosamente a nave da isonomia e da própria coerência jurídica sempre quando um país faculta legalmente abortar nascituros que já venceram 4 (ou mais) meses do processo reprodutivo humano. Com efeito, seria penosamente ilógico reconhecer como pessoa com direito à vida quem nasceu prematuro após aproximadamente 4 meses de gestação, mas negar personalidade e direito à vida a um feto de 4, 5, 6 ou mais meses gestacionais, pelo só fato de que este ainda não nasceu, embora se encontre tão evoluído como o prematuro de gestação quadrimensal, ou quicá notavelmente mais evoluído que ele.

Seria porventura o nascer um evento balizador que biparte a humanidade em nascidos pessoais e nascituros impersonais? Essa mitificação bipartidora que privilegia o fenômeno biológico do nascimento é tese altamente questionável do positivismo jurídico, o qual, sem o necessário respaldo antropológico-filosófico, arbitrariamente fixa a consumação da natalidade como exórdio da personalidade civil do cidadão. Com esse mito do nascimento personalizador, pereniza-se a herança escravista da dissociação entre homem e pessoa - entre o homem que o nascituro já é por classificação biológica, e a pessoa que ele não é por periférica decisão de ordem jurídica, que, data venia, exige revisão.

Em nossa nota 7 de rodapé, indicamos haver a Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1973, estabelecido o nascer como baliza exordial da personalidade civil. Muito antes, porém, pela lei 3071, de 12 de janeiro de 1916, que aprovava o ora vigente Código Civil brasileiro, seu Art. 4º passou a mitificar o nascimento como estranho condão de personificação humana, quando estatui que "a personalidade civil do homem começa no nascimento com vida", com a cláusula ulterior, a nosso ver inconsistente, de que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Com referência ao ante-projeto do referido Artigo, seu autor, sem sucesso prático, havia afirmado a personificação pré-natal do ser humano, firmado neste argumento: "Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direitos, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa /.../ " 69).

Para desmitificar o presuntivo poder personalizador do evento natal, e para firmar a convicção de que o mero desfecho partual não aporta ao feto nascente um elemento biótico ímpar que se possa cele-

---

69) - Apud João Luiz ALVES, op. cit. p. 24-25.

brar como marco personalizador, sirva-nos como subsídio esta assertiva do psicólogo Arnaldo Rasovsky, em estudo seu e de sua equipe sobre o psiquismo fetal: "Entre a vida intra-uterina e a primeira infância ' existe muito mais continuidade do que nos leva a crer a impressionante ruptura do parto" 70).

### 1.10.2 - ISONOMIA, PARA NÃO POSPOR O NASCITURO

#### AO CELERADO E AO ANIMAL

##### a - Procedimento jurídico e consuetudinário em relação aos celerados

Já em 1967, segundo o relatório Capital punishment development, publicado pela ONU, evidenciava-se a tendência mundial de frear o uso de condenações à morte. Outrassim, vêm se verificando assíduos movimentos no sentido de abolir as leis que cominam a pena capital. A comutação da pena de morte em prisão perpétua se eleva a percentuais muito significativos no século em curso: a título de exemplo, haja vista que a Inglaterra, já no período de 1900-1949, executou somente 52% dos apenados com sentença de morte 71). Demais, quando efetivamente se decide levar a termo uma condenação extrema, o soberano do país de que o condenado é cidadão recebe veementes pedidos de clemência, ainda que o sentenciado seja um criminoso de alta periculosidade. Some-se a essa realidade jurídica e consuetudinária a relutância insuperável, no mundo civilizado, de sentenciar à morte delinquentes infanto-juvenis, não obstante hajam aberrantemente delinqüido.

Do quadro psico-social relatado, o Direito, o bom-senso e a piedade humana não de inferir um tratamento isonômico em favor do nascituro, máxime naquela fase gravídica em que duvidar de sua categoria de pessoa constituiria estranha temeridade. Sim, deveras lamentável seria a legislação de um país ou a conduta consuetudinária de um grupo humano que escrupulizassem ao extremo no sentido de manter vivo um facínora recidivo, mas, inexoravelmente, não revelassem qualquer escrúpulo em sacrificar um nascituro de categoria pessoal provável ou quicá comprovada.

---

70) - Arnaldo RASCOVSKY & alii, El psiquismo fetal, p. 31. Reporta-se o autor à obra de Sigmund FREUD, Inhibición, sintoma e angustia, in: Obras completas, t. IX, p. 51.

71) - Ver ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, 1968, verbete Capital punishment; ver também ENCYCLOPAEDIA INTERNATIONAL, verbete idem.

b - Procedimento jurídico e consuetudinário em relação aos animais

Para honra de nossa civilização, vem se fechando sempre mais o cerco sobre os que maltratam seres vivos ou os destroem desatinadamente, mesmo tratando-se apenas de seres infra-humanos <sup>72)</sup>. Sem falar no alor de seus movimentos ecológicos, possui o Brasil uma das mais generosas legislações de proteção aos animais, consubstanciada no Decreto-Lei nº 24.645, de 10 de junho de 1934, enriquecida pela Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979, a qual disciplina a vivissecação de animais em experiências científicas.

No Artigo 3º do Decreto-Lei de proteção aos animais, punir-se-á oficialmente quem "praticar atos de abuso ou crueldade em qualquer animal" <sup>73)</sup>. Na Lei disciplinadora da vivissecação, comina-se pena a quem vivisseccionar animais em experiência científica "sem emprego de anestesia" <sup>74)</sup>. Até aqui, a honra do Brasil e de todos os países que possuem legislação similar à brasileira em prol dos irracionais.

Para opróbrio do Brasil e de outros países, no entanto, nem as leis de proteção aos homens, nem as de proteção aos animais vêm sendo referenciadas ao nascituro humano. Com efeito, nem para os casos de aborto legal, quanto menos para os de interrupção clandestina da gravidez, a legislação, ao que sabemos, cogita no concernente a recursos anestésicos em favor do conceito a sacrificar e sequer cogita de punir atrocidades que são perpetradas contra ele no afã de o extirpar.

Essa omissão radica numa dúplici indefinição: em perspectiva humana, reluta-se tenazmente em reconhecer ao nascituro um estrito caráter personal, razão por que se lhe não aplicam em seu favor as leis protetoras dos seres humanos; em perspectiva infra-humana, reluta-se, outrossim, de classificar o conceito humano como animal, visto que são humanos os seus progenitores, razão por que não se aplicam em seu benefício as leis protetoras dos infra-humanos. Constatamos dessearte que o nascituro humano é o único ser vivente da natureza que não é agraciado com qualquer lei que o defenda contra maus tratos e atrocidades, nem nos países que legalizaram o aborto voluntário, nem nos que o proíbem punitivamente!

72) - Paralelamente ao presente ensaio introdutório ao questionamento da licitude do aborto, desenvolvemos, para apoio do segmento ora em pauta, um extenso estudo inédito sobre a "atitude do ser humano em face dos não-humanos".

73) - Art. 3º - Consideram-se maus tratos:

I - praticar atos de abuso ou crueldade em qualquer animal;

74) - Art. 2º - A vivissecação não será permitida:

I - sem o emprego de anestesia;

Muitos e notórios exemplos de comisseração humana para com os não-humanos encontramos nos milhares de sociedades protetoras dos animais espalhadas no mundo, as quais, em seus estatutos, inculcam o ideal de não só evitar torturas, como ainda de proporcionar conforto aos animais, máxime quando abandonados ou enfermos, proporcionando-lhes asilo ou, se inevitável, morte indolor. Isto, para honra da humanidade.

Para opróbrio da humanidade, sem os detalhar, referimo-nos a processos de supina desumanidade que abortantes financeiramente menos bafejadas empregam para extirpar conceitos, processos que importam em prolongada tortura mortal do vivente intra-uterino. Não menos cruéis, porém, se comprovam integrantes das classes média e rica, realidade levantada pelos autores do livro-reportagem Babies for burning (Bebês para queimar)<sup>75)</sup>. Desse libelo acusatório, transcrevemos um excerto respeitante a uma clínica de abortos em Amsterdam, relacionada com uma das maiores clínicas abortamentais de Londres; uma enfermeira da referida clínica holandesa dá o seu testemunho: "A clínica da Holanda não passa de um matadouro", refere ela. "Nunca vi coisa semelhante na minha vida! Os médicos e as enfermeiras movimentam-se em lagos de sangue. As paredes estão manchadas de sangue. Os fetos, crianças em miniatura, caem da mãe para o chão. Ficam onde caem, e a próxima mulher da fila vê os restos da carnificina. Só fazem a limpeza no fim do dia e, até o momento da limpeza, há sangue fresco e coagulado em toda parte." /.../ Na sala de operação há sempre crianças chorando. Fazem aborto em qualquer estado de gravidez"<sup>76)</sup>. Para completar o quadro, ainda este excerto, que é o depoimento de um comercializador de abortos: "Muitos dos bebês que tiro já estão totalmente formados e vivem ainda um pouco, antes de serem eliminados. Uma manhã havia quatro deles, um ao lado do outro, chorando como desesperados. Não tive tempo de matá-los ali na hora, porque tinha muito que fazer. Era uma pena jogá-los no incinerador, porque eles tinham muita gordura animal que poderia ser comercializada"<sup>76a)</sup>.

Fossem os fetos humanos incinerados vivos ao menos reconhecidos como animais, haveria por certo sociedades protetoras de animais para protestar e exigir providências em nome das leis, à semelhança do que fizeram quando recentemente, numa granja do norte do País, milhares de pintos foram jogados vivos a incineradores. Lastimavelmente, em face da incineração de fetos humanos vivos e diante de outras atrocida

---

75) - Michael LITCHFIELD & Susan KENTISH, Bebês para queimar - A indústria do aborto na Inglaterra, p. 178-179.

76) - Idem, ibidem, p. 152.

76a) - Idem, ibidem.



des anti-fetais, o belo ideal da isonomia entra em colapso, discriminação arbitrária essa que depõe contra a decantada luz da razão humana, evocando o verso oracular de Isaías contra um rei arbitrário da Babilônia:

"Como caíste dos céus,  
Astro brilhante, filho da aurora!" 77)

### 1.10.3 - ISONOMIA, COM JULGAMENTO DO DELITO DE ABORTO

#### EM PARIDADE COM OUTROS DELITOS

Se até este passo encarecemos tão-só a isonomia em prol do nascituro, a imparcialidade exige que também advoguemos isonomia em favor da gestante que decide abortar.

Quer no Código Penal brasileiro, quer no Código de Direito Canônico da Igreja Católica, os textos punitivos cominam penas univocamente contra o "aborto", sem mencionar qualquer atenuante ou agravante referenciado à fase gestacional em que o aborto houver sido praticado. Partiram, por conseguinte, os legisladores do pressuposto de ser igualmente grave o delito de extinguir a vida do zigoto, ou da mórula, ou do embrião ou do feto em vésperas de ser parturido.

Na Teologia moral católica, o referido pressuposto radica em outro, a saber, que o conceito humano, em qualquer fase gravídica, é indiscutivelmente pessoa e porisso beneficiário indiscutível do direito à vida, donde a sumária conclusão de que extinguir a vida de um óvulo fecundado ou a vida de um feto de 9 meses se configuram como dois homicídios abortamentais de igual gravidade delitual. O Código Penal brasileiro é uníssono com o Direito canônico da Igreja Católica: embora, presentemente, libere duas exceções abortivas, contudo a fase gestacional em que o conceito foi abortado não constitui atenuante ou agravante do delito abortual.

Em que pese nosso respeito aos legisladores de ambos os referidos códigos, pedimos vênias para subsidiar ulteriores reflexões em prol de um possível aprimoramento dos dispositivos penalizadores do aborto, reflexões que, todavia, não visam a infirmar nossa opinião, expendida em 1.9.3, na qual sugerimos que se exima de pena a gestante que decide abortar seu conceito. Nossas reflexões em termos de subsídios louvam-se na prática jurídica e consuetudinária, e não menos no bom-senso, o qual, segundo a máxima de Vauvenargues, timbra em que "a

---

77) - BÍBLIA, Isaías 14,12.

razão domine o sentimento, e a experiência se sobreponha ao raciocínio" 78).

#### 1º SUBSÍDIO - de ordem objetiva

Sob o enfoque objetivo da normatividade, é, no mínimo, atípico punir com pena igual diferentes graus de gravidade na violação de uma norma. Na avaliação da gravidade de um delito abortual, note-se, é imperativo tomar em linha de conta o grau de certeza quanto ao efetivo caráter pessoal e ao conseqüente direito de vida do conceito voluntariamente abortado. Ora, parece óbvio que, se devêssemos atribuir o índice 100 de gravidade delitual ao abortamento de um feto incontestavelmente categorizado como pessoa, poderíamos, quando muito, atribuir o índice 10 de gravidade ao abortamento de um zigoto, de uma mórula ou de um embrião recente, visto que a real personificação do conceito nestes estágios primordiais da reprodução é apenas dubiamente asserível.

Nossa reflexão de ordem objetivo-normativa pode ser aferida com a prática jurídica e consuetudinária: desferir voluntariamente um tiro fatal contra uma pessoa claramente reconhecida como tal será julgado como delito mais rigorosamente punível do que desferir imprudentemente um projétil contra um vulto impreciso que só posteriormente o réu constatou ser pessoa.

#### 2º SUBSÍDIO - de ordem subjetiva

Sob o enfoque subjetivo da decisão de abortamento por parte da gestante, requer-se não menos discernimento para salvaguardar a necessária proporção entre pena e delito. Com efeito, em consonância com a psicologia humana, com destaque para a feminina, a decisão de extinguir a vida de um feto de 6 meses, já visualizável como ser hominal e relacionado com sua genitora, pode constituir uma lancinante violência contra o senso ético da mulher; há de, porém, afetar mingudadamente o senso ético feminino extinguir a vida de um ser humano recém-concebido, de configuração hominal assaz indefinida e ainda sem expressivo interrelacionamento com a mulher que recentemente constatou ser ~~sua~~ portadora. Ora, como enfatizamos em 1.4, não se pode, na formação da consciência ética de quem decide abortar seu conceito, simplesmente ignorar seu polo subjetivo de motivações dinâmicas, realçando apenas o polo objetivo de uma norma abortual previamente estatuída.

Também essa reflexão, de ordem subjetivo-decisória, pode ser ilustrada por via comparativa: embora todos os homens, por sua essên-

---

78) - Luc de Clapiers, Marquês de VAUVENARGUES, De l'esprit humaine I, 7. In: A. Tenório de ALBUQUERQUE, Dicionário de citações, verbete bom-senso.

cia, sejam iguais perante a lei, contudo o senso ético de um occisor ' seria mais gravemente violentado pela occisão de uma pessoa com que te ve intenso e diuturno relacionamento, do que se entre o occisor e sua vítima tivesse pre-havido um inexpressivo ou quiçá nulo relacionamen- to humano.

Por conseguinte, em nome da isonomia, o delito de aborto, pa- ra ser imputado à mulher, quer em termos éticos, quer em termos jurídi- co-punitivos, deve ser julgado segundo a prática tida como defensável em relação a outros delitos: pena maior, ou menor, ou nula, segundo o grau de certeza objetiva quanto à objetiva gravidade do delito, e se- gundo o grau de violência praticado contra o senso ético subjetivo do agente delitual. No caso do aborto, insistimos, o grau de certeza obje- tiva quanto à objetiva gravidade ética do delito depende do grau de ' certeza objetiva quanto ao efetivo caráter pessoal e direito de vida do conceito ao ser abortado, e o senso ético da abortante resulta de ' um processo subjetivo de motivações cujo dinamismo estuante não é pos- sível comprimir na álgida sintaxe de uma fórmula punitiva.

"Sobretudo no domínio do direito, muito se insistiu que não importa, nem mesmo se deve intencionar que seja cumprida a justiça absoluta e o absolutamente justo; seria, isto sim, necessário contentar-se com aquilo que, aqui e agora, é possível. Naturalmente, o impossível nunca será o correto, e tão pouco será justo; justo é sempre o exigido pela situação concreta, à luz de princípios gerais ou generalíssimos."

Josef FUCHS - Lex naturae, p. 119.

"Todavia, em questões de moralidade, nem de longe são infalíveis todas as proposições doutrinárias da Igreja. Muito daquilo que é contido no magistério comum, mesmo nas encíclicas e alocuições papais, ou nos decretos das congregações romanas, não possui esse caráter de infalibilidade geradora da suprema certeza; por conseguinte, não podem tais proposições constituir objeto de nossa fé irrevogável."

Idem, ibidem, p. 151.

COM VISTAS À CONSTITUINTE,  
INSERIMOS O PRESENTE ACRÉSCIMO,  
FORA DA SEQUÊNCIA NUMERAL DAS PÁGINAS.

### 1.11 - PAPEL DO ESTADO EM FACE DO ABORTO

Em que pese hajamos já tangenciado o tema ora em foco, e ele volvemos nossa atenção, tendo em vista a nímia perfunctoriedade que anteriormente lhe dispensamos. Advertimos, entretanto, que, precisamente por passarmos a nos envolver em temática notoriamente envolta na penumbra<sup>da</sup> clandestinidade, é-nos inviável instruir nossas ponderações com fatos e números primorosamente precisos.

Centramos aqui nossa atenção sobre o aborto clandestino, tendo em vista que, no contexto do mesmo, ocorrem com maior frequência e graveza a mortalidade e morbidade que as estatísticas indigitam como decorrência do aborto induzido, sem, contudo, subestimar o quadro de mortes e enfermidades decorrentes de abortamentos realizados com o público aval de legislações factuais. Tendo em vista que a difusão dessa mortalidade e morbidade atinge proporções epidêmicas, e considerando ainda que o abortamento bastas vezes é processado com lastimável atrocidade contra o nascituro e com necrofilia mercantil que lembra o canibalismo, passaremos a enfocar, sequencialmente, a mulher passiva de interrupção da gravidez, e o nascituro sacrificado na operação abortiva; desses enfoques, concluiremos com uma conjectura do papel do Estado em face da referida epidemia, no contexto de um índice de proclamados 3 milhões anuais de abortos no Brasil.

#### 1.11.1 - A MULHER PASSIVA DE ABORTAMENTO

Cingir-nos-emos neste segmento àqueles aspectos tanatogênicos e iatrogênicos da prática abortiva que mais parecem tornar exigitiva a intervenção estatal na mesma, exigência que se torna mais premente quando, em sequência, consideramos o contexto sócio-econômico em que muitas mulheres aceitam abortar.

#### A - ASPECTOS TANATOGENICOS E IATROGENICOS DO ABORTAMENTO

Em 1972, asseverava a IPPF (International Planned Parenthood Federation - Federação Internacional de Paternidade Planejada): "Mesmo

no caso de aborto operado por mãos de especialistas, os riscos para a saúde da mulher, e os custos dos serviços médicos para a comunidade, indicam que essa técnica não é a melhor forma de controle da fertilidade humana; em caso de aborto por mãos não especializadas, os riscos revelam-se muito maiores." E prossegue em tópico subsequente: "Com técnicas atuais, o aborto é procedimento com mortalidade e morbidade muito mais baixa quando se interrompe a gravidez precocemente, do que quando ela é interrompida já em vias de término" <sup>78a)</sup>. E, em seqüência, a IPPF comprova as afirmativas acima expendidas com dois quadros estatísticos, que passamos a reduzir a seus traços essenciais.

a - MORTES por abortamento legal:

| Ano     | Países                                    | Abortos legais registrados | Mortes informadas | Mortalidade sobre 100.000 abortos |
|---------|---|----------------------------|-------------------|-----------------------------------|
| 1968-69 | Inglaterra e País de Gales<br>Est. Unidos | 78.460                     | 20                | 25,5                              |
| 1970-71 |   | 72.988                     | 6                 | 8,2                               |

b - COMPLICAÇÕES DE SAÚDE por abortamento legal, nos Estados Unidos, num total de 67.697 operações abortivas, entre 6 a 25 semanas de gestação:

| Semanas de gestação | Percentagens de complicações |                     |
|---------------------|------------------------------|---------------------|
|                     | Complicações maiores         | Outras complicações |
| 6 - 7               | 0,7 %                        | 3,7 %               |
| 7 - 9               | 0,3 %                        | 3,3 %               |
| 9 - 11              | 0,5 %                        | 3,8 %               |
| 11 - 13             | 0,6 %                        | 4,9 %               |
| 13 - 15             | 1,2 %                        | 12,8 %              |
| 15 - 17             | 2,1 %                        | 21,2 %              |
| 17 - 21             | 1,7 %                        | 22,0 %              |
| 21 - 25             | 1,2 %                        | 20,5 %              |

Complicações maiores: as que requerem transfusão de sangue ou cirurgia imprevista ou geram febre.

Se toda esta amostragem de mortes e complicações em consequência de abortamento acontecem à luz meridiana de clínicas especializadas

78a) -- IPPF, Aborto inducido, p. 7, 8, 17, 29, passim.

para operações abortivas, sob o olhar vigilante da saúde pública de dois países considerados desenvolvidos, que se dirá dos abortos praticados em pseudo-clínicas ou quiçá em esconderijos malsãos, com técnicas primárias? Que se dirá dos auto-abortos forçados no recesso de casas ou de favelas destituídas de um mínimo de assepsia?

A mesma IPPF traça um comparativo severo entre abortamento legal e abortamento ilegal: "As complicações de um aborto ilegal são essencialmente as mesmas, porém mais freqüentes do que as resultantes de procedimento legal em hospitais e clínicas, e essa maior freqüência depende de ter, ou não, o operador ilegal preparação médica. Uma estimativa de morbidade no Chile sugere que 30-40 % dos abortos ilegais estão associados a complicações suficientemente graves para levar a paciente ao hospital; a infecção se pode generalizar e causar septicemia ou peritonite; o tétano é risco do aborto ilegal em algumas partes do mundo; a embolia causada por substâncias injetadas no útero pode causar a morte; as complicações sistêmicas podem ser de tal gravidade que venham a causar insuficiência renal; certos operadores ilegais utilizam agentes tóxicos, que podem ser danosos tanto à mulher quanto ao feto" 78b).

As alarmantes conseqüências do aborto, acima sumariadas em termos qualitativos, assumem caráter de calamidade pública quando, em termos quantitativos, lhes aplicarmos o multiplicador de sua freqüência no Brasil. A respeito dessa freqüência, Nelson Vitélio, em Iatrogenia do aborto provocado, expende a seguinte conjectura: "Se raciocinarmos que, segundo o Anuário Estatístico de 1980, a população de mulheres brasileiras em faixa etária de possível fertilidade atinge 27 milhões, facilmente concluiremos que, de cada 9 de nossas patricias, 1 praticará um aborto nos próximos 12 meses" 78c).

#### B - CONTEXTO SÓCIO-ECONÔMICO EM QUE A MULHER ACEITA ABORTAR

O exposto quadro tanatogênico e iatrogênico decorrente do aborto induzido, se associado ao quadro sócio-econômico em que ele é decidido por milhões de gestantes brasileiras, torna ainda mais premente a idéia de intervenção do Poder Público na epidemia abortual. Para uma possível acolhida dessa idéia, nos valem os Estudo epidemiológico descritivo numa maternidade de Florianópolis, Santa Catarina, da co-autoria de Astrid Eggert Boehs, Evangelia K. A. dos Santos, Margareth Hasse e Maria de Lourdes de Souza. Tendo em vista a natureza deste nosso ensaio, tomamos a liberdade de reduzir ao mínimo substancial a pesquisa dessas co-autoras.

78b) - IPPF, ibidem, p. 28.

78c) - Nelson VITÉLIO, Iatrogenia do aborto provocado, p. 804.

a - ESCOLARIDADE das abortantes e NÚMERO DE ABORTOS praticados:

| Escolaridade  | Porcentagem de abortantes | Número de abortos provocados |
|---------------|---------------------------|------------------------------|
| Analfabetas   | 4 %                       | 1                            |
| 1º grau       | 46 %                      |                              |
| 2º e 3º graus | 8 %                       |                              |
| Analfabetas   | 8 %                       | 2                            |
| 1º grau       | 28 %                      |                              |
| 1º grau       | 6 %                       | 3 ou mais                    |

b - RENDA FAMILIAR das abortantes e NÚMERO DE ABORTOS provocados:

| Renda familiar              | Porcentagem de abortantes | Número de abortos provocados |
|-----------------------------|---------------------------|------------------------------|
| 2 salários mínimos ou menos | 50 %                      | 1                            |
|                             | 30 %                      | 2                            |
|                             | 6 %                       | 3                            |
| 3 salários mínimos ou mais  | 8 %                       | 1                            |
|                             | 6 %                       | 2                            |

c - NÚMERO DE FILHOS das abortantes e NÚMERO DE ABORTOS provocados:

| Número de filhos | Porcentagem de abortantes | Número de abortos provocados |
|------------------|---------------------------|------------------------------|
| sem filhos       | 16 %                      | -                            |
| 1                | 24 %                      | 1                            |
|                  | 22 %                      | 2                            |
| 2 a 4            | 17 %                      | 1                            |
|                  | 14 %                      | 2                            |
|                  | 2 %                       | 3 ou mais                    |
| 5 ou mais        | 4 %                       | 3 ou mais                    |

78d - Astrid Eggert BOEHS, Evangelia K.A. dos SANTOS, Margaret HASSE e Maria de Lourdes de SOUZA, Aborto provocado - Estudo epidemiológico descritivo numa maternidade de Florianópolis, Santa Catarina, p. 503-505.



### 1.11.2 - O NASCITURO SACRIFICADO NO ABORTAMENTO

Em 1.9 e 1.10, tomamos em consideração a trágica hipótese alternativa de o nascituro ser, ou não ser pessoa com direito à vida, o que vale questionar se o aborto é ou não é homicídio no pleno sentido ético-jurídico desse termo. No presente segmento, enfocaremos o nascituro num processo de interrupção da gravidez, pelo ângulo visual de sua reação a estímulos geradores de mal-estar ou mesmo dor atroz, com a decorrente ressonância em seu psiquismo emergente. Colimando esse objetivo, perλουstraremos o tenebroso arsenal de recursos abortivos que alvejam milhões de seres humanos intra-uterinos, uns no estado evolutivo incipiente, outros no mais franco estágio de viabilidade extra-uterina. Passaremos de largo o enfoque técnico desse arsenal, para centrar nossa atenção no teor de sensações adversas que esses recursos tanatogênicos podem deflagrar na sensibilidade de um concepto alvejado.

Ao espírito humanitário do leitor, confiamos avaliar, nos procedimentos abortivos infra indicados, o desconforto, o mal-estar, a dor e as conseqüentes angústias que torturam o nascituro no abortamento, numa lenta e muitas vezes longa agonia, até se lhe extinguir a vida em plena floração.

#### A - ABORTIVOS CONSIDERADOS DE ALTO RISCO

Para melhor desempenho em nossa descrição do arsenal abortivo, servimo-nos primeiramente de um trabalho co-autoral intitulado Lições de medicina legal, citado pela advogada Dra. Eliana Thiollier:

"As técnicas usadas para a provocação do aborto abrangem o emprego de substâncias químicas, de agentes físicos e agentes me-cânicos.

a) - Os abortivos químicos variam ao infinito. Podem ser usados o apíol, o fumo, o quinino, a sabina, a arruda, a cravagem de centeio; as cantáridas e a pituitrina, de origem animal; o chumbo, o fósforo, o arsênico, das substâncias minerais. Tais abortivos não têm, entretanto, ação específica. Além de provocarem o aborto, causam perigosa intoxicação na mulher.

b) - Os abortivos físicos compreendem o calor e a eletricidade. Isto é, escalda-pés ou bolsa de água quente e choque elétrico por máquinas estáticas. São de pouca eficácia.

c) - Os agentes mecânicos estão divididos em traumas indiretos e traumas diretos sobre o útero.

Os traumas indiretos, ou extra-genitais, são as quedas, as pancadas, as massagens, as compressões do abdômen. Seu uso, na provocação do aborto, é de resultado infiel. Às vezes, mesmo após a aplicação de choques ou outras violências de grande intensidade, a gestação prossegue.

Os traumas diretos são mais eficazes, e é a eles que o abortador profissional costuma recorrer. Uns atuam sobre a superfície externa do colo do útero. É o caso, por exemplo, da ducha vaginal. Outros atuam dentro do útero. É o caso da dilatação do colo do útero; ou da punção das membranas do ovo, por meio de instrumentos finos, longos, pontiagudos, como agulhas, fios de arame, hastes de madeira etc; ou do deslocamento das membranas, pelo uso de sondas, injeções intra-uterinas ou dedo; ou da curetagem, raspagem do útero; ou ainda, finalmente, do trauma provocado pelo DIU, dispositivo intra-uterino que provoca o deslocamento do ovo" 78e).

#### B - ABORTIVOS CONSIDERADOS DE BAIXO RISCO

Passaremos ao enfoque de algumas técnicas abortamentais que a supra citada IPPF avalia como sendo de baixo risco. Após, em tópico anterior, ela haver advertido que "não há método de aborto totalmente satisfatório depois de 12 meses de gestação", e que "a mortalidade e morbidade da operação aumenta rapidamente depois dessa tempo" 78f), a referida entidade afirma:

"As mulheres do grupo de baixo risco (menos de 12 semanas) podem interromper a gravidez por meio de dilatação e curetagem, ou por aspiração a vácuo. /.../ A aspiração a vácuo é mais rápida do que a curetagem e menos associada a sangramentos e perfurações, e é esteticamente mais aceitável ao pessoal da enfermagem" 78g).

Delineado esse quadro do arsenal abortivo, percebe-se de logo que o enfoque de análise crítica desse arsenal é todo direcionado em benefício da gestante passiva de aborto, no sentido de lhe salvar a vida e saúde. O enfoque sobre a minimização da agonia do

78e) - Eliana THOLLIER, O aborto voluntário na legislação brasileira, p. 92.

78f) - IPPF, Aborto inducido, p. 25.

78g) - Idem, ibidem, p. 23.

- conceito sacrificado é inexpressivo, para não dizer nulo, em se tratando de o asfixiar, de o esmagar, de o estrangular, de o punzir, de o lancetar, de o decapitar, de o estraçalhar ao vivo. Sobretudo no respeitante à sofisticada vácuo-aspiração esfaceladora do conceito, só com humor negro se poderia qualificá-la como "esteticamente mais aceitável ao pessoal de enfermagem", segundo a infeliz expressão da IPPF, acima transcrita. Com efeito, mesmo que porventura se comprovasse que o dilaceramento instantâneo e total do conceito o torna imune à dor, por lhe desarticular o sistema nervoso, anulando-lhe, pois, a capacidade sensorial, contudo o espetáculo dessa laceração de carnes, de fibras, de vasos sanguíneos, pela sua tetricidade, só pode ser "esteticamente mais aceitável" para quem entorpeceu a mais corriqueira sensibilidade humana.

Todos os países civilizados se ufanam de possuir Associações de Proteção aos Animais, que se empenham por mitigar os processos de abate dos animais de consumo humano; o Brasil pode orgulhar-se de seu Decreto-Lei nº 24.645, de 10/07/1934. Outrossim, todos os países civilizados põem restrições ao uso cruento de animais para experiências científicas; o Brasil, pela Lei nº 6.638, de 08/05/1979, exige até anestesia prévia do animal destinado a experiências dolorosas. Até quando o mundo há de esperar por um messias que surja das melhores tradições ético-jurídicas, para assegurar ao conceito, pelo menos, aquela proteção legal que se garante aos animais?! Até quando se há de esperar que esse messias coíba oficialmente as torturas abortamentais contra o conceito, quer as de abortos ilegais, quer as de abortos considerados legais?!

Todavia, não somente o abortamento atroz e sem qualquer preocupação de anestesia do nascituro sacrificado devem congraçar o repúdio do mundo civilizado. O comércio e a conexas industrialização de fetos abatidos têm características que, em termos de desrespeito aos mortos humanos, atingem as raias da necrofilia canibalesca de hordas pré-históricas. O presente auto-relato parcelar de um traficante de conceitos abatidos faz pensar num retorno à barbárie:

"As pessoas que moram nas vizinhanças de minha clínica têm se queixado do cheiro de carne humana queimada. O cheiro sai do incinerador. /.../ Portanto, estou sempre procurando maneira de me livrar dos fetos sem precisar queimá-los. /.../ Veja, tenho alguns bebês muito grandes. É uma pena... jogá-los ao incinerador, quando se poderia fazer um uso muito melhor deles. Fazemos muitos abortos tardios. Somos especialistas nisso. Faço abortos que os outros médicos nunca fariam. Faço-os com 7 meses sem hesitar. /.../ Era uma

pena jogá-las no incinerador, eles tinham muita gordura animal que poderia ser comercializada. /.../ - O Sr. diz que quer os fetos para fazer sabonetes, cosméticos, mas que eles podem ser empregados de uma maneira muito mais útil. Qual seria a outra utilidade? - /.../ Acho que não vale a pena falar do assunto com quem não é químico. Mas há uma maneira muito especial... muito proveitosa, muito rendosa... e poderia beneficiar-nos, a nós dois" 78h).

### 1.11.3 - PROPOSITURA PARA UMA LEGISLAÇÃO ABORTUAL

Considerando a epidemia de doenças e mortes resultantes dos milhões de abortos anuais praticados no Brasil, epidemia da qual são vítimas, em porcentagem clamorosa, gestantes pobres e iletradas, sem contudo minimizar a extensão dessa epidemia a gestantes remediadas e ricas; considerando que o sacrifício do nascituro, máxime em estágios mais avançados da gravidez, põe a questão do aborto voluntário em termos de possível homicídio, geralmente praticado sem precauções anestésicas que mitiguem a tortura da extirpação do concepto - surge a grave interrogação: "Pode o Estado alhear-se dessa realidade abortual, repassando a solução desse problema ao arbítrio da iniciativa privada? Pode o Ministério da Justiça ignorar as graves perguntas sobre o direito de vida do nascituro e as atrocidades que lhe são infligidas, além do canibalismo com que são tratados seus restos mortais? Pode o Ministério da Saúde ignorar a epidemia conseqüente à inescrupulosa interrupção da gravidez?

De nossa parte, sugerimos como razoável a seguinte proposição mínima de medidas oficiais - propositura ainda genérica, a qual explicitamos em documento à parte:

1º - Deve o Estado intervir naqueles aspectos do aborto que, por sua natureza, já são objeto administrativo específico de órgãos públicos, tais como: a prevenção da morbilidade e o sustento da mortalidade; a defesa do direito à vida e o combate às atrocidades contra viventes, sejam eles pessoais ou impersonais.

78h) - Michael LITCHFIELD & Susan KENTISH, Bebês para queimar, p. 152-153.

2º - Não cabendo ao Estado, numa sociedade pluralista, o direito de privilegiar alguma sociedade filosófica ou religiosa, tão pouco lhe assiste o direito de impor à nação inteira uma lei abortual tipificada pelas concepções privativas de filosofias ou credos religiosos, embora majoritários no País. Em contrapartida, incumbe ao Estado o dever de acatar as exigências morais que, no concernente à interrupção da gravidez, essas sociedades fazem aos seus adeptos voluntários, desde que tais exigências não firam direitos humanos fundamentais.

3º - Em não havendo suficiente consenso filosófico-científico quanto ao caráter personal do nascituro nos primórdios da gestação, e, pois, não se configurando, nessa fase primordial, o aborto claramente como homicídio em termos ético-jurídicos, deve o Estado descriminalizar e, portanto, despenalizar o aborto nesse período de incerteza quanto à personalidade do nascituro, período que, no estágio atual dos estudos, parece prolongar-se pelas primeiras 10 semanas de gravidez. Incumbe, porém, ao Estado, através de seu corpo de cientistas e filósofos, continuar aprofundando a questão do início da personificação do nascituro, com o fim de adaptar a lei abortual ao resultado confiável desse estudo, já que a lei, só por si, não é a medida da justiça, e sim, a justiça é a medida de toda autêntica lei.

4º - Em períodos mais avançados da gestação, pode o Estado legalizar o aborto naquelas situações exceptivas em que a prossecução da gravidez importaria em mal maior do que a occisão do nascituro. Fique, porém, claro que, tendo em vista as possibilidades cada vez mais amplas de diagnose precoce de uma gravidez problemática, e tomando em conta que a morbidade e mortalidade de gestantes crescem à medida que se protraí a gravidez, e considerando ainda que uma possível antecipação do aborto para os primórdios da gravidez pode evitar o risco de sacrificar um conceito já personalizado, exige o bom senso que o Estado discipline providências no sentido de que a interrupção legal da gravidez seja operacionalizada dentro do espaço gestacional mais recente possível.

5º - Uma vez descriminalizado o aborto nos primórdios da gravidez ou legalizado em fases gestacionais posteriores, deve o Estado avocar à sua exclusiva competência praticar os abortos que não contrariam a lei, isso para pôr fora da lei o sub-mundo da clandestinidade abortual, via de regra inescrupuloso em termos de técnica, de assepsia e de sentimento humano na extirpação de conceitos. Para que o Estado possa exercer com mais proficiência e justiça sua referida competência, uma Comissão de Ética Abortual teria uma notável missão a cumprir.

"O homem está sempre propenso a considerar o pequeno horizonte que o cerca como o centro do mundo, e a fazer de sua vida particular e privada o modelo do universo, mas precisa renunciar a esta vã presunção, a esta mesquinha e provinciana maneira de ver e de julgar."

Ernst CASSIRER, Antropologia filosófica, p. 34-5.

"Em nenhum outro período do conhecimento humano o homem se tornou mais problemático para si mesmo do que em nossos dias. Dispomos de uma antropologia científica, de uma antropologia filosófica e de uma antropologia teológica, que se ignoram entre si. Por conseguinte, já não possuímos nenhuma idéia clara e coerente do homem. A multiplicidade cada vez maior das ciências particulares que se ocupam do estudo dos homens antes confundiu e obscureceu do que elucidou nossa concepção do homem."

Max SCHELER, Die Stellung des Menschen im Kosmos, p. 13-4.

2ª PARTE

EXCERTOS DE

PESQUISA SOBRE A LICITUDE DO ABORTO

"Não nos interessa distinguir quem está certo, mas o que está certo."

Moritz Schlick - Sobre o fundamento do conhecimento I

2.1

ESQUEMA PARA UM

QUESTIONAMENTO GLOBAL DA LICITUDE DO ABORTO

"Idéias claras e distintas"

"A clareza é a cortesia do  
filósofo."

Ortega y Gasset

"O primeiro (preceito) era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal; isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e tão distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida."

Descartes, Discurso do método,  
2ª parte, p.58



"Por motivos objetivos, vivemos em estado de empobrecimento da expressão falada. Isso faz com que a concatenação dos pensamentos fique mais rara e seja empurrada para a margem da consciência quotidiana. Com isso aumenta a tendência aos argumentos moralizados, para encurtar o processo de comunicação. Esse empobrecimento da expressão falada tem várias causas: a própria educação massificada já causa sua simplificação no pensar, os meios de comunicação trabalham no mesmo sentido e a política põe frequentemente núcleos de sentido inteiros sob pressão. Nesse sentido, temos atualmente "noções-colmeia", como "discussão", "democratização" ou "autoritário", que fazem calar de imediato qualquer objeção. Muito estranho é que o número horizontalmente crescente dos instruídos e a febril ampliação das universidades não impedem o empobrecimento da fala. /.../ o fluxo crescente das palavras (e imagens) passa para o estado sólido de uma teia indilacerável de uma realidade nova, que é comprovado pela completa identificação acrítica com as informações e o sistema informativo existente."

Arnold GEHLEN, Moral e hipermoral, p. 182 e 183.

Esquemática e parcialmente já desenvolvida, temos em curso uma pesquisa de questionamento global da licitude do aborto.

O esquema que passamos a debuxar só poderá ser avaliado com justeza quando integrado na perspectiva dos PRELIMINARES que antecipamos na primeira parte deste nosso ensaio. No esquema ora em foco, tomamos em conta, com o mais acurado empenho, a exigência cartesiana de "idéias claras e distintas", com o fim de superar o que Ovídio, em sua visão cosmogônica, chamou de

"rudis indigestaque moles" 79),

(~~rude~~ e ~~confuso~~ amontoado)

qualificativo que se poderia predicar de não poucos questionamentos da liceidade do aborto.

Não afagamos a pretensão de que nosso esquema, ~~essidua~~mente reconsiderado e refeito, goze do privilégio de validez exclusiva. Confiamos, porém, que ele, quando sistemicamente desenvolvido em suas parcelas direcionadas para o todo argumentativo, poderá gerar suficiente segurança para a eticidade do aborto.

Para sistemizarmos nosso questionamento, o dividimos em duas partes logicamente seqüenciadas, a saber:

- QUESTIONAMENTO DE UMA NORMA GERAL QUANTO AO DIREITO DE VIDA DO NASCITURO, a qual sugere o

- QUESTIONAMENTO DE PROPOSTAS EXCEÇÕES A ESSA NORMA GERAL.

---

79) - Publius OVIDIUS Naso, Metamorphoseon, liber I, 5.

## A - QUESTIONAMENTOS

### NUCLEARES

#### QUANTO À LICITUDE DO ABORTO

##### 1º QUESTIONAMENTO NUCLEAR

Da NORMA GERAL do direito de vida do nascituro

a - PERGUNTA:

Tem o nascituro direito à vida, ao menos como norma geral?

b - RESPOSTA CONDICIONAL:

Como norma geral, tem o nascituro direito à vida se for comprovada sua condição de PESSOA.

c - JUSTIFICAÇÃO DA CONDICIONALIDADE:

Em termos ético-jurídicos, é notório que somente a pessoas é atribuído o direito à vida.

##### 2º QUESTIONAMENTO NUCLEAR

Das EXCEÇÕES à norma geral do direito de vida do nascituro

a - PERGUNTA:

Comprovada a norma geral do direito de vida do nascituro, poderia essa norma sofrer exceção?

b - RESPOSTA CONDICIONAL:

Uma comprovada norma geral do direito de vida do nascituro poderia, à semelhança de outras normas, ter exceptivamente suspensa sua força obrigacional se houvesse para isso razão proporcionalmente grave. São indicadas como razões proporcionalmente graves e justificadoras de exceções:

- Um direito prioritário: se, num conflito de valores, fosse comprovado o direito de uma pessoa ou entidade a seus próprios valores, de preferência ao valor da vida do nascituro;

- Carências básicas: se fosse comprovado que carências básicas previsíveis para o nascituro lhe tornariam mais conveniente a morte por abortamento do que nascer para uma vida irremediavelmente sub-humana.

c - JUSTIFICAÇÃO DA CONDICIONALIDADE:

- Quanto à proposta exceptiva respeitante ao direito prioritário de uma pessoa ou entidade:

A vida de uma pessoa singular é um valor entre outros, razão por que, em circunstâncias conflitivas, poderia a vida do nascituro não ser o maior valor entre os valores que estão em conflito.

- Quanto à proposta exceptiva respeitante a carências básicas do nascituro:

Mesmo que, após comprovado, se deva urgir o direito de vida do nascituro como norma geral, pode-se questionar exceptivamente se um genérico direito de nascer implica indissociavelmente no dever individual de que um concepto nasça para uma vida previstamente sub-humana.

B - QUESTIONAMENTO  
GLOBAL  
DA LICITUDE DO ABORTO  
A PARTIR DOS QUESTIONAMENTOS  
NUCLEARES

1ª PARTE

QUESTIONAMENTO DO  
DIREITO DE VIDA  
DO NASCITURO EM TERMOS DE  
NORMA GERAL

OBJETIVO DESTA PARTE

Visa-se a comprovar uma das seguintes hipóteses opositivas:

- 1ª HIPÓTESE

Consoante esta 1ª hipótese, o nascituro ainda não seria pessoa, mas tão-só vivente impersonal; não, teria, pois, estrito direito à vida, mas ainda assim dever-se-ia liberalizar-lhe um tratamento similar ao que se prescreve para com viventes irracionais.

- 2ª HIPÓTESE

Consoante esta 2ª hipótese, o nascituro seria pessoa; teria, portanto, estrito direito à vida, em paridade com as pessoas já nascidas, pelo que sua occisão importaria em crime similar ao infanticídio.

## PROCEDIMENTO

A 1ª parte compreende 3 questionamentos, que concernem ao direito à vida, na perspectiva de sua fundamentação filosófico-jurídica.

### 1.1 - COMO SITUAR OS VIVENTES INFRA-HUMANOS EM FACE DO DIREITO À VIDA?

#### OBJETIVO DESTE QUESTIONAMENTO

Se for comprovado que o vivente infra-humano não tem direito à vida, tão pouco o nascituro, se comprovado como não-personal, terá esse direito.

Mesmo, porém, que o nascituro não tivesse direito à vida, incumbiria ao ser humano o dever de não lhe infligir sofrimentos desnecessários e de não exterminá-lo de modo irracional, em paridade com os deveres ético-jurídicos estatuídos em relação aos irracionais.

A resposta ao presente quesito poderá ser desenvolvida ao longo do seguinte roteiro:

#### 1.1.1 - CONCEPÇÕES HISTÓRICAS QUANTO A COGITADOS DIREITOS DOS INFRA-HUMANOS

#### 1.1.2 - EXCLUSÃO DOS INFRA-HUMANOS DO DIREITO À VIDA

#### 1.1.3 - ATITUDES ÉTICO-JURÍDICAS EXIGIDAS PARA COM OS INFRA-HUMANOS

### 1.2 - COMO JUSTIFICAR O DIREITO DE VIDA DA ESPÉCIE HUMANA?

#### OBJETIVO DESTE QUESTIONAMENTO

Em termos factuais, só a pessoas é atribuído o direito à vida. Importa, pois, perquirir, em termos filosófico-científicos, que

características ônticas credenciam o ser humano à categoria de pessoa e por isso o privilegiam com o direito de viver.

Essas mesmas características que credenciam à categoria de pessoa o ser humano já nascido devem ser verificáveis também no nascituro, se o quisermos considerar como ser pessoal, para assegurar-lhe o direito à vida.

A resposta ao presente quesito poderá ser desenvolvida ao longo do seguinte roteiro:

1.2.1 - JUSTIFICAÇÃO SUBSTANCIALISTA DO DIREITO DE VIDA DO SER HUMANO

- Fundamenta-se no SER do homem
- Discute a proposta dualidade corpo - alma

1.2.2 - JUSTIFICAÇÃO FUNCIONALISTA DO DIREITO DE VIDA DO SER HUMANO

- Fundamenta-se no AGIR do homem
- Discute a proposta personificação evolutiva do ser humano

1.3 - COMO CLASSIFICAR O NASCITURO HUMANO NA ESCALA DAS ESPÉCIES VIVAS, COM VISTAS AO DIREITO À VIDA?

OBJETIVO DESTE QUESTIONAMENTO

A presente investigação, encaminhada pelas duas anteriores, é decisiva para o questionamento da licitude do aborto, pois deverá responder à primeira questão nuclear: tem o nascituro direito à vida?

Por ser o direito de vida vinculado dependencialmente à categoria pessoal, incumbe detectar no nascituro a presença, ou ausência, das acima estudadas características necessárias à personificação do ser humano.

Exigida a personalidade do nascituro como justificadora de seu direito à vida, ~~insistir-se-á~~ que, para reivindicar-lhe esse direito, não basta que o nascituro tenha vida, pois vivente é também o símio, sem ter direito à vida; não basta ser humano, visto que humano ~~pode ser um espermatozóide~~, sem ter direito de viver; não basta que o nascituro seja pessoa em potência, porque os ~~gabetas~~ gêneros masculino e feminino, antes do evento fecundativo, também são, solidariamente, pessoa em potência mas sem direito à vida. Eis por que, para assegurar ao conceito o direito à vida, mister se torna detectar nele as categorias ônticas de ser vivo, de ser humano e de ser personal em ato.

A resposta ao presente quesito pode ser desenvolvida ao longo de seguinte roteiro:

1.3.1 - PERFIL GENÉTICO-EMBRIOLÓGICO DO NASCITURO

- sua organização como vivente humano
- como pré-requisito para o

1.3.2 - PERFIL PSICOLÓGICO DO NASCITURO

- sua conjecturada capacidade consciencial
- como indicadora de

1.3.3 - PERFIL ANTROPOLÓGICO-FILOSÓFICO DO NASCITURO

- seu possível caráter de pessoa
- como fundamento para o

1.3.4 - PERFIL JURÍDICO DO NASCITURO

- seu enquadramento na estrutura do direito

Em não sendo, nesta 1ª parte, o nascituro classificável como pessoa em ato (efetiva), seu estrito direito à vida se tornaria insustentável; conseqüentemente, não haveria como falar em exceções a esse direito, como é previsto na 2ª parte do presente esquema.

Ainda assim, haveria margem para questionar, embora debilmente, as ra-



ções de abortamento indicadas na 2ª parte, mas, ao invés de tomar como referencial o direito de vida do nascituro, o questionamento fixar-se-ia no sentimento humanitário para com ele e nas possíveis consequências da interrupção do curso gestativo.

## 2ª PARTE

### QUESTIONAMENTO DE PROPOSTAS

#### EXCEÇÕES À NORMA GERAL

#### DO DIREITO DE VIDA DO NASCITURO

#### OBJETIVO DESTA PARTE

Respeitáveis contingentes de adversários do aborto julgam absoluta a norma geral do direito de vida do nascituro, razão por que não lhes é peculiar discutir exceções a essa norma. Exclusivamente aceitam sacrificar um conceito quando a gestação compromettesse a vida da gestante; não o sacrificariam, todavia, por occisão direta e intencional, e sim, por occisão indiretamente tolerada, como efeito colateral de intervenção clínica ou cirúrgica destinada a salvar a vida da gestante.

Todavia, alegam partidários do aborto situações como as abaixo detalha das para sustentar sua postura favorável à interrupção voluntária da gravidez e à conseqüente institucionalização do aborto.

#### PROCEDIMENTO

Esta 2ª parte compreende dois conjuntos de questionamentos, cada um dos quais propõe um grupo de razões para exceção a uma previamente comprovada norma geral do direito de vida do nascituro.

Cada uma das exceções propostas teria um ou mais beneficiários, cujo valor a salvar seria considerado maior do que o valor da vida do nascituro.

## 2.1 - PRIMEIRO GRUPO DE RAZÕES EXCEPTIVAS PROPOSTAS

- Configuram-se como direito prioritário de terceiros

### OBJETIVO DESTE QUESTIONAMENTO

Partindo do pressuposto de que a vida do nascituro é um valor entre tantos outros, julga-se que, num conflito de valores simultâneos e opositivos, é possível surgir uma supremacia valoral configurada como direito prioritário de terceiro sobre o direito de vida do nascituro.

Uma indébita e proliferante auto-adjudicação desse direito prioritário teria como fatores de contenção os princípios que a Ética e o Direito estabeleceram como incontestes.

São propostos os seguintes direitos prioritários sobre o direito de vida do nascituro:

#### 2.2.1 - O DIREITO DA GESTANTE

- O DIREITO DA GESTANTE EM PERIGO DE VIDA, OU EXPOSTA A GRAVE PREJUÍZO DE SUA SAÚDE FÍSICA OU PSÍQUICA, QUANDO ESSES MALES ESTÃO PREVISIVELMENTE CONEXOS COM A GRAVIDEZ
- O DIREITO DA GESTANTE ENGRAVIDADA POR VIA DE ESTUPRO
- O DIREITO DA GESTANTE, CASADA OU SOLTEIRA, ONERADA DE GRAVIDEZ EXTRA-MATRIMONIAL

#### 2.2.2 - O DIREITO DA AUTORIDADE PLANIFICADORA DE NASCIMENTOS

- O DIREITO DA AUTORIDADE PARENTAL
- O DIREITO DA AUTORIDADE ESTATAL

#### 2.2.3 - O DIREITO DOS ORGANISMOS DE DEFESA DA VIDA E DA SAÚDE DOS CIDADÃOS

## 2.2 - SEGUNDO GRUPO DE RAZÕES EXCEPTIVAS PROPOSTAS

- Visam à conveniência do próprio nascituro

### OBJETIVO DESTE QUESTIONAMENTO

Julga-se possível a previsão de carências humanas básicas para o nascituro, as quais lhe tornariam seu abortamento mais conveniente do que nascer para essas carências sub-humanizantes.

Insiste-se em ser previsível que tais carências, por insuperáveis, compelirão irredimivelmente o nascituro, quando nascido ou mesmo em gestação, ao fracasso existencial, fracasso que ele próprio rejeitaria em favor de seu abortamento, se optar pudesse.

Dentre as carências conjecturáveis, destacamos as que seguem, passíveis de ocorrência somativa:

#### 2.2.1 - CARÊNCIAS PSÍQUICAS - DE ORDEM AFETIVA OU MENTAL

#### 2.2.2 - CARÊNCIAS FÍSICAS - DE ORDEM SANITÁRIA, ALIMENTAR OU HABITACIONAL

#### 2.2.3 - CARÊNCIAS FORMACIONAIS - DE ORDEM MORAL, ESPIRITUAL, PROFISSIONAL OU CONVIVENCIAL

### CONCLUSÕES PREVISÍVEIS

Segundo parâmetros éticos e jurídicos, e ainda em consonância com normas consuetudinárias consagradas pela humanidade, tornam-se razoavelmente previsíveis as seguintes conclusões para os questionamentos acima delineados:

- 1 - CONCLUSÕES TANTO PARA A COMPROVAÇÃO QUE AFIRMA, QUANTO PARA A COMPROVAÇÃO QUE NEGA O DIREITO DE VIDA DO NASCITURO

## PREMISSA PARA AS CONCLUSÕES

Quer o nascituro se configure, ou não, como pessoa com direito à vida, em ambas essas alternativas excludentes, contudo, ele é ser vivente, oriundo de casal humano e especificamente homólogo com ele. A partir dessa premissa, impõem-se as seguintes ilações:

1.1 - Em qualquer abortamento, devem ser evitadas as dores desnecessárias, porque, mesmo em relação aos animais, o tratamento cruel é punitivamente proibido em lei.

1.2 - Deve ser legalmente proscrito o uso impróprio de embriões ou fetos humanos, inclusive sua comercialização, por se afigurar tal uso lesivo aos naturais sentimentos que caracterizam o ser humano.

1.3 - Os abortados humanos devem receber tratamento condigno, similar ao que vige para o cadáver do ser humano pós-natal.

## 2 - CONCLUSÕES PARA A ALTERNATIVA DE COMPROVAR-SE O DIREITO DE VIDA DO NASCITURO

2.1 - O direito à vida deve ser assegurado ao nascituro em lei, paritariamente com o direito de vida de uma pessoa já nascida.

2.2 - A injustificável ocorrência abortual de um nascituro deve ser legalmente penalizada, em paridade com a ocorrência de uma pessoa nascida; é, porém, prematuro prever a punibilidade da mulher que aceita ou solicita abortar seu próprio conceito.

## 3 - CONCLUSÕES PARA A ALTERNATIVA DE COMPROVAR-SE DEEENSÁVEL ABRIR EXCEÇÃO À NORMA GERAL DO DIREITO DE VIDA DO NASCITURO

3.1 - As exceções ao direito de vida do nascituro devem ser delimitadas em lei.

3.2 - O enquadramento legal de propostas exceptivas deve ser julgado por credenciados representantes do poder judiciário.

"Nada parece falar tanto a favor da inclusão do senso moral na fria racionalidade dos factos como esse indiscutível fenómeno empírico que é a "força normativa do factual"./.../ Sociologicamente significa a fórmula acima empregada, a qual designa o fenómeno de modo estereotipado, nada mais que um comportamento que de facto se vai tornando majoritário no seio de uma sociedade, pode deslocar velhas normas e obter para si uma validade obrigatória. Junte-se a isto que este processo deve ser visto como uma das vias possíveis pelas quais se realizam transformações de normas. /.../ A tradição ética clássica reconheceu desde sempre esta razão potencial do factual e aceitava e considerava de modo absolutamente favorável os processos de detecção e formação de normas "de baixo para cima". /.../ W. Kluxen pôde reencontrar o cerne essencial da doutrina to mista da consuetudo (costume), que interessa ao nosso problema quando resume: 'Não habita menos força criadora de história no facto do agir concordante com os hábitos do que na lei formal, se ele predomina na sociedade; ele tem um efeito criador de leis e cessador de leis, ou significa ao menos uma exposição permanente da lei.' "

Wilhelm KORFF, Investigação social empírica e moral, p. 15, 17, 18.

## 2.2

### LEVANTAMENTO DE OPINIÕES

#### NA PERSPECTIVA DE UM QUESTIONAMENTO GLOBAL DA LICITUDE DO ABORTO

"Omnium consensus naturae vox est" - O consenso de todos é a voz da natureza.

Cícero, Tusculanae, I, 15,15.

Em que pese o descrédito que alui a confiabilidade das estatísticas de conteúdo ético, expressamos a convicção de que, ainda assim, elas podem propiciar notáveis inferências de valor subsidiário para o estudo da eticidade do aborto. Admitimos, entretanto, que nossa pesquisa de opinião sobre a liceidade da interrupção voluntária da gravidez, pesquisa que inseriremos infra, não é ainda suficientemente significativa no que tange à diversidade e ao número de inquiridos para amostragem, deficiência que nos propomos a sanar, com vistas a uma futura publicação.

Para que a interpretação dos obtidos índices opinativos venha a corresponder à intenção de quem os colheu, havemos por bem precedê-los de sucintas anotações em termos de ética geral.

#### 2.2.1 - ESTATÍSTICAS DE CONTEÚDO ÉTICO, SOB O ENFOQUE DO "COMMON SENSE" NORMATIVO E TEORIAS SIMILARES

Nossa estatística de opinião concernente a múltiplas facetas do questionamento da licitude do aborto não tem como pressuposto uma onímoda validade do "common sense" de Thomas Reid (1710-1796). Segundo esse filósofo e a escola escocesa, o "senso comum" seria um perceptor evidencial dos princípios fundamentais de todo o pensar, incluso o pensar em termos de normatividade ética, perceptor esse que, potencialmente, os seres humanos todos teriam em comum<sup>80)</sup>. Convicção similar manifestara Giambattista Vico (1668-1744), em termos como estes: "O senso comum é um juízo despido de qualquer reflexão, comumente experimentado por toda uma ordem, por todo um povo, por toda uma nação ou por todo o gênero humano"<sup>81)</sup>. Max Scheler (1874-1928), em outra perspectiva mas com igual apelo à evidência, propõe a "intuição

---

80) - José Ferrater MORA, Diccionario de filosofia, verbete Reid (Thomas);

- Nicola ABBAGNANO, Dicionário de filosofia, verbete Senso comum.

81) - Giambattista VICO, Do estabelecimento dos princípios (Princípios de uma ciência nova), 12. In: OS PENSADORES, p. 34.

emocional dos valores", inclusive dos valores éticos, por julgar que o ser é objeto do intelecto, ao passo que o valor é objeto de um "sentir espiritual" <sup>82)</sup>.

Fosse incontestado esse evidencialismo ético, ~~justificaria~~ ~~ia~~ irrestritamente o recurso a inquéritos de natureza ética, com busca de amostragens em variados níveis culturais, não excluindo os menos intelectualizados da população. Há de se convir, todavia, que o inquirido, embora quiçá possuidor potencial de refinado "common sense" ou "intuição emocional", pode porventura não o possuir suficientemente evoluído para aplicar os princípios éticos evidenciais a situações pessoalmente complexas, como são as de gestantes cujos valores pessoais ou familiares conflitam com o valor da vida de seu próprio concepto.

Se, porém, dentro de técnicas tidas como válidas, e sem deslizes manipulatórios, for verificada uma notável e persistente convergência de opiniões em defesa de uma determinada conduta ética, dever-se-á, no mínimo, conjecturar que se defrontará com significativa dinâmica de resistência quem pretender impor uma conduta contrária àquela que uma expressiva maioria indicou como válida. Considerando, pois, que nossa estatística, em seu atual estágio, constata 87,45% de inquiridos que, sem recurso à supra comentada "ocisão indireta" do nascituro, se pronunciavam pela licitude de sacrificá-lo diretamente para salvar a vida da gestante, só com argumentação cerradamente impecável poderia um moralista aventurar-se a condenar esse sacrifício direto do nascituro, tolerando apenas o indireto, como efeito colateral de uma intervenção clínica ou cirúrgica de "duplo efeito".

#### 2.2.2 - ESTATÍSTICAS DE CONTEÚDO ÉTICO SOB O ENFOQUE

##### DO POSITIVISMO NORMATIVO E TEORIAS AFINS

Assaz alastrado encontra-se hoje o positivismo ético, engendrado pelo positivismo científico de August Comte (1798-1857) e pelas modernas epistemologias que, com maior ou menor fidelidade ao mestre, dele derivaram. O positivismo, quando operacionalizado para averiguar a eticidade do agir humano, redunha em consagração da "força normativa do factual", no sentido de que uma conduta, se majoritariamente

---

82) - Max SCHÉLER, Ética (Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik), p. 93-94.



aceita e vivida, adquire validade ética. Essa inculcada normatividade do factual já se encontra de modo germinal na prístina **normatividade** do **ethos**, entendido como hábito de condutas pré-legais aceitas e vividas por um segmento da comunidade humana, condutas essas que ofereceriam o necessário respaldo ético para a formulação do **nómos** ou lei, como sugerem Aristóteles e os neo-aristotélicos da filosofia **estóica** <sup>83)</sup>. René Le Senne, interpretando o **ethos**, assim o concebe: "Para decidir em termos morais, é necessário considerar a via comum dos homens e só depois elevar-se aos julgamentos que dela decorrem para todos, sem, todavia, subordinar-se a essa moral ainda popular; outrossim, há de se fazer um levantamento do sentir dos **idosos** e dos **sábios**, e então, a partir desses documentos morais, confrontando-os dialeticamente com os julgamentos opostos, deduzir-se-á uma verdade moral" <sup>84)</sup>. Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), dando ao positivismo ético uma versão jurídica, vê a força normativa do factual ser **gerada** espontaneamente no **Volksgeist**, no "espírito do povo", de tal modo que a lei é primariamente desenvolvida pelo costume e pela opinião popular <sup>85)</sup>.

Seria, por sem dúvida, gratificante simplificar a controversa avaliação ética do aborto mediante simples tabulação estatística da opinião ou vivência majoritária do povo, colhida no manancial de seu **ethos**, de seu **Volksgeist**. Há, porém, a objetar que cada um desses possíveis mananciais, assim como pôde resultar de um processo de aprimoramento comportamental e judicativo, também pôde originar-se por via de paulatina degenerescência da opinião e do costume de um segmento social.

É, pois, defensável pensar que, em pronunciando-se 59,48% de inquiridos a favor do aborto como solução para uma gravidez por estupro, eles tomaram essa atitude em razão da crescente maturação do costume popular de empatia para com os agravados pela violência sexual. Ao revés, porém, esse mesmo elevado índice está sujeito a ser interpretado como degenerescência ética de um segmento da humanidade, o qual, inoconscientemente, ao ser inquirido, aplicou ao conceito engendrado por estupro o lamentável critério de subestima da pessoa humana, subestima que o "espírito do povo" haure diariamente no poluto manancial da violência divulgada pelos meios de comunicação social.

83) - Sobre o conceito de **ethos**, ver José Luis Aranguren, **Ética**, p. 19-29.

84) - René LE SENNE, **Traité de morale générale**, p. 143.

85) - James HART, (verbete) Savigny, Friedrich Karl von. In: **ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA**.

- Ver ainda comentário da doutrina de F. C. von SAVIGNY sobre a a normatividade do **Volksgeist**, em R. M. PIZZORNI, op. cit. p.49.

### 2.2.3 - INFERÊNCIAS DAS NOSSAS ESTATÍSTICAS

Nossas estatísticas sugerem prudência conclusiva, o que, no entanto, não obsta a que colhamos três inferências relevantes.

a - Incorreria em lamentável engano avaliativo quem, simplis-  
ticamente, pretendesse promover um plebiscito em termos disjuntivos de  
"sim" ou "não" global ao aborto ou à sua legalização, visto havermos  
constatado posturas variantes dos mesmos inquiridos, que respondem ora  
afirmativa, ora negativamente aos 16 quesitos que lhes formulamos no  
concernente a variantes enfoques da eticidade do aborto.

b - Evidenciou-se, outrossim, através de nosso inquérito, que  
labora em erro o adversário do aborto quando o condena "em nome da so-  
ciedade brasileira"; não menos erra o partidário do aborto quando afir-  
ma que "a sociedade brasileira" exige a liberação da prática abortiva.  
Nossa sociedade se revela extremamente dividida quando significativos  
grupos, experimentais ou de controle, se posicionam diante de nossos  
quesitos múltiplos referenciados à eticidade da interrupção do processo  
procriador humano.

c - Em termos complementares, tudo indica que não tem respal-  
do científico os notórios inquéritos populares em termos de "sim" ou  
"não" global ao aborto; outrossim, não fazem jus a cobertura científica  
os enfáticos abaixo-assinados cujo cabeçalho se limita a condenar ou  
a exigir sumariamente a institucionalização do aborto no País. Em ambas  
essas abordagens da opinião pública, a favor ou contra o aborto, sói  
não haver qualquer opção alternativa para o entrevistado ou signatário,  
além do onímodo sim ou não disjuntivo ao aborto, em termos exclusivamen-  
te condenativos ou aprobatórios.

#### 2.2.4

#### QUADROS ESTATÍSTICOS

Na estatística a seguir distinguimos, para fins de cotejo dos índices que lhes concernem, duas ordens de grupos:

##### GRUPOS EXPERIMENTAIS:

os inquiridos que não tiveram com o executor da pesquisa uma prévia abordagem da problemática ética do aborto;

##### GRUPOS DE CONTROLE:

os inquiridos aos quais, pelo tempo aproximado de uma hora, o executor da pesquisa expos, antes do levantamento das opiniões, os problemas nucleares que polarizam o questionamento da licitude do aborto.

| QUESTIONÁRIO  | AMOSTRAGEM PERCENTUAL |       |             | CONTINGENTE DE CONTROLE |       |             | CONTINGENTE EXPERIMENTAL |  |  |
|---|-----------------------|-------|-------------|-------------------------|-------|-------------|--------------------------|--|--|
|   | SIM                   | NÃO   | SEM OPINIÃO | SIM                     | NÃO   | SEM OPINIÃO |                          |  |  |
| A - QUESTIONAMENTOS BÁSICOS:  |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| 1 - Você julga que o nascituro é um <u>ser humano</u> , com identidade própria, e, pois, distinta da identidade da gestante   |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| - na fase embrional?.....   | 72,66                 | 22,61 | 4,61        | 69,74                   | 22,25 | 7,99        |                          |  |  |
| - na fase fetal?.....   | 87,55                 | 7,93  | 4,49        | 82,28                   | 5,71  | 11,98       |                          |  |  |
| 2 - Você julga que o nascituro deve ser classificado como <u>pessoa</u>   |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| - na fase embrional?.....   | 66,72                 | 26,35 | 6,23        | 62,92                   | 30,59 | 6,26        |                          |  |  |
| - na fase fetal?.....   | 87,03                 | 7,49  | 5,27        | 73,74                   | 8,53  | 17,21       |                          |  |  |
| B - QUESTIONAMENTO DO <u>DIREITO DE VIDA DO NASCITURO</u> :   |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| 3 - Você julga que se deve atribuir ao nascituro um verdadeiro <u>direito à vida</u> , ao menos como <u>norma geral</u>   |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| - na fase embrional?.....   | 87,68                 | 9,44  | 2,57        | 75,46                   | 14,80 | 9,71        |                          |  |  |
| - na fase fetal?.....   | 88,17                 | 5,07  | 6,74        | 80,00                   | 6,26  | 13,71       |                          |  |  |
| C - QUESTIONAMENTO DA <u>LICITUDE DE TIRAR A VIDA AO NASCITURO</u> :  |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| 4 - Se, em alguma fase da gestação, o nascituro <u>não tivesse direito à vida</u> , mesmo assim você condenaria tirar-lhe a vida?.....  | 37,96                 | 60,60 | 0,75        | 41,13                   | 51,40 | 7,44        |                          |  |  |
| 5 - Se você <u>admitiu a norma geral</u> do direito de vida do nascituro, julga lícito fazer <u>exceção</u> a essa norma, para tirar a vida a um nascituro em situação especial?..... | 86,50                 | 11,27 | 2,20        | 75,46                   | 22,25 | 2,27        |                          |  |  |
| D - QUESTIONAMENTO DE <u>RAZÕES PROPOSTAS PARA TIRAR A VIDA A UM NASCITURO</u> :  |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| 6 - Você julga lícito tirar a vida a um nascituro   |                       |       |             |                         |       |             |                          |  |  |
| a - para salvar a vida da gestante?.....  | 94,59                 | 2,35  | 3,03        | 87,45                   | 12,35 | -           |                          |  |  |
| b - para evitar à gestante prejuízo físico ou psíquico grave resultante da gestação?.....   | 66,75                 | 29,45 | 3,77        | 60,00                   | 30,87 | 9,09        |                          |  |  |
| c - para evitar prejuízos resultantes de uma gravidez por estupro?.....   | 62,94                 | 34,91 | 2,12        | 59,48                   | 35,96 | 4,54        |                          |  |  |
| d - para evitar situações decorrentes de uma gravidez de solteira?.....   | 8,09                  | 85,25 | 6,64        | 18,60                   | 74,91 | 6,26        |                          |  |  |
| e - para evitar ao nascituro uma vida de carências fundamentais?.....   | 26,15                 | 71,17 | 2,65        | 46,31                   | 49,13 | 4,54        |                          |  |  |
| f - para evitar ao nascituro uma notável deficiência física?.....   | 49,58                 | 50,40 | -           | 58,85                   | 36,59 | 4,54        |                          |  |  |
| g - para evitar ao nascituro uma notável deficiência mental?.....   | 64,59                 | 34,63 | 0,75        | 64,57                   | 27,42 | 7,99        |                          |  |  |
| h - para evitar um nascimento contrário ao planejado?.....  | 3,15                  | 94,18 | 2,65        | 8,53                    | 84,63 | 6,81        |                          |  |  |

#### N O T A

Após impressos os quadros estatísticos retro apresentados, ampliamos notavelmente a amostragem das opiniões colhidas sobre a eticidade do aborto, ampliação essa que ainda pretendemos majorar, tendo em vista nosso projeto de questionamento global da licitude do aborto voluntário.

Podemos, entretanto, à primeira vista, conjecturar que as novas amostras colhidas, pouco significativamente, quando tabuladas, modificarão a expressão percentual dos quadros estatísticos por nós já apresentados.

### CONCLUSÃO.

"A brandura da linguagem aumenta o saber."

Bíblia, Provérbios, 16,21.

"Y de este modo,  
ir con el hijo desde nuestra Nada,  
es andar hasta Dios con nuestro Todo."

Hermenegildo Martin BORRO, El hijo, p. 1734.

"En el reino de niebla nueve meses  
hasta que llega el sol y rompe el muro.  
Va subiendo una voz que se incorpora:  
el milagro se ha hecho y tiene nombre."

Luis FERIA, Variaciones para un recién nacido,  
p. 2684.

"Y tú,  
hijo mío,  
poblador de las sombras,  
que aguardas en el vientre de Ana  
la hora imperdurable,  
eres, por fin, mi creación concreta.  
Por fin, mi creación existe,  
palpita, **crece**,  
tiene principio y fin, es algo nuevo,  
hijo de voluntad, de amor,  
el único poema  
vivo."

Jesus LIZANO, Sonetos del fuego, p. 2759.

1 - Os prístinos navegadores gregos temiam sobremaneira uma passagem marítima entre dois monstros marítimos em forma de sorvedouros, conhecidos como Cila e Caríbdis. Posteriormente, esse binômio foi dado a dois penhascos em cujas bases ferviam perigosos redemoinhos, no estreito de Messina, onde Cila se alteia na margem da Sicília, e Caríbdis na da península italiana.

Entre Cila e Caríbdis acabamos de navegar no percurso deste ensaio, com a indefessa cautela de não naufragarmos no **torvalinho** das águas de um ou de outro alcantil. No lado de Cila, fugimos ao sorvedouro de uma radicalização anti-abortista, implacavelmente arreada a dialogar com opositores, e tomamos essa atitude cautelar em nome do axioma "summum jus summa injuria - a justiça extrema é extrema injustiça", ou seja, **oxigir uma** extremada justiça em prol do nascituro poderia eventualmente redundar em grave injustiça contra sua progenitora ou quicá mesmo contra a sociedade. No lado de Caríbdis, nos esmeramos por evitar excessos de delicadeza no sentido de condescender com propostas abortivas não irrefutavelmente comprovadas como válidas, e tomamos essa precaução para não se voltar contra nós o verso com que o poeta francês Arthur Rimbaud censurou sua própria fraqueza:

"Par délicatesse j'ai perdu ma vie" <sup>86)</sup>.

(Por causa de delicadeza perdi minha vida.)

2 - Em termos de auto-crítica, julgamos possivelmente utópica nossa proposta de motivar a gregos e troianos para um diálogo sintônico em busca de uma solução bilateralmente aceitável para a problemática da eticidade do aborto. Sabe-se, porém, que uma utopia, em sua fuga para além de nosso frustratório esforço por atingi-la, sempre deixa atrás de si um rastro luminoso de objetivos quase utópicos alcançados, objetivos que não se teriam jamais concretizado sem o fascínio de uma utopia a fugir-nos em constante disparada. Haja vista a Utopia de Tho-

---

86) - Arthur RIMBAUD, apud ANTOLOGIA GENERAL DE LA LITERATURA ESPAÑOLA, p. 637.



mas More, fugidia há 5 séculos, mas quantos objetivos ~~quase utópicos~~ atingidos faiscam ao longo de sua esteira luminosa! <sup>87)</sup>

Quicá não logremos de pronto atingir o utópico objetivo de um diálogo plenamente cordial entre defensores e adversários do aborto voluntário, mas cremos que o estudo sempre mais criterioso, circumspecto e globalizante quanto à sua licitude há de abrir a ambas as partes o vasto horizonte de questões filosóficas e científicas que se alteiam diante do pesquisador da eticidade abortual. Desacortinado esse horizonte, os contendentes não de compreender que o estudo em estilo de diálogo é mais profícuo do que a polêmica em estilo de lances passionais em defesa de uma postura diante do cancelamento voluntário da gestação.

A propósito, encarecendo o estudo da eticidade do aborto, nos permitimos recordar um precioso episódio da administração de um extinto prelado. Em visita pastoral a uma paróquia, deparou ele, sobre a escrevaninha do respectivo pároco, um esquema de sermão no qual havia curiosamente um espaço em branco onde se lia esta frase: "Aqui se xinga!" Cioso de sua autoridade correccional, o prelado escreveu e assinou logo abaixo da referida frase: "Aqui se estuda!" Permitam-nos gregos e troianos uma sugestão, que o autor deste ensaio dirige em primeiro lugar a si mesmo: no espaço que porventura hajamos reservado para o "aqui se xinga", minazmente endereçado contra os adversários de nossa postura diante do aborto, sintamos a mão do bom-senso a nos escrever diante dos olhos o "aqui se estuda" - aqui se estuda o argumento e o argumentador, tendo em vista que, em regra, a indisciplinada agressividade argumentatória revela insegurança quanto ao valor do argumento, ou insegurança emocional de quem argumenta, ou ambas essas fragilidades adversas ao espírito filosófico e científico.

3 - Àqueles que proventura nos hajam acompanhado até este ponto de nosso ensaio, expressamos o desejo de duas colaborações, dentro dos limites de suas possibilidades:

- Ser-nos-ia de grande utilidade e agrado se nos remetessem críticas e complementações ao nosso ensaio, com vistas à produção de um estudo ulterior mais confiável.

- Receberíamos com prazer o endereço de alguma pessoa que o leitor nos indicasse como interessada na temática da eticidade do aborto.

---

87) - Thomas MORE, Utopia - ver sobretudo Das relações mútuas entre cidadãos, p. 233-240.

## B I B L I O G R A F I A

Na presente bibliografia, arrolamos também alguns escritos que, até ao presente, não estiveram ao nosso alcance, mas constam entre os que timbraremos de consultar quando da ulterior execução do nosso projeto de questionamento global da licitude do aborto voluntário.

### I - ESCRITOS QUE VERSAM ESPECIFICAMENTE A ETICIDADE DO ABORTO

- 1 - ALVES, João Evangelista dos Santos & alii. Aborto - O direito à vida. Rio de Janeiro, AGIR, 1982.
- 2 - ANCONA, Leonardo. Aborto - Prospettive psicologiche. In: FIORI, Angelo & SGRECCIA, Elio (*infra*). Ibidem, p. 235-55.
- 3 - BARENGHI, Vanna. Sul aborto vogliamo parlare noi. La repubblica, Italia, 9 out. 1980, p. 9.
- 4 - BETTENCOURT, Estêvão. Pergunte e Responderemos. Rio de Janeiro, III(25):25-38, jan. 1960.
- 5 - ————. Aborto legalizado, sim, ou não? Ibidem, XIII(150):291-5, jul. 1972.
- 6 - BOCKLE, Franz. Um den Beginn des Lebens. Arzt und Christ 14(1968) 65-73.
- 7 - BUSS, M. J. The beginning of human life as an ethical problem. Journal of religion 47(1967), 244-255.
- 8 - CALLAHAN, Daniel. Abortion: law, choice and morality. New York, Macmillan, 1970.
- 9 - CARETONI, Tullia & GATTO, Simone. L'aborto - problemi e leggi. Palermo, Palumbo, 1974.
- 10 - CARTER, W. R. Do zygotes become people? Mind, Oxford, Mind Association, XC(361):67-93, jan. 1982.
- 11 - CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. A Igreja e o aborto (Coleção Sal da Terra). São Paulo, Paulinas, 1972.
- 12 - DIAMOND, J. J. Abortion, animation and biological humanization. Theological Studies 36(1975), 305-24.
- 13 - DONCELL, J. F. Immediate animation and delayed hominization. Theological Studies 31(1970) 76-105.
- 14 - DUMAS, Francine. Il dramma dell'aborto in Francia. In: SBAFFI, Maria-Girardet (*infra*). Ibidem p. 95-101.
- 15 - ENGLISH, J. Abortion and the concept of a person. Canadian Journal of Philosophy 5(1975), 233-43.
- 16 - FAGONE, Virgilio. Il problema dell'inizio della vita del soggetto umano. In: FIORI, Angelo & SGRECCIA, Elio (*infra*). Ibidem, p. 149-79.

- 17 - FAGONE, Virgilio. Il problema dell'inizio della vita nell'uomo - A proposito dell'aborto. La civiltà cattolica 124(1973)II, 531-46.
- 18 - FALZONI, R. A luta pelo aborto. Ciência e Saúde. Rio de Janeiro, (10):36-40, set, 1983.
- 19 - FIORI, Angelo & SGRECCIA, Elio. Aborto - riflessioni di studiosi cattolici. Milano, Vita e Pensiero, 1975.
- 20 - FRENTE DE MULHERES FEMINISTAS. O que é o aborto? São Paulo, Cortez, 1980.
- 21 - GRIESEZ, G. F. Abortion: the myths, the realities and the arguments. New York, World Publication Company, 1970.
- 22 - GRUNDEL, Johannes. Unterbrochene Schwangerschaft - Ein moraltheologisches Tabu? Theologie der Gegenwart 13(1970), 202-7.
- 23 - GUSTAFSON, James T. Una visione cristiana dell'etica dell'aborto. In: SBAFFI, Maria-Girardet (infra). Ibidem, p. 177-201.
- 24 - EPARGNEUR, Hubert. Avaliação moral do abortamento voluntário. Revista Eclesiástica Brasileira. Petrópolis, Vozes, 42(165):82-109, mar. 1982.
- 25 - ----- . O aborto voluntário diante da moral. In: LAGENEST, J. P. Barruel de (infra). Ibidem, p. 29-58.
- 26 - LAGENEST, J. P. Barruel de & alii. O aborto voluntário. São Paulo, Paulinas, 1982.
- 27 - LITCHFIELD, Michael & KENTISH, Susan. Bebês para queimar - A indústria do aborto na Inglaterra. São Paulo, Paulinas, 1977.
- 28 - MAMMANA, C. Z. O aborto ante o direito, a medicina, a moral e a religião. São Paulo, Letras, 1969.
- 29 - NOONAN, John T. La chiesa cattolica e l'aborto. In: SBAFFI, Maria-Girardet (infra). Ibidem, p. 117-76.
- 30 - ----- . The morality of abortion. Harvard, Harvard Press, 1970.
- 31 - ----- . Responding to persons: method of moral arguments in the debat over abortion. Theology digest 21(1973), 291-307.
- 32 - ORFEI, Ruggiero. I cattolici e l'aborto - Molto pericoloso pensare solo a reprimere. Il messaggero, Italia, 3 nov. 1980, p. 2.
- 33 - PRICK, J. J. Esistono indicazioni psicosociali per l'interruzione della gravidanza? In: SBAFFI, Maria-Girardet (infra). Ibidem, p. 65-78.
- 34 - RAGNO, Luciano. Aborto: questa legge funziona. Il Messaggero, Italia, 28 set. 1980, p. 22.
- 35 - RUFF, W. Individualität und Persönlichkeit im embryonalen werden. Theologie und Philosophie 45(1970), 24-59.
- 36 - SBAFFI, Maria-Girardet. L'aborto nel mondo (Inchieste IDOC). Verona, Arnoldo Mondadori, 1970.
- 37 - SCHOOYANS, Michel. Aborto e sociedade de consumo. Vozes, Petrópolis, 75(4):271-80, maio 1981.
- 38 - SERRA, Angelo. Il neo-concepito alla luce degli sviluppi della genetica umana. In: FIORI, Angelo & SGRECCIA, Elio (supra). Ibidem, p. 115-48.
- 39 - VIDAL, Marciano. Moral del aborto: reflexiones sobre una "metodología moral coherente". Pentecostés 12(1934), 175-9.
- 40 - ----- . Moral de atitudes 2. São Paulo, Santuário. Cap. 4.2, p. 215-28.
- 41 - WILKE, J. C. O aborto. São Paulo, Paulinas, 1980.
- 38a - THIOLLIER, Eliana. O aborto voluntário na legislação brasileira. In: LAGENEST, J.B. Barruel, ibidem. P. 77-105.

## II - ESCRITOS QUE SUPEDITAM PREMISSAS PARA A AVALIAÇÃO DA ETICIDADE DO ABORTO VOLUNTÁRIO

- 1 - ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo, Mestre Jou, 1970. Verbetes Direito, Lei, Pessoa.
- 2 - ARANGUREN, José Luis L. Ética. Madrid, Revista del Occidente, 1965. Cap. 2.
- 3 - ARISTÓTELES. Tratado da Política. S.l. 1977. P. 57-59.
- 4 - AQUINO, Tomás de. Summa Theologica. Luxemburgi, Petrus Brück, 1880. I-II, Q. 90-97.
- 5 - BACH, José Marcos. Uma nova moral? O fim do sistema tradicional. Petrópolis, Vozes, 1982. Cap. 2, 7, 19.
- 6 - BACHELARD, Gaston. Filosofia do novo espírito científico. Lisboa, Presença, 1972. Prefácio e cap. 1.
- 7 - BEKAERT, Herman. Introduction a l'étude du droit. Bruxelles, Émile Bruylant, 1965. P. 336-486.
- 8 - BOCKLE, Franz; MELSEN, Andreas; ARNTZ, Joseph. Dibattito sul diritto naturale. Brescia, Queriniana, 1970. Cap. 3.
- 9 - BUNGE, M. Ética y ciencia. Buenos Aires, Siglo Veinte, 1972.
- 10 - CASSIRER, Ernst. Antropologia filosófica. São Paulo, Mestre Jou, 1972. Cap. 1-4.
- 11 - CHARDIN, Pierre Teilhard de. La vision du passé. Paris, Éditions du Seuil, 1957. L'Hominisation, p. 77-107.
- 12 - \_\_\_\_\_. O fenômeno humano. São Paulo, Herder, 1965. P. 13-200.
- 13 - DEVIGILI, Gamaliel. Hermenêutica do ethos. Revista Eclesiástica Brasileira, Rio de Janeiro, 133(34):5-19, maio 1974.
- 14 - FAGOTHEY, V. Austin. Ética. México, Interamericana, 1973. P. 197-201.
- 15 - FERREIRA, Rosa Maria Fischer & alii. Meninos da rua. São Paulo, IBREX, 1969. Cap. 8.
- 16 - FLETCHER, J. Ética de situación. Barcelona, Ariel, 1970.
- 17 - FROMM, Erich. Ética e psicanálise. Lisboa, Minotauro, s.d. Cap. 2, 4, 5.
- 18 - FUCHS, Josef. Lex naturae. Düsseldorf, Patmos, 1955. Cap. 5, 6, 8.
- 19 - GADAMER, Hans Georg. Verdad y método. Salamanca, Sigueme, 1971. P. 320-3, 550-3, 620-7.
- 20 - GEHLEN, Arnold. Moral e hipermoral - Uma ética pluralista. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984. P. 39-48, 123-43, 182-91.
- 21 - GEMELLI, Agostino & ZUNINI, Giorgio. Introdução à psicologia. Rio de Janeiro, Livro Ibero-Americano, 1962. Cap. IX.
- 22 - GIRARDI, J. Diálogo, revolución y ateísmo. Salamanca, Sigueme, 1971. P. 220-5.
- 23 - GRUNDEL, Johannes. Premissas histórico-naturais para um agir ético. Conciliium - Valores e normas em moral, Petrópolis, Vozes, (120): 7-15, out. 1976.
- 24 - HÄRING, Bernhard. Ética cristã para um tempo de secularização. São Paulo, Paulinas, 1974.
- 25 - \_\_\_\_\_. La moral y la persona. Barcelona, Herder, 1973. P. 169-82.
- 26 - HARTMANN, Nicolai. Ethik. Berlin. Walter Gryter, 1962. Parte 2, cap. 28.

- 27 - Kelsen, Hans. A justiça e o direito natural. Coimbra, A. Amado, 1963.
- 28 - Kierkegaard, Wilhelm. Investigação social empírica e moral. Concilium. Petrópolis, Vozes, (5):8-9, maio de 1968.
- 29 - Leclercq, Jacques. As grandes linhas da filosofia moral. São Paulo, Herder, 1967. Cap. 4.
- 30 - Lent, Robert. Cem bilhões de neurônios. Ciência Hoje. Rio de Janeiro, 1(1):47-57, ago. 1982.
- 31 - Le Senne, René. Traité de morale générale. Paris, Presses Universitaires, 1949. P. 138-62.
- 32 - Madison, G. B. Mind and body revisited. In: ANAIS DO VII CONGRESSO INTERAMERICANO DE FILOSOFIA e V DA SOCIEDADE INTERAMERICANA DE FILOSOFIA. São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, 1974.
- 33 - McCornick, Richard. O princípio do duplo efeito. Concilium - Valores e normas em moral. Petrópolis, Vozes, (120):82-95, out. 1976.
- 34 - Messner, Johannes. Ética social (Das Naturrecht). São Paulo, EDUSP, 1964. Parte 1, cap. 6, 10, 13.
- 35 - Mora, José Ferrater. Diccionario de filosofía. Buenos Aires, Sudamericana, 1975. Verbete Persona.
- 36 - Moore, George Edward. Princípios éticos. In: OS PENSADORES, São Paulo, Abril Cultural, 1980. Cap. 1 (O objeto da ética), 2 (O ideal).
- 37 - Mussen, Alfred. Desenvolvimento e personalidade da criança. Rio de Janeiro, Harper & Row do Brasil, 1977. O período pré-natal, p. 80-95.
- 38 - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UN). The Rights of Man (Declaração Universal dos Direitos do Homem). In: OUR WONDERFUL WORLD. New York, Grolier, 1962.
- 40 - Oraison, Marc. Moral para o nosso tempo. Lisboa, Duas Cidades, 1965. Parte 1.
- 41 - Piaget, Jean. O nascimento da inteligência na criança. Rio de Janeiro, Zahar, 1975. Introdução: O problema biológico da inteligência.
- 42 - Pizzorni, Reginaldo M. L'attualità del diritto naturale. Roma, Libreria Editrice della Pont. Univ. Lat. 1971. Cap. 6, 16.
- 43 - Plé, Albert. Freud e la morale. Roma, Città Nuova Editrice, 1970. P. 54-59.
- 45 - Rabuske, Edvino A. Antropologia filosófica. Porto Alegre, Esc. Sup. de Teol. S. Lourenço de Brindes, 1981. P. 167-92.
- 44 - Quiles, Ismael. La persona humana. Buenos Aires, Depalma, 1980. Parte 2.
- 46 - Rascofski, Arnaldo. El psiquismo fetal. Buenos Aires, Paidós, s.d. P. 32-77.
- 47 - Roberti, Francesco. Dizionario di teologia morale. Editrice Studium, Roma, 1957.
- 48 - Rod, Wolfgang. Geometrischer Geist und Naturrecht. München, Verlag der bayerischen Akademie der Wissenschaft, 1970. Cap. 1, 7.
- 49 - Scheler, Max. El puesto del hombre en el cosmos. Buenos Aires, Lcsa da, 1972.
- 50 - \_\_\_\_\_. Ética (Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik). Buenos Aires, Revista de Occidente, 1949. T. 2, p. 277.
- 51 - Sciaccia, Gaetano. Capacità jurídica - Diritto romano. In: DAREM-BERG-SAGLIO. Dictionnaire des antiquités grecques et romaines. Paris, Hachette, 1949. Verbete Persona física.
- 52 - Seifert, Josef. Was ist und was motiviert eine sittliche Handlung? Universidade de Dallas, 1975. P. 23-57.

# ACRÉSCIMOS:

- 53 - BDEHS, Astrid Eggert; SANTOS, Evangelia K.A. dos; HASSE, Marga-  
ret; SOUZA, Maria de Lourdes de. Aborto provocado - estudo  
epidemiológico descritivo numa maternidade de Florianópolis,  
Santa Catarina. SBPC - CIÊNCIA E CULTURA, Rio de Janeiro,  
XXXV(4):501-506, abr. 1983.
- 54 - HERDER KORRESPONDENZ, Freiburg in Breisgau:  
XXXIII(1979):80, 110, 177, 150, 256, 310, 381, 386, 495, 507.  
XXXIV (1980): 108, 111, 276, 327, 431, 451, 572, 619.  
XXXV (1981): 128, 172, 211, 369, 504.  
XXXVI (1982): 44, 137, 196, 246, 477, 621.  
XXXVII(1983) - Aborto: 45, 48, 82, 151, 257, 340, 492, 495, 574, 581.  
- na Noruega: 137;  
- na Alemanha Ocidental: 140, 217, 247, 252, 274,  
496, 575;  
- na Áustria: 236, 254, 381;  
- na Itália: 354;  
- no Brasil: 356;  
- na Espanha: 400, 533.
- 55 - INTERNATIONAL PANNED PARENTHOOD FEDERATION.(IPPF). Aborto induci-  
do. London, Sede Central, 1972.
- 56 - TOTH, Ronald. Die Wahrheit über Abtreibung. Klar und wahr (ed.al.)  
Bonn, XXXV(5):2-4 e 26-27, 5 maio, 1985.
- 57 - VITÉLIO, Nelson. Iatrogenia do aborto provocado. Femina - revis-  
ta da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e  
Obstetrícia. Rio de Janeiro, 12(9):803-809.

## III - ESCRITOS DE CITAÇÃO OCASIONAL

- 1 - ALIGHIERI, Dante. La divina commedia. Firenze, Adriano Salani, 1909.
- 2 - ALVES, Antônio de Castro. Espumas flutuantes. Rio de Janeiro, Ger-  
tun Carneiro, s.d.
- 3 - ALVES, João Luiz. Anotações ao Código Civil Brasileiro. Rio de Ja-  
neiro, F. Briguiet, 1917.
- 4 - AN ANTHOLOGY OF FAMOUS ENGLISH AND AMERICAN POETRY. New York, Mo-  
dern Library, 1945.
- 5 - ANTOLOGÍA GENERAL DE LA LITERATURA ESPAÑOLA. Madrid, Revista de  
Occidente, 1954.
- 6 - BANDEIRA, Manuel Carneiro de Sousa. O bicho. In: BRITO, Mário da  
Silva (infra). Ibidem.
- 7 - BAUDELAIRE, Charles. Les fleurs du mal et autres poèmes. Paris,  
Garnier-Flammarion, 1964.
- 8 - BÍBLIA. São Paulo, Claretiana, 1959; Rio de Janeiro, BARSA, 1967.
- 9 - BORRO, Hermenegildo Martin. El hijo. In: ROBLES, Federico (infra).  
Ibidem.
- 10 - BRITO, Mário da Silva. Panorama da poesia brasileira - Modernismo.  
Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1959.
- 11 - CAMÕES, Luís de. Lusfadas. In: MARQUES, Rebelô (infra). Ibidem.
- 12 - CARRATELLI, Giovanni Pugliese. Platone - tutte le opere. Firenze,  
Sansone, 1974.
- 13 - CATHREIN, Viktor. Filosofia morale. Firenze, Fiorentina, 1913.

- 14 - CICERO, Marcus Tullius. *Tusculanae*. In: Pizzorni, Reginaldo M. (Supra II). Ibidem.
- 15 - CRUZ, Estêvão. História universal da literatura. Porto Alegre, Globo, 1939. V. 2.
- 16 - ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. London, William Benton, 1968.
- 17 - ENCYCLOPAEDIA INTERNATIONAL. New York, Grolier, 1969.
- 18 - ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. São Paulo, Saraiva, 1977.
- 19 - ÉSQUILO. Prometeu acorrentado. São Paulo, Abril Cultural, 1982.
- 20 - EURÍPEDES. Medéia. São Paulo, Abril Cultural, 1982.
- 21 - FÉRIA, Luís. *Variaciones para un recién nacido*. In: ROBLES, Sainz (infra). Ibidem.
- 22 - FREUD, Sigmund. Edição standard das obras psicológicas. Rio de Janeiro, Imago, 1970.
- 23 - FROMM, Erich. Meu encontro com Marx e Freud. Rio de Janeiro, Zahar, 1975.
- 24 - FUENTES, María de los Reyes. *Sinrazón*. In: ROBLES, Federico (infra). Ibidem.
- 25 - GOETHE, Wolfgang. *Faust*. In: GOETHES WERKE. Leipzig, Gustav Fock, s.d.
- 26 - HIRSCHBERGER, Johannes. Historia de la filosofía. Barcelona, Herder, 1956. v. 2.
- 27 - HOLDERLIN, Friedrich. Gedichte I. Salzburg, Das Bergland Buch, 1954.
- 28 - LACAMBA, Luis Legaz y. Filosofía del derecho. Barcelona, Bosch, 1975. P. 720-749.
- 29 - LAGARDE, André & MICHAUD, Laurent. XX Siècle - Les grands auteurs français. S.l. Bordas, 1953.
- 30 - LIZANO, Jesus. *Senetec del fuego*. In: ROBLES, Sainz (infra) Ibidem.
- 31 - MARKHAM, Edwin. *The man with the hoe*. In: AN ANTHOLOGY OF FAMOUS ENGLISH AND AMERICAN POETRY (supra). Ibidem.
- 32 - MARQUES, Oswaldino. Poemas famosos da língua inglesa. Rio de Janeiro, Tecnoprint, 1968.
- 33 - MARQUES, Rebelo. Antologia escolar portuguesa. Rio de Janeiro, FENAME, 1970.
- 34 - MOISÉS, Massaud. Presença da literatura portuguesa. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1971. Fernando Pessoa, p. 22 s.
- 35 - MORE, Thomas. *Utopia*. In: OS PENSADORES (infra). P. 160-314.
- 36 - NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Thus spake Zarathustra. New York, The Modern Library, s.d.
- 37 - OS PENSADORES. 2.ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979-1982.
- 38 - OVIDIUS (Publius Ovidius Naso). Metamorphoseon. Paris, Garnier Frères, 1953.
- 39 - POPE, Alexander. *Essay on man*. In: AN ANTHOLOGY OF FAMOUS ENGLISH AND AMERICAN POETRY (supra). Ibidem.
- 40 - ROBLES, Federico Carlos Sainz. Historia y antología de la poesía española. Madrid, Aguilar, 1967. T. 2.
- 41 - RÓNAI, Paulo. Dicionário universal de citações. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985.
- 42 - SANDBURG, Carl. *The people, yes*. In: MARQUES, Oswaldino (supra). Ibidem.

- 43 - SHAKESPEARE, William. Hamlet, Prince of Denmark. In: Complete works of William Shakespeare. New York, The World Syndicate Publishing Company, 1930.
- 44 - ----- . King Lear. In: idem, ibidem.
- 45 - ----- . Measure for measure. In: idem, ibidem.
- 46 - SCHILLER, Friedrich Wilhelm. Das Lied von der Glocke. In: WURTH, Thiago (infra). Ibidem.
- 47 - SCHLICK, Moritz. Sobre o fundamento do conhecimento. In: OS PENSADORES, 1985 (supra). Ibidem.
- 48 - SERTILLANGES, Antonin-Dalmace. La vie intellectuelle. Paris, Revue des Jeunes, 1934.
- 49 - SICHES, Luís Recasens. Tratado general de filosofía del derecho. México, Editorial Porrúa, 1978. P. 244-79.
- 50 - UNAMUNO, Miguel. Redención. In: ROBLES, Federico Sainz (supra). Ibidem.
- 51 - VALORI, Paolo. L'esperienza morale. Brescia, Morcelliana, 1971.
- 52 - VASQUEZ, Adolfo Sanchez. Ética. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1969. Cap. 1-4, 8.
- 53 - VENTOS, Xavier Rubens. Moral y nueva cultura. Madrid, Alianza Editorial, 1971. P. 33-34.
- 54 - VICO, Giambattista. Princípios de uma ciência nova. In: OS PENSADORES, 1979 (supra). Ibidem.
- 55 - WEBSTER'S THIRD INTERNATIONAL DICTIONARY. London, William Benton, 1968.
- 56 - WILDE, Oscar. The ballad of reading gaol. In: AN ANTHOLOGY OF FAMOUS ENGLISH AND AMERICAN POETRY (supra). Ibidem.
- 57 - VIRGILIUS (Publius Virgilius Maro). Les bucoliques et georgiques. Paris, Garnier Frères, 1953.
- 58 - WURTH, Thiago. História da literatura alemã. Porto Alegre, Grunlach, 1937. V. 2.
- 59 - WITHMAN Walt. Song of myself. In: AN ANTHOLOGY OF FAMOUS ENGLISH AND AMERICAN POETRY (supra). Ibidem.
- 60 - ZUBIRI, Xavier. El hombre, realidad personal. Revista del Occidente 1(1963), 5-59.



# Í N D I C E

|  | Páginas  |
|--|----------|
| PREFÁCIO.....  | 1 - 4    |
| INTRODUÇÃO.....  | 7 - 14   |
| 1ª PARTE - PRELIMINARES PARA O QUESTIONAMENTO DA LICITUDE DO ABORTO.....                         | 19 - 84j |
| 1.1 - O ABORTO EM PERSPECTIVA ÉTICA.....   | 23 - 25  |
| 1.1.1 - A ÉTICA EM FACE DA MORAL.....  | 23 - 24  |
| 1.1.2 - ÔBICES DO QUESTIONAMENTO ÉTICO.....  | 24 - 25  |
| 1.2 - DEVER E IDEAL REFERENCIADOS AO ABORTO.....   | 27 - 29  |
| 1.2.1 - SÍNTESE DE DEVER E IDEAL.....  | 27 - 28  |
| 1.2.2 - IDEAL E DEVER, QUANTO AO NASCITURO, EM ESCALA DE AUTORIDADE NORMATIVA.....               | 28 - 29  |
| 1.3 - ABORTO, UM PROBLEMA DE DIMENSÃO HISTÓRICO-PLANETÁRIA.....                                  | 31 - 33  |
| 1.3.1 - PARA A UNIVERSALIDADE DO ABORTO, ARGUMENTAÇÃO UNIVERSALIZANTE.....                       | 31 - 32  |
| 1.3.2 - EXEMPLARES DE ARGUMENTAÇÃO PARTICULARIZANTE NO QUESTIONAMENTO DA LICITUDE DO ABORTO..... | 32 - 33  |
| 1.4 - FORMAÇÃO DA CONSCIÊNCIA PRÁTICA EM FACE DO ABORTO.....                                     | 35 - 37  |
| 1.4.1 - O POLO OBJETIVO DA CONSCIÊNCIA ÉTICA PRÁTICA.....  | 35 - 36  |
| 1.4.2 - O POLO SUBJETIVO DA CONSCIÊNCIA ÉTICA PRÁTICA.....                                       | 36 - 37  |
| 1.5 - A LICITUDE DO ABORTO, UMA QUESTÃO INTERDISCIPLINAR.....                                    | 39 - 42  |
| 1.5.1 - VISÃO DE UM QUESTIONAMENTO INTERDISCIPLINAR DA LICEIDADE DO ABORTO.....                  | 39 - 41  |
| 1.5.2 - O AVAL PLEBISCITÁRIO COMO CRITÉRIO JUDICATIVO DA LICITUDE DO ABORTO.....                 | 41 - 42  |
| 1.6 - O DIREITO À VIDA, UM DIREITO RELATIVO.....   | 44 - 49  |
| 1.6.1 - GUERRA, RELATIVIZAÇÃO MÁXIMA DO DIREITO À VIDA.....                                      | 44 - 45  |
| 1.6.2 - EXEMPLOS COMPLEMENTARES DE RELATIVIDADE DO DIREITO À VIDA.....                           | 45 - 46  |
| 1.6.3 - RELATIVO, POR IGUAL, O DIREITO DE VIDA DO NASCITURO?.....                                | 46 - 48  |
| 1.6.4 - VALIDADE DO ABORTO "INDIRETO".....   | 48 - 49  |

|  |          |
|--|----------|
| 1.7 - O PROBLEMA DA PERSONALIDADE DO NASCITURO E DE SEU DIREITO À VIDA.....                                | 51 - 54  |
| 1.7.1 - TERMINOLOGIA IMPRÓPRIA EM CAMPANHAS DE DEFESA DO NASCITURO.....                                    | 51 - 52  |
| 1.7.2 - A PERSONALIDADE DO NASCITURO, REFERENCIAL ÚNICO PARA DEFESA DE DIREITOS...                         | 52 - 53  |
| 1.7.3 - SUPERACÃO DA DÚVIDA QUANTO À PERSONALIDADE E O DIREITO DE VIDA DO NASCITURO.....                   | 53 - 54  |
| 1.8 - DIREITO DE NASCER E DEVER DE NASCER.....   | 56 - 64  |
| 1.8.1 - NÍVEIS DE JUSTIFICAÇÃO ABORTUAL.....   | 56 - 57  |
| 1.8.2 - PARA O SER HUMANO, VIDA SIMPLEMENTE, OU VIDA PLENA?.....   | 57 - 60  |
| 1.8.3 - ANÁLISE DE OBJEÇÕES A JUSTIFICATIVAS DE ABORTO.....  | 60 - 64  |
| 1.9 - COMPETÊNCIA QUANTO AO DESTINO DO NASCITURO...  | 66 - 75  |
| 1.9.1 - EMPATIA PARA COM A GESTANTE.....   | 66 - 67  |
| 1.9.2 - GESTANTE E GESTADO, DUAS REALIDADES INCONFUNDÍVEIS.....  | 67 - 72  |
| 1.9.3 - RESPEITO AO DISCERNIMENTO DA GESTANTE  | 73-- 75  |
| 1.10 - ISONOMIA EM PROL DO NASCITURO E DA GESTANTE..   | 77 - 84  |
| 1.10.1 - ISONOMIA EM FAVOR DE TODO VIÁVEL HUMANO? QUER NASCIDO, QUER NASCITURO                             | 77-- 79  |
| 1.10.2 - ISONOMIA, PARA NÃO POSPOR O NASCITURO AO CELERADO E AO ANIMAL.....                                | 79 - 82  |
| 1.10.3 - ISONOMIA, COM JULGAMENTO DO DELITO DE ABORTO EM PARIDADE COM OUTROS DELITOS.....                  | 82 - 84  |
| 1.11 - PAPEL DO ESTADO EM FACE DO ABORTO.....  | 84b-84j  |
| 1.11.1 - A MULHER PASSIVA DE ABORTO.....   | 84b-84e  |
| 1.11.2 - O NASCITURO SACRIFICADO NO ABORTAMENTO.....   | 84f-84i  |
| 1.11.3 - PROPOSITURA PARA UMA LEGISLAÇÃO ABORTUAL.....   | 84i-84j  |
| 2ª PARTE - EXCERTOS DE PESQUISA SOBRE A LICITUDE DO ABORTO....   | 89 - 115 |
| 2.1 - ESQUEMA PARA UM QUESTIONAMENTO GLOBAL DA LICITUDE DO ABORTO.....                                     | 91 - 104 |
| 2.2 - LEVANTAMENTO DE OPINIÕES, NA PERSPECTIVA DE UM QUESTIONAMENTO GLOBAL DA LICITUDE AO ABORTO.....      | 107-115  |
| 2.2.1 - ESTATÍSTICAS DE CONTEÚDO ÉTICO, SOB O ENFOQUE DO "COMMON SENSE" NORMATIVO E TEORIAS SIMILARES..... | 109-110  |
| 2.2.2 - ESTATÍSTICAS DE CONTEÚDO ÉTICO, SOB O ENFOQUE DO POSITIVISMO NORMATIVO E TEORIAS AFINS.....        | 110-111  |



1! doc. + 1 anexo  
1985  
4 fls.

MC74  
cec/sug

Código antigo:  
01.00738

01203

R/0220,

Exmo Sr. Afonso Arinos,  
 Presidente da Comissão Nacional de  
 Estudos Constitucionais.

Estou encaminhando, como sugerido,  
 cópias de uma carta enviada ao jornal  
 do Brasil, carta de que V. S. talvez  
 coordenar a execução de nossa próxima  
 carta magna, com o maior alto espírito  
 de justiça social e que fazem para  
 os trabalhadores do Brasil.

Rio, 19 de janeiro de 1955

*Manoel Siqueira Murgues*

Manoel Siqueira Murgues

R. Alexandre Galvão, 272

CEP. 20560 RIO, RJ

tel. 268.2057

Ram  
 N. W.  
 1/10/55  
 1/8/55

AA-00000598-1

## CONSTITUINTE E GOLPES

Pode a Constituição evitar golpes de Estado?

Essa pergunta, para que possa ser bem respondida, exige algumas considerações prévias.. Se estivéssemos nos Estados Unidos da América, por exemplo, a resposta seria um enfático sim - porque lá, a constituição é respeitada. Na América Latina, porém, onde o golpe é fato comum, é preciso que se analisem suas causas, perguntando:

1º - Quem são os golpistas?

2º - Quais as razões dos golpes?

A primeira pergunta é fácil de ser respondida : são grupos, empresariais, que gozam de regalias, como a da concentração da renda em suas mãos ( o que lhes dá a prerrogativa do poder econômico), os quais, aliados a um prepotente poder militar, não só influem nas decisões políticas do País, como se permitem "virar a mesa", toda vez que veem ameaçadas essas regalias.

A segunda pergunta apresenta duas respostas, <sup>sendo</sup> uma pretextual, que acoberta a real. Assim, a "causa" é sempre a mesma: - a ameaça comunista; e a realidade: - a defesa de um privilegiado poder econômico. Mas, como a verdade vem sempre à tona, ninguém hoje ignora as verdadeiras razões dos golpes de estado que tanto infelicitam a América Latina. Graças às liberdades democráticas da grande nação norteamericana, pudemos ver, no filme "Desaparecido" - que o golpe militar chileno foi apoiado pelo governo americano da época (Nixon) - que defendia o interesse de empresários americanos naquele país. No Brasil, a coisa também transpirou, e hoje nós sabemos que, se não houve influência direta, ocorreu o apoio indireto do governo norteamericano, não só no golpe de 64, como também no de 54, que derrubou Getúlio Vargas. Esse fato foi relatado pelo falecido presi

dente Tancredo Neves, numa entrevista à Rede Manchete de Televisão, num especial sobre Getúlio.

Assim, para que sejam evitados golpes - é preciso que a nossa Constituinte apresente duas proposições, que julgo essenciais para tal. Vejamos quais são:

Primeira: - com base nos antecedentes, é preciso que se reduza o poder militar às suas devidas proporções. Assim, não há necessidade (e o exemplo norteamericano é gritante), da existência de três ministérios militares - basta um, e de preferência, ocupado por um civil: o Ministério da Defesa.

Segunda: - que se elimine de uma vez por todas, a possibilidade da ocorrência de um regime ditatorial comunista no país - pela justa aplicação de um dispositivo constitucional introduzido na Constituição de 1946 (Art. 157, Parágrafo IV), que diz:

"Participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos, e pela forma que a lei determinar". É claro que, não será com a farsa do PIS e do PASEP, que se fará a justa aplicação desse dispositivo constitucional. Esse tipo de "participação", são esmolas que o empregador é obrigado a dar, fingindo cumprir um dispositivo constitucional de grande alcance social. Mas, caberia aqui uma outra pergunta: - "um efetivo processo de participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa poderá evitar golpes de Estado? A resposta é sim, pois, uma adequada legislação de participação nos lucros exigiria: - o controle, pelos empregados, dos reais lucros da empresa. Mas, esse controle - que também seria benéfico ao Governo Federal, pois evitaria a sonegação de impostos - não interessa aos empresários representantes do poder econômico (como as multinacionais, por exemplo), que não têm escrúpulos em se valer da sua "influência" nos meios governamentais, para manterem uma situação econômica extremamente vantajosa. Por isso, a quele dispositivo constitucional ainda não foi cumprido. Quando o for, dando ao trabalhador uma participação justa - pelo esforço que faz para o desenvolvimento da empresa - ele jamais voltará em candidatos que lhe apresentem propostas totalitárias contrárias a esse benefício de caráter justo e humano. Além

disso, esse dispositivo constitucional, evitaria um golpe empresarial que ocorre quando a falência é iminente. É comum, empresários inescrupulosos, desviarem bens da empresa para o nome de parentes, deixando seus empregados em má situação, quando se consuma a quebra da empresa.

Esse fato deplorável não ocorreria, caso tivessem os empregados uma maior participação na empresa, como propõe aquele dispositivo constitucional.

Pode-se, então, responder adequadamente à pergunta inicial "Pode a Constituição evitar golpes de Estado?" - do seguinte modo:

- Sim, pode, desde que não acoberte eufemismos ou privilégios que servem aos que não hesitam em rasgá-la, toda vez que veêm ameaçados seus interesses inconfessos.

Rio de Janeiro,





11 doc.  
1985  
73 fls.

MC74  
cec/sug

Código antigo:  
01.00774

015171

01.00774

Monografia sobre o tema

A NACIONALIDADE NO REGISTRO DA PROPRIEDADE MARÍTIMA NO BRASIL,

realizada pela estagiária

MONIQUE CALMON DE ALMEIDA BIOLCHINI

durante o Curso Pioneiro de

Administração de Transportes Marítimos — CATM —

Organizado pelo Excelentíssimo Senhor

Diretor de Portos e Costas

CONTRA-ALMIRANTE HERNANI GOULART FORTUNA

no período de maio a dezembro de 1985

\*\*\* \* \*\*\*

Monografia elaborada para propor a reforma ao artigo 173 e seus parágrafos da Constituição Federal Brasileira.

Sabemos que a Constituinte deverá ser convocada como órgão de soberania e não como órgão de representação, conforme acontecerá se o futuro Congresso Nacional, da legislatura de 86, exercitar a função constituinte. Uma Constituinte legítima totaliza o poder político da coletividade nacional numa ocasião histórica em que se faz mister definir os fundamentos institucionais da organização jurídica de um povo.

Limitando poderes, estabelecendo competências e declarando direitos, toda Constituição, segundo o sentido em que a tomamos, é, em primeiro lugar, um sistema de valores. Serve de base ao Estado social, que ela provê de um denso teor democrático. A Constituinte e a Constituição significam passos fundamentais no processo de legitimação do poder em cada sociedade democrática.

E é a partir do clima atual e reformista que se baseia a presente proposta sobre:

A nacionalidade no Registro da Propriedade Marítima no Brasil.

mess

Í N D I C E

|  | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| I - Introdução .....   | 4           |
| II - Importância do Registro .....   | 5           |
| III - Histórico do Registro Segundo as Constituições do Bra<br>sil e os Sucessivos Pareceres Técnico-Interpretativos<br>e Pareceres Normativos do Assunto e Suas Consequências<br>na Realidade Marítima Nacional ..... | 8           |
| IV - Como Hoje no Brasil é Feito o Registro de Armador e o<br>Registro da Propriedade Marítima .....   | 21          |
| V - Quem Pode ser Proprietário de Embarcação Sujeita a Re<br>gistro no Brasil .....  | 28          |
| VIa - Comparação com Países Estrangeiros que possuem Expres<br>siva Frota Mercante no Atual Mercado Mundial .....  | 30          |
| VIb - Comentários e Conclusão .....  | 44          |
| VII - Iniciativas Existentes para Alterar a Legislação Sobre<br>o Registro da Propriedade Marítima .....   | 50          |
| VIII - Proposições .....   | 53          |

\*\*\*\* \* \*\*\*\*

M483

## I - Introdução

A nacionalidade é pressuposto fundamental para os povos civilizados, no que concerne a navios desfraldarem o pavilhão de uma nação, como afirma o mestre Daniel Danjon (1).

Não estamos mais na época de piratas ou corsários, que não tinham uma nação para invocar em alto-mar.

Assim, ao hastear a bandeira de uma nação, o navio passa a ser parte integrante do território daquela nação, nele dominando as suas leis, como assim afirma nosso saudoso mestre Sampaio de Lacerda (2).

Hoje, temos o que chamamos de navios que hasteiam falsa bandeira. Trata-se de navios que são de propriedade de pessoas ou entidades domiciliadas em países diversos daquele que corresponde à bandeira hasteada, estes, como exemplo, Panamá, Honduras, Libéria. Assim, beneficiam-se os navios e seus proprietários de uma legislação social quase inexistente, além de grandes facilidades no regime fiscal.

Ressalte-se também que, historicamente, os requisitos legais descendem basicamente do ato de navegação de Cromwell, de 1651.

MEB

## II - Importância do Registro

Por ocasião da elaboração da nova Constituição brasileira, o mundo marítimo conscientizar-se-á da reforma que deve rã sofrer a legislação quanto ao Registro de Armador e ao Registro de Propriedade Marítima no Brasil.

Pelo fato de os navios terem a necessidade de nave gar sob a égide de uma bandeira, os países que dispõem de marinha mercante organizada, criaram um órgão especial para proceder ao re gistro ou inscrição de embarcações, registro esse que, em conse quência, lhes confere nacionalidade, nominando-as e exigindo-lhes o preenchimento de certos requisitos.

No Brasil, o registro das embarcações compete ao Tri bunal Marítimo, órgão administrativo vinculado ao Ministério da Ma rinha e auxiliar do Poder Judiciário, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 2.180 de cinco de fevereiro de 1954, e alterações pos teriores. Estão dispensadas do registro as embarcações que possuam arqueação bruta inferior a 20 toneladas e as destinadas à navega ção fluvial e lacustre, construídas no País e com arqueação bruta inferior a 50 toneladas de arqueação bruta, sendo entretanto exigi da a sua inscrição na Capitania dos Portos competente.

Outro importantíssimo atributo do registro, além da definição da nacionalidade e do efeito da publicidade do registro — que significa sua validade contra terceiros — é a hipoteca que possa eventualmente recair sobre a embarcação, para a qual é exigi do registro da embarcação.

Consequentemente, na maioria dos países, o mesmo re gistro é usado para o registro dos navios e para o registro da hipo teca sobre esses navios. Assim, quando se lida com as formalidades exigidas para o registro de hipotecas, frequentemente faz-se refe rência — para as partes correspondentes — do registro do navio.

Existem três aspectos específicos, que fazem parte do registro de embarcações, a saber:

- 1 - os tipos de navios que são registrados;
- 2 - as qualificações do proprietário e/ou armador (isso interessa particularmente aos países que possuam o que se chama "open-register");

*MUGB*

015221

3 - e finalmente, os documentos requeridos para se obter o registro.

É claro que se devem levar em conta os efeitos legais do registro do navio, especialmente quanto à proteção das pessoas que, de boa fé, confiam nos dados correspondentes à propriedade de um navio registrado.

Como foi mencionado acima, o registro do navio é um requisito básico requerido para o registro da hipoteca naval.

Surge então um problema crucial. Não há uma maneira adequada de traduzir a palavra inglesa "mortgage" para o francês, nem há uma boa tradução inglesa para a palavra francesa "hypothèque". Disso resultou que, em 1967, na "International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages", essas duas palavras aparecem lado a lado: "mortgages and hypothèques on sea-going-vessels" - "Les hypothèques et mortgages sur les navires".

A concepção anglo-saxônica de hipoteca aparece quando o devedor hipotecário possui o título legal sobre o navio e pode usar o navio enquanto cumprir as suas obrigações. O conceito francês (continental) da hipoteca cria um ônus específico (privilège, Pfandrecht), sobre o navio, porém esse navio é ainda da propriedade do devedor hipotecário. Contudo, até o final do dia, quando os credores hipotecários forem compelidos a exigir seus direitos sobre o navio, aceitará que — na maioria dos casos — os procedimentos para a venda forçada serão distribuídos entre os credores, respeitando uma lista de prioridades, independentemente de se tratar de "mortgage anglo-saxônica" ou de "hypothèque continental".

Essa questão é muito importante porque é a primeira coisa que qualquer credor hipotecário — muitas vezes um banco — requer antes de conceder um empréstimo — contra o valor da hipoteca do navio. Os detalhes da filosofia legal por trás da instituição da hipoteca não lhe interessam tanto porque, logicamente, o seu maior interesse é ter o seu dinheiro de volta.

Quando se lida com hipoteca, a documentação é a primeira a ser preenchida. O intuito é definir exatamente os requisitos para se criar um ônus válido e eficaz sobre o navio. O passo seguinte é especificar o que este ônus válido acrescenta em excesso aos acessórios do navio, no "strictu sensu" da palavra. Nesse contexto, também se deve levar em conta o sistema da hipoteca aplicável a cada país específico, como ainda o efeito colateral de que um banqueiro — considerando a garantia para um empréstimo — poderá usar a hipoteca não

.../...

MCB 3

01523

sobre um navio mas sobre qualquer outro veículo de transporte. As leis da Tailândia, por exemplo, citam um camelo, um elefante, um boi ou outras bestas de carga, todos sendo como o navio, meios de transporte.

Tem de haver cuidado para definir a prioridade da hipoteca em relação a outras hipotecas já registradas sobre o mesmo navio, como também com respeito a outras dívidas registradas, protestos marítimos, créditos possessórios, etc. Esses fatores são essenciais para o banqueiro, quando estima o valor comercial de uma hipoteca registrada.

Em suma, ele deve saber a sua posição exata na fila, quando chegar a hora da venda forçada do respectivo navio. Consequentemente, o sistema de prioridades merece um lugar proeminente, quando se trata de vendas forçadas. É claro que, no caso de vendas forçadas, os regulamentos cambiais precisam também ser levados em conta. O credor, não só quer ter seu dinheiro de volta por meio de uma venda forçada, ele também quer ter seu dinheiro em moeda corrente comercial, em condições de ser remetido ao seu endereço comercial.

meas



01524

III - Histórico do Registro segundo as Constituições do Brasil e os sucessivos pareceres técnico-interpretativos e pareceres normativos do assunto e suas consequências na realidade marítima nacional.

No século XIX, o Brasil ainda não construía navios, e portanto não tínhamos legislação própria pertinente.

1 - A Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824, nada preceituava a esse respeito.

Em 1850, através do Código Comercial pátrio, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, artigos 457 e 458, ainda em vigor, regulou-se o seguinte:

"artigo 457: Somente podem gozar de prerrogativas e favores concedidos a embarcações brasileiras, as que verdadeiramente pertencerem a súditos do Império, sem que algum estrangeiro nelas possua parte ou interesse.

Provando-se que alguma embarcação registrada debaixo do nome de brasileiro, pertence no todo ou em parte a estrangeiro, ou que este tem nela algum interesse será apreendida como perdida; e metade do seu produto aplicado para o denunciante, havendo-o, e a outra metade a favor do cofre do Tribunal do Comércio respectivo.

Os súditos brasileiros domiciliados em país estrangeiro não podem possuir embarcação brasileira; salvo se nela for comparte alguma casa comercial Brasileira estabelecida no Império.

"artigo 458: Acontecendo que alguma embarcação brasileira passe por algum título a domínio de estrangeiro no todo ou em parte, não poderá navegar com a natureza de propriedade brasileira, enquanto não for alienada a súdito do Império."

Portanto, vemos como a lei brasileira, desde seu início, sempre defendeu a propriedade marítima em mãos de brasileiros, sem contudo especificá-la.

2 - A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada a

MEB

01525

24 de fevereiro de 1981, declarou no seu artigo 13, parágrafo único que "a navegação de cabotagem será feita por navios nacionais", e nada mais mencionou.

E em 1922 surgiram as primeiras leis brasileiras sobre hipoteca marítima.

3 - A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16 de julho de 1934, foi a primeira a criar um título relativo à ordem econômica e social. Só aí então o legislador se preocupou em nacionalizar a Marinha Mercante, ao determinar, no seu artigo 132 que:

"Artigo 132: Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais bem como tripulantes na proporção de dois terços, pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se a estes a prática das barras, portos, rios e lagos".

No dizer do Doutor em Direito Manoel Moreira de Barros e Silva, esse princípio constitucional era abrangente pois, sem fazer distinção, tornava privativa de brasileiros natos a armação e propriedade de navios em qualquer tipo de transporte ou navegação, nesta incluída a que hoje chamamos de interior. Como naquela época não houvesse grandes empresas envolvidas no transporte marítimo a Constituição só cogitou de proprietários ou armadores pessoas físicas.

Convém acrescentar, a título informativo, que o Tribunal Marítimo foi fundado em 1934, e nele passando-se a cumprir os respectivos registros, nos quais se comprovam esses requisitos legais.

4 - A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada a 10 de novembro de 1937, limitou-se à ordem econômica, e repetiu "ipsis literis" o texto anterior, em seus artigos 16 - DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL e 149 - DA ORDEM ECONÔMICA, estendendo ainda a exclusividade de nacionalidade aos Práticos.

"Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

XII - A navegação de cabotagem, só permitida esta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais;"

"Art. 149 - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes, na proporção de dois terços, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a prática das barras, portos, rios e lagos."

*nic*

01526

Georges Ripert (3) ensina:

"Hay al lado de la navegación comercial, una navegación de recreo y una navegación para pesca, y ha de aplicar-se a estas navegaciones no comerciales las regras relativas a la exploración marítima, per no las referidas; a los transportes, y la distinción no es siempre facil de hacer".

Assim, o mestre citado esclarece, na sua obra, que a distinção que existe entre os diversos tipos de embarcação é quanto o seu armamento e tripulação, próprios para realizarem um serviço especial, e suficientes para uma determinada indústria.

5 - A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 18 de setembro de 1946, no seu artigo 5º, item XV, alínea i, preceituava que:

"artigo 5º: Compete à União:

XV - legislar sobre:

i - regime de portos e da navegação de cabotagem."

E no seu artigo 155 e parágrafo único, formulava quais as condições básicas desse direito.

"artigo 155: A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Parágrafo único: Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros".

A Constituição preceituou no seu artigo 129 nº I e II o que era ser brasileiro.

"Título IV - DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS

Capítulo I - DA NACIONALIDADE E DA CIDADANIA

Art. 129 - São brasileiros:

I - Os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo estes a serviço do seu país;

II- os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem a residir no país;

.../...

*meas*

015271

Neste caso, atingida a maioria deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro em quatro anos;

III - Os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do artigo 69, nº IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;

IV - Os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portugueses apenas residência no país por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física."

A Constituição não preceituava expressamente a propriedade de embarcação de pesca e a porcentagem de brasileiros nas empresas. Portanto, em referência ao artigo 155 e seu parágrafo único acima transcritos, buscava-se a interpretação através do artigo 20 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme o parecer do Procurador Ulisses Gomes de Oliveira.

"artigo 20: o preceito do parágrafo único do artigo 155 da Constituição não se aplica aos brasileiros naturalizados que, na data deste ato, estiverem exercendo as profissões a que o mesmo dispositivo se refere."

Nestes termos, concluíam-se que a interpretação do referido artigo 155 e seu parágrafo único era extensivo às outras atividades marítimas.

.../...

*me/83*

015281

Em data de 15.10.63, o mesmo Procurador formulou parecer sobre se estrangeiro e brasileiro naturalizado poderiam ser proprietários de embarcações de esporte e recreio de mais de 20 toneladas de arqueação. Então, a opinião da Procuradoria junto ao Tribunal Marítimo era de que o parágrafo único do artigo 155 da Constituição Federal, aplicava-se a todos os navios nacionais, e que por erro de técnica legislativa era preciso buscar a verdadeira interpretação. Ou seja, deveria o caput do artigo constar no Título I - "Da Organização Federal", e o seu parágrafo no Título V - "Da Ordem Econômica e Social", como artigo independente, como se fizera na Constituição de 1937, artigos 16 e 149 já mencionados.

Não nos esqueçamos que o ilustre Sampaio de Lacerda (4), estabeleceu que "nos termos da nossa legislação não interessa o destino efetivo do navio, isto é, pode ele destinar-se ao recreio, à pesca ou ao comércio, em nada importando tenha a navegação fim lucrativo ou não".

A Lei nº 2.180 de 05 de fevereiro de 1954 regulou, em seu artigo 83, sobre a propriedade e armação de navios nacionais por pessoas jurídicas, uma vez que a Constituição em tela nada mencionava:

"Artigo 83: O registro da propriedade de navio será deferido exclusivamente:

- a) a brasileiro nato;
- b) a sociedade constituída de acordo com a lei brasileira, com sede no Brasil e com 60% (sesenta por cento) do seu capital pertencentes a brasileiros natos".

Cabe citar mais uma vez o ilustre Dr. Manoel Moreira de Barros e Silva, que acrescentou que — embora essa lei tenha esquecido de dispor "sobre sociedades anônimas ou companhias que dependam de autorização do governo para funcionar — reger-se-á por esta lei, sem prejuízo do que estabelecer a lei especial", no caso a Lei 2.180, como hoje temos o artigo 59 da Lei 2.627 de 26.10.76, mantido pelo artigo 300 da Lei nº 6.404 de 15.12.76.

Para um melhor estudo de técnica legislativa quanto a essa matéria é fundamental examinar a definição doutrinária de navio, que no dizer de Georges Ripert, juridicamente, o barco de pesca é um navio do mesmo modo que um grande transatlântico.

*MMS*

Polêmica ainda maior seria discutir sobre navio ser em barcação que navega em alto-mar, e a partir daí interpretar as leis em vigor.

6 - A Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967, em seu artigo 89, item XVII, letra "h", dispunha o seguinte:

"artigo 89 - Compete à União:

XVII - letra "h" - jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia; florestas, caça e pesca".

No artigo 165 e parágrafo único, acrescentou ao texto, além do que foi transcrito do parágrafo único do artigo 155 da Constituição Federal de 1946, as expressões: "brasileiros natos" em sua redação, como a seguir.

"artigo 165: a navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

parágrafo único. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros natos."

Nessa época surgiram discussões quanto a interpretação a ser dada a esse artigo, pois na abrangência de navios nacionais existem os que não são de cabotagem. E nesse sentido o Consultor-Geral da República, Adroaldo de Mesquita da Costa, em parecer de 7 de junho de 1968, aprovado por despacho do Presidente da República de 19.06.68, levantando em referência o artigo 83 da lei 2180-54 que regulamentou para efeito de registro a possibilidade de apenas 40% de capital estrangeiro poder participar em sociedades constituídas no Brasil, interpretou que qualquer tipo de navio nacional estava sujeito às condições previstas no parágrafo único acima transcrito, porque a lei 2180 mencionada não contrariava o texto constitucional.

Pois, se fôssemos interpretar esse dispositivo constitucional assim tão restritamente, estaríamos permitindo que estrangeiros e brasileiros naturalizados fossem proprietários e armadores de navios registrados no Brasil, para fazer navegação de longo curso, gozando de todos os favores concedidos à nossa marinha mercante, entrando e saindo nos portos brasileiros, como concluiu o Procurador-Chefe Ulysses Gomes de Oliveira em parecer de 15.10.63.

Outra grande e valiosa discussão que surgiu foi sobre a pesca, através do referido parecer do Consultor-Geral da República Adroaldo de Mesquita, e que encontrou forte rebate através de dois pareceres de dois ilustres mestres no assunto aqui tratado. Refere-se o Ilustre Consultor-Geral que a pesca fora regulamentada através

.../...

*Handwritten signature*

do Decreto Lei 221- de 1967, que no seu artigo 8, diz:

"art. 8º - O registro de propriedade de embarcações de pesca será deferido pelo Tribunal Marítimo exclusivamente a brasileiros natos e naturalizados ou a sociedades organizadas no país."

Portanto, esse dispositivo não revogou a lei 2180-54, mas apenas deu tratamento deferente às embarcações pesqueiras, permitindo inclusive que as mesmas possam ser exploradas integralmente por estrangeiros.

Esses dois pareceres encontram-se no anexo a esta monografia, sendo o Anexo A referente ao parecer do Juiz do Tribunal Marítimo, Professor Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello e o anexo B referente ao Consultor Jurídico da Diretoria de Portos e Costas, Dr. Delio Maury.

Conclui-se que a regulamentação nacional para a exploração da pesca no Brasil é tremendamente errônea e feita por força de interesses particulares, como bem salientou o gênio nacional Pontes de Miranda (anexo C).

Não obstante esses estudos, que sem dúvida provaram através de nobre e excelente argumentação que a sugestão do referido consultor sobre a pesca não visava em absoluto aos interesses nacionais, a Emenda Constitucional nº 1, como estudaremos a seguir, permitiu vigorasse expressamente e explicitamente esse absurdo.

7 - A Emenda Constitucional nº 1, promulgada a 17 de outubro de 1969, no seu artigo 8º, item XVII, letra "h", manteve a redação da Constituição Federal de 1967, transcrita no nº 6 supra.

Como dissemos, modificou substancialmente a interpretação do artigo 165 e parágrafo único da Constituição, quando no atual artigo 173, acrescentou o parágrafo segundo que determina o seguinte:

"artigo 173: A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Parágrafo primeiro. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, serão brasileiros natos.

Parágrafo segundo. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos navios nacionais de pesca, sujeitos a regulamentação em lei federal."

Sabemos que a pesca é mundialmente interpretada como atividade de âmbito basicamente interno, de interesse da defesa nacional, por ser exercida em zona de fronteira (águas territoriais e litor), como tão bem sustentou em parecer de 21.07.70 o Dr. Delio Maury (anexo B).

../..

*Mes*

Concluiu em seu parecer, que o direito assegurado aos estrangeiros tem de ser submetido aos preceitos do parágrafo único do artigo 89 da Constituição. E que não obstante o disposto nesse parágrafo, carece de regulamentação por lei federal, por não ser auto aplicável. Por outro lado, por força do Decreto nº 66.689, de 11.06.70, que regulamentou o Decreto-Lei nº 941-69, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, no seu artigo 145, parágrafo primeiro, acabou por ratificar o dispositivo constitucional em questão. E além de tudo isso, o Decreto nº 65.005, de 18.08.69, que regulamentou as operações de pesca comercial, revogou o Decreto nº 58.696 de 1966, estabelecendo competência ao Ministério da Agricultura para autorizar arrendamento ou afretamento de barcos pesqueiros, dispondo, ainda, que o prazo para arrendamento não poderá ser superior a um ano, decorrido o qual a embarcação só poderá operar se nacionalizada.

Portanto, o absurdo assim foi estruturado, fugindo totalmente aos costumes internacionais e ao princípio secular no Brasil, consagrado por todas as nossas constituições.

Ora, tentando fazer um estudo comparativo, podemos citar a França, que no dizer de René Rodière:

"La pêche dans les eaux territoriales françaises était réservée aux Français mais le marché Commun a supprimé ces discriminations entre les ressortissants de la C.E.E., de sorte que les Français peuvent pêcher dans les eaux Belges, les Néerlandaises... tandis que les Belges, les Néerlandaises... peuvent pêcher dans les eaux françaises. C'est l'Europe bleue à laquelle résistent les Anglais".

Aí temos o exemplo do espírito nacionalista abrandado do Francês que, por pertencer ao Mercado Comum Europeu, dividiu seus direitos igualmente com os outros membros. Observe-se que, mesmo assim, os ingleses preferiram permanecer com a exclusividade de seus direitos do que entrar nessa divisão.

Com o advento da Lei nº 6.192, de 19.12.74, foram iguados o brasileiro naturalizado e o brasileiro nato, resumindo ambos na expressão "brasileiro".

.../...

*MCS*



Após abordarmos todo o histórico constitucional do nosso país concluímos que, até hoje, existem ainda na nossa legislação discussões sem fim sobre o assunto, devido a um erro de técnica legislativa no texto constitucional vigente, como comentado anteriormente.

Repetiremos o teor do artigo 173 e seus parágrafos da Constituição Federal em vigor, grifando o que mais nos interessa analisar:

Artigo 173 - A navegação de cabotagem

para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

§ 1º - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, serão brasileiros natos.

§ 2º - O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos navios nacionais de pesca, sujeito a regulamentação em lei federal."

Em 14 de fevereiro de 1984, o Consultor-Geral da República, Paulo Cesar Cataldo, em Parecer Reservado nº P-045, referente a uma consulta para manifestar-se sobre o anteprojeto de lei visando a renova da regulação do Registro da Propriedade Marítima — dúvida sobre a necessidade de se reproduzir, na lei, a exigência do § 1º ao artigo 173 da CF — interpretou o texto constitucional acima, extendendo o parágrafo primeiro como sendo aplicável a todos os tipos de navegação, sem exceção. Assim, considerou o Ilustre Consultor o referido parágrafo como um artigo independente, não subordinado a seu caput, o qual refere-se somente à navegação de cabotagem. É nesse entendimento nacionalista que atualmente se fazem os registros no Trigunal Marítimo, ou seja, colocando a exploração da totalidade da navegação brasileira em mãos de nossos cidadãos, porque esse parecer é revestido do caráter de aplicação normativa em defesa dos interesses nacionais.

Posteriormente, em 11 de outubro de 1984, o Procurador junto ao Tribunal Marítimo, Moacir José Malheiros, em Parecer processual nº 15.493, forneceu a perfeita interpretação técnica jurídica do texto constitucional em tela.

Considerou o ilustre Procurador, em meticoloso estudo jurídico, que a norma do artigo 173 da Constituição Federal "embora programática, carece de regulamentação para que possa produzir efeitos desde logo." Como até agora o legislador foi omissor, está sendo aplicada a lei nº 2180-54, artigo 83, no que diz respeito ao registro da

propriedade marítima.

"Artigo 83 - O registro da propriedade de navio será deferido exclusivamente:

- a) a brasileiro nato;
- b) à sociedade constituída de acordo com a lei brasileira, com sede no Brasil, administrada por brasileiros natos e com 60% (sessenta por cento) do seu capital, pertencente a brasileiros natos;
- c) a brasileiro naturalizado que se compreenda no artigo 20 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias votado com a Constituição Federal de 18 de setembro de 1946.

Parágrafo único - Estão compreendidas na alínea C deste artigo as embarcações empregadas na pesca litorânea ou interior."

Assim, a conclusão a que chegou o Procurador Malheiros sobre o texto constitucional no parecer referido, é a seguinte:

"1 - A navegação de cabotagem quanto ao transporte de mercadorias, ou seja, transporte remunerado de mercadorias é privativa dos navios nacionais.

Exceções: a) navios utilizados na indústria de pesca; b) navegação de cabotagem no caso de necessidade pública.

2 - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais utilizados no transporte remunerado de mercadorias, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, serão brasileiros natos.

3 - Podem ser deferidos a estrangeiros:

- a) a navegação de cabotagem quanto ao transporte de pessoas;
- b) a navegação de cabotagem na exploração da pesca;
- c) a navegação de cabotagem no caso de necessidade pública;
- d) a navegação de esporte e recreio."

Para completar o exame da matéria, a Diretoria de Portos e Costas, esclareceu-nos que a fixação da competência da União para autorizar — mediante concessão — a exploração da navegação marítima, consta do Decreto-lei nº 1.143-70 e Decreto nº 88.420-83, não sendo portanto, atualmente, matéria constitucional prevista no artigo 8º

incisos XV letra "d" e XVII letra "m" da Constituição Federal.

"artigo 89 - Compete à União:

XV - explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão:

- c) a navegação aérea;
- d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território.

XVII - Legislar sobre:

- m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre."

A Constituição Federal dá à União o monopólio da navegação aérea, mas não da navegação aquaviária ou simplesmente da marítima, bem como concede ainda à União a competência para legislar sobre o regime dos portos e navegação de cabotagem fluvial e lacustre, sem fazer referência às demais navegações, como nos esclareceu a Diretoria de Portos e Costas.

Então, o entendimento é que por causa desse monopólio e dessa omissão, na prática vemos a SUNAMAM concedendo linhas em todos os tipos de navegação e inclusive legislando conjuntamente com a DPC nos assuntos relativos aos diversos tipos de navegação, além da cabotagem e interior.

Para melhor ilustrar a consideração de ser a navegação Interior área de segurança nacional transcrevemos aqui abaixo a definição dada pelo Regulamento para o Tráfego Marítimo de 1982.

"artigo 18 - a navegação mercante brasileira, para efeito deste Regulamento, é classificada de:

VII - Interior:

- a) - Fluvial e Lacustre — a realizada ao longo dos canais, rios, lagos e lagoas, em território brasileiro, fora das áreas portuárias nacionais, podendo estender-se aos portos fluviais e lacustres dos países vizinhos, quando estes portos integrarem hidrovias interiores comuns;

.../...

*mcB*

- b) - de Travessia — a realizada quer nas águas fluviais e lacustres, quer nas interiores:
- 1 - transversalmente ao curso dos rios e canais;
  - 2 - ligando dois pontos das margens em lagos, baías, angras e enseadas;
  - 3 - entre ilhas e margens de rios, de lagos, de lagoas, de baías, de angras e de enseadas, numa extensão inferior a 11 (onze) milhas, como transporte sobre água entre portos ou localidades ou interligação de rodovias ou ferrovias, em território brasileiro ou entre este e o dos países limítrofes;
- c) - de Porto - a realizada dentro das áreas portuárias nacionais, baías, enseadas, angras, canais, rios e lagoas em atendimento às atividades específicas do porto."

*mcsb*

QUADRO COMPARATIVO I

| TEMA   | EMENDA Nº 1 DE 69  | 1967   | 1946   |
|--|--|--|--|
| Comandantes<br>Armadores e<br>Proprietários<br>navios nacionais<br>(bras. natos) | Art. 173, § 1º<br>Lei nº 6.192-74 (bras.<br>nato=bras. naturalizado) | Art. 165 § ũ<br>acrescentou a expres<br>são "brasileiro na-<br>to" | Art. 155 e § ũ<br>Art. 129 nº I e II<br>- Art. 83 Lei<br>2180-54                         |
| Navegação<br>de Cabotagem<br>e Nacionais   | Art. 173   | Art. 165<br>Art. 91  | Art. 155   |
| Navios de<br>Pesca<br>-Regulamentação<br>em Lei Federal                          | Art. 173 § 2º<br>Decreto 65.005-69                                   | Art. 165 § ũ<br>DL. 221-67<br>art. 8º                              | Art. 155 § ũ<br>Art. 20 do Ato das<br>Disposições Consti-<br>tucionais Transitó-<br>rias |
| Pesca  | Art. 8, XVII, h  | Art. 8, XVII, h  | Art. 5, XV, I  |

meps

IV - Como hoje no Brasil é feito o Registro de Armador e o Registro da Propriedade Marítima

1 - O Registro de Armador

O Código Comercial brasileiro, Lei nº 556 de 25.06.1850, em seus artigos 1º, 4º e 484, e a Lei 5.056 de 1966, artigo 13 e seu parágrafo único, preceituam as qualidades essenciais para ser comerciante e para exercer a profissão de armador, respectivamente. A atividade de armar uma embarcação é uma atividade mercante e, portanto, é obrigatório o seu registro na Junta Comercial competente.

"artigo 484 - Todos os cidadãos brasileiros podem adquirir e possuir embarcações brasileiras, mas a sua armação só pode girar debaixo do nome e responsabilidade de um proprietário ou comparte, armador ou caixa, que tenha as qualidades para ser comerciante".

A lei nº 5.056 de 1966, no artigo 12 e seu parágrafo único determina que todo armador de embarcação com arqueação bruta além de 20 toneladas de arqueação bruta, exceto as destinadas ao serviço público, deve possuir registro no Tribunal Marítimo. Essa exigência estende-se aos armadores de embarcações com arqueações inferiores, desde que possuam propulsão mecânica e exerçam atividade lucrativa barra-a-fora.

Entende-se, portanto, por armador toda pessoa natural ou jurídica que, em seu nome, por sua conta, preparo ou, sob qualquer modalidade de cessão, administra uma embarcação para explorá-la na indústria da navegação. Esta pessoa natural ou jurídica pode ser o proprietário ou não.

Procede-se a este registro com a apresentação dos seguintes documentos:

- a) Provisão de Registro ou título de inscrição ou título de aquisição, que estão em fase de registro, das embarcações objeto da armação;
- b) prova da nacionalidade;
- c) cheque ou guia de pagamento das custas.

## 2 - O Registro da Propriedade Marítima

As embarcações nacionais de 20 toneladas de arqueação bruta ou mais, com exceção das da Marinha do Brasil, têm de estar registradas no Tribunal Marítimo para comprovar sua nacionalidade e propriedade. Entretanto, as embarcações destinadas à navegação interior, fluvial e lacustre, somente serão registradas no Tribunal Marítimo, quando possuírem 50 toneladas de arqueação bruta ou mais, conforme preceitua a Lei 2.180-54, artigos 75, 76 e 81 e parágrafo primeiro, e Lei 5.742 de 1971, que alterou, nos termos acima, a Lei nº 2.180 mencionada.

A Lei 2.180-54, nos seus artigos 86 e 87, exige a apresentação de certos documentos para obter-se o registro. O exame desses documentos consiste na verificação e classificação exigidos por Leis ou regulamentos para o processamento dos pedidos de registro, transferência, averbação e cancelamentos diversos, para uma rápida tramitação.

Os documentos analisados devem revestir-se das características legais exigidas, isto é, sua forma e conteúdo.

Para cada tipo de ato, na prática consideram-se os seguintes documentos essenciais:

A- Para o registro de Propriedade - documentos:

É necessário que o proprietário da embarcação, ou seu representante com procuração passada por instrumento público com ou torga de poderes especiais, preencha e assine o modelo CP-6, e instrua o pedido com os seguintes documentos:

- a) licença de construção: é o requerimento do proprietário solicitando a construção ou aprovação dos planos da embarcação, construída por ele mesmo, ou por construtor por ele contratado, com o DEFERIDO da autoridade competente, e mais o carimbo de "satisfaz" para concessão da licença na forma do artigo 161 do Regulamento para o Tráfego Marítimo de 1982, aposto nas plantas, devidamente assinado.
- b) quitação do preço da embarcação: deve ser dada através de recibo expedido pelo construtor da embarcação, constando a quitação total do preço, além da declaração expressa deste quanto a quitação do preço.

A quitação de embarcações adquiridas no exterior é comprovada me

01539

diante apresentação do contrato de câmbio fechado e liquidado, quarta via da guia de importação, licença de importação e prova de pagamento dos impostos de importação. O "Bill of Sale" isenta a apresentação do contrato de câmbio;

- c) termos de vistorias;
- d) certificado de arqueação;
- e) certificado de borda-livre e os de segurança;
- f) passaporte extraordinário da autoridade consular brasileira quando se tratar de embarcação adquirida no exterior;
- g) quitação dos ônus fiscais que incidam sobre a embarcação;
- h) prova de nacionalidade brasileira do proprietário;
- i) cheque ou guia de pagamento de custas.

A lei 2.180-54 já mencionada, no seu artigo 83 letra b, e Decreto-Lei 221-67, artigo 89, e Decreto 68.459, artigo 39 e parágrafo único, determinam que às sociedades constituídas no País, administradas por brasileiros natos e com mais de 60% (sessenta por cento) do capital em mãos de brasileiros natos, serão deferidas petições solicitando registro de propriedade de embarcações nacionais, qualquer que seja a sua destinação.

De maneira diversa, essas sociedades mesmo sem as condições acima estabelecidas para a sua administração e o seu capital, poderão possuir registro de propriedade no Tribunal Marítimo de embarcações nacionais destinadas à pesca, ao esporte e recreio.

A lei 2.180-54 também previu, nos artigos 84 e 85, o caso de matrimônio de brasileiro casado com estrangeira e vice-versa, podendo ser proprietários de embarcações nacionais, desde que a administração dos bens do casal esteja afeta diretamente àquele que for brasileiro.

### 3 - A transferência do registro da propriedade

A transferência do registro da propriedade de embarcações nacionais no Tribunal Marítimo é obrigatória sempre que houver mudança de proprietário. Idem quando a transferência for somente de parte ideal da embarcação ou que a mudança de propriedade tenha sido em decorrência de incorporação, fusão ou transformação das pessoas jurídicas.

### 4 - A averbação à margem do registro

Ocorre a averbação à margem do registro de propriedade marítima sempre que houver alterações nas embarcações registradas no Tribunal Marítimo como mudança de nome, troca de motor, alteração de classificação, mudança de jurisdição, mudança de razão social do proprietário e alteração dos dados característicos de arqueação,

*mgps*



01540

alienação fiduciária de motores, contrato de arrendamento, fretamento ou armação, promessa de compra e venda, cessão de direito (de compra e ônus), arresto e sequestro com a competente documentação comprobatória desses atos.

#### 5 - O cancelamento dos registros

Os cancelamentos deverão ser requeridos pelas partes interessadas ou por seus representantes legais, em casos de extinção dos fatos geradores. Quando o cancelamento for decorrente do não cumprimento de exigências legais, será procedido ex-officio. No requerimento estará contida a razão que motivou o pedido, devendo ser acompanhado do cheque ou guia de pagamento das custas correspondentes.

#### 6 - A hipoteca marítima

A natureza jurídica do navio é ser um bem móvel, porém este recebe um tratamento de bem imóvel para o efeito de créditos marítimos e hipotecas que sobre ele recaiam.

As embarcações objeto de hipoteca são regulados pelo Decreto nº 15.788 de 08 de novembro de 1922, no seu artigo 1º. A hipoteca por constituir direito real de garantia, é regida pela lei civil brasileira e está sujeita também à jurisdição civil, ainda que a dívida garantida seja comercial e comerciantes as partes contratantes. Mais adiante, no artigo 8º e parágrafos determinam que:

"artigo 8º: a hipoteca de navio brasileiro constituída fora do País deve constar de escritura pública, lavrada pelo Cônsul brasileiro do lugar do contrato, e ser inscrita, dentro sessenta dias, na repartição encarregada do registro naval competente.

Parágrafo 1º - Para que a hipoteca, assim contratada, possa valer contra terceiros, desde a sua data, deve o proprietário do navio, ou o credor hipotecário, antes de a realizar, ou até três dias depois de assinada a escritura requerer a averbação provisória no registro do navio, declarando a importância da garantia, os juros, o lugar do contrato e a época e o lugar do pagamento. Esta averbação provisória será ratificada e completada dentro de cinco

*mess*

01541

dias depois de inscrita a hipoteca, no prazo legal.

Parágrafo 2º - Independente de autorização do proprietário do navio, poderá o credor requerer a inscrição e ratificar a averbação da hipoteca".

Portanto, toda embarcação objeto de hipoteca deve ter registro no Tribunal Marítimo, mesmo que se incluam entre as embarcações de arqueações isentas da obrigatoriedade do registro. Assim, o artigo 23 e parágrafo único deste Decreto, determinam os casos de extinção da hipoteca marítima que deverão ser averbados no respectivo registro.

"Artigo 23: A hipoteca marítima se extingue:

- 1- pela perda do navio;
- 2- pela extinção da obrigação;
- 3- pela renúncia do credor;
- 4- pela venda forçada do navio;
- 5- pela prescrição;
- 6- pela arrematação judicial ou adjudicação.

Parágrafo único - a extinção da hipoteca deverá ser averbada no respectivo registro para ter efeito contra terceiros. Em cada um dos casos, a inscrição será cancelada à vista da respectiva prova, ou, independentemente desta, a requerimento das partes."

## 7 - Os créditos privilegiados

Os créditos privilegiados sobre embarcações, no direito brasileiro, estão previstos nos artigos 470, 471 e 474 do Código Comercial pátrio. É um verdadeiro direito real, permitindo ao credor a preferência no pagamento a qualquer outro credor.

"Artigo 470: No caso de venda voluntária, a propriedade da embarcação passa para o comprador com todos os seus encargos; salvo os direitos dos credores privilegiados que nela tiverem hipoteca tácita. Tais são:

- 1- os salários devidos por serviços prestados ao navio, compreendidos os de salvados e pilotagem;

../..



01542

- 2- todos os direitos de porto e impostos de navegação;
- 3- os vencimentos de depositários e despesas necessárias feitas na guarda do navio, compreendido o aluguel dos armazéns de depósito dos aprestos e aparelhos do mesmo navio;
- 4- todas as despesas do custeio do navio e seus pertences, que houverem sido feitas para sua guarda e conservação depois da última viagem e durante a sua estadia no porto da venda;
- 5- as soldadas do Capitão, Oficiais e gente da tripulação, vencidas na última viagem;
- 6- o principal e prêmio das letras de risco tomadadas pelo Capitão sobre o casco e aparelho ou sobre fretes (art.651) durante a última viagem, sendo o contrato celebrado e assinado antes do navio partir do porto onde tais obrigações forem contraídas;
- 7- o principal e prêmio de letras de risco, tomadas sobre o casco e aparelhos, ou fretes, antes de começar a última viagem, no porto da carga (art. 515);
- 8- as quantias emprestadas ao Capitão, ou dívidas por ele contraídas para o conserto e custeio do navio, durante a última viagem, com os respectivos prêmios de seguro, quando em virtude de tais empréstimos o capitão houver evitado firmar letras de risco (art. 515);
- 9- faltas na entrega da carga, prêmios de seguro sobre o navio ou fretes, e avarias ordi-nárias, e tudo o que respeitar à última via-gem somente.

Artigo 471 - São igualmente privilegiadas, ain-da que contraídas fossem anteriormente à últi-ma viagem:

1- as dívidas provenientes do contrato da cons-trução do navio e juros respectivos, por tem-po de três anos, a contar do dia em que a cons-trução ficar acabada.

2- As despesas do conserto do navio e seus apa-relhos, e juros respectivos, por tempo dos dois

01543

últimos anos, a contar do dia em que o conser  
to terminou.

Artigo 474 - Em seguimento dos créditos mencionados nos artigos 470 e 471, são também pr  
vilegiados o preço da compra do navio não pa-  
go, e os juros respectivos, por tempo de três  
anos, a contar da data do instrumento do con-  
trato; contanto, porém, que tais créditos cons-  
tem de documentos inscritos lançados no Regis-  
tro de Comércio em tempo útil, e a sua impor-  
tância se ache anotada no registro da embarca-  
ção."

No dizer do Doutor Aurélio Pitanga Seixas Filho, "com  
respeito aos efeitos produzidos pelo Registro Naval, assim como to-  
da a sistemática brasileira dos Registros Públicos, vigora o prin-  
cípio da presunção absoluta de conhecimento, decorrente da publici-  
dade inerente ao registro e a presunção relativa da validade do  
ato registrado, que pode ser acatado, quer em sua substância, quer  
em seu aspecto formal, porém no juízo competente."

*MACAS*

01544

V - Quem pode ser proprietário de embarcação sujeita a registro no Brasil

A Constituição Federal brasileira, artigo 153, parágrafo 1º dispõe o seguinte:

"Artigo 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, no termos seguintes:

Parágrafo 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicção política. Será punido pela lei o preconceito de raça." (grifo nosso)

Portanto, qualquer das sociedades estabelecidas no artigo 16, alíneas I e II do Código Civil brasileiro, pode requerer o registro de armador e de propriedade marítima, desde que devidamente registrada na Junta Comercial competente, e que conste no objeto de seus estatutos ou firma individual a exploração mercantil quanto à navegação a que é destinada, prevista no artigo 173 do RTM-82.

"Artigo 16 - São pessoas jurídicas de direito privado:

I - As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações.

II- As sociedades mercantis.

Parágrafo 1º - As sociedades mencionadas no nº I só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial.

Parágrafo 2º - As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais."

O Código Comercial prevê as seguintes sociedades:

- 1 - Da sociedade em Comandita, artigo 311;
- 2 - Das sociedades em nome coletivo ou com firma, artigo 315;

../..

*mech*

01545

- 3 - Das sociedades de capital e Indústria, artigo 317;
- 4 - Das sociedades em conta de participação, artigo 325.

A Lei 6.404 de 15.12.76 prevê as seguintes sociedades anônimas:

- 1 - Sociedades de Economia Mista, artigo 235;
- 2 - Sociedades coligadas, controladoras e controladas, artigo 243;
- 3 - Grupos de Sociedades, artigo 265;
- 4 - Consórcio, artigo 278;
- 5 - Sociedades em Comandita por ações, artigo 280.

Todas as sociedades brasileiras podem ser armadoras e podem ser proprietárias de embarcações no Brasil, desde que estejam devidamente registradas na Junta Comercial competente, como foi falado acima.

Enfim, no dizer do Ilustre Procurador Moacir José Malheiros, "o parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição Federal só se aplica à navegação mercantil, ou seja, aquela que faz do transporte de pessoas ou coisas uma atividade econômica."

No dizer do Doutor Aurélio Pitanga Seixas Filho, "com respeito aos efeitos produzidos pelo Registro Naval, assim como toda a sistemática brasileira dos Registros Públicos, vigora o princípio da presunção absoluta de conhecimento, decorrente da publicidade inerente ao registro e a presunção relativa da validade do ato registrado, que pode ser acatado, quer em sua substância, quer em seu aspecto formal, porém no juízo competente."

*me 13*

01546

Via) Comparação com países estrangeiros que possuem expressiva frota mercante no atual mercado mundial

No estudo que realizaremos a seguir, abordaremos somente o aspecto da nacionalidade em cada país respectivo e os requisitos exigidos para o registro em relação à classificação da embarcação. Não nos ateremos ao aspecto de hipoteca marítima.

A maioria dos países possui um órgão determinado para o registro naval.

A França e os Estados Unidos da América do Norte, por exemplo, aproveitaram as repartições aduaneiras para efetuar esse registro.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e estabeleceu que cada país tem o poder de estabelecer os requisitos necessários para conceder a sua nacionalidade às embarcações, após registrá-las, concedendo-lhes assim, o direito de hastear sua bandeira.

Atualmente, discute-se na UNCTAD, através do "Shipping Committee", um projeto de Convênio Internacional para Unificação das Regras mínimas necessárias para a concessão do registro de propriedade do navio, objetivando obter o impedimento do anonimato do proprietário do navio com bandeira de conveniência.

O nosso mestre Sampaio de Lacerda (7) estabelece três requisitos que têm sido exigidos pelas diversas legislações para a concessão da nacionalidade:

- 1 - o da construção;
- 2 - o da propriedade;
- 3 - o da composição da tripulação.

Apenas os Estados Unidos da América do Norte adotam o primeiro desses sistemas sendo que, a partir de 1920, já se admite que possam ser nacionalizados navios construídos no estrangeiro há mais de cinco anos.

O critério da propriedade é seguido na Alemanha e na Inglaterra, onde se exige seja o navio propriedade exclusiva de cidadãos alemães e ingleses respectivamente, compreendidos entre estes

*Handwritten signature*

015471

últimos tanto os nascidos na Grã-Bretanha como em qualquer possessão inglesa ou mesmo cidadãos naturalizados e até quando a sociedade a que pertença o navio tenha sede principal em território inglês.

Já o terceiro sistema é adotado, por exemplo, no Chile e na Romênia.

Outras legislações preferem sistema misto, como a França e o Brasil, como já mencionamos no nº III de nosso estudo das Constituições brasileiras.

A troca de nacionalidade é permitida em certos países, embora jamais seja admitida a dupla nacionalidade. Assim, a aquisição de uma nova bandeira faz perder imediatamente a anterior.

A Provisão de Registro no caso brasileiro é feita segundo o artigo 216 do RTM-82.

Em outros países, esse documento possui a seguinte denominação:

Acte de francisation, na França;

Lettre de Mer, na Bélgica;

Schiffscertificat, na Alemanha;

Certificate of Registry, na Inglaterra e Estados Unidos e

Ato de Nazionalità, na Itália.

Na maioria dos países, a exigência da nacionalidade própria, natural, é fundamental. Existem as exceções daqueles que concedem a sua bandeira por questões de conveniência e alguns poucos, como a Argentina, onde é suficiente que o proprietário seja domiciliado no país.

#### I - Estados Unidos da América

"United States, except as otherwise specified, in this Part includes the fifty (50) states, Guam, the Northern Mariana Islands, the United States Virgin Islands, Puerto Rico, and the District of Columbia.

Vessel includes every description of watercraft or other contrivance used or capable of being used as a means of transportation on water, but does not include aircraft. Vessel also includes ocean thermal energy facilities and ocean thermal energy conversion plantships.



015481

### Purpose of documentation

Documentation is required for the operation of vessels in certain trades, serves as evidence of vessel nationality, and, with certain exceptions, permits vessels to be subject to preferred mortgages.

### Vessels eligible for documentation

Any vessel of at least 5 net tons, wholly owned by a United States citizen or citizens, is eligible for documentation. This includes, but is not limited to, vessels used exclusively for pleasure and vessels used in foreign trade.

### Citizenship

#### Requirement for Vessel Documentation

#### Requirement for citizen owner

Certificates of Documentation are available only to vessels which are wholly owned by United States citizens. For the purposes of obtaining a Certificate of Documentation, the persons are entities like:

Individual; Partnership, association or joint venture; Trust; Corporation; are citizens.

#### Individual

An Individual is a citizen if he is a native-born, naturalized, or derivative citizen of the United States citizen.

#### Partnership, association, or joint venture

- a) A partnership is a citizen for the purposes of obtaining a registry, a fishery license, or a pleasure license if all of its general partners are citizens and the controlling interest in the partnership is owned by citizens of the United States. A partnership is a citizen for the purposes of obtaining a coastwise license or a Great Lakes license if all of its general partners are citizens and 75% of the interest in the partnership is owned by citizens of the United States.
- b) An association is a citizen if each of its members is a citizen.
- c) A joint venture is a citizen if each of its members is a citizen.

Trust - A trust arrangement fulfills the citizenship requirements if each of its trustees and each of its beneficiaries is a citizen.

#### Corporation

- (a) A corporation is a citizen for the purposes of

*MACB*

015491

obtaining a registry, a fishery license, or a pleasure license if:

- (1) It is incorporated under the laws of the United States, including any federal scheme of incorporation;
- (2) Its chief executive officer, by whatever title, is a United States citizen;
- (3) Its chairman of the board of directors is a United States citizen; and
- (4) No more of its directors are non-citizens than a minority of the number necessary to constitute a quorum.

(b) A corporation is a citizen for the purposes of obtaining a coastwise of Great Lakes license endorsement if

- (1) It meets all the requirements of paragraph (a) of this section; and
- (2) At least 75% of the interest in the corporation is owned by United States citizen.

(c) Although a corporation meets the requirements of paragraph (a) of this section, it may be limited in its ability to document a vessel which is either documented or was last documented pursuant to these regulations or any predecessor regulations thereto. If the controlling interest in that corporation is not held by U.S. citizens, it may not document such a vessel unless it evidences that the Maritime Administration approved that corporation's acquisition of the vessel.

#### Fishery license

- (a) Subject to federal and state laws regulating the fisheries, a fishery license endorsement entitles the vessel to fish within the fishery conservation zone and landward of that zone, and to land its catch, wherever caught, in the United States.
- (b) The vessels, if at least 5 net tons and wholly owned by a United States citizen or citizens, are eligible for a fisheries license endorsement.

#### Pleasure license

- (a) A pleasure license entitles a vessel to pleasure use only.

*mcab*

015501

- (b) Any vessel of at least 5 net tons which is wholly owned by a United States citizen or citizens, is eligible for a pleasure license endorsement

Coastwise license

- (a) A coastwise license endorsement entitles the vessel to employment in the coastwise trade, the fisheries, and in any other employment for which a registry or Great Lakes license is not required
- (b) The vessels, if at least 5 net tons, if wholly owned by a United States citizen or citizens, and if not restricted from coastwise, are eligible for a coastwise license endorsement.
- (c) A vessel otherwise eligible for coastwise license endorsement under paragraph (b) of this section loses that eligibility during any period in which it is owned by a corporation which does not meet the citizenship requirements."

II - Inglaterra e País de Gales

"Type of register. Each major and many minor ports in the United Kingdom has a Registry of British Ships. The Chief Officer of Customs at each port is, ex officio, the registrar of ships at that port.

Restrictions as to nationality and or domicile of owners - No person who is not a British subject or body corporate which is not established under (that is, incorporated in) and subject to the laws of some part of Her Majesty's Dominions and has its principal place of business in those Dominions may own any of the 64/64th shares in a British ship. However the term 'British subject' means citizens of Her Majesty's Dominions and these include citizens of not only the United Kingdom but also all British Colonies and Commonwealth Countries, provided, in the case of a Commonwealth Country, that it has enacted that its own citizens are also British subjects or Commonwealth citizens. In determining whether a body corporate is qualified to own a share in a British ship, the nationality of the individual

01551

shareholders is immaterial. The real criterion is where 'the principal place of business' is. This is in each case a question of fact which generally falls to be determined by an enquiry into the locality of the control of the business of the company. Control is exercised where the principal decisions respecting the company are made."

### III - República Federal Alemã

Type of Register - Responsibility for maintaining the register of ships is vested in the 'District Court' (Amtsgericht)

Requirements as to who may own a vessel - Individual, partnerships or bodies corporate may own a ship.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owner  
Only 'German ships' are eligible for registration. This is precisely defined as seagoing vessels which are either obliged or otherwise permitted to fly the 'Bundesflagge' (flag of the Federal Republic of Germany).

The 'Bundesflagge' must be flown, when the shipowner is:

- a German national resident in Germany;
- a Offene Handels-Gesellschaft (partnership) or Kommandit-Gesellschaft (limited partnership) with its place of business in Germany, provided that the majority of the general partners (those with unlimited liability) are German and the partners holding a majority of the votes are also German.
- A body corporate with its chief place of business in Germany provided that the majority of the members of the board of directors are German.

The 'Bundesflagge' may be flown if the shipowner:

- is a German national not resident in the Federal Republic;
- is a 'Partenreederei' (joint ownership) where the majority of the shares ('Parten') in the vessel are vested in German nationals and/or 'legal persons' and the managing company ('Korrespondentreeder') has its chief place of business in Germany;
- are joint successors in title where more than half of the legacy is to vest in beneficiaries of German nationality and where the right to act as representative thereof is vested in German nationals resident in Germany.

.../...

*mejs*

01552

Legal effect of registration - The registration of the owner in the register is not fundamental in establishing his title. Ownership in a German registered or non-German registered (foreign) ship can be transferred as between transferor and transferee by mere agreement."

#### IV - França

"Type of register - Ships must be registered on special cards called 'fiches matricules' which are held locally, in the customs offices of all main ports, and gathered in box called the 'fichier d'inscription des navires'. The list of the Customs offices is controled by a by-law.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owners - To obtain French nationality, a vessel must comply with the following conditions:

- (1) either belong, at least as to 50 per cent. to French citizens (with some special conditions of residence on French territory);
- (2) or belong 100 per cent. to companies stablished on French territory (or in countries bound to France by treaties of reciprocity), and of which the managers (list defined by law) must be of French nationality;
- (3) or belong 100 per cent. to French citizens and French companies;
- (4) or after special agreement of the Minister (of the sea) and Minister of Economy, in certain conditions. There is no distinction with respect to these rules between ocean-going vessels used only for coastal traffic."

#### V - Grécia

"Type of register - The applicable system in Greece is local, namely, the vessel may be registered at any port where a Central Harbour Office or a Harbour Office ('Limenarchion') exists and this includes the secondary Harbour Offices of the islands of Hydra and Ithaca. To these we must add the consular register of London (United Kingdom), New York (United States of America) and Kobe (Japan). Vessels up to 60 net register tons can be registered at any other secondary Harbour Office of the country.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owners - A vessel is recognized as Greek if it is owned by Greek nationals or Greek companies, or other legal entities whose

*MEPS*

01553

capital belong to Greek nationals to the extent of more than 50 per cent. A Foreign company belonging to Greek nationals to the extent of more than 50 per cent. may also own a Greek ship. At any rate, foreign nationals or companies may own a Greek ship only up to 49 per cent.

In all cases a process agent should be appointed at the port of registration by the shipowner to receive service of process. Such a process agent can only be a physical person (an individual). On the other hand, a legal representative should also be appointed to represent the shipowner and he may be either a Greek national or a Greek legal entity.

Coastal traffic (cabotage) is limited to Greek vessels only. Subject to any exceptions provided in bilateral treaties with foreign states, a ship of a foreign flag is allowed, on the principle of reciprocity, to disembark passengers and goods taken abroad exclusively from any port of a foreign state at one or more Greek ports, of to take aboard from one or more Greek port passengers or goods destined for direct carriage to any port of a foreign state. There are many detailed provisions as to which vessels qualify to carry coastal traffic as passenger vessels. Exclusivity to Greek vessels only is also granted for towing operations, regular salvage operations and fishing."

#### VI - Itália

"Type of register - The Italian ship registry is not centralised but local, as each port authority keeps its own records and registers. The ships are therefore registered at one of the Italian ports at owner's choice, which normally, but not necessarily, coincides with the 'home port' of the vessel. Registration may be effected also by the Italian Consulate at any foreign port where the ship lies.

Restriction as to nationality and/or domicile of owners - Italian vessels may also belong to Italian companies, whose shareholding capital is entirely in the hands of foreigners, provided that the director of such a company is an Italian subject or the majority of the board of directors is formed by Italian subjects (including the president and the managing director).

01554

Italian vessels may, finally, also belong to foreign that is, companies incorporated abroad, provided such companies have their legal representative in Italy, and he is an Italian subject.

For reasons of national interest, the Ministry for the Merchant Marine may grant permission to own Italian vessels to foreigners domiciled or resident in Italy for more than five years, or other companies not complying with the requisites mentioned above.

Vessels that are entered in foreign registers cannot be recorded in the Italian registries, and this is the major restriction as far as vessels themselves are concerned."

#### VII - Libéria

"The registration of Liberian vessels is governed by chapter II of the Liberian Maritime Law (Title 22 of the Liberian Code of Laws of 1956, as amended, which, in turn, replaced the previous Liberian Maritime Code). Chapter III of the same Law Governs preferred mortgages and maritime liens on Liberian vessels. Both aspects of the law are administered by the Minister of Finance and, under him, the Commissioner of Maritime Affairs. As a practical matter, some of administrative duties of the Commissioner of Maritime Affairs are performed by Deputy Commissioners of Maritime Affairs operating from an office in New York known as the Office of Deputy Commissioner of Maritime Affairs.

The Supreme Court has said that Admiralty proceedings are to be determined upon equitable principles and according to the rules of natural justice and that the object of doing justice between the parties is superior to technical forms and rules. Admiralty proceedings, however, are not frequent in Liberia and there are few special rules provided by law for such proceedings. Although the Liberian Maritime Law provides expressly for enforcement of preferred mortgages, so far there have been no proceedings in Liberia for the enforcement of mortgages, either on Liberian or foreign flag vessels, and no proceedings involving registration of or title to vessels. There is, therefore, only a limited body of law, apart from the statutes, from which answers to questions relating to mortgages and liens can be drawn.

01555

Section 30 of the Liberian Maritime Law provides that, in so far as it does not conflict with any other provisions of the Liberian Maritime Law, the non-statutory general maritime law of the Republic of Liberia. Consequently, American decisions on admiralty matters, are available to cover any areas where Liberian precedents do not exist.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owners -

Vessels must be owned by citizens of Liberia or corporations incorporated in Liberia. In exceptional cases and under certain circumstances, however, the Deputy Commissioner may waive the ownership requirement in the case of a sea-going vessel of more than 1,600 net tons if the owner, has qualified as a 'foreign maritime corporation' or 'foreign maritime trust' under the Liberian Corporation Law.

Any vessel of 20 net tons and over, engaged solely in coastwise trade between the ports of Liberia or between those of Liberia and other West African nations may be registered and must be owned by a citizen or national of Liberia. The term 'citizen or national' includes corporations partnerships and associations of individuals. There are no restrictions as to foreign ownership of shares in a Liberian shipowning corporation and there are no other legal requirements respecting financial control of such a company.

There is no requirement that a person responsible for the vessel be domiciled in Liberia but each Liberian corporation and each foreign maritime corporation and foreign maritime trust must maintain a registered agent in Liberia, usually The International Trust Company of Liberia, which is available for service of process or any other legal notices or demands."

VIII - Os Países Baixos

"The legislation with respect to ship registration and ship mortgages is scattered throughout the Commercial Code, various regulations and also by reference to the Civil Code. To a large extent the law with respect to mortgages on real estate also applies to ship mortgages. The Civil Code is in the process of being redrafted. When the present draft is eventually adopted, the provisions on ship registrations and ship mortgages will find a place in the Civil Code instead of the Commercial Code.

.../...

*mejs*



01556

Although there is no reason to expect that the law on ship registrations and ship mortgages will change considerably in the years to come, one should bear in mind that foreign exchange control regulations and other regulatory matters are often subject to changes in view of unexpected developments abroad or at home.

Type of register - The registers of ships are maintained in Rotterdam, Amsterdam and Groningen. The main register is located in Rotterdam and all particulars recorded in the other registers will be duplicated in Rotterdam by the authorities. Registers are maintained for three different kinds of vessels: (1) seagoing vessels, (2) fishing-boats and (3) inland waterways vessels.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owners - To be eligible for registration in the Netherlands, seagoing vessels, must be Dutch vessels and, consequently, be owned either by a Dutch national (as hereafter defined) or by a co-ownership consisting at least of Dutch nationals as to two-thirds and the remainder of parties having their domicile in the Kingdom of the Netherlands (The Netherlands and the Netherlands Antilles), provided that the manager, if any, of such co-ownership is a Dutch national having his domicile in The Netherlands.

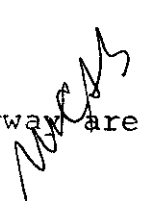
Partnerships or limited partnerships, public companies, private companies with limited liability, foundations and associations will be deemed to have their domicile in the Kingdom if they have their seat in the Kingdom, have been incorporated according to Dutch law and if their general partners, managing directors, members of the board of supervisory directors or managers, as the case may be, have their domicile in the Kingdom.

The main place of operation of a seagoing vessel must be situated in The Netherlands.

There are no requirements as to the nationality of the owner for fishing boats. The vessel must, however, be operated from The Netherlands. There are no requirements as to the nationality of the owner for inland waterways vessels. The owner, however, must choose domicile in The Netherlands, which chosen domicile will be recorded in the register and is considered to be chosen for everything connected with the vessel or the operation thereof.

XIX - Noruega

"Type of register - The registers of ships in Norway are



01557

kept locally, each within a geographical area corresponding roughly to the judicial district. The registrar is a judicial officer, in most cases the district judge.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owners -

Section 1 of the Maritime Code provides that a ship has Norwegian nationality and is Norwegian when it is owned by:

- (a) a Norwegian subject;
- (b) a 'partrederi' (a partnership owning a ship) or other company in which the participants have unlimited liability for the indebtedness of the company, provided Norwegian subjects are participants in at least six-tenths of the ownership interests;
- (c) A 'Kommandittselskap' (a company consisting of one or more members who are fully responsible to third parties ('komplementar') and one or more members who are responsible only up to a certain amount invested in the venture ('Kommanditist') provided Norwegian citizens own at least six-tenths of the responsible capital and at least six-tenths of the capital with limited responsibility;
- (d) a 'Kommandittaksjeselskap' (a combination of a 'kommandittselskap' and a limited company — the form is almost extinct and, at present, no ships are owned by such a legal entity);
- (e) a company with limited liability other than those listed in c and d above, provided the head office of the company and the seat of the board of directors are in Norway and the majority of the members of the board of directors, including the chairman of the board, are Norwegian subjects domiciled in Norway and have been so domiciled in the last two years and, further, provided that Norwegian subjects own shares or parts equalling at least six-tenths of the capital of the company and are entitled to a vote in the company of at least six-tenths of the total votes.

If a ship is owned by a foreign subject permanently resident in Norway, the Ministry may, in exceptional circumstances, permit the ship to be registered in Norway. Further, the Ministry may, under exceptional circumstances, grant exemptions from the requirements listed under b to e, above.

*mg/B*

01558

XX - Panamá

Type of Register - The Panamanian Shipping Register is divided between two authorities, namely, the Shipping Bureau (Dirección Consular y de Naves), which is a department of the Ministry of Finance (Ministerio de Hacienda Y Tesoro), and the Public Registry, which is a department of the Ministry of Government and Justice. Both offices are essential for the registration of a vessel in Panama, but the link between them is established only the attorney responsible for the legal affairs of any registered vessel with the Panamanian authorities. The initial registration of a vessel is dealt with by the Shipping Bureau and/or the Panamanian consulate involved with the initial registration. All Panamanian consulates specially authorised by law for the registration of vessels are responsible to the Shipping Bureau.

There is no direct communication between the Panamanian register and any foreign register, neither is official communication ever effected between the Panamanian Consular Service and any foreign country in matters concerning the registration of vessels unless it is in the interest of the Republic of Panamá to obtain any particular information, and this is usually when a problem arises.

The Public Registry is a semi-autonomous department of the Ministry of Government and Justice (Home Affairs Ministry) and this register records, inter alia, titles to vessels and mortgages thereon.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owners -

The only requirement which Panama imposes upon owners of vessels is that they must appoint an attorney or law firm in Panama to represent their interests and receive notifications regarding the registration of the vessel. Any vessel registered in Panama may be wholly owned by foreigners.

No distinction are made between ocean-going vessels and vessels used only for coastal traffic, although there is a difference in taxation between those vessels which are to be employed in international traffic and those which are to be employed exclusively in Panamanian coastal traffic. We have not considered domestic registrations in this contribution.

.../...

*MEPS*

01559

XXI - Turquia

"Type of register - The 10 major ports of Turkey have a Registry of Turkish ships. The ship registrars are charged with the registration of vessels, mortgages and other encumbrances, and alterations, and also have to keep register books under the supervision of the Harbour Masters.

Every ship registrar is also under the supervision of the District Commercial Court. In other words, the District Commercial Court is authorised to adjudicate on disputes arising out of decisions made by a ship registrar and on appeals against such decisions made by interested parties.

Another type of registration is also recognised by Turkish law. For a vessel acquired abroad, a flag certificate, which will be issued by a local or the nearest Turkish consul, is considered to be registration. The Turkish consul is required to send copies of this certificate to the home port's registry through the Ministry of Transport.

Restrictions as to nationality and/or domicile of owners - Under Turkish law only Turkish nationals may own a Turkish vessel. However, corporations which are established according to Turkish law and which have corporate status may also own Turkish vessels provided that: (1) the majority of the board of directors are Turkish nationals; (2) Turkish shareholders have the majority of votes; (3) shares issued on names and transfers of the same are subject to the board's approval; and (4) for joint ownership, Turkish nationals have the majority of the shares and management. These restrictions and some other regulations imply that the head office of the owners shall be in Turkey.

WEPB

01560

## Vib - Comentários e Conclusão

Constatamos que a maioria dos países defende a exploração da pesca por seus cidadãos, salvo alguns casos de reciprocidade ou, também, como a Holanda, onde o navio pesqueiro tem de ser operado de lá.

A maioria absoluta dos países resguarda o controle do comércio marítimo em mãos de seus nacionais.

A maioria dos países não faz menção legal expressa quanto à exploração das navegações portuária, fluvial e lacustre, porque encaram-nas como dentro de um todo em sua regulamentação. Isso significa, que esses tipos de navegação também se encontram, em maioria, sob a exploração dos respectivos cidadãos.

Há países que não possuem restrições quanto ao fato de qualquer de suas embarcações, sob qualquer classe, serem exploradas totalmente por estrangeiros.

A utilização de bandeira de conveniência, está comentada de forma clara no artigo publicado recentemente na revista Portos e Navios (7) abaixo transcrita:

### "Conveniência

A utilização de navios de 'bandeira de conveniência' é uma prática exercida pelas empresas de navegação de todos os países, visando fugir dos encargos fiscais e trabalhistas e com isso reduzir os custos e aumentar a remuneração dos navios. O regime de conveniência foi condenado na última reunião da UNCTAD - Associação para o Desenvolvimento do Comércio das Nações Unidas, acordo do qual o Brasil é signatário. Nos 'paraísos fiscais' — países como a Libéria, Panamá e Nigéria — existem mais de 150 milhões de toneladas de navios registrados sob essas bandeiras. Mesmo não sendo de fato os maiores países marítimos do mundo, na verdade essas nações são, de direito, as que possuem as maiores frotas mercantes registradas. Além da estatal Docenave, o Brasil tem navios de algumas empresas registradas nos 'paraísos fiscais', não muito claramente identificadas.

Para quem quiser registrar uma empresa no exterior sob o signo de 'bandeira de conveniência', aí vai o endereço certo: 8, Broad Street, Monróvia. Basta levar US\$ 100 dólares, e desfrutar dos benefícios fiscais existentes

01561

naquele 'paraíso'."

O quadro comparativo a seguir foi preparado considerando os aspectos mais relevantes das legislações dos respectivos países no que concerne ao objeto deste trabalho. Nestas condições, alguns aspectos das referidas legislações foram omitidos pelo fato de não conterem matéria que influencie o desenvolvimento do presente raciocínio e também para não alongar desnecessariamente o estudo.

*mgps*

QUADRO COMPARATIVO DA LEGISLAÇÃO DOS VÁRIOS PAÍSES QUANTO AO REGISTRO DE EMBARCAÇÃO (Hipoteca não considerada)

Requisitos necessários ao proprietário da embarcação

| País   | Pessoa Física | Pessoa Jurídica | LONGO CURSO  | CABOTAGEM                              | PESCA   | FLUVIAL LACUSTRE PORTUÁRIA             | ESPORTE RECREIO  | OBSERVAÇÕES  |
|--------|---------------|-----------------|--|--|---|--|--|--|
| Brasil | X             |                 |  | Brasileiro nato                        | Livre   | Brasileiro após o Parecer Reservado    | Brasileiro após o Parecer Reservado  | CF artigo 173 e seus parágrafos Parecer Reservado do Consultor Geral da República nº P-045 de 14.02.84 |
|        |               | X               |  | 60% do capital controlado por cidadãos | Livre   | 60% do capital controlado por cidadãos | 60% do capital controlado por cidadãos   | Artigo 83 da lei 2180-54 Parecer Reservado do Consultor Geral da República nº P-045 de 14.02.84        |
| U.S.A. |               |                 |  |  | Lei federal e estadual  |  |  |  |
|        | X             |                 | "Individual"   |  | 100% cidadãos natos, naturalizados, "derivative"  |  | Embarcações acima de 5 tons líquidas de registro e que sejam totalmente de propriedade de "US citizen" |  |
|        |               | X               | 100% sócios gerais<br>75% controle capital                   | 100% sócios gerais<br>75% capital      | 100% sócios gerais<br>75% capital   | 100% sócios gerais<br>75% capital      | 100% sócios gerais<br>75% capital  | Partnership-requisitos para ser "cidadão" : "citizen"  |
|        |               | X               | Cada um dos seus membros é cidadão                           |  |   |  |  | Association-requisitos para ser "cidadão" : "citizen"  |
|        |               | X               | Cada um dos seus membros é cidadão                           |  |   |  |  | Joint Venture-requisitos para ser "cidadão" : "citizen"  |
|        |               | X               | Cada um dos "trustees" e cada um dos beneficiários é cidadão |  |   |  |  | Trust-requisitos para ser "cidadão" : "citizen".   |
|        |               | X               | Requisitos da cabotagem                                      | Requisitos da pesca<br>75% do capital  | Incorporada sob leis EUA<br>principal executivo = cidadão<br>chairman of the board = cidadão<br>Não-cidadão serão minoria no quorum | igual à cabotagem                      | igual à pesca  | Corporation-requisitos para ser "cidadão" : "citizen".   |

01562

QUADRO COMPARATIVO DA LEGISLAÇÃO DOS VÁRIOS PAÍSES QUANTO AO REGISTRO DE EMBARCAÇÃO (Hipoteca não considerada)

Requisitos necessários ao proprietário da embarcação

| PAIS          | Pessoa Física | Pessoa Jurídica | LONGO CURSO  | CABOTAGEM | PESCA  | FLUVIAL LACUSTRE PORTUÁRIA  | ESPORTE RECREIO | OBSERVAÇÕES                                     |
|---------------|---------------|-----------------|--|-----------|--|---|-----------------|---|
| Itália        | X             |                 | Podem ser estrangeiros residentes na Itália há mais de 5 anos, por licença do Ministério da Marinha Mercante.  |           |  |   |                 | Cada autoridade portuária mantém o seu registro |
|               |               | X               | Companhias nacionais - o capital pode ser inteiramente estrangeiro. O diretor deve ser cidadão (ou a maioria da diretoria, incluindo o presidente e o diretor gerente).  |           |  |   |                 |   |
|               |               | X               | Companhias estrangeiras, incorporadas no exterior, desde que seu representante legal na Itália seja cidadão.   |           |  |   |                 |   |
| Libéria       | X             |                 | Cidadãos, no sentido lato  |           |  |   |                 |   |
|               |               | X               | Companhias incorporadas na Libéria são "cidadãos" "Foreign maritime corporation" ou "Foreign maritime trust" sujeita à Liberian Corporation Law<br>Não há restrição à propriedade de cotas nas Companhias ou ao seu controle financeiro, nem ao domicílio dos responsáveis<br>Deve ser mantido um agente registrado na Libéria |           |  |   |                 |   |
| Países Baixos | X             |                 | 2/3 capital de cidadãos; restante, domiciliado no Reino. Gerente cidadão e domiciliado no Reino.   |           | Não há requisito de nacionalidade embarcação deve ser operada da Holanda | Não há requisito de nacionalidade proprietário domiciliado na Holanda |                 | 01563   |
|               |               | X               | Domicílio no Reino incorporados na Lei Holandesa<br>Sócios gerais, diretores, gerentes domiciliados no Reino<br>Sede de operação no Reino  |           |  |   |                 |   |

*MCS*



QUADRO COMPARATIVO DA LEGISLAÇÃO DOS VÁRIOS PAÍSES QUANTO AO REGISTRO DE EMBARCAÇÃO (Hipoteca não considerada)

Requisitos necessários ao proprietário da embarcação

| PAÍS                          | Pessoa Física | Pessoa Jurídica | LONGO CURSO   | CABOTAGEM | PESCA         | FLUVIAL<br>LACUSTRE<br>PORTUÁRIA | ESPORTE<br>RECREIO | OBSERVAÇÕES  |
|-------------------------------|---------------|-----------------|---|-----------|---------------|----------------------------------|--------------------|--|
| Inglaterra e Gales            | X             |                 | British subject   |           | 100% cidadãos |                                  |                    | British subject inclui cidadãos do Reino Unido, Colônias e Comunidades Britânicas  |
|                               |               | X               | Body corporate estabelecida e sujeita às leis de alguma parte dos Domínios de Sua Majestade e cujo principal local de negócio está nos Domínios, possuindo 100% do navio.   |           |               |                                  |                    | A nacionalidade dos acionistas não importa. O critério real é o principal local de negócio, onde as principais decisões são tomadas. |
| República Federal da Alemanha | X             |                 | Cidadão residente na RFA ou não   |           |               |                                  |                    |  |
|                               |               | X               | Local de negócio na RFA - maioria dos sócios gerais são cidadãos<br>Sócios que detêm a maioria dos votos são cidadãos   |           |               |                                  |                    | Partnership ou Limited Partnership   |
|                               |               | X               | Local de negócio na RFA - maioria dos diretores são cidadãos  |           |               |                                  |                    | Corporation  |
|                               |               | X               | Maioria das cotas com cidadãos - local de negócio na RFA  |           |               |                                  |                    | Parceria - joint ownership   |
| França                        | X             |                 | 50% do capital de cidadãos residentes   |           |               |                                  |                    |  |
|                               |               | X               | 100% de companhias estabelecidas em território francês ou de países ligados à França por tratados de reciprocidade.<br>Administradores cidadãos   |           |               |                                  |                    |  |
| Grécia                        | X             |                 | 50% do capital de cidadãos  |           |               |                                  |                    | A embarcação pode ser registrada em portos da Grécia ou nos Consulados gregos em Londres, New York e Kobe                            |
|                               |               | X               | 50% do capital da empresa de cidadãos<br>Companhia estrangeira pertencente a cidadãos (mais de 50% do capital) pode possuir empresa grega com navio grego<br>Empresas ou cidadãos estrangeiros podem possuir até 49% de navio grego |           |               |                                  |                    | Cabotagem é exclusiva de navios gregos.<br>Também reboque, salvamento e pesca.   |

01564

QUADRO COMPARATIVO DA LEGISLAÇÃO DOS VÁRIOS PAÍSES QUANTO AO REGISTRO DE EMBARCAÇÃO (Hipoteca não considerada)

Requisitos necessários ao proprietário da embarcação

| PAÍS    | Pessoa Física | Pessoa Jurídica | LONGO CURSO  | CABOTAGEM | PESCA | FLUVIAL LACUSTRE PORTUÁRIA | ESPORTE RECREIO | OBSERVAÇÕES  |
|---------|---------------|-----------------|--|-----------|-------|----------------------------|-----------------|--|
| Noruega | X             |                 | Cidadão  |           |       |                            |                 | O ministério pode permitir que, em casos excepcionais, estrangeiros residentes permanentemente na Noruega possuam navios registrados na Noruega. |
|         |               | X               | Partnership ou outra Companhia na qual os participantes tenham responsabilidade pelos débitos, desde que os cidadãos detenham 60% do capital   |           |       |                            |                 |  |
|         |               | X               | Kommandittselskap, na qual um ou mais membros são totalmente responsáveis perante terceiros e um ou mais membros são responsáveis até um certo limite investido no negócio, desde que 60% do capital responsável e 60% do limite dividido sejam de cidadãos. |           |       |                            |                 |  |
|         |               | X               | Sociedade de responsabilidade limitada, devendo o escritório central e a diretoria serem sediados na Noruega e a maioria dos diretores serem cidadãos domiciliados na Noruega, que 60% do capital e do poder votante sejam de cidadãos.                      |           |       |                            |                 |  |
| Panamá  | X             | X               | Deve ser nomeada uma firma procuradora no Panamá, para representar os interesses e receber as notificações sobre o registro.<br>A embarcação poderá pertencer totalmente a estrangeiros.   |           |       |                            |                 |  |
| Turquia | X             |                 | Cidadão  |           |       |                            |                 |  |
|         |               | X               | Companhia estabelecida segundo a lei da Turquia, desde que a maioria dos diretores seja de cidadãos; a maioria do capital pertença a cidadãos; as ações nominativas e suas transferências sejam aprovadas pela diretoria.                                    |           |       |                            |                 |  |
|         |               | X               | Na parceria (joint ownership) cidadãos deverão deter a maioria das cotas e da direção.   |           |       |                            |                 |  |

*M. 45*

VII - Iniciativas existentes para alterar a legislação sobre o registro da propriedade marítima

Existem, num anteprojeto de lei, uma proposta e um entendimento a respeito, que mostraremos a seguir.

1 - O anteprojeto-de-lei, elaborado sob os preceitos constitucionais vigentes, visa reformular a lei 2.180-54 diversas vezes mencionada em nosso estudo. Foi elaborado por uma comissão no Tribunal Marítimo, criada e presidida pelo Exmo. Sr. Almirante-de-Esquadra Carlos Henrique Rezende de Noronha, e que se encontra em tramitação no Congresso Nacional, que pretende objetivamente o seguinte:

- a) tornar obrigatório apenas o registro de embarcações de mais de 50 (cinquenta) toneladas de arqueação bruta, agilizando a legalização das embarcações menores, através da inscrição nas capitâncias a que estiverem jurisdicionadas;
- b) ajustar a legislação aos preceitos da lei nº 6.192 de 19.12.74, que vedou qualquer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, respeitado o preceito constitucional do art. 173, referente à navegação de cabotagem, estendendo este à navegação de longo-curso, como medida de proteção ao interesse e à segurança nacionais;
- c) criar sanções em matéria de registros de propriedade e de armador, que são obrigatórios e, portanto, requisitam uma penalidade para quem os descumprir;
- d) possibilitar a reabilitação do armador pessoa física ou de sócios e dirigentes de empresas, que tenham sofrido o cancelamento do seu registro por decisão do Tribunal, à semelhança do procedimento relativo à reabilitação dos falidos;
- e) tornar obrigatória a outorga conjugal na transação de embarcações sujeitas a registro no Tribunal, tendo em vista o valor patrimonial que representam.

Precisamente em seus artigos 6º, 7º e 8º dispõe o seguinte

"Art. 6º - "O registro da propriedade de embarcações classificadas na navegação de longo-curso e na navegação de cabotagem será deferido, exclusivamente, a

../..

*me, 85*

brasileiro nato ou à sociedade constituída de acordo com a lei brasileira, com sede no Brasil, administrada por brasileiros natos e, no mínimo, com 51% (cinquenta e um por cento) de seu capital realizado em ações nominativas ou quotas de capital pertencentes a brasileiros natos.

§ 1º - Fora os casos previstos neste artigo, o registro será deferido a:

I - brasileiros;

II - sociedades constituídas de acordo com a lei brasileira, com sede no Brasil, administradas por brasileiros e, no mínimo, com 51% (cinquenta e um por cento) do seu capital realizado em ações nominativas ou quotas de capital, pertencentes a brasileiros;

III - pessoas de direito público interno;

IV - sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público.

§ 2º - O brasileiro casado com estrangeira, somente poderá ser proprietário de embarcação, se tiver a direção dos seus bens ou dos bens do casal, nos termos da lei civil.

§ 3º - A brasileira casada com estrangeiro somente poderá ser proprietária de embarcação, se excluída esta da comunhão de bens e competir à mulher a sua administração, nos termos da lei civil.

Art. 7º - O registro da propriedade das embarcações de pesca e do tráfego do porto será também deferido à sociedade constituída de acordo com a lei brasileira, com sede no Brasil, dispensadas as demais condições estabelecidas na alínea II do § 1º do art. 6º.

Art. 8º - O registro da propriedade de embarcações de esporte e recreio será também deferido a estrangeiros com permanência legal no país."

Os artigos supra transcritos contêm no seu âmago o mesmo espírito da Constituição vigente, ou seja, as embarcações de pesca, interior, fluvial e lacustre e portuária continuam liberadas para a exploração por estrangeiros ou brasileiros naturalizados. A quota de participação no controle acionário da empresa proprietária foi reduzida

*mcgs*

de sessenta por cento para cinquenta e um por cento, possibilitando que um maior número de estrangeiros possa também participar dessas sociedades.

2 - Uma interessante proposta foi elaborada na Associação brasileira de Direito Marítimo, ata da 716a. Reunião de Estudos, realizada em 5 de julho de 1985. O Ilustríssimo Secretário Geral, Dr. Manoel Moreira de Barros e Silva, comentou que somente na Constituição de 1934, que foi a primeira a criar um título relativo à Ordem Econômica e Social, é que o legislador se preocupou em nacionalizar a Marinha Mercante. Propôs o nobre colega o seguinte texto a ser introduzido, onde couber, na Constituição:

"Art. A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa de navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Art. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, de seus tripulantes, serão brasileiros natos.

§ 1º - Tratando-se de pessoas jurídicas, ....% de seu capital deverá pertencer a brasileiros natos."

A proposta acima deixou em aberto a percentagem, porém concluiu que pode chegar até 100% (cem por cento), como ocorre em outros países que protegem suas marinhas mercantes, acrescentando a hipótese de se nacionalizar o transporte de passageiros e o de turismo, assim como dos navios de pesca.

3 - Finalmente, o entendimento da Diretoria de Portos e Costas de espírito nacionalista, é colocar na Constituição Federal, em artigo independente, a cidadania dos proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços de seus tripulantes.

*meigs*

### VIII - Proposições

Como deverá ser feito o Registro da Propriedade Marítima no Brasil na próxima Constituição da República Federativa do Brasil.

Primeiramente, é fundamental que a nova Constituição tenha o cuidado de dispor nos títulos - DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL E DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL — como faz a Constituição em vigor, da forma a seguir descrita:

Seguindo a orientação fornecida pela Diretoria de Portos e Costas, deve constar no Título referente — DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL — no capítulo — DA UNIÃO —, competência da União, o seguinte:

"Art. Compete à União

a) inciso - explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão:

alínea - a navegação em aquavias ou a navegação aquaviária

b) inciso - legislar sobre:

alínea - o regime dos portos;

alínea - a navegação marítima, fluvial e lacustre;

alínea - a exploração e utilização da faixa de fronteira, bem como da orla das águas navegáveis, visando o resguardo da integridade do território nacional, da segurança da navegação e do meio ambiente."

Assim dispondo, fortalece a Marinha Brasileira e reforça a posição atual do Regulamento para o Tráfego Marítimo.

No Título - DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL — concluímos que poderá ser adotada uma dentre três linhas básicas de ação para a elaboração da futura Constituição.

- 1 - Proposição nacionalista;
- 2 - Proposição não-nacionalista;
- 3 - Proposição intermediária.

*mejs*

CABE-NOS AQUI, NESTE TRABALHO DE CUNHO JURÍDICO, INDICAR AS LINHAS MESTRAS A SEREM OBSERVADAS EM CADA UMA DESSAS POSIÇÕES. AOS CONSTITUINTES — E SOMENTE A ELES — SERÁ ATRIBUÍDA A COMPETÊNCIA DE ESCOLHER, DE DECIDIR POLITICAMENTE, QUAL O CAMINHO QUE DEVERÁ SER ADOTADO E INCORPORADO À NOVA CONSTITUIÇÃO. PARA MELHOR ENTENDIMENTO NA ANÁLISE DAS PROPOSIÇÕES, DISTINGUIREMOS NO SEU CERNE O CARACTER NACIONALIDADE E O TIPO DE NAVEGAÇÃO DESTACADO.

*me 13*

1 - Proposição Nacionalista

"Art. As navegações de cabotagem, interior, fluvial, lacustre portuária, para o transporte de mercadoria são privativas de navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Art. Os proprietários, armadores e comandantes de todas as classes de embarcações nacionais, assim como dois terços pelo menos, de seus tripulantes, serão brasileiros natos.

Parágrafo 1º - Tratando-se de pessoas jurídicas, 100% (cem por cento) de seu capital deverá pertencer a brasileiros natos.

Parágrafo 2º - A armação e propriedade das embarcações de pesca, esporte e recreio, turismo e apoio marítimo pertencerão 100% (cem por cento) a brasileiros natos.

Parágrafo 3º - A condição de brasileiro nato só se comprovará através da Certidão de Nascimento."

QUANTO A EXPLORAÇÃO DA NAVEGAÇÃO:

Considerando que as navegações de cabotagem, interior, fluvial, lacustre e portuária estão localizadas em zona de fronteira e em águas territoriais de segurança nacional, como salientou o Consultor Jurídico da DPC, Dr. Delio Maury, e a definição do RTM-82, devem ser exploradas exclusivamente por brasileiros natos. Conforme a citação feita na página 14 da presente monografia em relação ao método francês, a pesca tem de ser reservada aos cidadãos, salvo o caso de haver uma reciprocidade, como é no Mercado Comum Europeu.

A Grécia possui a exploração da cabotagem, reboque, salvamento e pesca exclusivamente em poder de seus cidadãos.

Parece que o nosso atual governo começa a se preocupar mais em fomentar a indústria naval, do que o anterior.

É de ressaltar que o Excelentíssimo Senhor Ministro da Marinha, Almirante-de-Esquadra Henrique Sabóia, reativou a COMANA - Comissão Marítima Nacional.

Existe uma corrente forte de espírito nacionalista que preconiza o incentivo à indústria naval privada no país, a qual vem se revelando através de vários simpósios e congressos que se vem realizando no país.

*mesb*



As navegações destacadas no caput do 1º art. e no parágrafo segundo do outro artigo referem-se às que são realizadas em áreas de segurança nacional, não importando que tratados ou convenções internacionais, dos quais o Brasil seja signatário, mude ou altere o mar territorial.

O que importa aqui é permitir uma maior participação do empresariado nacional na atividade marítima, mesmo que ele concorra com as empresas já existentes que, em detrimento disso, afretam navios estrangeiros.

A navegação de longo-curso não foi contemplada aqui por se tratar de um tipo *sui generis*, na qual leva-se em consideração os acordos internacionais e as conferências de fretes.

#### QUANTO AO REGISTRO DA EMBARCAÇÃO DE BANDEIRA BRASILEIRA:

É de ressaltar que no estudo que fizemos de nossas Constituições, é princípio secular no Brasil consagrar a propriedade de, embarcações de pesca em mãos de cidadãos, ou seja, o registro da embarcação de bandeira brasileira explorada por brasileiros.

Vimos que no caso dos Estados Unidos da America, o requisito básico para estabelecer qualquer tipo de sociedade que explore a navegação é a maioria ser cidadão americano, ou seja, no mínimo 75% do capital ser controlado por cidadãos americanos.

No caso da República Federal da Alemanha é necessário ser cidadão, mesmo que não resida na Alemanha.

A Noruega e a Turquia definem que, em se tratando de pessoa física, a nacionalidade é obrigatória; no caso de pessoa jurídica, que a maioria do capital, bem como a maioria da diretoria, seja de cidadãos.

Cabe acrescentar que na Ementa à consulta feita ao Consultor Geral da República, Paulo César Cataldo, já mencionado, consta o seguinte:

"Ementa: Deve, a lei. reproduzir a exigência de ser 'brasileiro nato', nas hipóteses em que a Constituição o exige, de sorte a prevenir que o aplicador comum seja induzido a erro."

*Lucas*

01573

Por isso salientamos expressamente em nossa proposta a criação do parágrafo 3º, no sentido de que, uma vez a Carta Magna objetivamente dispondo sobre a natureza da nacionalidade, previnirá que o aplicador comum seja induzido a erro.

O capital — controle acionário das ações nominativas — e a administração devem estar 100% (cem por cento) em poder de cidadãos em todos os tipos de navegação, pelo simples fato de ser hoje, uma realidade o crescente progresso do empresariado nacional ligado ao setor. Assim, será exigido no momento do registro o preenchimento desses requisitos acima expostos.

O Brasil progrediu muito nos últimos anos no setor marítimo e industrial, ao ponto de as exportações de navios dependerem apenas de aprovação pela CACEX, como foi frisado na última SEATRADE, realizada no Museu de Arte Moderna - MAM — na semana de 18 a 24 de outubro do presente ano. Ora vimos que nossa legislação ficara estagnada no tempo, quando não previra a hipótese relativa às Sociedades Anônimas que surgiam no país, dando margem a interpretações de todo, tipo. Então, através de lei federal isso veio a ser regulamentado.

A intenção que tivemos aqui nessa proposta foi exaurir todas as condições necessárias para uniformizar ao máximo a situação do registro da propriedade marítima em poder de brasileiros natos, inclusive frisando tal condição para distingui-la da de brasileiro naturalizado, qualquer que seja a regulamentação federal que disponha em contrário.

## 2 - Proposição não Nacionalista

"Art. A navegação para o transporte de mercadoria pode ser exercida por navios nacionais.

Parágrafo único - Os navios nacionais de pesca, esporte e recreio, turismo e apoio marítimo, estão sujeitos a regulamentação em lei federal."

## QUANTO A EXPLORAÇÃO DA NAVEGAÇÃO

O parágrafo é mais detalhado e corresponde em parte ao da atual Constituição, por permitir a exploração de 100% das referidas navegações por estrangeiros.

Para a exploração da navegação a proposição acima fixa que o tipo de navegação é qualquer um porque não houve a preocupação

.../...

*me*

de privilegiar os cidadãos a exploração específica de uma delas.

O estudo das legislações estrangeiras nos permitiu analisar que a Itália, a Libéria, os Países Baixos e o Panamá não fazem restrições à nacionalidade, embora não sejam unânimes sobre outros aspectos.

#### QUANTO AO REGISTRO DA EMBARCAÇÃO DE BANDEIRA BRASILEIRA

Como já vimos anteriormente, no parecer do Procurador Malheiros sobre a correta técnica legislativa, subordinar a condição da cidadania dos proprietários, armadores e comandantes e parte da tripulação de navios nacionais à navegação, qualquer que seja, num texto constitucional, é dar margem a interpretações arbitrárias, por causa do espírito não nacionalista contido no texto.

Logo, mestres brilhantes e corajosos como Pontes de Miranda, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello e Délio Maury, arvoram a bandeira do espírito nacional para revelar a injustiça dessas arbitrariedades.

Como surtirá efeito essa luta na próxima Constituinte é o que veremos.

O aspecto da nacionalidade nesta proposição foi encarado da forma mais liberal possível. Não exigimos nem a condição de brasileiro por ocasião do registro no Brasil. Assim, brasileiro naturalizado e estrangeiro poderão exercer o direito contido nesta proposição. Isto quer dizer que não haverá requisito constitucional para o registro do navio com bandeira brasileira. Isso será regulamentado em lei federal.

#### 3 - Proposição Intermediária

"Art. As navegações de cabotagem, interior, fluvial lacustre e portuária, para o transporte de mercadorias são privativas de navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Art. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, de seus tripulantes, serão brasileiros.

Parágrafo 1º) Tratando-se de pessoas jurídicas, 60% (sessenta por cento) de seu capital deverá pertencer

01575

a brasileiros e seus administradores serão também brasileiros.

Art. A Armação e propriedade de embarcações de pesca, esporte e recreio, turismo e apoio marítimo pertencerão 100% (cem por cento) a brasileiro, salvo o caso de reciprocidade."

A proposição intermediária foi formulada visando a justiça.

#### QUANTO A EXPLORAÇÃO DA NAVEGAÇÃO

Num país como o Brasil, cujo litoral possui 8.000 quilômetros de extensão e naturalmente privilegiado por vários rios navegáveis, sendo que alguns estão em vias de serem intercanalizados para unir regiões territoriais, a futura Constituição não pode negligenciar no incentivo a seus cidadãos de poder, com recursos próprios explorar tão importante atividade. A proposta formulada acima dispõe que as navegações de cabotagem, interior, fluvial, lacustre e portuária para o transporte de mercadoria são privativas de navios nacionais, por serem atividades exercidas em zona de fronteira e águas territoriais, e portanto, de segurança nacional relevante.

A Inglaterra e Gales estabelecem que para a exploração da pesca, 100% tem de ser de cidadãos.

A França admite a reciprocidade no caso de pessoas jurídicas e 50% do capital pertencente a cidadão residente.

Por isso, previmos também na presente proposta a hipótese de reciprocidade, uma vez que crescem, em importância e em número, Tratados e Convenções Internacionais sobre temas marítimos, dos quais o Brasil tem participado.

#### QUANTO AO REGISTRO DA EMBARCAÇÃO DE BANDEIRA BRASILEIRA

Além de pessoas físicas, as pessoas jurídicas também foram contempladas nesta proposta porque fica estabelecida a margem limítrofe da exploração marítima exclusiva a brasileiros. Assim, não haverá lei federal posterior que possa regulamentar sobre esse percentual. Portanto, no ato do registro no Brasil de embarcação com bandeira brasileira, exigir-se-á a nacionalidade brasileira para a propriedade, armação, comando e dois terços pelo menos da tripulação. E, para pessoas jurídicas, 60% (sessenta por cento) do Capital, bem como seus administradores comprovem, cabalmente, a condição de ser brasileiro.

01576

O Cidadão deve ser protegido do Executivo. É uma forma de obter maior segurança nas relações jurídicas, e neste caso, considerar-se-á uma conquista não só jurídica como ética.

A maioria dos países estudados seguem autonomia similar a essa proposta.

Os Estados Unidos da América permite que, além de natos, os naturalizados e os "derivative" possuam embarcações registradas em seu país sendo 100% sócios gerais e 75% de capital em poder de "US citizen".

A Noruega ainda admite o caso excepcional de estrangeiros residentes permanentemente na Noruega possuam navios registrados na Noruega.

O Brasil é um país que adotou como principal nacionalidade o "jus solis", e por isso, até um passado recente, foi acessível aos imigrantes que aqui vieram se estabelecer.

Embora esse aspecto esteja mudando, preferi fazer referência na presente proposta apenas a "brasileiro", sem a expressa exigência de "brasileiro nato".

A nossa futura Constituição Federal deve esquecer as influências da Declaração Norte Americana que é basicamente jurídica e portanto situa os seus alicerces na escala mais elevada dos Poderes do Estado; assim como a francesa que, por ser filosófica, coloca em mais alto nível a lei e o Parlamento, ou também como a alemã com seu método jurídico-formal ao direito público, ou finalmente como a italiana que nela incorporou a meditação humanística.

São várias as nossas circunstâncias, pois o liberalismo aqui chegou sem a tradição dessas civilizações e perdeu-se no rumo que o autoritarismo imprimiu aos acontecimentos.

Desse ângulo, os Constituintes terão que examinar as circunstâncias nacionais, avaliar as alternativas e optar por soluções realistas.

*mc*

T R A N S C R I C Ã O

Exmo. Sr. Presidente:

Trata-se de apreciar parecer do Sr. Consultor-Geral da República, publicado no D.O. de 24.6.68, que versa sobre a propriedade de barco de pesca.

As conclusões do citado parecer podem ser resumidas nas seguintes: a) as embarcações de pesca só podem ter como proprietários a brasileiros natos; b) o art. 83 da Lei nº 2.180 não se aplica a embarcação de pesca, tendo em vista o que dispõe o art. 8º do Decreto-lei nº 221. Em conclusão sociedades organizadas no país podem ser proprietárias de barcos de pesca.

O parecer em aprêço por meio de uma interpretação errônea do texto constitucional consagra a completa desnacionalização da pesca.

Salientam todos os doutrinadores que os textos legais, devem ser interpretados, tendo em vista a sua finalidade.

O art. 165 da Constituição Federal estabelece que os proprietários de navios nacionais devem ser brasileiros natos. Consagra-se assim a nacionalização da navegação. O art. 83 da Lei 2.180 interpretando o texto constitucional fixa as condições para uma sociedade ser proprietária de embarcações. Ora, aceitar a tese do Consultor-Geral da República é exatamente consagrar uma incongruência: o proprietário individual tem que ser brasileiro nato, enquanto se organizado em sociedade pode ser estrangeiro. Dentro da mesma tese do parecer as ações podem ser integralmente de propriedade de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados. Na verdade, o pensamento esposado significa apenas o seguinte: a qualquer momento uma lei pode consagrar o mesmo princípio para a navegação de longo curso. Enfim, a constituição federal teria deixado a porta aberta para ser burlada. A conclusão que se pode tirar é que os proprietários serão sociedades brasileiras apenas no nome. Todos nós sabemos as críticas violentas que têm sido dirigidas ao critério da sede social para dar nacionalidade a sociedades.

Ao lado do argumento acima que poderíamos dizer de ordem teleológica, há um outro ainda de aspecto jurídico mais evidente: é que o DL 221 não revogou a Lei 2.180. Não houve revogação expressa vez que ele não se referiu a Lei anterior. Restaria analisar se houve uma revogação tácita. Ainda aqui a resposta parece-nos que deve ser negativa, vez que não há choque entre os dois diplomas legais. O DL 221 é apenas mais lacônico e fala apenas em sociedades

organizadas no país. Ora, a Lei 2.180 fala também em sociedades organizadas no país, mas estabelecendo algumas condições a mais. Não há revogação tácita vez que não há incompatibilidade entre os dois textos legais. Argumentar que o DL 221 apenas exige que sejam sociedades organizadas no país é interpretar "contra legem" vez que ela nada diz neste sentido. Aceitar esta interpretação é dizer que a Constituição Federal pode ser burlada desde que os estrangeiros façam uma sociedade, geralmente de fachada, para se tornarem proprietários.

Para concluirmos é de se assinalar que os textos legais devem ser interpretados como um todo, verificando-se a finalidade dos dispositivos da Carta Magna, bem como não se presume uma revogação de lei. Neste sentido já escrevia Carlos Maximiliano:

"... a incompatibilidade implícita entre duas expressões do Direito não se presume; na dúvida se considerará uma norma conciliável com a outra". (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 1961, pg 439).

Ante o exposto sugerimos a V.Exa. o seguinte:

- a) solicitar ao Sr. Consultor-Geral da República, através do Sr. Ministro da Marinha, reconsideração sobre o assunto;
- b) solicitar ao Sr. Ministro da Marinha que se interesse pelo assunto;
- c) enviar a presente exposição de motivos bem como a documentação anterior em anexo para informar ao Sr. Consultor-Geral da República;
- d) salientar no ofício de encaminhamento que o parecer sob o nome de incentivo a pesca acarreta a sua completa desnacionalização, vez que nada impede que 100% do capital das sociedades fique em mãos de estrangeiros.

Assinado: Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello

*me p*

T R A N S C R I Ç Ã O(DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS)JVJ/DM  
DPC-8P A R E C E RRio de Janeiro, GB.,  
Em, 22/7/1968

Assunto: Inconstitucionalidade da desnacionalização da pesca.

Referência: A) Parte final do art.8, do De-lei Nº 221/967; e,  
B) Parecer nº703-H, de 7/6/968, do Exmo. Sr. Consultor-Geral da República, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em 18 dos mesmos mês e ano, publicada no D.O. de 24 seguinte.

Anexo: Processo de Ficha nº 4196/968, desta Diretoria, oriundo do Ofício nº493, de 19/6/968, do Tribunal Marítimo.

1. Prende-se o presente parecer à consulta formulada pela DPC-30, a fim de dirimir controvérsia existente entre o Tribunal Marítimo e a Superintendência do Desenvolvimento da Pesca sobre a participação de capital estrangeiro nas Empresas Pesqueiras Brasileiras.

2. A matéria em aprêço foi recentemente apreciada pela, Douta Consultoria-Geral da República, através do Parecer acima referenciado, que, depois de inquirir de inconstitucional o registro de embarcação de pesca a brasileiro naturalizado, admite que no tocante a sociedades organizadas no país, com participação de capital estrangeiro, inexistente o vício de inconstitucionalidade.

3. Assim, peço vênica para discordar do respeitável parecer, da lavra do Exmo. Sr. Adroaldo Mesquita da Costa, cujo saber jurídico tem ilustrado a Consultoria da qual é Titular, por julgar a tese esposada incoerente e mesmo um contra-senso, que, como é óbvio, ocasionará a completa desnacionalização da pesca, admitindo sua exploração por uma empresa com sua totalidade de estrangeiros, em discrepância com o texto Constitucional, o que não é curial.

4. Ademais, conforme é do conhecimento de V.Sa., a nacionalização da pesca vem sendo uniformemente regulada por vários dispositivos legais desde o advento da Constituição de 1824 até a presente data.

5. À guisa de ilustração, dêles ressalta o art. 2º do Decreto nº876/1856, que dispunha que o Governo limitasse o número de estrangeiros que as Companhias embarcassem em seus barcos de pesca, etc.

6. Outro dispositivo era o art. 3º do Decreto nº478, de 1897, que dispunha, "in verbis":

"Todos os brasileiros natos ou naturalizados que exercerem a profissão marítima ficarão sujeitos ao registro ou à matrícula nas repartições

.../...

*mejs*



01580

competentes do Ministério da Marinha". E o seu parágrafo único determinava ainda: "O Governo expedirá o preciso regulamento para a inscrição marítima da República e regulamentação da pesca, que será nacionalizada".

7. Por seu turno, o Código Comercial no seu artigo 457 dispõe:

"Somente podem gozar das prerrogativas e favores concedidos a embarcações brasileiras, as que verdadeiramente pertencem a súditos do Império, sem que algum estrangeiro nelas possua parte ou interesse. Provando-se que alguma embarcação, registrada debaixo do nome de brasileiro, pertence no todo ou em parte a estrangeiro, ou que este tem nela algum interesse, será apreendida como perdida;"...

8. O Código de Pesca revogado pelo Dec-lei nº 221/67, (no art. 5, do Dec-lei nº 794/938, alterado pelo De-lei nº 1.178/939) estabelecia:

"Somente aos brasileiros é facultado exercer e explorar profissionalmente a pesca." E no seu parágrafo único determinava: "A exigência deste artigo é extensiva aos armadores de pesca e à administração das sociedades civis, comerciais ou industriais, que explorarem a pesca".

9. Atualmente o assunto é regulado pela Lei Ordinária que é o art. 83, da Lei nº 2180/954, em consonância com a Constituição, que dispõe: "O registro da propriedade de navio será deferido exclusivamente: a) brasileiro nato; b) a sociedade constituída de acordo com a lei brasileira, com sede no Brasil, administrada por brasileiros natos e com 60% (sessenta por cento) do seu capital pertencente a brasileiros natos."

10. Não obstante o que ficou acima evidenciado, o Dec-lei nº 221/967, pretendeu alterar um princípio secular defendido por todas as Constituições, quando estabelece no seu artigo 8º: "O registro de propriedade de embarcação de pesca será deferido pelo Tribunal Marítimo exclusivamente a brasileiros natos e naturalizados ou a sociedades organizadas no País."

11. Assim, examinando a matéria sub judice dentro do âmbito da Constituição de 1967, chega-se à conclusão de que o citado art. 8, do Dec-lei nº 221/967, na parte concernente a brasileiro naturalizado ou a sociedades organizadas no País é totalmente inconstitucional, pelos motivos que adiante se contêm:

- 1) o Parágrafo único do art. 91 da Constituição estabelece "A lei especificará as áreas indispensáveis à Segurança Nacional, regulará sua utilização e assegurará, nas indústrias nelas situadas, predominância de capitais e trabalhadores brasileiros."

*meas*

3) o artigo 165 da Constituição estabelece:

"A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública."

Parágrafo único - "Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes devem ser brasileiros natos."

12. Ora, a pesca é uma atividade de âmbito basicamente interno, de interesse da defesa nacional, por ser exercida em zonas de fronteiras (águas territoriais e litoral), devendo, em consequência, o direito assegurado aos estrangeiros ser submetido aos preceitos do Parágrafo único do art. 91 supramencionado, o que parece não foi objeto de apreciação por parte da Douta Consultoria.

13. Ademais, o texto do Parágrafo único do art. 165, também citado determina que os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços de seus tripulantes devem ser apenas brasileiros natos, não admitindo brasileiro naturalizado ou estrangeiro.

14. À vista do exposto, uma sociedade que explora a pesca, para estar dentro dos limites Constitucionais, deverá obedecer aos requisitos da alínea b, do art. 83, da Lei nº 2.180/954, ou seja, sociedade com 60% de seu capital pertencente a brasileiro nato.

15. Nestas condições, sou de parecer que o caso seja submetido à apreciação do Exmo. Sr. Ministro da Marinha, a fim de ser solicitado, ao Exmo. Sr. Consultor-Geral da República, reexame da matéria, dada a relevância do assunto, conforme houve por bem salientar o Tribunal Marítimo, ao defender a nacionalização da pesca, com a qual estou de acordo, por estar sob a Égide da Constituição do Brasil de 1967.

16. É o meu parecer, S.M.J.

Assinado : DELIO MAURY - Assistente Jurídico

*meas*

T R A N S C R I Ç Ã OCOMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967

## 20. NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM E NAVIOS NACIONAIS .

Art. 173 - A navegação<sup>1</sup> de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais<sup>2</sup>, salvo caso de necessidade pública.

§1º - Os proprietários, armadores, e comandantes de navios nacionais<sup>3</sup>, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, serão brasileiros natos.

§2º - O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos navios nacionais de pesca, sujeitos a regulamentação em lei federal<sup>4</sup>.

\*\*\* \* \*\*\*

1) I. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, omissa. II. CONSTITUIÇÃO DE 1891, omissa. III. CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 132: "Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes, na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos". IV. CONSTITUIÇÃO DE 1937, art. 149, semelhante. V. CONSTITUIÇÃO DE 1946, Art. 155: "A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública". Parágrafo único: "Os proprietários armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros.

2) NACIONALIDADE DOS NAVIOS. - Os navios têm nacionalidade, sem que se pretenda identificar com o conceito de nacionalidade, quando se fala de pessoas físicas, e o conceito de nacionalidade, quando se fala de pessoas jurídicas, o conceito de nacionalidade, em se aludindo a navios. A respeito cf. nosso Tratado de Direito Internacional Privado, I, 449. Certo, não se pode falar da nacionalidade de uma pessoa jurídica, como se fala da nacionalidade de um ser humano: o laço que prende ao Estado a pessoa física é bem mais forte, mais intenso, mais nítido. Os Estado compõem-se de indivíduos, o que, por si só, já os torna necessários. As relações de direito público em que figura o ser humano (como o direito de voto, os deveres cívicos, principalmente militares), são bem mais numero-

sas do que aquelas em que se pode achar a pessoa jurídica. Sábio colega, que prestou enorme serviço exatamente no caracterizar a diferença entre a nacionalidade do indivíduo e a chamada nacionalidade das pessoas jurídicas, foi, todavia, além do que fôra preciso. "Um crédito", disse J.P. NIBOYET, "não tem nacionalidade, só porque se submete à lei do domicílio do credor ou do devedor". Adiante advertiu em que o fato de ser um automóvel matriculado em certo país não lhe confere nacionalidade, e não se justifica falar-se da nacionalidade das aeronaves, etc. A situação não é a mesma; o que existe é gradação de laço, que vai, decrescentemente, da pessoa física e da pessoa jurídica de direito público até às pessoas jurídicas de direito privado, ao navio, à aeronave. Já o navio e a aeronave não têm personalidade, de modo que não se justifica argumentar com o crédito, o navio, a aeronave, como se estivessem na mesma situação em que as pessoas jurídicas.

A clareza do art. 173 dispensa comentários. Quanto à tripulação, não se há de entender a que está matriculada, ou inscrita, para um navio, mas a que está destinada a êle, e nêle efetivamente se acha; de modo que, em qualquer pôrto, a tripulação do navio há de ser em dois terços, pelo menos, composta de Brasileiros natos.

3) LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA. - Com a informação explícita de pretender regular a aplicação do art. 149 da Constituição de 1937, foi publicado o Decreto-lei n. 988, de 28 de dezembro de 1938, com o seguinte artigo único: "Aos Brasileiros naturalizados, que em 10 de novembro de 1937 estavam exercendo as atividades reservadas no art. 149 da Constituição aos Brasileiros natos, fica marcado o prazo de três anos, a contar da data desta lei, para deixarem o seu exercício; revogadas as disposições em contrário". Afastada a questão de poder ser alterada, sem o rito próprio, a Constituição de 1937, ficaria a de se saber se o Poder Legislativo — fôsse o Parlamento, fôsse o Presidente da República — tinha competência para marcar prazos naquelas espécies em que a Constituição se aplica sem prazo, segundo o teor das suas regras jurídicas e, pois, conforme os princípios de direito intertemporal das Constituições — imediatamente. A resposta tinha de ser negativa: o prazo fixado pelo Decreto-lei n.988 era inconstitucional.

Regia a navegação de cabotagem o Decreto-lei n. 2.784, de 20 de novembro de 1940, que era, no caso essencial, perfeitamente acorde com a Constituição de 1946.

Posteriormente, a Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, estabeleceu, no art. 75: "O registro da propriedade das embar-

cações de mais de vinte toneladas tem por objeto a nacionalidade, validade, segurança e publicidade da propriedade das embarcações brasileiras". Na lei n. 5.056, de 29 de junho de 1966, art. 12, lê-se: "É obrigatório o registro, no Tribunal Marítimo, de armador de embarcações mercantes de mais de vinte toneladas brutas, mesmo quando a atividade fôr exercida pelo respectivo proprietário, exceto quanto às empregadas exclusivamente no serviço público"; e no art. 12, parágrafo único: "As disposições dêste artigo são igualmente aplicadas ainda que se trate de embarcações de tonelagem inferior desde que providas de propulsão mecânica e se dediquem a qualquer atividade lucrativa de barra-a-fora". No art. 83 da referida Lei n. 2.180: "O registro da propriedade de navio será deferido exclusivamente: a) a brasileiro nato; b) a sociedade constituída de acôrdo com a Lei brasileira, com sede no Brasil, administrada por brasileiros natos e com 60% (sessenta por cento) do seu capital pertencente a brasileiros natos; c) a brasileiro naturalizado que se compreenda no art. 20 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias votado com a Constituição Federal de 18 de setembro de 1946". Acrescenta o parágrafo único: "Estão compreendidas na alínea c dêste artigo as embarcações empregadas na pesca litorânea ou interior". Estabelece o art. 84: "O brasileiro nato casado com estrangeira ou brasileira naturalizada pode ser proprietário de navio nacional; mas, se perder, nos termos da lei civil, a direção dos seus bens ou dos bens do casal, o navio só poderá ser explorado por armador legalmente habilitado". E o art. 85: "A brasileira nata casada com estrangeiro ou brasileiro naturalizado pode ser proprietária de navio nacional, se êste fôr excluído da comunhão de bens e competir à mulher a sua administração nos termos da lei civil; mas, se perder a mulher essa administração, o navio somente poderá navegar sob a direção e responsabilidade de armador legalmente habilitado".

4) NAVIOS NACIONAIS DE PESCA. — O art. 173, § 1º, exigiu serem Brasileiros natos os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, e dois terços, pelo menos, dos tripulantes. Podia ser atenuada a exigência; não no foi. Mas interesses estranhos, evidentes, inclusive e de contrabando de minérios, introduziram o § 2º. É o que acontece, de regra, com as Constituições feitas em segredo, sem a vontade do povo e sem a deliberação do Poder Legislativo. Os navios nacionais de pesca podem ser, se o Congresso Nacional sofre a mesma pressão, isto é, se na lei federal não se estabelecem pressupostos que atendam ao interesse nacional, com proprietários estrangeiros, armadores estrangeiros, comandantes estrangeiros e tripulação toda estrangeira. É caso de investigação para

saber quem pôs esse parágrafo 2º no texto da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Quem; isto é, qual o grupo.

Ao Congresso Nacional ficaram o encargo e a responsabilidade da defesa do interesse nacional quando tiver de redigir a lei federal. O art. 173, § 2º, não dispensa os requisitos in abstracto; depende de lei: não é self-executing, a despeito de talvez ter si do êsse o propósito originário.

A regra jurídica do art. 173, § 2º, compreende a pesca em águas interiores do Brasil, no mar territorial brasileiro, nas zonas de alto mar conforme o que se estabeleça em tratado ou convenção que o Brasil haja ratificado, nas zonas contíguas de que trata o Decreto-lei n.44, de 18 de novembro de 1966, arts. 2º e 3º, e na plataforma marítima (dita, na Constituição de 1967, art. 4º, III, "plataforma continental"), cuja profundidade há de ser de acôrdo com as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (Decreto-lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1957, art. 4º; Lei n. 5.438, de 20 de maio de 1968).

No Decreto-lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1957, art. 24, está dito: "Na composição da tripulação das embarcações de, pesca será observada a proporcionalidade de estrangeiros prevista na Constituição das Leis de Trabalho".

Pontes de Miranda



REFERÊNCIAS:

- (1) - Daniel Danjon, Traité, I, nº 33
- (2) - Sampaio de Lacerda, Curso de Direito Privado da Navegação, Vol. I, 3a. Edição
- (3) - Georges Ripert, Précis de Droit Maritime, tradução espanhola de Pedro G. San. Martin, Buenos Aires, 1954, Pág. 13
- (4) - Sampaio de Lacerda, Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico, edição 1954, pág. 49
- (5) - Pontes de Miranda, Anexo C, (Comentários à Constituição Brasileira de 1967 - art. 173, pág. 295 e seguintes
- (6) - René Rodière, Droit Maritime, pág. 53
- (7) - Idem (2) supra, págs. 57-58
- (8) - Revista Portos e Navios, mês de agosto de 1985, pág. 6

\*\*\* \* \*\*\*

mesas

BIBLIOGRAFIA

- 1 - Constituições do Brasil - Editora Atlas S.A.  
Compilação dos textos, notas, revisão e índices:  
Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole.
- 2 - Regulamento para o Tráfego Marítimo - 1982  
Decreto nº 5.978, de 11 de junho de 1940, alterado  
pelo Decreto nº 50.114, de 26 de janeiro de 1961
- 3 - Droit Maritime - DALLOZ - René Rodière,  
Neuvième Édition.
- 4 - Handbook on Maritime Law - Volume III - Registration  
of Vessels Mortgages on Vessels - Argentina - Norway -  
Edited by Lennart Hagberg - written by members of the  
Committee on Maritime and Transport Law of the section  
on Business Law of the International Bar Association -  
1983 - Kluwer Law and Taxation Publishers, Dwyer, The  
Netherlands.
- 5 - Código Comercial Brasileiro, lei nº 556 de 1850.
- 6 - Lei nº 2.180 de 05.02.1954 - Tribunal Marítimo.
- 7 - Ely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro,  
8a. Edição, Editora Revista dos Tribunais  
São Paulo 1981, págs. 122 e ss.
- 8 - Code of Federal regulations - Shipping - 46 - part 67 -  
parts 41 to 69 - revised as of October 1, 1983.
- 9 - Pareceres:
  - a) Consultor Geral da República Adroaldo de Mesquita da Costa, de 07.06.68
  - b) Procurador Chefe Ulisses Gomes de Oliveira, de 15.10.63
  - c) Juiz do Tribunal Marítimo Prof. Celso Renato Duvivier de Albuquerque  
Mello, de 1968
  - d) Assistente Jurídico da Diretoria de Portos e Costas, de 1984  
Procurador Moacir José Malheiros, de 1984
- 10 - Revista do Cinquentenário do Tribunal Marítimo - Artigo: O Registro  
Naval no Tribunal Marítimo - Dr. Aurelio Pitanga Seixas Filho - 1984
- 11 - Convenção Internacional - Bruxelas, em 27 de maio de 1967
- 12 - Ata da 716a. Reunião de Estudos, realizada em 5 de julho de 1985 na  
Associação Brasileira de Direito Marítimo, proposta elaborada pelo  
Secretário Geral, Dr. Manoel Moreira de Barros e Silva

*12/11/83*



01588

Trabalho realizado por

MONIQUE CALMON DE ALMEIDA BIOLCHINI

Rio de Janeiro, 20 de novembro de 1985

*Monique Calmon de Almeida Biolchini*



Excelentíssimo Senhor  
Dr. JOSÉ SARNEY  
DD. Presidente da República  
Federativa do Brasil  
PALÁCIO DO PLANALTO

7 0 1 6 0 BRASÍLIA - DF

2896716

Vereadora NOÉLIA MONTE CRAVO LIXO  
Câmara Municipal de Embu-Guaçu  
Rua Emília Pires, 135 - centro

0 6 9 0 0 EMBU-GUAÇU - SP

1 doc.  
1985  
14 fls.

MC74  
cc/sig

Código antigo:  
01.02370

III ENCONTRO NACIONAL DE CONSELHOS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS

1985  
A

A IMPORTÂNCIA DOS CONSELHOS  
DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DENTRO DO  
SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

José Maria de Jesus e Silva  
Conselheiro do CCM do Maranhão

Belém.

1985

III ENCONTRO NACIONAL DE CONSELHOS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS

A IMPORTÂNCIA DOS CONSELHOS  
DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DENTRO DO  
SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

José Maria de Jesus e Silva

Conselheiro do CCM do Maranhão.

BELEM

1985

A IMPORTÂNCIA DOS CONSELHOS  
DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DENTRO DO  
SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

A IMPORTÂNCIA DOS CONSELHOS  
DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DENTRO DO  
SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

1. - INTRODUÇÃO

Recebi, com desvanecido orgulho, o nobre encargo de proferir uma conferência neste Conclave, sobre o tema "A Importância dos Conselhos de Contas dos Municípios dentro do Sistema Nacional de Fiscalização Financeira e Orçamentária".

Sinceramente que não apelo para a falsa modéstia ao me julgar aquém da abordagem científica que o tema e este augusto Plenário merecem. Por isso mesmo, tracei limites às minhas considerações, que não vão além da experiência adquirida nestes poucos anos de investidura no cargo de Conselheiro.

O tema que me foi proposto oferece, logo à primeira vista, dois significativos destaques: é a caracterização da Fiscalização Financeira e Orçamentária como Sistema Nacional, e diz respeito, também, à importância dos Conselhos de Contas dos Municípios dentro desse Sistema.

## 2. - DO SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA.

### 2.1. - O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO E O CONSELHO DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS NA PALAVRA DO MINISTRO MÁRIO PACCINI.

Em memorável pronunciamento feito em Goiânia, no II Encontro Nacional de Conselhos de Contas dos Municípios, o Ministro Mário Paccini, então Presidente do Tribunal de Contas da União, proclamou bem alto o caráter sistêmico da Fiscalização Financeira e Orçamentária dos poderes públicos do País, quando assim se manifestou, *verbis*:

"Temos que entender que nós, a começar do Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios, os Conselhos de Contas, formamos um sistema e temos que defender esse Sistema.

...todos nós, com as denominações que tivermos, somos homens que exercemos tarefas da mais alta relevância e dentro do mesmo Sistema.

...estamos fazendo o mesmo serviço, com a mesma importância e com a mesma eficácia. Estamos prestando um mesmo serviço à Nação brasileira.

Eu quero dizer que a importância dos Conselhos de Contas dos Municípios cada vez mais cresce na minha opinião.

...é por que eu entendo que os senhores estão mais perto dos Municípios e que podem fazer aquilo que nós dos Tribunais de Contas quisemos fazer".

Eis aí, senhores, a mais autorizada concepção jurídico-administrativa da sistematicidade da Fiscalização Financeira e



orçamentária dos Poderes constituídos da União, nos três níveis do seu desdobramento hierárquico, e uma corajosa proclamação da importância dos Conselhos de Contas para a boa estruturação e operacionalização desse sistema.

## 2.2. - O CARÁTER SISTÊMICO DA FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA.

A renda nacional é produto de um macrossistema administrativo, que gerencia recursos e esperanças em nível do setor público e do setor privado. Tanto este como aquele têm um caráter sistêmico, pois a eficácia do seu desempenho depende da adoção de procedimentos técnicos que racionalizem a ação, compatibilizando fins realistas e os meios eficazes para alcançá-los. Isto significa dizer que administrar é planejar, sistematizar, procedimentos e ordená-los hierarquicamente segundo as clássicas funções administrativas de que falava Fayol, a saber: a previsão, a organização, a coordenação, a direção, o controle.

Situada hierarquicamente no fim dessa sequência administrativa, a função controle não perde em importância para as demais. Muito pelo contrário. Ela é que caracteriza a administração como sistema aberto, intencional e auto-adaptativo.

Como subsistema processador de informações, o controle transforma os dados recebidos em critérios de aferição dos re-

sultados obtidos pela ação planejada. Com isso, ele realimenta a máquina administrativa, e lhe dá a necessária fluidez para a auto-regulagem dos seus mecanismos de direção, a fim de corrigir os desvios ocorridos e reajustar-se às modificações do macro-sistema ambiental.

No âmbito da administração pública brasileira, o Sistema de Fiscalização Financeira e Orçamentária tem a sua execução constitucionalmente definida em duas órbitas de controle: o Controle Externo, exercido pelo Poder Legislativo, visa à verificação da probidade administrativa, o emprego legal dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei de Orçamento; o Controle Inter-no, exercido pelo Poder Executivo, tem por objetivo fiscalizar a legalidade dos atos administrativos, a fidelidade funcional dos gestores de bens e valores públicos e o fiel cumprimento dos programas de trabalho.

A Lei Maior deu ao Controle Externo um caráter sistêmico e o subdividiu em três subsistemas, que refletem as peculiaridades institucionais dos níveis de governo que compõem o Estado Federativo Brasileiro: trata-se do Subsistema de Controle Externo da União, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União; o Subsistema dos Estados, a cargo das Assembléias Legislativas, com o auxílio dos Tribunais de Contas; e o Subsistema dos Municípios, exercido pelas Câmaras de Vereadores, com o auxílio dos Tribunais ou dos Conselhos de Contas, onde eles existirem, conforme preceitua o § 1º do art. 16 da Constituição Federal.

### 2.3. - O CONSELHO DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS COMO FATOR DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA.

O mandamento constitucional supracitado, ao facultar a criação dos Conselhos de Contas dos Municípios, deu ao Controle Externo da Fiscalização Financeira e Orçamentária uma dimensão técnica e um caráter eminentemente sistêmico, entre cujas vantagens podemos assinalar as seguintes:

- a) - hierarquização da função controle em áreas de competência especializada, com o que adquiriu ela maior eficiência na fiscalização das contas dos Estados e dos Municípios, visto que estas estavam cumulativamente centralizadas na exclusiva órbita dos Tribunais de Contas;
- b) - maior rapidez na apreciação das contas municipais, eliminando-se o estrangulamento do fluxo de processos que se acumulavam no correr dos anos;
- c) - compatibilização da ação fiscalizadora tradicional com uma modalidade nova — o controle preventivo — representado este pela prática pedagógica de uma orientação sistemática às Prefeituras e Câmaras Municipais;
- d) - crescente redução dos índices de rejeição das contas ao nível dos Conselhos e das Câmaras Municipais.

#### 2.4. - PECULIARIDADES E PROBLEMAS DO CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS MUNICIPAIS.

Tal como ocorre ao nível da União e dos Estados, o controle externo da fiscalização financeira e orçamentária dos municipios apresenta peculiaridades e problemas que vão aqui sucinta-mente expostos. A primeira consideração que se impõe é a constatação de uma dualidade de sistemática no controle das contas municipais. Estas, quando pertinentes a dirigentes de entidades paraestatais, compreendendo sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações mantidas ou subvencionadas com verbas municipais, são julgadas diretamente pelo Tribunal ou Conselho de Contas, na forma do que preceitua a Lei 6.223, de 14 de junho de 1985. Como se vê, o sistema controlador é representado por um único órgão (em nosso caso o Conselho), o qual exerce poder judicante pleno, eis que a lei exclui o Legislativo da apreciação de tais contas.

O mesmo, porém, já não ocorre com o exame das contas da Câmara e dos órgãos da administração direta e indireta do Poder Executivo. Neste caso, o § 1º do art. 16 da Constituição Federal, à semelhança do que reza o art. 70 da mesma Carta Magna, atribui aos Tribunais e aos Conselhos de Contas competência para emitirem Parecer Prévio sobre as contas municipais, condicionando, entretanto, a eficácia deste à decisão política do Poder Legislativo.

É perfeitamente admissível que o controle político do Le-

gislativo sobre a gestão financeira e orçamentária do poder público se harmonize com o controle contábil e financeiro dos órgãos de contas; não porém que a este se sobreponha, com mero respaldo em uma decisão por maioria de dois terços, a qual não raro desconhece razões de natureza técnica.

Pior ainda é o que se nos depara no § 6º do art. 72 da Constituição Federal, o qual considera insubsistente a impugnação, pelo órgão de contas, de um contrato viciado de ilegalidade, no caso de o Poder Legislativo não se pronunciar sobre o mesmo no prazo de trinta dias. É de estranhar-se que a omissão do Legislativo dê força constitucional ao silêncio para invalidar um ato rigorosamente técnico, inspirado no melhor propósito de sanear e moralizar a administração da coisa pública.

Jã falava a sabedoria antiga, pela voz de Parmênides, que "*ex nihilo nihil*" — do nada, nada pode provir. Consequentemente, vale dizer-se — "*mutatis mutandis*" — que o silêncio como fato negativo não pode ser susceptível de efeito positivo!

De acordo com a moderna teoria de sistemas, o melhor mecanismo de controle é aquele que propicia o "*feedback*", ou seja, a realimentação do processo administrativo com dados informativos que permitam identificar, no curso da ação planejada, possíveis distorções nos elementos de saída, apurar suas causas, enviar informações ao centro de decisão e introduzir as correções necessárias. Nesta acepção, o controle é mais um instrumento de prevenção do que de identificação de erros. Sua atuação deve

dar-se- "ex ante" e *durante*; jamais apenas "ex post". Tal não é porém o que se verifica no atual Sistema de Controle Externo da Fiscalização Financeira e Orçamentária.

Nele o controle fiscalizador, em tese, é feito "*a posteriori*" da ação administrativa. Tanto é assim que as Cortes de Contas já não fazem hoje o exame prévio dos contratos, tal como antigamente, o que enseja a realização de obras e serviços viciados "*ab initio*" pela ilegalidade.

"*Contrario sensu*", porém, o art. 71, item I, da Constituição Federal demonstra que o legislador maior pretendeu dar um caráter dinâmico e apriorístico ao controle externo, ao preceituar que "o Poder Executivo manterá sistema de controle interno, a fim de criar condições indispensáveis para assegurar eficácia ao controle externo e regularidade à realização da receita e da despesa". O texto prevê uma interação entre os dois subsistemas de controle: o interno e o externo. Como podem assegurar-se tal interação e eficácia ao controle externo se este não pode antecipar-se ou acompanhar dinamicamente a ação administrativa para prevenir erros e garantir a sua regularidade?

Evidente é a analogia entre as Cortes de Contas e o Poder Judiciário. Como este, têm elas uma faculdade judicante plena sobre as contas das paraestatais, e faculdade relativa que se consubstancia no Parecer Prévio. Falta-lhes, contudo, para maior coerência e poder decisório dessa faculdade judicante, que se lhes dêem atribuições legais para poderem promover a execução dos seus próprios julgados. Sem isso, as Cortes de Contas conti

nuarão reduzidas, na prática, à condição de mera assessoria técnica do Legislativo para o controle externo da fiscalização financeira e orçamentária da União, dos Estados e dos Municípios.

### 3. - PROPOSIÇÕES

O diagnóstico dos problemas que afetam o atual sistema de controle externo das contas municipais aconselha a adoção das seguintes providências legais e administrativas:

#### 3.1. - PROVIDÊNCIAS AO NÍVEL DA UNIÃO

Devem os Conselhos de Contas desenvolver um trabalho sistemático junto aos poderes competentes da União, visando a:

- a) - dar maior poder às decisões dos Conselhos de Contas e Tribunais, com disposições legais que proporcionem maior eficácia ao Parecer Prévio;
- b) - ampliar a área de fiscalização "*a priori*", estendendo-a ao exame prévio dos contratos, com força para impugná-los e sustar sua execução, sem a possibilidade legal de tal impugnação se tornar insubsistente, segundo a hipótese prevista no § 6º do art. 72 da Consti-

tução Federal;

- c) - fortificar o poder decisório das Cortes de Contas com a faculdade legal de darem execução a seus próprios julgados.

### 3.2. - PROVIDÊNCIAS A CARGO DOS CONSELHOS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS.

Intensificar esforços para a rápida implementação das Diretrizes da Política Nacional dos Conselhos de Contas dos Municípios, aprovadas na Reunião de Goiânia, especialmente no que tange às seguintes providências:

- a) - realizar gestões junto aos membros da Assembleia Nacional Constituinte, visando à introdução de dispositivos no texto da nova Constituição Federal, que definam a competência exclusiva dos Conselhos de Contas para auxiliarem a Câmara no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária dos municípios;
- b) - desenvolver esforços para a criação de novos Conselhos de Contas dos Municípios em outros Estados da Federação;
- c) - promover o aperfeiçoamento e a uniformização das atividades fiscalizadoras dos Conselhos de Contas.



#### 4. - CONCLUSÃO

A importância dos Conselhos de Contas dos Municípios no Sistema Nacional de Fiscalização Financeira e Orçamentária não tem a demonstrá-la apenas o peso de razões de natureza técnica. Mais do que elas fala o êxito alcançado pelos Conselhos de Contas, resultado positivo que se evidencia no aprimoramento da gestão financeira e orçamentária dos municípios, no estreito intercâmbio hoje existente entre as Prefeituras e o ôrgão fiscalizador, na implantação de uma nova filosofia de controle. Esta tem um caráter pedagógico, por se inspirar no princípio de que é melhor prevenir do que corrigir.

Por isso, os Conselhos substituíram a fiscalização inquisitorial pela fiscalização orientadora, feita "*in loco*", no seio das próprias comunidades interioranas.

O êxito operacional dos Conselhos faz deles não apenas uma "experiência vitoriosa", mas uma realidade que veio para ficar e enriquecer, com os seus subsídios, o sistema de fiscalização financeira e orçamentária do País. Força nenhuma lhes vedará o acesso a todos os Estados da Federação. E este acesso já não é um objetivo longínquo ou difícil, mas uma meta ao alcance de nossas mãos. Atingi-la é apenas questão de tempo e pouco tempo. Bastam-nos para tanto os ventos favoráveis da nova realidade histórica que vive presentemente o Brasil. Isto porque os ventos da História sempre sopram em favor daqueles que madrugam no cumprimento do dever.

35 docs.

1485

48 fls.

MC 74

cechug

Códigos antigos:

01.02362

01.02374

01.02364



## CÂMARA DOS DEPUTADOS

## PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Nº , de 1985

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgam a seguinte Emenda à Constituição Federal:

Art. 1º O Capítulo VI da Constituição Federal de 24.01.67, passa a vigorar com a seguinte redação; renumerados os atuais artigos 65 a 72 para 64 a 71, respectivamente.

## CAPÍTULO VI

## DO PODER LEGISLATIVO

## Seção I

## Disposições Gerais

Art. 27 O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Art. 28 A eleição para Deputados e Senadores far se-á simultaneamente em todo o País.

Art. 29 O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital da União, de 1º de março a 30 de junho e de



1º de agosto a 5 de dezembro.

§ 1º A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

a) pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de sítio, de estado de emergência ou de intervenção federal;

b) pelo Presidente da República, pelo Presidentedo Senado, juntamente com o Presidente da Câmara dos Deputados, ou por maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante.

§ 2º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual for convocado.

§ 3º Além de reunião para outros fins previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sob a presidência da Mesa deste, reunir-se-ão em sessão conjunta para:

I - inaugurar sessão legislativa; e

II - elaborar regimento comum.

§ 4º Na inauguração da sessão legislativa comparecerá o Presidente da República para a entrega da Mensagem ao Congresso Nacional, quando exporá a situação do país, seu plano de Governo e solicitará as providências que julgar necessárias.



Art. 30 A cada uma das Câmaras compete elaborar seu regimento interno, dispor sobre seu funcionamento, polícia e provimento de seus serviços, observando-se as seguintes normas:

a) na constituição das comissões, assegurar-se-á, tanto quanto possível a representação proporcional dos partidos nacionais que participem da respectiva Câmara;

b) a Mesa da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal, encaminhará diretamente aos órgãos solicitados, peditos de informação sobre fato relacionado com matéria legislativa em trâmite ou sujeito à fiscalização do Congresso Nacional ou de suas Casas;

c) será de dois anos o mandato dos membros da Mesa de qualquer das Câmaras, proibido a participação na Mesa seguinte.

Art. 31 Salvo disposição constitucional em contrario, as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria de seus membros.

Art. 32 Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma até a inauguração de legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafian



cãvel, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos dentro de 48 (quarenta e oito) horas à Câmara respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria dos seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 3º Se a respectiva Câmara indeferir o pedido de licença ou não deliberar sobre o mesmo, não correrá prescrição enquanto perdurar o mandato do parlamentar.

§ 4º Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º A incorporação às Forças Armadas, de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

§ 6º As prerrogativas processuais dos Senadores e Deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de 30 (trinta) dias, ao convite judicial.

Art. 33 Os Deputados e Senadores perceberão, igualmente, subsídio mensal, representação e ajuda de custo, es tabelecidos no fim de cada legislatura para a subsequente.

Art. 34 Os Deputados e Senadores não poderão:



I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo, função ou emprego, de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades referidas na alínea a do item I;

c) exercer outro cargo eletivo federal, estadual ou municipal; e

d) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere a alínea a do item I.

Art. 35 Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;



II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa anual, à terça parte das sessões ordinárias da Câmara a que pertencer, salvo doença comprovada, licença ou missão autorizada pela respectiva Casa;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos.

§ 1º Além de outros casos definidos no regimento interno, considerar-se-á incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas ao congressista ou a percepção, no exercício do mandato, de vantagens ilícitas ou imorais.

§ 2º Nos casos dos itens I e II, a perda do mandato será declarada pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, mediante provocação de qualquer de seus membros, da respectiva Mesa ou de partido político.

§ 3º No caso do item III, a perda do mandato poderá ocorrer por provocação de qualquer dos membros da Câmara, de partido político ou do primeiro suplente do partido, e será declarada pela Mesa da Câmara a que pertencer o representante, assegurada plena defesa e podendo a decisão ser objeto de apreciação judicial.





§ 4º Nos casos previstos no item IV deste artigo, a perda ou suspensão será automática e declarada pela respectiva Mesa.

Art. 36 Não perde o mandato o Deputado ou Senador investido na função de Ministro de Estado, Governador do Distrito Federal, Governador de Território, Secretário de Estado, Secretário do Distrito Federal e Secretário de Prefeituras de Capitais ou quando licenciado.

§ 1º Convocar-se-á suplente nos casos de vaga, de licença por período igual ou superior a 120 (cento e vinte) dias ou investidura em funções previstas neste artigo. Não havendo suplente e tratando-se de vaga, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de doze meses para o término do mandato.

§ 2º Com licença de sua Câmara, poderá o Deputado ou Senador desempenhar missões de caráter diplomático ou cultural.

At. 37 A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros.

Parágrafo Único. Não será criada comissão parlamentar de inquérito enquanto estiverem funcionando concomitan



temente pelo menos cinco, salvo deliberação da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

Art. 38 Os Ministros de Estado serão obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões, quando convocados para, pessoalmente, prestarem informações acerca de assunto previamente determinado.

§ 1º A falta de comparecimento, sem justificação, importa crime de responsabilidade.

§ 2º Os Ministros de Estado, a seu pedido, poderão comparecer perante as comissões ou o plenário de qualquer das Casas do Congresso Nacional e discutir projetos relacionados com o Ministério sob sua direção.

## SEÇÃO II

### DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 39 A Câmara dos Deputados compõe-se de até quatrocentos e oitenta e sete representantes do povo, eleitos, dentre cidadãos maiores de dezoito anos e no exercício dos direitos políticos, por voto direto e secreto em cada Estado ou Território e no Distrito Federal.

§ 1º Cada legislatura durará quatro anos.



§ 2º Observado o limite máximo previsto neste artigo, o número de Deputados, por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, para cada legislatura, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado ou o Distrito Federal tenha mais de sessenta ou menos de oito Deputados.

§ 3º Excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado na Câmara por quatro Deputados.

§ 4º No cálculo das proposições em relação à população, não se computará a dos Territórios.

Art. 40 Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - declarar, por dois terços dos membros, a procedência de acusação contra o Presidente da República e os Ministros de Estado;

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentada ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa.

III - propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos.

SEÇÃO III



DO SENADO FEDERAL

Art. 41 O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos.

§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

§ 2º A representação de cada Estado e do Distrito Federal renovar-se-á de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

§ 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes:

Art. 42 Compete privativamente ao Senado Federal:

I - julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade;

III - aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha de magistrados, nos casos determinados pela Constitui



ção, dos Ministros do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República, do Presidente do Banco Central do Brasil, do Governador do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios, dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos Chefes de missão diplomática de caráter permanente;

IV - autorizar empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ou qualquer órgão, entidade ou sociedade de que os mesmos participem;

V - legislar para o Distrito Federal, segundo o disposto no § 1º do artigo 17, e nele exercer a fiscalização financeira e orçamentária, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República e mediante resolução, limites globais para o montante da dívida consolidada dos Estados e dos Municípios; estabelecer e alterar limites de prazo, mínimo e máximo, taxas de juros e demais condições das obrigações por eles emitidas; e proibir ou limitar temporariamente a emissão e o lançamento de quaisquer obrigações dessas entidades;

VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;



VIII - expedir resoluções; e

IX - propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimen -  
tos.

Parágrafo Único. Nos casos previstos nos itens I e II, funcionará como Presidente do Senado Federal o do Supremo Tribunal Federal; somente pelo voto de dois terços dos membros será proferida a sentença condenatória, e a pena limitar-se-á à perda do cargo, com inabilitação, por cinco anos, para o exercício de função pública, sem prjuízo de ação da justiça ordinária.

#### SEÇÃO IV

##### Das Atribuições do Poder Legislativo

Art. 43 Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

I - distribuição de rendas, matéria financeira, inclusive tributos e sua arrecadação:

II - orçamento anual e plurianual; abertura e operação de crédito; dívida pública; emissões de curso for



çado;

III - fixação dos efetivos das Forças Armadas para o tempo de paz;

IV - planos e programas nacionais e regionais de desenvolvimento;

V - criação de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos;

VI - limites do território nacional; espaço aéreo e marítimo; bens do domínio da União;

VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII - concessão de anistia;

IX - organização administrativa e judiciária dos Territórios; e

X - contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, §1º, 175, § 4º e 178.

Art. 44 É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados,



convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra e a fazer a paz; a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, nos casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País;

IV - aprovar ou suspender medida de emergência, estado de sítio, estado de emergência ou intervenção federal;

V - aprovar a incorporação ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;

VI - mudar temporariamente a sua sede;

VII - fixar, para vigor na legislatura seguinte, a ajuda de custo dos membros do Congresso Nacional assim como os subsídios destes, os do Presidente e os do Vice-Presidente da República;

VIII - julgar as contas do Presidente da República;

IX - deliberar sobre o adiamento e a suspensão de suas sessões; e

X - conceder anistia relativa a crimes políticos.





Art. 45      Funcionará no Congresso Nacional, em caráter permanente, na forma prevista em regimento comum, comissão destinada à fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta, assim como à defesa dos direitos da pessoa humana.

Parágrafo Único.      As decisões da comissão referida neste artigo serão submetidas à aprovação das duas Casas, em sessão conjunta e, uma vez aprovadas, serão encaminhadas aos órgãos competentes para fins legais, sob pena de responsabilidade.

## SEÇÃO V

### DO PROCESSO LEGISLATIVO

Art. 46      O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I      - emendas à Constituição;
- II     - leis complementares à Constituição;
- III    - leis ordinárias;
- IV    - leis delegadas;
- V     - decretos-leis
- VI    - decretos legislativos
- VII   - resoluções.



Art. 47 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; ou

II - do Presidente da República.

§ 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

§ 2º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência.

§ 3º No caso do item I, a proposta deverá ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara dos Deputados e um terço dos membros do Senado Federal.

Art. 48 Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em sessão conjunta do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas.

Art. 49 A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Art. 50 As leis complementares somente serão apro



vadas se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros das duas casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.

Art. 51 O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal.

§ 1º O Presidente da República poderá solicitar, em caso de urgência, que o projeto seja apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional dentro do prazo de sessenta dias.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, o Presidente da República não poderá modificar o projeto primitivo;

§ 3º O pedido de apreciação de projeto de lei, dentro dos prazos estabelecidos neste artigo, deverá ser enviado com a mensagem de encaminhamento do projeto ao Congresso Nacional;

§ 4º Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos no caput deste artigo e no § 1º, o projeto será incluído automaticamente, na Ordem do Dia, em regime de urgência, dez sessões consecutivas subseqüentes; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente rejeitado;

§ 5º A apreciação das emendas do Senado Federal,



pela Câmara dos Deputados, far-se-á, no caso do caput deste artigo, no prazo de dez dias, findo o qual, se não tiver havido deliberação, aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior;

§ 6º Os prazos estabelecidos no caput deste artigo e no § 1º não correrão nos períodos de recesso do Congresso Nacional;

§ 7º O disposto neste artigo não se aplica aos projetos de codificação.

Art. 52 As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas.

Parágrafo único. Não serão objeto de delegação os atos da competência exclusiva do Congresso Nacional, nem os da competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, nem a legislação sobre:

I- a organização dos juízos e tribunais e as garantias da magistratura;

II- a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos e o direito eleitoral; e

III- o sistema monetário.

Art. 53 No caso de delegação a comissão especial sobre a qual disporá o regimento do Congresso Nacional, o projeto aprovado será remetido à sanção, salvo se, no prazo de



dez dias da sua publicação, a maioria dos membros da comissão ou um quinto da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal requerer a sua votação pelo Plenário.

Art. 54 A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos do seu exercício.

Parágrafo único Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

Art. 55 Durante o recesso parlamentar, o Presidente da República, no caso de urgência ou relevante interesse público, desde que não ocorra aumento de despesa, poderá editar Decretos-Leis.

§ 1º O Decreto-Lei terá vigência imediata e será submetido ao Congresso Nacional 48 (quarenta e oito) horas após sua reabertura, e este, em sessão conjunta, o aprovará ou o rejeitará no prazo de 30 (trinta) dias, não podendo emendá-lo.

§ 2º Se, no prazo previsto no parágrafo anterior, não houver deliberação, o Decreto-Lei será considerado rejeitado.

§ 3º A rejeição do Decreto-Lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

§ 4º Não poderá ser objeto de Decreto-Lei matéria



de competência exclusiva do Poder Legislativo ou dos Tribu  
nais Federais bem como a que verse sobre as instituições bâ  
sicas do Estado, direitos e liberdades dos cidadãos e direiti  
tos eleitorais.

Art. 56 A iniciativa das leis cabe a qualquer membr  
o ou comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Fede  
ral, ao Presidente da República e aos Tribunais Federais com  
jurisdição em todo o território nacional.

§ 1º Os projetos de iniciativa de parlamentares ou  
de comissões da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, se  
rão objeto de apreciação preliminar pela Comissão de Tramita  
ção Legislativa, onde serão apresentados e cujas atribuiç  
ões serão definidas pelo regimento interno de cada uma das  
Casas.

§ 2º Os projetos de iniciativa do Presidente da  
República e dos Tribunais Federais serão dirigidos ao Presi  
dente da Câmara dos Deputados, que os encaminhará à Comis  
são referida no parágrafo anterior, salvo disposto no § 1º  
do art. 51.

Art. 57 É da competência exclusiva do Presidente da  
República a iniciativa das leis que:

I - criem cargos, funções ou empregos públi  
cos, fixem ou aumentem vencimentos, ressalvadas as exceções  
previstas nesta Constituição;

II - fixem ou modifiquem os efetivos das For  
ças Armadas;

III - disponham sobre organização administra



tiva e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal, bem como sobre organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios;

IV - disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimentos de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade.

Parágrafo único Não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista:

a) nos projetos que disponham sobre vencimentos dos servidores de qualquer dos Poderes da União;

b) nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais Federais.

Art. 58 O projeto de lei aprovado por uma Câmara será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação.

§ 1º Se a Câmara revisora o aprovar, o projeto será enviado a sanção ou a promulgação; se o emendar, volverá à Casa iniciadora, para que aprecie a emenda; se o rejeitar, será arquivado.

§ 2º O Projeto de lei que receber, quanto ao mérito, parecer contrário de todas as comissões, será tido como



rejeitado.

§ 3º A matéria constante do projeto de lei rejeitado ou não sancionado, assim como a constante de proposta de emenda à Constituição, rejeitada ou havida por prejudicada, somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Câmaras, ressalvadas as proposições de iniciativa do Presidente da República.

Art. 59 Nos casos do artigo 43, a Câmara, na qual se haja concluído a votação, enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de quinze dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada, quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso, de item, de número ou de alínea.

§ 3º Decorrida a quinzena, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O Presidente da República comunicará o veto ao Congresso Nacional para que seja apreciado dentro de





trinta dias, a contar do seu recebimento, pela Câmara dos Deputados, e em igual prazo pelo Senado Federal, considerando-se aprovado o projeto que, em escrutínio secreto, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas.

§ 5º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no parágrafo anterior, o veto será colocado na ordem do dia, da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

§ 6º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos do § 2º e do § 3º, o Presidente do Senado Federal a promulgará e, se este não o fizer em igual prazo, fá-lo-á o Vice-Presidente do Senado Federal.

§ 7º Nos casos do artigo 44, após a aprovação final, a lei será promulgada pelo Presidente do Senado Federal.

§ 8º No caso do item V do artigo 42, o projeto de lei vetado será submetido apenas ao Senado Federal, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 4º.

Art. 60 O orçamento anual, uno e indivisível, compreenderá a fixação da despesa e a previsão da receita.

§ 1º A lei de orçamento não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa. Não se



incluem na proibição:

I - a autorização para a abertura de créditos suplementares e operações de crédito por antecipação da receita;

II - a aplicação do saldo que houver e o modo de cobrir o déficit público.

§ 2º As despesas de capital, realizáveis em mais de um exercício, obedecerão a orçamentos plurianuais de investimentos, previstos e regulados em lei complementar.

Art. 61 A Lei federal disporá sobre o exercício financeiro, a elaboração e a organização dos orçamentos públicos.

§ 1º É vedada:

a) a transposição, sem prévia autorização legal, de recursos de uma dotação orçamentária para outra;

b) a concessão de créditos ilimitados;

c) a abertura de crédito especial ou suplementar sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; e

d) a realização, por qualquer dos Poderes, de despesas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

§ 2º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender despesas imprevisíveis e urgentes; como as decorrentes de guerra, subversão interna ou calamidade



pública.

Art. 62 A proposta de orçamento anual compreenderá as despesas e receitas relativas a todos os poderes, órgãos e fundos da administração direta e às entidades da administração indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento.

§ 1º Na elaboração da proposta orçamentária, o Poder Executivo incluirá fundos, programas e projetos aprovados em lei.

§ 2º A inclusão, no orçamento anual, da despesa e da receita das entidades da administração indireta será feita em dotações globais, para cada programa ou projeto especificado.

§ 3º Nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento ou sem prévia lei que o autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento durante o prazo de sua execução.

§ 4º Os créditos especiais e extraordinários não poderão ter vigência além do exercício em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites dos seus saldos, poderão vigorar até o término do exercício financeiro subsequente.



§ 5º Ressalvados os impostos previstos nos itens VIII e IX do artigo 21 e as disposições desta Constituição e de leis complementares, é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa.

Art. 63 O orçamento plurianual de investimento consignará dotações para a execução dos planos de valorização das regiões menos desenvolvidas do País.

Art. 64 É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, concedam subvenção ou auxílio.

§ 1º Não será objeto de deliberação a emenda de que decorra aumento de despesa global ou de cada órgão, fundo, projeto ou programa, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 2º As dotações de fundos, programas ou projetos, constantes da proposta orçamentária, só podem ser alteradas por emendas em até vinte e cinco por cento do respectivo valor originário na proposta orçamentária.

§ 3º Observado, quanto ao projeto de lei orçamentária anual, o disposto nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo seguinte, os projetos de lei mencionados neste artigo somente receberão emendas nas comissões do Congresso Nacional.

§ 4º Na proposta orçamentária encaminhada pelo Po



der Executivo e no projeto aprovado pelo Congresso Nacional, a receita e a despesa devem ser equilibradas, não podendo a receita aprovada exceder à prevista na proposta.

§ 5º As emendas à proposta orçamentária, correspondentes à totalidade das dotações de projetos, só podem ser aprovadas pelo voto da maioria absoluta da respectiva Comissão de cada uma das Casas.

Art. 65 O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, até cinco meses antes do início do exercício financeiro seguinte, e será apreciado dentro de quarenta e cinco dias, contados da data do seu recebimento, pela Câmara dos Deputados, e, em igual prazo, pelo Senado Federal.

§ 1º Se, até trinta dias antes do encerramento do exercício financeiro, o Poder Legislativo não devolver a proposta para sanção, será a mesma promulgada como lei.

§ 2º O pronunciamento da Comissão sobre as emendas será conclusivo e final, salvo se um décimo em cada uma das Casas requererem a votação em Plenário de emenda aprovada ou rejeitada na Comissão.

§ 3º Aplicam-se ao projeto de lei orçamentária, no que não contrariem o disposto nesta Seção, as demais normas relativas à elaboração legislativa.

§ 4º O Presidente da República poderá enviar mensa



gem ao Congresso Nacional para propor a modificação do pro jeto de lei orçamentária, enquanto não estiver concluída a votação da parte cuja alteração é proposta.

Art. 66 As operações de crédito para antecipação da receita autorizada no orçamento anual não excederão a quarta parte da receita total estimada para o exercício fi nanceiro e, até trinta dias depois do encerramento deste, se rão obrigatoriamente liquidadas.

Parágrafo único A lei autorizativa de operação de crédito, liquidável em exercício financeiro subsequente, fi xará as dotações a serem incluídas no orçamento anual para os serviços de juros, amortização e resgate.

Art. 67 O numerário correspondente às dotações des tinadas à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e aos Tri bunais Federais será entregue no início de cada trimestre em quotas estabelecidas na programação financeira do Tesouro Na cional.

Art. 68 As operações de resgate e de colocação de títulos do Tesouro Nacional, relativas à amortização de em préstimos internos, não atendidas pelo orçamento anual, serão reguladas em lei complementar.

Art. 69 A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante con trole externo e pelos sistemas de controle interno do Poder



Executivo, instituídos por lei.

§ 1º O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

§ 2º O Tribunal de Contas da União dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República prestar anualmente; não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional para os fins de direito, devendo aquele Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

§ 3º A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas da União, a que caberá realizar as inspeções necessárias.

§ 4º O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria, pronunciamentos das autoridades administrativas ou nos resultados das inspeções mencionadas no parágrafo anterior.



§ 5º As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicar-se-ão às autarquias, às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas ou mantidas total ou parcialmente pelo Poder Público ou por entidade de sua administração indireta.

Art. 70 O Poder Executivo manterá sistema de controle interno a fim de:

I - criar condições indispensáveis para assegurar eficácia ao controle externo e regularidade à realidade da receita e da despesa;

II - acompanhar a execução de programas de trabalho e a do orçamento; e

III - avaliar resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

Art. 71 O Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal e quadro próprio de pessoal, tem jurisdição em todo o País.

§ 1º O Tribunal exerce, no que couber, as atribuições previstas no artigo 115.

§ 2º A lei disporá sobre a organização do Tribunal, podendo dividi-lo em Câmaras e criar delegações ou órgãos destinados a auxiliá-lo no exercício das funções e na descentralização dos seus trabalhos.





§ 3º Os seus Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, e terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

§ 4º No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados.

§ 5º O Tribunal, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, deverá:

a) assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

b) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, exceto em relação a contrato;

c) solicitar ao Congresso Nacional, em caso de contrato, que determine a medida prevista na alínea anterior ou outras necessárias ao resguardo dos objetivos legais.



§ 6º O Congresso Nacional deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada insubsistente a impugnação.

§ 7º O Tribunal de Contas apreciará, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua apreciação as melhorias posteriores.

§ 8º O Presidente da República poderá ordenar a execução ou o registro dos atos que se referem o parágrafo anterior e a alínea b do § 5º, ad referendum do Congresso Nacional.

Art. 4º Fica acrescentado ao Título V - Disposições Gerais e Transitórias o seguinte artigo:

"Art. 216 As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ficam autorizadas a adotar o subsídio dos parlamentares à atual disposição constitucional."

Art. 2º Ficam revogados o item XXI do art. 81 e o art. 154 e seu parágrafo único.

Art. 3º Ficam renumerados os atuais artigos 73 a 153 e 155 a 217, para, respectivamente, 72 a 152 e 153 a 215.



*responder*

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº \_\_\_\_\_, DE 1985

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto Constitucional.

Art. 1º São convocadas para 15 de maio de 1986 eleições em todo o País, para a composição de uma Assembléia Nacional encarregada de elaborar e votar a Nova Constituição do Brasil.

Parágrafo único - as eleições obedecerão às normas do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15/7/65), com as derrogações determinadas nesta Emenda.

Art. 2º A Assembléia Nacional Constituinte será composta de 600 (seiscentos) membros, eleitos pelo povo, sendo circunscrição eleitoral o País.

Art. 3º O Tribunal Superior Eleitoral expedirá as instruções complementares à realização das eleições previstas nesta Emenda.

Art. 4º A Assembléia Nacional Constituinte será instalada pelo Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, na capital da República, no dia 15 de junho de 1986.

§ 1º Ato contínuo à sua instalação, a Assembléia elegerá, dentre seus membros, a Mesa Diretora dos trabalhos.

§ 2º A Assembléia deliberará sobre o prazo de seu funcionamento e a data da promulgação da Nova Constituição.

Art. 5º O exercício de mandato na Assembléia Nacional Constituinte é incompatível com o simultâneo exercício de qualquer função ou cargo público, eletivo ou não.



Art. 6º A Lei regulará a criação de Comissões Consultivas Municipais, encarregadas de formular sugestões para a elaboração da futura Constituição do Brasil.

Art. 7º A Lei fixará um montante máximo a ser dispendido por cada candidato, durante a campanha para as eleições de que trata o art. 1º, sendo proibida a atividade de propaganda individual antes do registro da candidatura.

§ 1º Compete à Justiça Eleitoral fixar, mediante Resolução, a forma de contabilização obrigatória dos recursos obtidos por cada candidato para a sua propaganda eleitoral, bem como a dos dispêndios efetuados durante a campanha.

§ 2º Qualquer cidadão ou Partido Político é parte legítima para denunciar à Justiça Eleitoral, o descumprimento das normas constantes deste artigo.

§ 3º A violação das normas deste artigo será punida com multa aplicável pela Justiça Eleitoral, no valor mínimo de 1.000 (um mil) e máximo de 10.000 (dez mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

§ 4º A Justiça Eleitoral baixará as normas regulamentares do inquérito destinado a apurar as infrações ao disposto neste artigo.

#### J U S T I F I C A T I V A

= = = = =

Acolhendo sugestões que me foram apresentadas pelo Plenário - Pró Participação Popular na Constituinte - movimento que reúne mais de uma centena de órgãos da sociedade civil e que há mais de quatro meses vem discutindo regularmente a questão, em São Paulo, tenho a honra de apresentar à consideração dos Srs. Congressistas, o presente projeto de Emenda Constitucional cuja justificativa pode ser assim formulada:

Não há, a rigor, nenhum órgão, pessoa ou poder especialmente competente para desencadear o Processo Constituinte Originário. O que se pode



dizer, em aproximação, é que essa iniciativa provém, legitimamente, daqueles que representam o povo soberano.

Na situação atual de nossa desorganização política, após mais de duas décadas de autocracia abusiva e incompetente, uma legitimidade dessa ordem pode caber ao Congresso Nacional, cuja maioria dos componentes foi eleita pelo povo, embora com distorções representativas de monta, de todas conhecidas.

Frise-se, no entanto, que a intervenção do Congresso limita-se à convocação do Órgão Constituinte e nada mais. Qualquer iniciativa ulterior que ele pretenda tomar no sentido de se substituir ao povo, representará intolerável usurpação.

Observe-se ademais, que a reconstitucionalização do País é algo totalmente diverso do exercício, ainda que profuso, do poder constituinte derivado, mediante Emendas Constitucionais. Diverso, em primeiro lugar, pelo objetivo visado, o qual, no momento presente, só pode ser a instauração de Nova Ordem Constitucional e não arreboadura do Edifício Político em ruínas. Diverso, em segundo lugar, pelo órgão competente, que não pode ser o Congresso eleito segundo as normas da constituição que se quer revogar. A confusão entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos não pode chegar a esse extremo.

Importa sublinhar e repisar que a Assembléia Constituinte não é Órgão Legislativo Ordinário. Não pode exercer, promiscuamente, duas funções tão díspares nem deve se auto-constituir em Congresso. Uma vez encerrada a tarefa de elaboração constitucional, o mandato popular deve ser claramente expresso e não há de comportar aproveitamentos indevidos. O povo elege seus representantes para o fim específico e maior de dotar o País de uma Nova Estrutura Política. Não escolhe mandatários encarregados de legislar segundo princípios e normas que ainda não foram estabelecidas. Aliás, o engodo da fórmula de eleição do futuro Congresso com Poderes Constituintes é patente. O Órgão Constituinte já nasceria investido de poderes estritos e limitados pois uma das peças-chave do mecanismo constitucional, a saber, o Legislativo, viria montado e organizado antes mesmo que a Constituinte se instalasse. E quem terá a ousadia de afirmar que a atual organização do Congresso é ótima, à luz das grandes exigências nacionais? E como não perceber que os membros dessa pseudo-constituinte a ser transformada em Congresso Ordinário teriam todas as incitações para formular normas constitucionais Pro Domo sua?



A notável fragilidade do regime político brasileiro impõe, com to da urgência que as necessidades permitem a instauração de Nova Ordem Política, fundada em instituições duráveis. A convocação da Constituinte não pode ser retardada para o final de 1986, pois tudo aconselha venham os componentes do futuro Legislativo e os próximos Governantes a ser eleitos sob o império da Nova Constituição, a partir justamente do final do próximo ano.

O processo de elaboração constitucional deve ser iniciado antes mesmo da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, pela consulta popular direta, no âmbito municipal, daí a razão do disposto como norma de princípio no artigo 7º.

O estabelecimento do País todo como circunscrição eleitoral para a Constituinte (art. 2º, in fine), funda-se no fato de que a soberania popular não comporta, em sua expressão maior, divisores de caráter político-administrativo.

Não se fixou prazo de encerramento dos trabalhos constituintes, porque isto seria cortar, de certo modo, a manifestação do Órgão Máximo da Soberania Popular. A própria Constituinte decidirá a respeito (art. 4º, § 2º).

Por derradeiro, a norma do art. 6º procura limitar, pela primeira vez entre nós, o exercício do poder econômico durante uma campanha eleitoral. O dispositivo atende aos mais veementes reclamos da opinião pública, chocada com as informações sobre os abusos ocorridos.

Sala das Sessões, em

Deputado PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO  
PT/SP

01333



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , de 1985

Altera dispositivos da Constituição Federal (arts. 18, § 5º; 23; 25, caput e incisos e 26).

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

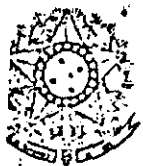
Art. 1º O § 5º do art. 18 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"§ 5º A União poderá, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos nesta Constituição ou incidam sobre venda de mercadorias por atacado e a varejo, instituir outros impostos, além dos mencionados nos artigos 21 e 22 e que não sejam da competência tributária privativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim como transferir-lhes o exercício da competência residual em relação a impostos, cuja incidência seja definida em lei federal".

Art. 2º O art. 23 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição.

§ 1º O imposto compete ao Estado onde está situado o imóvel, ainda que a transmissão resulte de sucessão aberta no estrangeiro



ro, sua alíquota não excederá os limites estabelecidos em resolução do Senado Federal por proposta do Presidente da República, na forma prevista em lei.

§ 2º O imposto não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica, salvo se a atividade preponderante dessa entidade for o comércio desses bens ou direitos ou a locação de imóveis.

§ 3º Do produto da arrecadação do imposto a que se refere este artigo, cinquenta por cento constituirão receita dos Estados, e cinquenta por cento, do Município onde se localizar o imóvel objeto da transmissão sobre a qual incide o tributo. As parcelas pertencentes aos Municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos estabelecidos em lei federal.

§ 4º Pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo".

Art. 3º O caput e incisos do art. 25 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 25. Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item IV do artigo 21, a União distribuirá trinta e três por cento na forma seguinte:

I - quinze por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

II - dezessete por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

III - um por cento ao Fundo Especial, que terá sua aplicação regulada em lei.

.....





Art. 4º O art. 26 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 26. Serão distribuídos, mensal - mente, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios:

I - oitenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados mencionado no item V do artigo 21, segundo o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;

II - sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre energia elétrica mencionado no item VIII do artigo 21;

III - sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, mencionado no item VIII do artigo 21, bem como dos adicionais e demais gravames federais incidentes sobre os referidos produtos; e

IV - noventa por cento do produto da arrecadação do imposto sobre minerais do País mencionado no item IX do artigo 21.

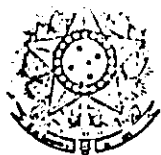
§ 1º O montante a ser distribuído, na forma do item I, será dividido em duas parcelas, competindo:

I - Cinquenta por cento aos Estados, Distrito Federal e Territórios; e

II - cinquenta por cento aos Municípios.

§ 2º A distribuição das quotas a que se referem os itens I e II do parágrafo precedente far-se-á proporcionalmente à população dos entes considerados em cada item, devendo a parcela destinada a cada unidade considerada compensar a perda estimada de renda ou receita decorrente da extinção do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, que passará a ficar agregado ao imposto mencionado no item V do artigo 21, na forma a ser disposta em lei complementar.

§ 3º A distribuição, relativamente ao



disposto nos itens II a IV deste artigo, será feita nos termos de lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguintes critérios:

a) nos casos dos itens II e III, proporcional à superfície, população, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao item II, quota compensatória da área inundada pelos reservatórios;

b) no caso do item IV, proporcional à produção.

§ 4º As indústrias consumidoras de minerais do País poderão abater do imposto sobre produtos industrializados o imposto a que se refere o item IX do artigo 21.

§ 5º Aos Estados, Distrito Federal e Territórios serão atribuídos dois terços da transferência prevista no item III; aos Municípios, um terço".

### JUSTIFICAÇÃO

Há cerca de trinta e seis anos o Brasil vem seguindo um modelo de desenvolvimento que pressupõe que os melhores frutos do progresso sejam colhidos pelas nações industrializadas.

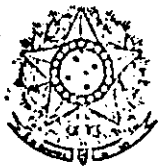
Com resultância disto, possuímos um invejável parque industrial, em São Paulo, e um conjunto de indústrias de grande importância para o nosso desenvolvimento econômico e social, no eixo Rio-São Paulo-Belo Horizonte, e em outros polos regionais de desenvolvimento. A Nação moderna e semi-industrializada colhe os frutos do progresso, possui indústrias de ponta, mas continua classificada entre os países do



terceiro mundo, subdesenvolvido, tendo em vista as gritantes diferenças entre regiões e classes sociais, desafios que continuam a intrigar a inteligência e o descortino administrativo dos homens do Governo.

Presentemente, dois propósitos governamentais encontram-se em plena efervescência, pelo que de positivo ou de frustrante deles possa advir para as nossas classes sociais divididas em de alta, média e baixa ou nenhuma renda: a reforma no sistema fundiário, propiciando o aumento da produtividade no campo e a fixação do homem nas regiões de terras agricultáveis, e a reforma tributária, de que decorra a reabilitação financeira de Estados e Municípios e a redução da carga tributária sobre as camadas mais pobres da população brasileira. Para o implemento do primeiro propósito, já existe estruturado e devidamente munido de legislação, planos e programas, o Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário. Em relação ao segundo objetivo, de acordo com generalizadas informações veiculadas pela imprensa, o Poder Executivo está em vias de encaminhar ao Congresso Nacional uma proposta de reforma, além daquela que já se encontra tramitando com prioridade e que enseja modificações no Fundo de Participação dos Municípios, beneficiando essas entidades autônomas de nossa Federação com novos benefícios de natureza tributária. Cabe-nos, em princípio, ~~questionar a carga tribu~~ tária que pesa hoje sobre os assalariados, visto que são eles, tradicionalmente, os primeiros a serem chamados a colaborar sempre que a Administração necessita de mais recursos, através de aumentos de impostos diretos e indiretos.

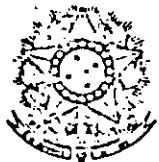
A verdade é que os assalariados vêm pagando alto preço pelo descontrole das contas nacionais. Em princípio, suportam a corrosão dos seus salários pelas elevadíssimas taxas de inflação, submetidos que foram a longo período de compressão salarial. Pagam, finalmente, o preço da instabilidade no emprego, em consequência da recessão econômica. Vê-se que, quando o



objetivo do Governo é o da redistribuição da renda, as medidas implementadas terminam por penalizar as classes de menor poder aquisitivo e por beneficiar a mais abastada.

Em qualquer diagnóstico sério que se faça da situação das camadas mais pobres da nossa população, surge logo uma verdade insofismável: entre 130 milhões de brasileiros, a grande maioria só se alimenta de arroz, feijão, farinha de mandioca ou farinha de milho. E em que pese aos "pacotes" e "reformas" tributárias de todos os tempos, esses produtos continuam tributados em 17% pelo ICM, este, fonte principal da arrecadação tributária dos Estados e da receita de muitos Municípios. Em contrapartida, produtos que, normalmente só estão ao alcance de consumidores de alta renda (ovos, carne, frutas, legumes, verduras, leite, etc.) encontram-se afastados da incidência do ICM, como ocorre em São Paulo, sem nenhum motivo plausível, talvez porque esse imposto não tenha alíquotas diferenciadas, nem a imposição esteja constitucionalmente dirigida, seletivamente em função da essencialidade dos produtos, como ocorre com o IPI.

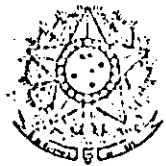
Essa idiossincrasia, de pobres pagarem ICM sobre produtos básicos de sua alimentação, e os ricos encontrarem-se excetuados desse ônus fiscal, só encontra justificativa na necessidade de haver recursos facilmente carreados para o Tesouro dos Estados. Se acreditamos na necessidade de uma racional redistribuição de renda, temos que partir para uma reforma tributária que considere em primeiro plano o homem, o homem pobre que constitui a grande maioria dos habitantes deste País. De nada adiantará, socialmente falando, a criação de novas fontes de receita, continuando essa odiosa situação para os pobres e os assalariados da classe média. Há necessidade de reativação econômica do País, mas que tenha reflexos positivos no setor da produção de alimentos básicos e, sobretudo, no seu preço de comercialização a varejo, o que é imprescindível para a elevação do padrão de vida da sociedade. Não deve ser prioritário para o Governo controlar a inflação e o déficit público se não for atingido um padrão mí



nimo de vida com dignidade para as camadas mais inferiores da população brasileira.

Essas reflexões nos motivam à elaboração desta proposta de Emenda à Constituição. Sobretudo a inconformação com a verdade ocorrente de que os que podem pagar sem problemas financeiros o ICM não são por ele atingidos, quando adquirem bens de consumo imediato, enquanto que a suada marmita do trabalhador de baixa renda encontra-se cada vez mais com menos comida e mais ônus tributário. Nossa proposição visa, principalmente, alterar essa situação social e economicamente perversa.

Diante, pois, desses fatos incontestes, propomos uma simples mas ampla reforma no sistema de incidência e de arrecadação do ICM, agregando-o ao IPI, para que passe a incidir só sobre produtos industrializados, através de aumento das alíquotas deste imposto, pois atualmente, por exemplo, a nível de varejo, mais de 7000 (sete mil) produtos industrializados são isentos ou têm a aplicação da alíquota "zero", não recolhendo nada aos cofres públicos, e também não contribui com a distribuição de renda não pesando na bolsa do pobre, pois em sua maioria, esses produtos são acessíveis somente às classes mais abastadas, cuja arrecadação e distribuição de receitas passará a ser administrada pelo Conselho de Política Fazendária - CONFAZ, constituído paritariamente por representantes dos Estados, Distrito Federal e União. Com a medida alvitrada tornada efetiva, teremos um ICM arrecadado junto à fonte industrial, digamos, um IPI engordado, à maneira do que já ocorre com a incidência deste sobre o cigarro sem maiores problemas. Em decorrência, nenhum imposto indireto incidirá a nível de comércio, a varejo ou por atacado, reduzindo, sobremaneira, o universo fiscalizador das Fazendas Estaduais e propiciando um barateamento dos produtos, sobretudo os de primeira necessidade, tendo em vista, também, a eliminação de obrigações acessórias, de elevado custo e que são normalmente transferidas para os preços finais dos produtos. A sonegação de tributos ficará reduzidíssima, uma vez que é bem mais fácil fiscalizar-se cinco mil indústrias do que quinhentos mil comerciantes. Eliminando-se o ICM para o comércio, há,



consequentemente, eliminação da emissão de notas fiscais, da escrituração de livros fiscais, redução do número de funcionários de escritório e de material de escritório, fluindo a intermediação entre o produto e o consumidor de forma mais fácil e por preço módico.

Centralizando-se a tributação indireta na indústria, na forma preconizada nesta proposição, não haverá perda de receita tributária para os Estados não industrializados, mas, com certeza, aumento da receita, eis que o montante do ICM arrecadado via IPI será distribuído entre todos os Estados da União, proporcionalmente à densidade populacional, o mesmo ocorrendo com os Municípios. A distribuição dessa receita sob a direção do CONFAZ, apoiado numa estrutura administrativa de controle e acompanhamento, evitará injustiças e delongas na transferência de receita.

As Administrações dos Estados, por sua vez, com a liberação dos atuais ocupantes de cargos específicos da área de arrecadação e fiscalização do ICM, ficarão enriquecidas de excelentes funcionários, de alto nível técnico e profissional, que poderão ser remanejados para áreas onde há carência desse tipo de pessoal, não ocasionando, assim, nem desemprego nem tampouco perda do poder aquisitivo destes.

Veja-se que o cuidado das administrações fazendárias com a arrecadação do ICM, em determinados Estados, chega ao exagero da exigência de livro de controle para cada máquina registradora, obrigando as empresas a inúmeros lançamentos. Em outros estados se as máquinas quebram, ou dão defeito, só o funcionário fazendário tem autorização para examiná-las, assistindo ao conserto, o que acarreta prejuízos para as empresas e até mão-de-obra ociosa para ambas as partes. Esse tipo de comportamento, se olhado positivamente pelo Fisco, constitui, na verdade, parte de um arcabouço de medidas que sufocam a livre



iniciativa empresarial, estiolando forças vivas, porquanto produtivas para o bem da Nação.

Um dos maiores problemas que dizem respeito à defesa do consumidor é a abusiva remarcação de preços de produtos expostos no comércio, e esta é uma das causas da inflação que grassa em nosso País, que tantas dificuldades provoca às autoridades responsáveis pelo setor, sem condições legais para coibi-las, assim como é uma preocupação constante às associações de classe competentes, porque sangra os minguados salários da família brasileira, que observa passivamente essa remarcação de preços, quase que diária, solapando seu poder de compra, com a inflação batendo recordes sucessivos e com péssimas perspectivas de um controle mais eficaz no futuro.

Com a aprovação desta Emenda, estaremos sanando esse problema, porque ao recolhermos o Imposto Único, na unidade fabril, a exemplo dos cigarros, a grande maioria dos produtos poderá sair com o seu preço máximo de venda ao consumidor estampado em sua embalagem, coibindo a extorsão e alertando o consumi - dor que passará a exigir fiscalização.

Com esse Imposto Único, outra causa da inflação será combatida e finalmente exterminada: a formação de estoques especulativos.

Hoje o valor do poder de compra que o consumidor perde com a remarcação de preços é ínfimo, quando comparado com o da formação de estoques especulativos, com a sistemática do ICM hoje, para a mercadoria e estocá-la gera lucros, pois o imposto só será gerado e recolhido na movimentação da mesma.



Através da sistemática que oferecemos nesta Emenda, o comerciante e o fabricante terão que estar atentos e aptos a conseguir meios de não ter suas prateleiras lotadas, sem aguardar uma nova remarcação de preços. Com esse sistema, o consumidor só tem a ganhar, e o combate à inflação será menos árduo.

Pretendemos, portanto, com esta proposição, em complementação àquele desiderato, organizar o nosso comércio numa linha evolutiva, para que ele seja capaz de gerar frutos que contribuam para o desenvolvimento econômico e social do País.

Isto posto, a medida sugerida no art.1º visa a evitar que as alterações da sistemática atual propostas nos demais artigos se tornem inócuas, diante da competência da União de criar impostos.

No art.2º, preconiza-se a extinção do ICM, como imposto da competência dos Estados e Distrito Federal.

O art.3º objetiva, primeiramente, retirar da composição do Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, e do Fundo de Participação dos Municípios o produto da arrecadação do IPI. De outra parte, propicia um significativo incremento das transferências federais, aumentando para 15% e 17% da arrecadação do Imposto de Renda, respectivamente, a formação dos Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e Territórios e dos Municípios, reduzindo em 1% o Fundo Especial. A Constituição de 1946, de feito municipalista, não continha a sistemática de Fundos de Participação. Essa sistemática, ao ser criada na Constituição de 1967, apenas atribuía 10% da receita do Imposto de Renda e do IPI ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e 10% das mesmas fontes ao Fundo de Participação dos Municípios. Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, aquelas parcelas foram reduzidas para 5% e criado o Fundo Especial, com 2%. Pela Emenda nº 5, os percentuais variam para 9% e 2%, respectivamente.





A emenda nº 17, de 1980, alterou-os para 11%, 11% e 2%.

A alteração proposta no art. 4º constitui a principal razão de ser do projeto. O colegiado que é o CONFAZ, administrará a distribuição aos Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios da participação destes no IPI (agregado ao ICM), no IUMP, no IUEE e no IULC. Relativamente ao IPI, a distribuição far-se-á proporcionalmente às necessidades e à população de cada Estado e do Distrito Federal, devendo o montante, no mínimo compensar a perda global estimada decorrente da extinção do ICM, na forma a ser disposta em lei complementar.

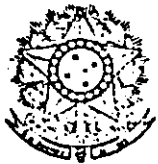
Vejam-se dados sobre a arrecadação do ICM e do IPI a nível Brasil, nos anos de 1983, 1984 e 1985 (até agosto), em milhões de cruzeiros.

| I C M |            | I P I      |           |
|-------|------------|------------|-----------|
|       |            | BRUTO      | LÍQUIDO   |
| 1983  | 5.490.101  | 2.544.769  | 1.896.635 |
| 1984  | 18.339.110 | 6.478.996  | 4.112.345 |
| 1985  | 35.486.361 | 11.020.622 | 7.830.909 |

Fonte: Boletim do Banco Central, Vol. 2, nº 8, agosto de 1985.

Não será difícil ao CONFAZ implementar as medidas alvissaradas no art. 4º, mesmo porque parte significativa do ICM já é recolhida, em primeiro plano, pelas indústrias, dado o caráter não cumulativo desse imposto.

Concluindo, esta proposta objetiva a concretização de postulados da justiça fiscal, de uma mais dinâmica integração dos Fiscos Federal e Estaduais e de outros obje-



as  
tivos esquecidos que informam o Sistema Tributário Nacional, mas suas repercussões econômicas e sociais, a que, necessariamente, há de respaldar-se a Nova República, na tarefa tão almejada e prometida, em praça pública, de propiciar vida condigna a todos os brasileiros e de atenuar as disparidades de renda.

Sala das Sessões, em        de        de 1985.

Deputado NELSON DO CARMO

---

1. doc.  
1985  
2 fls.

MC74  
cec/aug

Ex - Sr. Presidente Dr. José Sarney

Sejam Louvados Jesus e Maria Santissima

A paz de Jesus e a saúde estejam com V. E, é o que de coração vos desejamos

Sr. Presidente, nós abaixo assinadas da equipe do Natal em Família, vimos pedir a V. E, que na revisão da Nova Constituinte, faça uma solução do problema dos menores, que roubam, matam, fazem assaltos principalmente na grande S. Paulo, que são chamados de "Tombadinhas", porque não pode ser punidos porque são menores, mas cometerem roubos, assaltos não são menores? É verdade que existe a "Febem", mas o que vimos pela televisão, que são as vezes maltratados e espancados e fogem e continuam fazendo roubos, assaltos, e o pior que os policiais emprestam ou dão armas para esses menores cometerem esses delitos. Pedimos a Deus e N. S. Aparecida Padroeira do Brasil e a alma de Tancredo Neves, que vos abençoem, proteja, vos guarde, vos ilumine, vos defenda, vos livre de todo o perigo e de todo mal. Que Deus vos ajude a mudar a mentalidade de um povo, que só há roubo, assaltos, que sequestro, e fraudes, ganância, inflação, contrabando, como fez o Sr. Ibrahim Abi-Achel, por ele que era ministro da justiça.

Subcrevo-me de V. E. criada e obrigada.

Catharina Abizara

Relação dos nomes das senhoras que fizeram  
a "Novena do Natal em Família" que vos pedem a solu-  
ção desse problema dos menores porque eles serão os  
homens de amanhã. Que será o futuro do Brasil com  
essa mentalidade, de roubos, assaltos, sequestros?

Tracemataufolinto  
Moacirino Vancini  
Maria José da Silva Almeida  
Dermelita B. de Magalhães  
Racineia F. Paula  
Sebastiana Tavares Sobrões  
Lourdes P. Pereira  
Dereza Paschoa  
~~Agda~~  
Maria Jakiel  
Terezinha Batista Correia  
Dollete Baltazar Xavier

Equipe das senhoras da Novena do Natal, em  
Família, realizada na casa da família Miziara

Guaxupé, Mg. 1985

End.: Av. Conde R. do Vale, 462

Guaxupé - MG