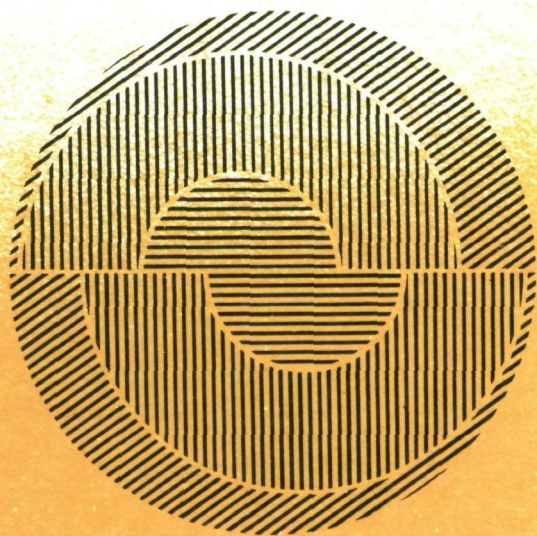


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
ABRIL A JUNHO 1988
ANO 25 • NÚMERO 98

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 25 n. 98 abril/junho 1988

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961-1967)

Dr. ISAAC BROWN
Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal
(1946-1967)

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de **GAETANO RÉ**

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas —
Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília — DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 25	n. 98	abr./jun. 1988
-----------------	----------	-------	-------	----------------

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração
são de responsabilidade de seus autores

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

SOLICITA-SE PERMUTA
PIDESE CANJE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
WE ASK FOR EXCHANGE
SI RICHIERE LO SCAMBIO

Revista de Informação legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-
Brasília, Senado Federal

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10 publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	Pág.
EDITORIAL	
Centenário da Abolição da Escravatura	5
SESSÃO SOLENE DO CONGRESSO NACIONAL	
Comemoração do centenário da Abolição	11
COLABORAÇÃO	
Aspectos econômicos do processo abolicionista — <i>Mircea Buescu</i>	71
A família na Constituição — Senador <i>Nelson Carneiro</i>	87
Fonte de legitimidade da Constituinte — <i>Geraldo Ataliba</i>	99
A Constituição e o caso brasileiro — <i>Eduardo Silva Costa</i>	103
A vocação do Estado unitário no Brasil — <i>Orlando Soares</i>	115
Da arbitragem e seu conceito categorial — <i>J. Cretella Júnior</i>	127
O juízo arbitral no direito brasileiro — <i>Clóvis V. do Couto e Silva</i>	139
Grupo econômico e direito do trabalho — <i>Paulo Emílio R. de Vilhena</i>	151
Hacia el abolicionismo de la sanción capital en España — <i>Antonio Beristain</i>	169
As cláusulas contratuais gerais, a proteção ao consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria — <i>Francisco dos Santos Amaral Neto</i>	235
Delineamentos históricos do processo civil romano — <i>Silvio Meira</i>	257
O destinatário do sistema brasileiro de patentes — <i>Nuno Tomaz Pires de Carvalho</i>	287
A política de informática e a Lei nº 7.646, de 18-12-1987 — <i>Antônio Chaves</i>	333
A lei do software — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	393
ARQUIVO	
Lei do Ventre Livre, Lei dos Sexagenários e Lei Áurea — A grande trilogia abolicionista — <i>Branca Borges Góes Bakaj</i>	399
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	463

Centenário da Abolição da Escravatura

Ao registrar o Centenário da Libertação, a Revista de Informação Legislativa associa-se às comemorações e consigna, em particular, o merecido preito de gratidão ao negro que, no ensaio pré-histórico da economia do país e primórdios de nossa formação, embalou nos braços, amparou aos primeiros passos, carregou aos ombros e nutriu com o próprio sangue o Brasil Colônia e Império.

Esta homenagem traz, do recôndito da senzala, o negro excluído da área protetora do parágrafo 19 do artigo 179 da Carta do Império — proibitivo da aplicação das penas cruéis — e atingido em cheio pelas chicotadas a que o expunha o Código Penal de 1830; evoca o negro-coisa, o negro-propriedade, força de trabalho, vida e morte à mercê dos senhores de escravos; o negro-gente, saudade pungente da terra distante, pavor ao tronco, onde às chibatadas unia-se o vermelho do sangue, a dor e a vergonha de apanhar; o negro-revolta, o negro-vingança, incendiário da Casa-Grande e dos currais da fazenda, sedento de liberdade, jogando a vida, enfrentando a morte nos riscos da fuga; o negro quilombola, inteligente, capaz

de planejar, organizar-se, crescer, arregimentar-se, comandar e obedecer, resistir e atacar, morrer pela liberdade. Assim o foi nos quilombos: Quilombo dos Palmares, de Campo Grande, do Ambrósio, do Rosário, da Lagoa Amarela e tantos outros, onde o negro-liderança-e-força, obstinação-e-bravura, encarnou-se na figura lendária de Zumbi, no corpo de Cosme, Adão, Manuel Congo e outros mais.

A referência aos quilombos dá ensejo a que se aluda à constituição da Fundação Palmares, autorizada pelo Governo, através do Ministério da Cultura, "com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra, na formação da sociedade brasileira".

Partindo da senzala e dos quilombos, esta homenagem alcança, também, o negro brasileiro do século XX, cuja imagem longe está de receber, na ribalta desta centúria de tão decantadas luzes e já prestes a extinguir-se, o foco que o distinga como pessoa credora, de fato, de todos os direitos e garantias, deixando-lhe às claras os valores e potencialidades.

Este negro formalmente livre, a partir de 13 de maio de 1888, permanece, na verdade, escravo da frustração da cor, alimentada pelo nem sempre velado preconceito do branco em relação a ele; continua escravo da pobreza e do analfabetismo. Uma vista-d'olhos na paisagem étnica brasileira revela, mantidas as devidas proporções, uma esmagadora maioria de negros paupérrimos e analfabetos em relação aos brancos nas mesmas condições de penúria e ignorância.

A evidência dos fatos, a consagração do dia da redenção pressupõe o reconhecimento da necessidade de uma profunda revisão no país relativamente à questão negra, a partir da Carta Constitu-

cional em elaboração. No projeto em debate, por sinal, graças a emenda já aprovada, apresentada pelo Deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira — um dos sete únicos deputados negros à Assembleia Constituinte —, a discriminação racial é transferida da área das contravenções penais para integrar o elenco dos crimes inafiançáveis.

O enaltecimento do fato histórico aviva também a memória da luta abolicionista e reaviva a admiração pelos homens que a viveram, homens cujo nome a História inscreve no livro dos eleitos e remete ao respeito da posteridade.

A refrega do movimento libertário muitos foram chamados, mas nem todos foram escolhidos para a solenidade da homenagem histórica.

Por isso, o 13 de Maio de 1988 reverencia não os “abolicionistas da conveniência”, seja da conveniência político-partidária, seja mesmo — ante a torpeza da instituição combatida — da conveniência econômico-financeira do Império, mas os defensores da Abolição, para a demolição da estrutura nefanda em si mesma, degradante para escravos e senhores de escravos, desmerecedora do Império.

Entre os últimos — os defensores da Abolição pela Abolição — figuram parlamentares ilustres como José Mariano, Jerônimo Sodré, Joaquim Nabuco e outros, representados todos eles, neste 13 de Maio, pelo último citado, Joaquim Nabuco — inteligência soberba, tribuno brilhante, luz e verbo investidos no apostolado da libertação, “... obra exclusiva” — disse-o ele — “da qual se começa por fazer uma religião e se acaba tendo feito uma vida”. Na questão da emancipação, o parlamentar e o homem escreveram,

falaram, movimentaram-se sem as amarras dos interesses pessoais ou político-partidários.

Palavras de Nabuco:

“Na questão da emancipação, na convicção de que é preciso caminhar além da lei de 28 de setembro, eu me separaria não só do Gabinete, não só do Partido Liberal, não só da opinião pública e da conspiração geral do país, mas de tudo e de todos.”

Formaram no mesmo grupo oradores de grande porte, além de Nabuco, jornalistas de reconhecido talento, como Luís Gama, Américo Campos, Lopes Trovão, José do Patrocínio, Silva Jardim, Paula Nei, homens que se empenharam e se expuseram na campanha apaixonante.

Entre os romancistas, Alúcio de Azevedo distingue-se na exploração do tema do cativo em O Mulato.

E os poetas? Os poetas, escreve Luís Murat, com uma ponta de exagero, “todos eles se associavam à mesma idéia, viviam do mesmo sonho, fariavam o mesmo pão. Uma grande parte da campanha abolicionista foi travada pelos poetas...”

Sem dúvida, à memória do cativo, muitos são os nomes sublinhados pelo traço luminoso do idealismo: Trajano Galvão, Castro Alves, Celso de Magalhães, Melo Moraes Filho, entre outros.

Assim como Nabuco personifica o parlamentar, Castro Alves encarna o poeta dedicado por antecipação ao serviço da causa santa. É, na verdade, o “Poeta dos Escravos”, o próprio verbo, e verbo candente, consagrado não à campanha — porque a morte não o permitiu —, mas à sementeira da campanha da libertação.

Foram muitas as poesias escritas pelo primeiro poeta social do Brasil, a lançarem na terra ainda não preparada a semente bendita. Já em 1865, na poesia "A Cruz da Estrada", apontava a morte, como única saída do escravo para a liberdade:

".....

*Caminheiro! do escravo desgraçado
O sono agora mesmo começou!
Não lhe toques no leito de noivado,
Há pouco a liberdade o desposou."*

Ainda de 1865, na "Canção do Violeiro", punha na boca do escravo o pungente lamento:

".....

*Ai! triste que eu sou escravo
Que vale ter coração?"*

Em 1868 — apesar de que o tráfico cessara em 1850 — "O Navio Negreiro" representa um quadro de vivas tintas que imortaliza as cenas dantescas da viagem do negro africano, da liberdade para o cativo. Era um repto incandescente à vergonhosa instituição.

Para dar maior relevo à sua presença nesta festa comemorativa, a Revista de Informação Legislativa estampa neste número a sessão solene do Congresso Nacional, o artigo do emérito Professor Mircea Buescu sobre "Os Aspectos Econômicos do Processo Abolicionista" e uma pesquisa em torno das Leis do Ventre Livre, dos Sexagenários e da Lei Aurea, que apresenta a tramitação e a aprovação dos respectivos projetos. A pesquisa, elaborada pela Subsecretaria de

Arquivo do Senado Federal, é precedida de introdução da lavra da Diretoria daquela Subsecretaria, Branca Borges Góes Bakaj.

No artigo de Mircea Buescu, o professor da PUC-RJ e membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro destaca e analisa os fatores econômicos, principais responsáveis pelos três vergonhosos séculos de escravidão por nós vividos. É verdade que, ao arrepio da Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), ambas consagradoras do princípio de que todos os homens são por natureza livres e iguais em direitos, a Europa, nas primeiras décadas, e a América, durante quase todo o século XIX, mantiveram o sistema de escravidão. Mas é também verdade que, terminada a primeira metade da centúria, apenas os Estados Unidos, Cuba e Brasil persistiram no regime do trabalho escravo.

No Brasil, o último país da América a emergir da sombra do cativo, os fatores econômicos, ao mesmo tempo que alicerçavam o edifício de tristes memórias, constituíam-se em elementos nutrientes da argumentação dos grupos escravistas, em cujas mãos a bandeira da luta pela defesa dos interesses econômicos do Império encobria, ou simplesmente deixava a descoberto a encarniçada batalha desses grupos no desespero de resguardar, de forma direta ou indireta, seus próprios interesses.

Neste preito de gratidão da Revista de Informação Legislativa aos escravos de ontem e de hoje, aos negros, aos defensores e ativistas da causa da libertação, está implícita a homenagem do Senado Federal, que, neste 13 de Maio, volve os olhos ao passado, para distinguir e enaltecer, na Assembléia do Império, os verdadeiros abolicionistas.

Comemoração do centenário da Abolição

Senador AFONSO ARINOS
(PFL-RJ)

Pelo Senado Federal

O centenário da Abolição deve ser comemorado na sede do Congresso Nacional, não só como data festiva, mas como oportunidade para reflexões de caráter sócio-histórico, despidas de propósitos ideológicos e político-partidários, ou de ressentimentos raciais. Reflexões que conduzam a uma visão equilibrada e justa do nosso contexto social, passado, presente e futuro, no tocante à influência da escravidão e da miscigenação no contexto social brasileiro. Escravidão e miscigenação intimamente ligadas aos quase cinco séculos de formação e desenvolvimento do nosso povo.

Tão próximo de nós está, ainda, o grande evento histórico, que o orador que vos fala lembra-se bem de, na infância, conversar bastante com duas antigas escravas, Raquel e Beatriz, que moravam na acolhedora casa dos avós Melo Franco, em Belo Horizonte.

A *Grande Enciclopédia de Ciências Sociais*, da Editora McMillan, provavelmente a melhor síntese científica sobre o assunto da escravidão em geral, estuda o problema no mundo, desde os primórdios, na Antiguidade, até à Guerra de Secessão, nos Estados Unidos, sem esquecer a parte dedicada ao Brasil. A Abolição, nos Estados Unidos, ocorrida quinze anos apenas antes da nossa, com ela contrasta, de forma impressionante, pelo

Sessão realizada em 12-5-82, às 16:00 horas, no plenário da Câmara dos Deputados.

seu imenso custo histórico. Lá, a ferocidade devastadora da luta entre o Sul e o Norte encobre, pela sombra da tragédia, a formidável ação do Presidente Lincoln e do seu vitorioso governo. No Brasil houve luta também (basta recordar a maior e a mais duradoura de todas, que foi a de Palmares, no século XVII), mas a solução do problema só foi possível no século XIX, ao termo de uma grande campanha sem guerra. Longa campanha de persuasão nacional pela oratória parlamentar, pela ação da imprensa, pela conquista do apoio de toda a sociedade. O primeiro brasileiro marcante a se manifestar sobre o assunto foi ninguém menos do que José Bonifácio, o Patriarca da Independência. Em 1823 ele preparou longa exposição à nossa primeira Assembléia Constituinte, na qual combatia, em linguagem candente, o tráfico de africanos para o Brasil. Denunciava os horrores daquele comércio e os crimes exigidos pela sua prática, bem como criticava com vigor os donos de escravos, referindo-se especialmente aos proprietários de terras, aos padres e aos magistrados, visando assim, diretamente, as altas camadas sociais da época.

Em 1831 o Ministro da Justiça, Diogo Antonio Feijó, expediu o primeiro ato proibitivo do tráfico, mas tal medida não produziu resultado. O passo inaugural dado efetivamente nesse assunto foi o decreto do ilustre Eusébio de Queirós Matoso Câmara, Ministro da Justiça, a 14 de outubro de 1850, que veio dar verdadeira eficácia ao ato proibitivo de Diogo Feijó. É curioso acentuar que Eusébio de Queirós nasceu na África, antes da Independência, filho de magistrado brasileiro. Foi ele o grande Ministro da lei de 14 de outubro de 1850.

A Abolição continuou abrindo caminho pelas leis. Em 1871 veio a Lei do Visconde do Rio Branco, ou do Ventre Livre, que dava liberdade aos nascituros de escravos, ao completarem 20 anos. Em seguida, foi a Lei dos Sexagenários, do Gabinete Sousa Dantas, em 1885, apoiada no extraordinário parecer de um jovem Deputado, chamado Rui Barbosa.

O Império Brasileiro continuava, através de leis, a resolver o problema que tanto sangue fizera derramar à República Americana. Mas, no Brasil, o caminho do Legislativo, aberto por José Bonifácio, foi acompanhado e estimulado pelos estudos dos historiadores, como Perdigão Malheiro; pela eloquência dos oradores parlamentares, como Joaquim Nabuco; pelo destemor dos jornalistas, como José do Patrocínio; pelos versos de poetas, como Castro Alves; pela adesão crescente de muitos senhores que alforriavam seus escravos, e finalmente, pelo apoio crescente do Imperador, expresso afinal na participação direta de sua filha, a Princesa Regente Isabel. Imitando Gilberto Freyre, seria possível escrever-se uma história da Abolição em livro que tivesse por título "Trono e Senzala".

A Abolição fez alguns grandes homens do Império, tanto quanto estes fizeram a Abolição. Em meio a uma das suas conferências famosas no Teatro Santa Isabel, do Recife, a propósito da escravidão e referindo-se ao

Visconde do Rio Branco, exclamou Joaquim Nabuco: "Não foi o nome de Paranhos que fez grande a emancipação dos escravos; foi a emancipação dos escravos que fez grande o nome de Paranhos!". Realmente: só pelas grandes causas se fazem os grandes nomes.

A escravidão dos negros na Europa começou bem antes das viagens de Colombo ou de Cabral. Desde meio século antes do descobrimento do Brasil, já os navegadores portugueses levavam negros da África para Lisboa, cidade que chegou a abrigar dezenas de milhares deles. Os chamados "pombeiros" africanos, às vezes mulatos, eram intermediários na captura de negros, de várias nações africanas, aprisionados nas lutas entre tribos e vendidos aos traficantes portugueses em Angola, Costa da Mina, Guiné, Moçambique ou outros pontos apropriados. Na frota de Cabral, talvez já viessem escravos negros de serviço. Pelas "Denúncias e Confissões do Santo Ofício", no século XVI, observa-se a constante presença dos escravos e das escravas entre os padres, os governadores e outras autoridades; em suma, entre os poderosos e ricos senhores, desde o primeiro século. A literatura menciona sempre escravos, desde o romantismo da *Escrava Isaura*, de Bernardo Guimarães, até os escravos domésticos ligados às famílias dos personagens, na primeira parte inicial da obra de Machado de Assis.

No Brasil, como nos Estados Unidos, a escravidão, por doloroso que se diga, foi uma condição do desenvolvimento econômico, resultante da exploração extensiva da terra na cultura da cana-de-açúcar, do tabaco, do algodão e do café, sucessivamente. Era uma forma primitiva de organização do trabalho, sem qualquer alternativa, como havia acontecido, no Egito, na Grécia, em Roma, muitos séculos antes do tráfico de escravos negros para as Antilhas, os Estados Unidos e o Brasil. A importação para a América começou pelas Antilhas, antes de chegar ao Brasil, e os ingleses participavam largamente desse tráfico para o Haiti, as Ilhas Virgens, São Domingos e outras colônias. Só mais tarde, já no século XIX, com o desenvolvimento industrial devido ao carvão, à estrada de ferro, à maquinaria e ao crédito bancário (os Rothschild são dessa época), os ingleses, havendo abolido a escravidão nas suas terras da América, começaram a campanha contra o tráfico no Brasil, porque o trabalho escravo barateava aqui produtos que eles também exploravam. O notável estudo do meu saudoso amigo e mestre Afonso de Taunay, sobre a *História do Tráfico Africano no Brasil Colonial*, reproduz a estrofe do poeta Garcia de Resende, nascido em fins do século XV, antes do descobrimento do Brasil, que diz:

"Vem grã-soma a Portugal,
Cada ano também às Ilhas,
É coisa que sempre vai
E tresdobra o capital
Em Castela e nas Antilhas."

Assim, a dura luta travada contra nós pela Inglaterra no século XIX, após a Lei Aberdeen, com a apreensão de navios negreiros até em portos nacionais, era talvez mais apoiada em interesses econômicos do que em razões morais.

Por outro lado, o decreto de Eusébio de Queirós, de outubro de 1850, realmente proibitivo do tráfico, de fato o estimulou a princípio, porque aumentou o preço da carga humana e, portanto, os lucros dos traficantes portugueses e brasileiros que viviam ricamente na Corte Imperial do Rio de Janeiro, sem que se lhes pudesse, na verdade, durante anos, coibir o crime.

Mas a Abolição, único remédio, se aproximava. A campanha nacional conquistava terreno. As fronteiras entre os partidos se esbatiam, no Parlamento, diante da causa comum. As contradições dos partidos Liberal e Conservador determinavam o crescimento do Partido Republicano, fundado a 3 de dezembro de 1870, com o fecundo manifesto de Saldanha Marinho e Quintino Bocaiúva, no qual, diga-se de passagem, não se alude ao sistema presidencial, mas, ao contrário, tomava-se por modelo o parlamentarismo republicano francês, que nascia também, então, com a derrota de Napoleão III na guerra contra a Prússia de Bismarck. (Quero salientar aqui que a República nasceu parlamentarista.)

Nabuco, no seu livro *O Abolicionismo*, publicado em 1883, diz: "Sob a bandeira da Abolição combatem hoje liberais, conservadores e republicanos, sem outro compromisso".

A Abolição se aproximava, assim, de forma irresistível. No ano de 1888, a 27 de abril, instalavam-se as sessões preparatórias da Câmara dos Deputados, mas a sessão legislativa só foi aberta, oficialmente, como era de regra, a 3 de maio, no glorioso Palácio da Cadeia Velha, que ainda cheguei a conhecer, na minha infância, levado por meu pai. A Fala do Trono foi lida pela Regente do Império, Princesa Isabel, na ausência do pai, o Imperador, que se encontrava na Europa. A Abolição aparece no seguinte tópico do documento:

"A extinção do elemento servil, pelo influxo do sentimento nacional e das liberalidades particulares, em honra do Brasil, adiantou-se pacificamente de tal modo que é, hoje, aspiração aclamada por todas as classes, com admiráveis exemplos de abnegação por parte dos proprietários. Quando o próprio interesse privado vem espontaneamente colaborar para que o Brasil se desfaça da infeliz herança, que as necessidades da lavoura haviam mantido, confio em que não hesitareis em apagar do direito pátrio a única exceção que nele figura em antagonismo com o espírito cristão e liberal das nossas instituições."

Queria insistir na idéia de que a luta nos Estados Unidos foi a maior guerra do mundo até àquela época. Foram centenas de milhares de mortos.

A resposta a esta Fala do Trono só foi lida na Câmara dos Deputados a 21 de maio, portanto já depois da Lei Aurea. Mas a Câmara não deixou de consignar o fato nas seguintes e memoráveis palavras:

“Senhora.

A fortuna permitiu que à Princesa Imperial Regente, com nome do Imperador, fosse reservada a glória de presidir aos dois atos mais importantes da nossa vida política, depois da reforma da Constituição do Império.”

O outro ato a que ele se refere é exatamente a Lei Rio Branco, que foi referendada pela Princesa na ausência do pai.

“O último ato de data recentíssima, e pelo qual há de caber a Vossa Alteza Imperial o mais invejável título, coloca o Brasil em circunstâncias que, árduas embora, afiguram-se à Câmara dos Deputados como o ponto de partida mais firme da sua progressiva evolução econômica.”

No fim do ano, no mês de novembro, o Imperador, ao regressar da Europa, onde estivera em tratamento de saúde, encerra a sessão do Parlamento com a Fala do Trono, da qual consta o seguinte trecho:

“Podemos desvanecer-nos do modo pacífico por que se opera a transformação do trabalho, em virtude da lei de 13 de maio, cuja decretação tanto me consolou das saudades da pátria, minorando os meus sofrimentos físicos.”

Esta alegação é comovente, porque o Imperador já estava ferido de morte pela sua doença. Poucos anos depois, morria em Paris. Disse ele que a Abolição minorou a sua doença.

Voltemos, porém, à origem imediata da Lei Aurea. No dia 7 de março retirava-se o gabinete presidido pelo Barão de Cotejipe, e, no dia 10, subia ao poder o novo Ministério, chefiado pelo Conselheiro João Alfredo. Com o início da sessão legislativa a 3 de maio, o Ministério apresentou-se à Câmara no dia 7. No discurso de apresentação, afirmou o Presidente do Conselho:

“Direi somente que o Ministério, se tiver o apoio do Parlamento, há de esforçar-se tanto quanto for possível para que esse programa se converta em realidade, e, sobretudo, para que se efetue, quanto antes, a reforma do elemento servil, que é a aspi-

ração nacional, e que o Gabinete tem o empenho em fazer tão perfeita quanto a opinião pública a indica e quer. Amanhã será apresentada a proposta do Poder Executivo para que se converta em lei a extinção imediata e incondicional da escravidão no Brasil."

Logo no dia seguinte, 8, veio, "por ordem da Princesa Imperial Regente e em nome de S. M. o Imperador", o projeto de lei. A redação era a mais simples e enérgica:

"Art. 1.º — É declarada extinta a escravidão no Brasil.

Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário."

Quem apresentou o projeto à Câmara, em nome do Governo, foi o Ministro da Agricultura, Rodrigo Silva, que, até recentemente, não aceitava a Abolição imediata. Votaram a favor, no dia 13 de maio, 83 Deputados, e contrariamente, apenas 8.

Neste momento, peço licença para declinar perante os Congressistas brasileiros e os demais que tiveram a honra de comparecer a este plenário, com sincera emoção, os nomes de dois Deputados que, haverá um século no dia de amanhã, votaram pela Abolição da escravatura no Brasil: meu avô, Cesário Alvim, Deputado pela Província de Minas Gerais, e o avô de minha esposa, Rodrigues Alves, Deputado pela Província de São Paulo.

No mesmo dia 13 de maio passou o projeto da Câmara ao Senado, onde falaram a favor os Senadores Sousa Dantas, autor da Lei dos Sexagenários de 1885, e o Presidente do Conselho, João Alfredo. Contra a aprovação falou o Senador fluminense, Conselheiro Paulino de Sousa, filho do ilustre Visconde do Uruguai, de conhecida tradição conservadora. Como o Senador Paulino prolongasse seu discurso, foi advertido delicadamente, pelo Presidente, de que a Princesa Isabel aguardava o texto no Paço, para sancioná-lo, aviso que provocou a amável réplica do orador: "Vou terminar. Não se faz esperar dama de tão alta hierarquia". Com esta frase respeitosa e galante estava fechado o ciclo glorioso da Abolição no Brasil. Fechado, como devia ser, pelo Parlamento, como representante de todo o povo.

Como membro mais idoso da Assembléia Nacional Constituinte, peço a Deus que a inspire nestes exemplos imorredouros da nossa História e não se influencie pelos que temem o progresso, em todas as suas formas. Não devemos recear mudanças que nos levem a uma nova abolição, a da extrema pobreza, a do analfabetismo, a da carência de habitações, de higiene, de saúde, de tantas carências que tornam incompleta a liberdade e transformam a vida de muitos milhões de brasileiros, neste fim de século, em um cativeiro de homens livres. Marchemos para a abolição da escravidão social no Brasil.

Deputado CARLOS ALBERTO CAÓ
(PDT-RJ)

Pela Assembléia Nacional Constituinte

*“Perguntai ao Criador, uma, duas, dez mil vezes,
Perguntai ao Criador quem pintou essa aquarela,
Longe do açoite da senzala,
Preso na miséria da favela.”*

No samba-enredo da *Escola de Samba Estação Primeira de Mangueira*, tal como na vida real, eis a Nação brasileira, no momento dirigida pelo Poder Constituinte presidido pelo insigne Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Repousa sobre mim a grave responsabilidade de expressar a visão do quadro histórico brasileiro, cujas repercussões e conseqüências se projetam sobre o presente que estamos vivendo, diante de uma conjuntura política acidentada, em que é preciso assegurar as diferentes concepções sobre a forma de organização da sociedade e da economia brasileira, que se possam expressar livremente, para que, na convergência e divergência de opiniões, possam travar o diálogo democrático que a hora presente exige de todos os brasileiros, independentemente da cor da pele, da origem social ou da classe a que pertencem.

Exatamente por isso é que o centenário da Lei Áurea, comemorado nesta sexta-feira, 13 de maio de 1988, se apresenta como um momento particularmente importante para se proceder a uma reavaliação histórica. Pensar e repensar o Brasil se impõe até por força das circunstâncias singulares de que estamos em Assembléia Nacional Constituinte supostamente elaborando um novo projeto político de Estado e de sociedade.

Igualmente se impõe captar as raízes da crise atual brasileira, segundo a visão e a perspectiva do seu povo. Isso nos remete, sem dúvida, a uma questão central: o que somos, enquanto Nação? Qual a efetiva contribuição dos escravos, índios e brancos, e da população negra, ainda hoje des-

possuída e excluída de qualquer representação no Estado pós-escravista, na formação histórica de nosso país, na formação histórica do Brasil?

Com realismo, os dilemas e desafios dos dias atuais formam, Sr. Presidente, um quadro de exaltação, ensejam um contexto de profunda reflexão e abrem um leque de denúncias dos males que se repetem, regular e secularmente, com seu inesgotável repertório de empobrecimento, miséria e opressão a que o Estado e os grupos dominantes submetem o povo brasileiro.

Estamos certos, sem dúvida, de que a permanência e a predominância do autoritarismo em nosso país se relacionam, sem dúvida, com o fato de que nada menos do que quatro quintos de nossa História transcorreram sob o signo da escravidão, enquanto forma de propriedade e de produção — sistema que, por definição, se baseia na violência e na tortura, tecnologias que, modernizadas e refinadas, continuaram sendo aplicadas em tempos recentes a cidadãos brasileiros.

Na Maison des Esclaves, na Ilha do Gorée, em frente ao porto de Dacar, um dos muitos locais de embarque de escravos para a América, está numa parede o triste recorde brasileiro. Lá está escrito: "Brasil, 1888, penúltimo país do mundo a abolir a escravidão" (o último foi a Maurítânia há cinco anos). Fomos também os maiores consumidores de peças de ébano, eufemismo com que se designavam os escravos: aproximadamente 10 milhões em cerca de 300 anos. A rota dos navios negreiros era conhecida de qualquer marujo, pois era a mesma dos tubarões: de cada dez negros transportados para cá, apenas sete, em média, chegavam com vida. Sem pretender comover com números os amigos e amigas aqui presentes, posso afirmar com grande fraternidade, com extrema serenidade, mas com profunda repugnância, que com o tráfico negreiro praticou-se o maior crime da história da humanidade. É um crime indescritível, inexprível, conforme descreve, com força e vigor poéticos, Castro Alves na imortal obra "O Navio Negreiro".

No final deste século que estamos vivendo, no final de um milênio que estamos por encerrar, ainda mantém plena validade a lúcida observação de Joaquim Nabuco de que a escravidão continuaria marcando, por muito tempo, as características nacionais do nosso país. Infelizmente, a escravidão ainda marca, nos dias atuais, as características nacionais.

Mas é preciso ressaltar que, enquanto houve escravidão no Brasil, os escravos se revoltaram, insurreições se realizaram, a rebeldia foi um elemento permanente da relação do escravo com o sistema de dominação, da luta do africano contra a opressão do sistema escravista. Mas essa realidade histórica continua, entretanto, sendo uma espécie de face oculta da História brasileira. No entanto, ela é mais importante que a face visível consagrada pela historiografia oficial. Essas revoltas, a capacidade de resistência e de organização do povo negro, estão, sem dúvida, incorporadas definitivamente à tradição revolucionária do povo brasileiro nos dias atuais.

Neste sentido, é preciso recuperar historicamente os papéis desempenhados pela resistência e rebeldia do escravo diante das formas cruéis de exploração e de opressão. Sobretudo porque esse ato de reconhecimento iluminará, seguramente, muitas das contradições, muitos dos dilemas que nós, presentemente, enfrentamos e vivemos em nosso país. Essa tarefa se impõe, de modo particular, àqueles aos quais o povo brasileiro confiou a responsabilidade, através da Assembléia Nacional Constituinte, de elaborar um novo projeto político para o Estado e a sociedade brasileiros.

Recuperando o valor e a importância histórica dessas lutas, é preciso assinalar que Palmares prenuncia a formação da Nação brasileira, tal como ela é nos dias atuais: pluricultural, plurirracial e heterogênea. Pois Palmares reuniu, sob a liderança de Zumbi, negros, mestiços, brancos pobres e índios. Até mesmo os dissidentes da classe dominante, perseguidos por participação nas Guerras dos Mascates e Praieira, buscaram refúgio e encontraram abrigo nos quilombos que se formaram àquela época.

Durante três séculos e meio, foram os escravos, sozinhos, isoladamente, que forjaram heroicamente a frente de luta contra a escravatura. É certo que pressões externas surgem. Mas somente depois de séculos de resistência e rebeldia engendradas e deflagradas apenas pelos escravos. A ideologia escravista se impôs durante mais de dois séculos a todas as categorias de homens livres que integravam o sistema dominante. Apenas a partir da Independência (1822), emergiram as pressões inglesas para solapar e impedir o prosseguimento do tráfico negreiro — não sem ambigüidade, pois os banqueiros da City de Londres financiavam, com crescente endividamento externo do país a sustentação do poder escravista.

Nas condições da época, os escravos foram, sem dúvida, impotentes para destruir a escravidão. Era uma luta sem esperança, embora com muitas glórias. Na impotência para destruir o cruel sistema de dominação e de opressão, contribuíram, inquestionavelmente, para sua paulatina desagregação em lutas heróicas pela afirmação da dignidade do ser humano. Em sua continuidade, essas lutas (*insurreições populares*) definem uma grandiosa epopéia. Este é, pois, um momento de exaltação, o único momento de exaltação que hoje aqui celebramos ao refletir sobre os significados presentes do centenário da Lei Áurea.

Por três séculos e meio, os escravos trabalharam e semearam sozinhos a terra. Extinta a escravidão, permaneceram sem terras, privados dos meios de subsistência, privados de uma base essencial e material para conquista da cidadania em sua plenitude. É lamentável — extremamente lamentável — que ainda hoje perdue essa situação de há cem anos para a maioria da população rural, dos sem-terras, que é confrontada diante das poderosas resistências políticas e ideológicas dos proprietários de terras — a tal ponto que a História registra, simultaneamente, como ironia e tragédia, a metamorfose da classe dominante escravista do meio rural no latifúndio, que se expressa hoje, política e institucionalmente, através da União Democrática Ruralista, a UDR.

Este é, também, um momento de reflexão, de profunda reflexão, sobre os dias atuais, sobre as contradições do momento, e sobre a presença de fatores históricos que mantêm e fazem com que essas contradições persistam e se mantenham de forma inarredável.

No contexto de uma crise sem precedentes na história republicana, o modelo imaginário de democracia racial se dissolve diante do aguçamento das discriminações e das desigualdades raciais. E não estamos a exagerar ao afirmar, com extrema convicção, que, mais do que nunca, hoje, no final desta década, a Abolição se apresenta como obra inacabada, incompleta e até mesmo historicamente frustrada. Como de resto, por sinal, é inacabada a transição do Estado escravista para o Estado capitalista democrático.

A prática e convivência democráticas constituem fenômenos ainda desconhecidos para a população e a Nação brasileiras. Se acaso experimentamos ensaios de experiências democráticas, ao longo de cem anos de vida republicana, não passaram de curtos e efêmeros intervalos de tempo diante da regular predominância do autoritarismo.

Com seu agudo sentido de observação, JOAQUIM NABUCO, ultrapassando os limites da classe a que pertencia e com visão histórica e profética, já advertia — há muitos e muitos anos — para o fato de que o movimento abolicionista foi proeminentemente um movimento da própria classe de proprietários de terra, e isso sem subestimar a importância histórica e até mesmo aspectos revolucionários que envolvem a passagem do trabalho escravo para o trabalho assalariado.

Sem dúvida, o novo sistema que emerge da extinção da escravatura absorve, na verdade, as forças do regime escravista que se mantiveram no comando do Estado capitalista recém-implantado. E impuseram, por isso mesmo, aos ex-escravos a marginalidade, o lumpesinato, que se retratam, nos dias presentes, nas favelas e mocambos. Embora a Nação, já naquela época, apresentasse características pluralísticas no plano cultural e racial, o Estado assim formado dispunha de uma só face, onde ressaltava claramente o seu caráter autoritário.

Por isso voltamos a afirmar que, na cena política brasileira deste século, o autoritarismo desempenha o principal papel na República desde sua formação.

A História brasileira mantém, assim, ao longo de todo este século, as suas características de permanente antagonismo do Estado com a Nação, com os ex-escravos — parcela hegemônica da Nação — pagando o preço das transformações que se operam na economia. Embora os ex-escravos tivessem alcançado a emancipação civil, continuaram sendo privados, como hoje, do exercício pleno do direito à cidadania civil.

Essa situação de estabilidade das diferentes formas de manifestação do autoritarismo é tão avassaladora e contamina em tal profundidade o con-

junto da sociedade que os diversos projetos políticos de Estado nacional — elaborados e formulados por intelectuais, políticos e governantes — mantiveram uma linha de integral coerência, excluindo os negros e os índios (os trabalhadores) da participação política. Esse mecanismo de exclusão ainda persiste até hoje em relação à classe trabalhadora de nosso país.

Por uma dessas ironias da nossa História, o pensamento político conservador e o pensamento político progressista, até bem pouco tempo, adotaram posições convergentes no tratamento da problemática negra. Ambos, por meios diferentes, com formulações aparentemente antagônicas, ignoravam a questão do negro: de um lado, era a mistificação da democracia racial de parte do pensamento conservador; de outro, a subestimação da problemática do negro, de parte do pensamento político progressista, este último sob o argumento de que a discussão dos problemas de natureza racial poderia representar a divisão da classe operária, pois tudo se reduzia, em nosso país, a mera e simples questão de luta de classes. A mudança substancial de posição no campo progressista é muito recente — provavelmente essa inflexão tenha começado a se configurar na segunda metade dos anos 70.

É realmente recente entre os partidos políticos que assumiram posições democráticas e progressistas e elaboraram propostas e projetos de transformação do Estado, da sociedade e da economia, a inserção nas suas diretrizes programáticas da problemática do negro — em articulação com as classes sociais —, dos conflitos, divergências e eventual integração de interesses entre os diferentes setores e grupos da sociedade.

Os historiadores já fixaram claramente o papel desempenhado pela escravidão na América como base de apoio para financiamento da Revolução Industrial. De forma simplista, aqui, poderíamos afirmar que sem a África não existiria a Europa altamente industrializada. E é aí, exatamente aí, que se encontra a origem do racismo antinegro. Ele é a vítima que o branco não pode fitar nos olhos.

Há, sem dúvida, uma dívida histórica a resgatar em relação às populações indígenas e negras brasileiras. Se não a cobramos, neste momento, é porque nos parece mais importante indicar que a raiz do racismo brasileiro é mais profunda do que o senso comum pensa: a raiz do racismo brasileiro está na própria formação da civilização ocidental — a mais predatória e mais eficiente que a humanidade já conheceu.

Em suma, qual a real contribuição que o negro deu ao Brasil? Nos livros didáticos em uso nas nossas escolas, é comum aparecer um título denominado “A Formação do Povo Brasileiro”, e, dentro deste título, dois itens: “A Contribuição do Negro” e “A Contribuição do Índio”. Os verbos estão sempre colocados no passado, como se índios e negros não fossem contemporâneos, e sua criatividade tivesse subitamente estancado. Mais grave, porém, é não haver nenhum item para listar as contribuições do homem branco à formação do nosso povo. Por que isso? Exatamente por-

que o branco é tomado como o principal, o cerne do povo brasileiro e, assim, teria recebido contribuição dos outros.

Essa farsa à brasileira não resiste, no entanto, à menor investigação. É imediatamente percebida pelos estrangeiros que nos visitaram desde a Abertura dos Portos até hoje. Negros e índios — estes últimos praticamente dizimados — continuam sendo a maioria da população. Foram eles os criadores da riqueza do país. Criadores da riqueza material e, conseqüentemente, do patrimônio cultural.

Mesmo que inexistissem o samba, o maculelê, a capoeira, o berimbau, a macumba, o rico folclore de nosso país, restariam, como essenciais, as fontes e processos de criação cultural, que, no Brasil, são tanto negros quanto brancos e mestiços. É inegável, no entanto, a hegemonia das fontes e processos de criação dos negros. Na maior parte do tempo, foram eles o principal e quase exclusivo criador de nosso patrimônio material e cultural.

De igual maneira, os sentidos instauradores da cultura, da língua e das formas artísticas foram e são hegemonicamente negras ou negro-mestiças. Esta é a contribuição do negro para a cultura brasileira. Na verdade, mais do que uma simples contribuição, trata-se, de fato, da base sobre a qual se imprimiram as marcas européias e ameríndias.

Caldas Barbosa, Inácio Alvarenga, André Rebouças, Luís Gama, Machado de Assis, Lima Barreto, Timóteo da Costa, Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho, Mestre Valentim, Padre José Maurício, Guerreiro Ramos, Cruz e Sousa, Edison Carneiro, entre outros, evidenciam que a cultura erudita contém uma forte presença e substantiva influência negra.

No Brasil ainda persiste a idéia de que os homens podem representar as mulheres. E negros e índios devem ser representados por outros, principalmente no que se refere ao acesso aos meios de exercício do poder político. Convido-os, pois, todos aqui presentes, num instante, a pensar nesta proposição, e certamente descobrirão, com honestidade e lealdade, que esse monopólio da representação pelo não-negro expressa mais uma modalidade consensual e eficaz de racismo brasileiro. O racismo tende, assim, a se projetar e se afirmar de forma impiedosa como arma de bloqueio ideológico, que, ao oprimir economicamente, produz e reproduz os mecanismos de marginalidade social, submetendo uma ampla parcela da população brasileira à privação de bens materiais e à privação da cidadania.

É não só ingênuo, mas é extremamente perigoso, supor que o racismo à brasileira — sem dúvida uma das formas de dominação do Estado sobre a Nação plurirracial e pluricultural — só atinge de forma contundente os negros.

Compreendemos hoje que o racismo, nos seus aspectos mais profundos, nos seus aspectos mais exaustivos — exatamente aqueles que dizem respeito à identidade da Nação brasileira e, portanto, à sua construção —, está, inequivocamente, na pauta dos grandes problemas nacionais, enquanto um

dos principais capítulos da história social de nosso país. Nós, negros, somos talvez a grande vítima. A grande perda que opera o racismo em nosso país, com um elevado potencial de desagregação, recai, no entanto, sobre o conjunto da Nação, afeta-o, pois essa esquizofrenia que nos faz rejeitar o nosso lado não branco resulta, sobretudo, no empobrecimento da nossa civilização, na perda irremediável da originalidade deste País chamado Brasil, desta Nação chamada Brasil.

Retomemos a reflexão inicial. Falemos sobre os dias atuais, sobre os dilemas e desafios presentes. Todos eles se sintetizam num diagnóstico. A gravidade da crise brasileira, sem precedentes na história republicana, encerra riscos à conclusão do processo de transição democrática. Mas essa crise anuncia o esgotamento de uma fase, de um tipo de modelo de desenvolvimento da economia e de um tipo de modelo de dominação do Estado.

Algo novo está sendo gestado. Talvez não tenhamos condições de reconstruir, na sua inteireza, o novo que está sendo gestado, apesar e por causa das extremas dificuldades existentes. Neste momento queremos lembrar os heróis do povo brasileiro — continuamente esquecidos — que, em condições adversas, realizaram epopéias históricas. Eles nos legaram ensinamentos úteis para vencermos os impasses atuais. Eles nos legaram ensinamentos para o fecundo aprendizado de como enfrentar a crise atual.

A relação de nomes a ser mencionada é incompleta. Mas começo por reverenciar a memória de Zumbi dos Palmares, coxo de uma pelourada antiga, com olhar doce e implacável dos campeões da liberdade, que, sitiado pelo colonialismo, organizou uma república de características plurirraciais. Homenageio a Rainha Nzinga, de Angola, de que o nosso povo se apropriou, entronizando-a nas congadas. Reverencio a memória dos Tiradentes negros: Luís Gonzaga das Virgens, Manuel Faustino dos Santos, Lucas Dantas de Amorim e João de Deus do Nascimento, da Rebelião Baiana de 1798. Reverencio a memória dessa brava guerreira Luíza Mahim e seu filho Luís Gama, de Cosme Balaio, Manuel Congo, João Cândido, Elenira e Santos Dias.

Reverencio a memória de Martin Luther King, no vigésimo aniversário do seu assassinato, que se completou há poucos dias. Pelo seu marcante exemplo em defesa dos direitos civis, Martin Luther King inspira a todos nós nesta hora difícil.

De mãos dadas com eles, os líderes vivos de hoje nas fábricas, nas favelas, nas universidades, nas escolas, nos bairros e em diferentes instituições culturais e locais de diversões, todos nós de mãos dadas com eles, empenhados na mesma tarefa de sempre: instaurar a liberdade e a justiça em nosso país.

De mãos dadas com eles, as 573 instituições, grupos de luta organizada contra o racismo em todo o País, conforme registra o catálogo recém-publicado pelo ISER (Instituto Superior de Estudos da Religião). Isso sem falar

de milhares de instituições de lazer, de pesquisa e religiosas, que, embora formalmente excluídas da classificação movimento negro, outra coisa não têm feito, há dezenas de anos, senão lutar pela sobrevivência e cultura do negro.

De mãos dadas com os heróis do povo brasileiro — permanentemente esquecidos —, os Parlamentares da Assembléia Nacional Constituinte que assestaram um golpe cortante no racismo com a aprovação da emenda que torna a prática do racismo crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão.

Presto, pois, as minhas homenagens a todos os integrantes da Assembléia Nacional Constituinte.

O desafio histórico está diante de todos nós. Ele se coloca de forma extremamente transparente e, inclusive, se impõe aos olhos de quem não quer ver, de quem não quer interpretá-lo, de quem não o quer sentir; ele se impõe de forma incandescente. É preciso, no entanto, agora, um esforço permanente de todas as forças democráticas, independentemente dos traços étnicos dos seus integrantes, para a criação de um novo tipo de sociedade que rompa, definitivamente, as barreiras que têm perpetuado as discriminações, as desigualdades, tanto sociais como raciais, em nosso País. Somente assim poderemos dizer, com o poeta Solano Trindade, que somos um povo, gente de todas as raças, gente de todas as cores, todos cantando uma canção de paz.

* * *

O Brasil comemora hoje, ao longo de todos os segmentos da sociedade e particularmente no quadro desta sessão solene do Congresso Nacional, o centenário da Lei Áurea, o diploma legal, de um Império em agonia, que extinguiu a escravidão no País.

A escravidão foi então extinta, acabou formalmente a 13 de maio de 1888, mas foi uma vergonha que não se pode esquecer, principalmente se recordarmos que ela convivia, num contexto de múltiplas realidades sócio-econômicas, com resquícios insepultos de uma ordem feudal cruel e esclerosada e com os ecos e conquistas de uma Revolução Industrial que começava a iluminar a Europa do século XIX.

Quando se escreve sobre a escravidão, algumas advertências devem ser feitas previamente. A exploração de um homem por outro — e a escravidão é a forma mais brutal desse costume das sociedades humanas, tão difícil de se extirpar e que migrou das senzalas da casa grande para as senzalas de uma ordem econômica só aparentemente generosa e libertária —, a exploração de um homem por outro, repito, é geralmente desculpada através de palavras e de colocações semânticas. O escravizado ora é chamado de selvagem, ora de bárbaro — isto é, ou pertence à selva, à natureza, como um animal, ou lhe atribuem crimes, atrocidades ou incivilidade. Nada

disso tem o menor sentido e é fundamentalmente anticientífico. Cada cultura humana adapta-se a seu meio, como nos ensinou, entre outros, Claude Lévi-Strauss em seu *Tristes Trópicos*. Os estudos antropológicos revelam que as tribos mais isoladas e de hábito singelo têm, em sua língua, em suas relações de parentesco, em seus hábitos alimentares, uma sabedoria própria que iguala na complexidade os idiomas dos sábios, as fórmulas dos computadores e as normas dos nutricionistas.

Quando, nos textos que nos submetem, aparece a palavra *primitivo*, quer-se dizer apenas que a forma de viver descrita — a tribo, a comuna gentilícia — antecedeu, em muitas civilizações, o nascimento do Estado, da escravidão, da servidão, do capitalismo. A relação não é existencial; a sociedade escravocrata desenvolveu certas potencialidades produtivas — na Grécia, por exemplo —, mas, do ponto de vista da felicidade humana, não representou em absoluto um passo adiante. E impérios que abominaram a escravidão, como o dos incas, nem por isso deixaram de realizar grandes avanços que, lastimavelmente, contudo, não incluíram o desenvolvimento de armas eficazes contra os colonizadores. No mais, a escravidão colonial de índios e de negros foi a pior das brutalidades históricas, tangenciando o genocídio. A diáspora negra é, sob qualquer forma, uma nódoa que a História não apagará, apesar dos ingênuos esforços de liberais como Rui Barbosa, o homem que fez destruir os documentos da vergonha escravocrata, para que dela se perdesse a memória — o que afinal não foi conseguido pelo ilustre e genial baiano, pois os arquivos desse opróbrio chegaram até nós, para que deles pinçássemos as lições devidas.

O primeiro grande golpe contra a escravidão foi o estancamento, em 1850, do tráfico de escravos da África negra para o Brasil. Isso se verificou menos pela observância de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que pelo poder de retaliação britânica. Somente vinte e um anos depois — mais precisamente, a 28 de setembro de 1871 —, seria vencida a segunda grande batalha em defesa dos escravos, como a lei de libertação dos nascituros, a chamada *Lei do Ventre Livre*, uma iniciativa de José Maria da Silva Paranhos, o Visconde do Rio Branco, então Presidente do Conselho de Estado. Três nomes se destacaram, então, no Parlamento do Império, pela sua intransigente posição contra o projeto oficial: o Barão de Vila da Barra, Perdigão Malheiros e José de Alencar, então Deputado pela Província do Ceará e escritor já consagrado. Alencar usou expressões quase apocalípticas: os abolicionistas eram, a seu ver, “obreiros de ruínas”, que pretendiam “enodoar” a história do País, para concluir, no anátema final aos defensores da Lei do Ventre Livre:

“Eles [os abolicionistas] não passam de emissários da revolução, de apóstolos da anarquia. A emancipação será uma nódoa que ficará na História.”

Apesar da dramaticidade de Alencar, o projeto foi aprovado no Senado do Império e na Câmara dos Deputados. Na Câmara Alta, a iniciativa sofreu

o combate violento de outros dois barões, o de Muritiba e o das Três Barras. Mas, se os barões eram tão contrários à proposição, o mesmo não sucedia com Francisco de Sales Torres Homem, o Visconde de Inhomirim, que lembrou coisas desagradáveis, como se verá pela transcrição de um trecho do seu discurso:

“Esqueceram-se de que, no período de 1830 a 1850, mais de um milhão de africanos foram (...) entregues à lavoura, e que para obter essa quantidade de gado humano era necessário duplicar e triplicar o número de vítimas, alastrando-se de seu sangue e de seus cadáveres a superfície dos mares que nos separam da terra do seu nascimento.”

A lei foi naturalmente aprovada no Parlamento nacional, apesar das tentativas de obstrução dos escravocratas e de seus aliados. Somente dentro de dezessete anos, no entanto, os escravocratas perderiam a batalha final, com o Império ruindo um ano e meio depois.

Quando da sanção da Lei do Ventre Livre, a população escrava do Brasil baixara significativamente em consequência da abolição do tráfico em 1850. A população escrava do Império era, à época, de 1.609.673 indivíduos, dos quais 875.047 pertenciam ao sexo masculino e 734.626 ao sexo feminino.

Entre 1850 e 1871 — quando, a 28 de setembro, foi promulgada a chamada Lei do Ventre Livre —, sucederam-se em larga escala, Senhor Presidente, as fugas de escravos e avolumou-se a onda em favor da extinção total da escravatura. Mas esta só seria suprimida completamente em 13 de maio de 1888, no quadro da Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel. Decretou-se, então, a Abolição sem qualquer indenização aos proprietários, que passaram a se opor maciçamente ao Governo Imperial que haviam sustentado.

A partir de 1879, com a maturação das circunstâncias favoráveis, a campanha abolicionista entra em sua fase final. É uma ofensiva que agrupa deputados, senadores, jornalistas, artistas, escritores e vastos setores da emergente classe média urbana, que se politiza a cada dia.

O Brasil do século XIX não era apenas o país das carruagens, dos sa-raus, dos bailes na Corte, das casas-grandes. Era, sobretudo, a nação que, ao adquirir sua independência em 1822, tinha metade de sua população escravizada. A outra metade — ou uma fração privilegiada dela — tinha os filhos em universidades européias, suas crianças liam os contos infantis dos irmãos Grimm — Jacob e Wilhelm, que as malas postais, transportadas por paquetes de luxo, traziam para os portos do Rio de Janeiro e de Santos. Combatiam-se as febres gripais com sinapismo — cataplasma de mostarda aplicado em regra como revulsivo —, e liam-se no *Jornal do Commercio* as melhores ofertas para a venda de escravos, enquanto o abolicionista *Correio Mercantil*, do Rio de Janeiro, oferecia uma leitura mais

amena, entre 1852 e 1853: o folhetim “Memórias de um Sargento de Milícias”, de Manuel Antônio de Almeida, a primeira afirmação do romance do gênero naturalista em nossas letras. Havia igualmente um noticiário cauteloso sobre a Questão Religiosa, que opusera a Igreja à Maçonaria, a partir do momento em que dois bispos lançaram penas espirituais contra algumas irmandades e ordens terceiras dirigidas por maçons. A Santa Sé não pediu previamente, conforme exigência constitucional, o apoio do Governo brasileiro para seus atos contra a Maçonaria, o que acarretou um conflito entre o Vaticano e o Rio de Janeiro.

Por fim, e mais delicada ainda, havia a Questão Militar. O Governo Imperial censurou oficiais que debatiam pela imprensa problemas de sua órbita, e o maior líder do Exército, Marechal Deodoro da Fonseca, se solidarizou com eles. O Governo Imperial não teve forças, daí por diante, para conter o descontentamento militar, traduzido notadamente pelo Tenente-Coronel Benjamin Constant, que pregava abertamente a implantação da República nas salas de aula da Escola Militar. Ruía a disciplina castrense e, com ela, um dos pilares da ordem imperial.

A propaganda republicana coincidira com a última etapa da campanha abolicionista e se inscrevia num contexto mais lato de conturbações sociais, que se circunscreviam, contudo, a uma fração da classe dominante. Em 1873, em São Paulo, com a presença de Júlio de Mesquita e Prudente de Moraes, dois dos seus líderes mais destacados, os republicanos fizeram um esboço de texto constitucional para o futuro regime. A causa republicana e a causa abolicionista se confundiam, assim, num mesmo espectro de reivindicações liberalizantes. Simultaneamente, o Gabinete chefiado por Afonso Celso de Assis Figueiredo, o Visconde de Ouro Preto, desgastava-se, e a propaganda republicana se aprofundava em alguns jornais, como o *Correio Mercantil*, de propriedade de Joaquim Francisco Alves Branco Muniz Barreto e dirigido por seu genro, o Senador Francisco Otaviano.

Na realidade, o prestígio político do Império começara a se dissipar vertiginosamente após a gestão do Visconde do Rio Branco (1871-1875). O visconde, grão-mestre da Maçonaria, era um homem de vasto saber e desempenharia ainda outras importantes missões — coube-lhe, por exemplo, em Montevidéu, anunciar ao corpo diplomático ali acreditado que o Brasil iria à guerra com o Paraguai em consequência do apresamento do navio *Marquês de Olinda*, em 1865. Ele liderara a reforma judiciária, instituíra a fiança provisória e ampliara a ação do *habeas corpus*. Foi diretor da Escola Politécnica, Deputado e Senador, além de catedrático da Escola Militar, onde lecionou as disciplinas de Artilharia e Fortificações Permanentes, Mecânica, Economia Política, Estatística e Direito Administrativo, exibindo o enorme leque de suas manifestações eruditas.

O regime escravista — e com ele a Monarquia — acabou nas mãos de Ouro Preto e da Princesa Isabel, que, no Segundo Reinado foi regente por vários períodos. Estava no poder um Gabinete conservador, após a

dissolução da Liga Progressista, que promovera a união dos dois grandes partidos do Império — o Conservador e o Liberal.

A propaganda republicana era então virulenta e explorava todos os flancos abertos eventualmente pela Monarquia, como, entre outros, a possibilidade de instalação de um terceiro reinado sob a chefia de Gastão de Orleans, o Conde d'Eu, príncipe regente por seu casamento com Isabel, a Redentora, em 15 de outubro de 1864. Por isso, quando o conde — nascido em Neuilly-sur-Seine, na França — fez uma viagem ao Norte e Nordeste do país, talvez para testar sua popularidade e reforçar as pretensões continuistas da Casa de Orleans, o republicano Silva Jardim tomou o mesmo navio para desmontar o seu proselitismo.

A República e a Abolição eram causas gêmeas no contexto político brasileiro na penúltima década do século XIX. Aonde fossem os republicanos, os abolicionistas iam atrás numa pregação conjugada. O modelo político norte-americano, com suas instituições democráticas baseadas no voto livre e no espectro de conquistas libertárias, guiava os propagandistas do final do século. Paralelamente, os escravocratas viam o seu prestígio definhando. Sua voz não era mais majoritária no Parlamento Imperial e até a literatura refletia um novo anseio social, como em *O Cabeleira* (1876) e *Lourenço* (1881), de Franklin Távora, na fase de transição do romantismo para o realismo, ou em *A Normalista* (1892), o padrão de estética naturalista, de Adolfo Caminha (1867-1897), que nos daria em 1895 o *Bom-Crioulo*.

Jean-Baptiste Gresset, o grande poeta francês, de Amiens, dizia que “a dor é um século; a morte, um momento”. Nunca um verso se aplicou tão bem a uma comunidade, como a dos escravos africanos trazidos para o Brasil. Foram séculos de dor e mortes abruptas, pelo açoite ou pelas doenças fulminantes — a cólera, a difteria, a varíola e a disenteria, que eram as mais freqüentes. Enquanto nos saraus das mansões dos nobres se ouviam os *Lieder* de Franz Schubert, ou as sinhás cantavam ao violão as modinhas de Francisca Gonzaga — a Chiquinha Gonzaga, mais tarde autora de “Lua Branca” e “Abre-Alas”, suas principais criações, entre 2.200 composições —, o barco do Império fazia água por todos os lados. E estava sob o fogo cerrado da artilharia de republicanos e abolicionistas. Entre os primeiros destacavam-se Deodoro da Fonseca e o Coronel Antônio Sena Madureira, que iniciou o longo debate que arruinou o Gabinete presidido por João Maurício Vanderlei, o Barão de Cotejipe, e que Enéias Gustavo Galvão, o Visconde de Maracaju, último Ministro da Guerra do Império, não conseguia dominar. Entre os abolicionistas, os destaques eram vários — Nabuco, Silva Jardim, Bocaiúva e outros —, mas a maior voz foi certamente a de José do Patrocínio.

Os enciclopedistas franceses consideram que houve “quatro grandes séculos” — o de Péricles, o de Augusto, o de Leão X, papa entre 1513 e 1521 e membro da famosa família dos Médicis, e o de Luís XIV, o Rei Sol.

José do Patrocínio dizia que no Brasil o verdadeiro Século das Luzes foi o século XIX, que viu secar a chaga da escravidão.

Na terça-feira 8 de maio de 1888, segundo o noticiário da *Gazeta da Tarde*, os nossos ancestrais da Câmara dos Deputados se reuniam em sessão solene. Havia uma razão especial para isso: ali seria lido pelo Ministro da Agricultura, Rodrigo Silva, o projeto de lei, oriundo do Governo Imperial, relativo à extinção do elemento servil.

O povo começara a aglomerar-se diante do edifício da Câmara Baixa, no Rio de Janeiro, desde as primeiras horas da tarde, e agora invadia as galerias. Joaquim Nabuco, um dos mais dinâmicos líderes abolicionistas, pediu à direção da Casa tolerância para o que se estava presenciando, acentuando que não conhecia exemplo de "fato tão extraordinário". Nas galerias e no plenário, circulavam informações de que alguns senhores já começavam a libertar os seus escravos. Citava-se um caso concreto: o do Capitão Manuel Francisco de Paula, residente em Majé, no interior do Estado do Rio de Janeiro. Dois dias depois — com uma urgência que não se verificara quando da tramitação da Lei do Ventre Livre, numa evidência de que o processo social avançava —, a Câmara dos Deputados aprovou a proposição, que seguiu imediatamente para o Senado do Império.

Estamos agora na sexta-feira, 11 de maio. É constituída uma comissão especial — integrada entre outros pelo Visconde de Taunay, pelo Visconde de Pelotas e por Jerônimo José Teixeira Júnior, que presidia a Câmara dos Deputados durante a votação histórica da Lei do Ventre Livre. Momentos depois, numa resposta indireta às pressões crescentes da opinião civil e militar, a comissão envia seu parecer à Mesa Diretora, considerando ser a abolição dos escravos "um fato civilizado e econômico". O Senador Dantas, que também integrava a comissão especial, pede dispensa da impressão do parecer e vai além: solicita que a matéria seja incluída na ordem do dia da sessão de 12 de maio, um sábado, quando o Senado do Império deverá reunir-se extraordinariamente. As duas petições são aprovadas.

Sábado, 12 de maio de 1888: nunca o austero Senado Imperial vivera um dia tão festivo e solene. Em plenário, a proposta do Paço Imperial entra em discussão. Está por horas a existência infame da escravatura no Brasil — um dos últimos países da Terra a extingui-la. O quadro final é uma apoteose, segundo o noticiário da edição especial da *Gazeta da Tarde*:

"O povo, possuído de entusiasmo delirante, eletrizante, cobre de flores os chefes abolicionistas. Não é só a Abolição que o Parlamento Imperial está decretando. É a libertação do trabalho até agora aviltado, em vez de ser considerado no seu verdadeiro valor. Liberte-se o trabalho e o trabalhador! Exige-o a humanidade, o bem público, a prosperidade pátria. Viva a Liberdade!"

E, numa vinheta destacada, “o número da lei que extinguiu a hedionda e bárbara instituição da escravidão no Brasil” — isso já na edição de 13 de maio de 1888: 3.533, sancionada pela Princesa Isabel.

O 13 de Maio é um dia de festa. Todos saúdam a Lei Áurea, e destaca-se o gesto de José do Patrocínio, beijando a mão da Princesa Isabel — o que depois seria explorado contra ele, quando apoiou a Proclamação da República. Nos teatros, vão à cena peças exaltando a emancipação dos escravos. No Campo de Santana, no Rio de Janeiro, onde Deodoro instauraria o regime republicano, 16 meses depois, uma multidão eufórica se reunia. Ali se realizara, dias antes, um grande festival em apoio à aprovação do projeto que extinguiu o trabalho servil, apresentando-se o drama *A Cabana do Pai Tomás*. No Teatro São Pedro, atual João Caetano, montou-se um espetáculo, após o qual a diretoria da Confederação Abolicionista foi ovacionada, de pé, em cena aberta. À noite, com as bandeiras hasteadas em suas sacadas, praticamente todos os estabelecimentos comerciais do Rio de Janeiro mantinham suas luzes acesas. Bandas de música improvisavam retretas nas principais praças públicas. O nome da Princesa Isabel, logo cognominada a redentora e que assinara a Lei Áurea às 14 horas, era aplaudido por todos os segmentos da população, juntamente com o de José do Patrocínio e Joaquim Nabuco.

Apenas seis Senadores — Paulino Pereira de Sousa, Belisário, Pereira da Silva, Ribeiro da Luz, Diogo Velho e o Barão de Cotejipe — votaram pela manutenção da escravatura, mas, na euforia geral, seus nomes não eram lembrados. Quando o projeto foi aprovado em terceira discussão, explodiu em toda a sua intensidade o entusiasmo popular, o que obrigou a Mesa Diretora do Senado do Império a suspender os trabalhos e nomear a comissão que iria levar os autógrafos da propositura ao Paço Imperial, na Quinta da Boa Vista. Houve festa, em todas as capitais brasileiras, mas, segundo o noticiário do *Jornal do Commercio*, de 14 de maio de 1888, elas foram mais ruidosas em São Luís do Maranhão e Porto Alegre. No Rio de Janeiro, sede da Corte Imperial, lia-se a seguinte manchete, no mesmo dia 14 de maio: “A *Gazeta da Tarde* ao Povo Brasileiro — Pela Libertação dos Escravos — Extinta a Escravidão no Brasil!”.

Naturalmente, razões humanísticas e éticas se manifestaram no interior do processo que desaguou na Abolição da Escravatura no Brasil e compuseram a tessitura do repúdio popular e social à manutenção da infiqua prática de um homem submeter outro a seus interesses de classe. Mas havia, igualmente, razões de natureza ideológica. Em seu livro *O Abolicionismo*, Joaquim Nabuco definiu os fundamentos gerais da campanha que acabaria emocionando o país:

“Porque a escravidão, assim como arruína economicamente o país, impossibilita o seu progresso material, corrompe-lhe o caráter, desmoraliza-lhe os elementos constitutivos, tira-lhe a energia e a resolução, rebaixa a política; habitua-o [o país] ao servi-

lismo, impede a imigração, promove a bancarrota, desvia os capitais de seu curso natural, afasta as máquinas, excita o ódio entre as classes, produz uma aparência ilusória de ordem, bem-estar e riqueza, a qual encobre os abismos da anarquia moral, da miséria e destruição, que de norte a sul margeiam todo o nosso futuro.”

O tempo havia esgotado o conteúdo de classe do escravismo no Brasil: a dinâmica dos interesses sociais das elites dominantes exigia, agora, um salto de qualidade na organização e desenvolvimento de seus interesses estruturais; o escravismo já não atendia, em síntese, às necessidades básicas do desenvolvimento de uma sociedade que se via atrasada no avanço do processo.

Joaquim Nabuco falava como um homem de visão, como autêntico representante das classes dominantes, que em outras regiões do mundo já haviam, desde os fins do século XVIII, dado o salto qualitativo para a era industrial. Urgia limpar o tecido social do eczema da escravidão. Tratava-se de um quadro progressista para a época, embora um julgamento mais severo pudesse argüir que o notável tribuno e estadista pernambucano procurava, na realidade, defender seus superiores interesses de classe, comprometidos naquela hora pelo sistema escravista, institucionalmente superado enquanto motor do desenvolvimento das forças econômicas.

O processo de extinção da escravatura no Brasil foi gradual e se alinhou numa perspectiva de dificuldades e conquistas paulatinas: em 1850, sob o fogo das canhoneiras de Londres, o Governo Imperial viu-se compelido a abolir o tráfico negreiro, que resistira a todos os tratados e a alguns poemas condoreiros de Castro Alves; em 1871, decretou-se a Lei do Ventre Livre; a 28 de setembro de 1885, a Lei Saraiva-Cotejipe, também conhecida como Lei dos Sexagenários, concedia liberdade aos escravos que haviam atingido o patamar dos 60 anos — e até porque sua produtividade era baixa, naquela faixa etária —, sem indenização para o proprietário, e previa um aumento do Fundo de Emancipação, destinado a promover a imigração da mão-de-obra européia.

Nesse momento, formalizou-se a cisão no grupo cafeeiro — a cada gota de sangue dos escravos correspondia um ramo de café, segundo a dramática produção poética de Amadeu Amaral. Os representantes do Oeste Novo de São Paulo, interessados em abolir a escravidão e receber mão-de-obra mais avançada da Europa, apoiaram a proposição, mas os corifeus da lavoura tradicional foram contrários à concessão da liberdade sem a correspondente indenização. Era este o setor mais atrasado do latifúndio nacional.

A escravidão já estava, pois, profundamente desgastada quando Joaquim Nabuco, em 1887, no Congresso Legislativo do Império, conclamou o Exército a se rebelar contra a função de capitão-do-mato, isto é, de

caçador de escravos fugitivos, que lhe era atribuída. Pouco tempo depois, os militares pediam formalmente ao Governo Imperial que os liberasse dessa função, que não se conformava às matrizes de sua verdadeira missão profissional, extraviada, assim, dos campos de batalha e dos quartéis.

Quando, em 1888, foi votada e sancionada a Lei Áurea, a escravidão já não contava com o apoio de qualquer setor organizado da sociedade brasileira. Em termos econômicos, ao contrário do que se anunciava insistentemente, não deflagrou nenhuma crise, pois os setores mais dinâmicos da economia nacional já não utilizavam o braço escravo; em termos políticos, cristalizou o colapso da influência dos senhores de terras mais retrógrados e a emergência do poder dos fazendeiros do Novo Oeste de São Paulo, que dominariam o país durante quase toda a República Velha, em aliança com os fazendeiros de Minas Gerais, um poder que, de resto vemos hoje reponer na ação deletéria da União Democrática Ruralista, a UDR dos ku-klux-klan do campo, os agentes de um pensamento social anquilosado e perverso.

É com emoção que assomo hoje a esta tribuna, nesta data histórica, pois as minhas raízes mergulham nas terras distantes da África, de onde os meus ancestrais saíam, um dia, para a infâmia do cativo, da senzala imunda, das doenças endêmicas, para a humilhação perene e para a nostalgia mortal do banzo. Que se releve, portanto, a minha emoção, menos pessoal que ideológica, creiam, e que se dilata na medida em que se verifica que, cem anos após o desmantelamento do estatuto desumano da escravidão e de seus cortiços, ainda persistem em nosso país a discriminação e o preconceito raciais, ora escancarados, ora dissimulados na caviliosidade dos regulamentos de uma sociedade, no fundo, ainda escravista em alguns setores de sua organização.

No seu longo período de cativo, os escravos se rebelaram muitas vezes, refugiando-se nos quilombos para fundar uma vida comunitária e sem injustiças e da qual Palmares, em Alagoas, é o exemplo mais brilhante e mais conhecido. Mas até hoje existem no interior do Brasil comunidades negras remanescentes de antigos quilombos, onde até há alguns anos se falavam dialetos africanos. A Fazenda Conceição dos Caetanos por exemplo, no norte do Ceará, manteve-se praticamente isolada até 1950, quando o advento da luz elétrica, a aguardente, o fumo e os casamentos com brancos deterioraram as tradições e costumes da família Caetano, descendente legítima de escravos que ali se haviam refugiado na primeira metade do século XIX, numa das evasões mais espetaculares do período.

Num ponto todos os historiadores devotados ao estudo do problema da escravatura no Brasil estão de acordo: a Lei do Ventre Livre enquadra-se na perspectiva do Poder Moderador de promover a emancipação *lenta, gradual e com indenização para os senhores de escravos*. Um projeto de classe, portanto.

Previa-se a abolição completa para o último ano do século XIX, na dobradiça do século XX. Atente-se para esse projeto incrível: quando o século XX — o século do computador, do vôo para o cosmos, da arquitetura de Niemeyer, do cinema, de Eisenstein, dos Beatles e da tecnologia de ponta — se inserisse no calendário, ainda haveria escravos no Brasil, ainda haveria a instituição infame do pelourinho, a sinfonia sinistra dos golpes de açoite e a morte no fundo do universo imperscrutável do banzo! Mas, como na “Roda-Viva” antológica de Chico Buarque de Holanda, “eis que chega a roda-viva e carrega o destino pra lá”.

E foi o que ocorreu nos últimos haustos da Monarquia brasileira. O Governo Imperial, a partir de 1871, quando foi sancionada a Lei do Ventre Livre — arrancada a fórceps pela opinião nacional da Quinta da Boa Vista e do Parlamento —, perdeu todo o controle da situação. Em 1885, teve de decretar a alforria dos sexagenários e, quatro anos depois, a extinção total da escravatura, com uma antecipação, não desejada, de dez anos. E sem indenização para os escravocratas, como constava de sua estratégia.

Mas, na iminência da decretação da Abolição, tentou-se mascarar a realidade histórica, ou extraviá-la do seu verdadeiro repertório de motivações e conquistas. Na edição de 9 de maio de 1888, segundo a pesquisa que respalda este discurso, o jornal *O País*, do Rio de Janeiro, reivindicava para os conservadores a glória de liquidar com o escravismo no Brasil. “Os que querem fazer do abolicionismo uma demanda de partido não conseguem senão mostrar que eles são tão bons partidários como medíocres abolicionistas” — era assim que o editorialista de *O País* investia contra a corrente liberal. Na realidade, a Abolição fora uma causa vencida por quase todo o conjunto da sociedade, e não apenas por um partido — no caso, o Liberal; mas o que, no particular, o jornal *O País* procurava preservar era a imagem e a hegemonia do Partido Conservador.

Mas havia realidades e lideranças a serem colocadas no pódio da História: numa edição em que a manchete era “Brasil Livre”, a *Gazeta de Notícias*, do Rio de Janeiro, homenageava a perseverança de José Carlos do Patrocínio, o Tigre da Abolição, homem de origens humildes, nascido em Campos dos Goitacases, na então Província do Rio de Janeiro, em 8 de outubro de 1853, filho de João Carlos Monteiro, um clérigo, e de Dona Justina Maria do Espírito Santo, uma quitandeira. De José do Patrocínio disse Sílvio Romero, o grande polemista e crítico literário do final do século XIX e começo do século XX: “Ele [Patrocínio] é duplamente reclamado pela história: a história política e a história literária”.

A *Gazeta de Notícias* escrevia, então, homenageando a campanha desenvolvida por José do Patrocínio durante dois decênios:

“Tem-se dito e escrito que na questão do elemento servil não há vencedores nem vencidos. Isto não é rigorosamente exato.

Os vencedores são os que lutaram pela Abolição, dia após dia, com a palavra e a pena, a coragem e a convicção, contra os adversários, as calúnias, as injúrias e os oportunistas. José do Patrocínio combateu e venceu.”

A *Gazeta de Notícias* orgulhava-se de ter sido o instrumento “para este moço desfechar os primeiros tiros contra o vasto inimigo, e hoje presta-lhe o mais entusiástico e sincero testemunho do seu respeito e admiração”.

O glorioso jornal do Rio de Janeiro lembrava ainda, na mesma edição de 12 de maio de 1888: quando as sociedades carnavalescas, redutos indômitos do abolicionismo, se mantinham enfeitadas com suas guirlandas e suas bandas de música, dizia a velha *Gazeta* que na campanha “muitos se distinguiram, e não é possível dar-lhes desde já o lugar que legitimamente lhes compete”. Mas, pelas conseqüências desencadeadas, frisava que a preeminência cabia ao Ceará, e, no Ceará, ao Acarape. A libertação daquele município, segundo o jornal, trouxe a de Pacatuba e Icó. Em Icó, os escravos, sob a ameaça de serem transferidos para outra província devido às suas tendências libertárias, se rebelaram e tiveram o apoio de uma parte substancial da opinião pública, pois o fato foi divulgado na imprensa do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Afonso Celso Júnior propôs que o dia da Abolição — o 13 de Maio — fosse declarado dia de grande gala. Na realidade, a data deveria transformar-se em “Dia da Penitência”, para que se expiassem as culpas acumuladas durante três séculos e das quais os brasileiros devem arrepender-se eternamente no fundo de sua alma. O decreto da Lei Áurea é curto, ocupa menos de doze linhas; ele é breve. Ajudou a pôr fim ao império do mecenato e do nepotismo. Mas, para os negros atirados no mercado do ilusório trabalho livre, esse decreto representou apenas o início de uma nova luta.

Entre os assírios e os babilônios; entre os fenícios e os egípcios — aos quais deu as pirâmides monumentais de Quéops, Quéfren e Miquerinos; entre os extintos núbios e os romanos; entre os romanos e os ingleses; entre os espanhóis e os persistentes portugueses, o escravismo deixou marcas dolorosas e inapagáveis ao longo dos séculos. Mas no Brasil ele se revestiu de características ainda mais perversas e ignominiosas, entre as quais aviltava, em primeiro plano, o tráfico transatlântico. Toda uma literatura, nacional e estrangeira, dá a fotografia sem retoques dessa terrível realidade sócio-econômica — de homens exaustos e maltratados no fundo dos porões abafados dos navios negreiros e mais tarde atirados às senzalas sujas e sombrias; do escravo leproso de José de Alencar, em *As Minas de Prata*, aos estudos eruditos de Augustín Cochín.

E o Brasil, para nossa vergonha e opróbrio, foi um dos últimos países do mundo a abolir a escravatura, resistindo, na medida de todas as forças de sua classe dominante, às restrições e pressões emanadas da quase totalidade das nações estrangeiras.

Até uma determinada etapa do processo, os abolicionistas brasileiros formaram uma minoria inexpressiva, que não atemorizava os escravocratas. Esses pioneiros da luta antiescravista não desanimaram, contudo, e, na segunda metade do século XIX, viram agregar-se a eles os elementos até então indiferentes das universidades, do jornalismo, da intelectualidade, das artes, dos meios políticos, do Clero e até mesmo de uma burguesia adolescente e ávida de mudanças. Por fim, um grupo expressivo de proprietários rurais, que já não conseguiam conviver com a baixa rentabilidade do braço escravo — e só por isso —, aderiu à campanha. Fechou-se o círculo, e a 13 de maio o regime escravista desaparecia por completo da face da Terra, sepultado sob os escombros de sua degenerescência.

Seis meses antes da festiva sanção da Lei Áurea — que foi apenas um pequeno registro nos jornais de Paris e Londres, e assim mesmo com vários dias de atraso —, podiam-se ler, ainda, na imprensa do Rio de Janeiro, anúncios deste tipo: “Vende-se por 20 mil réis um escravo forte, de 35 anos, com bons dentes e aprestado para qualquer tipo de trabalho servil”. *Com bons dentes*. Tal como se detalhava nos anúncios de classificados que colocavam à venda bestas de carga.

Por que a escravidão, no Brasil, se prolongou até quase o início do século XX, o século de Iúri Gágárin, o nauta do espaço exterior, e da nave *Columbia*? Em *Formação Econômica do Brasil*, o economista Celso Furtado, atual Ministro da Cultura, nos explica que, entre as dificuldades que encontrava para vender os seus produtos e o temor de uma forte elevação de custos provocada pela suspensão da importação de escravos, a classe de grandes agricultores se defendeu tenazmente, provocando e enfrentando a ira dos ingleses. O governo de Londres, escudado em sólidas razões morais e impulsado pelos interesses antilhanos, que viam na persistência da escravatura brasileira o principal fator de depressão do mercado de açúcar, usou inutilmente todos os meios a seu alcance para terminar com o tráfico de escravos.

Paralelamente, em *Formação Histórica do Brasil*, um clássico da historiografia nacional, Nelson Werneck Sodré observa que a classe senhorial tinha condições para resistir à pressão externa, “naquilo que era motivo de contradição secundária”, porque: 1.º) o tráfico não cessou, tornando-se atividade mais rentável quanto mais perseguida; 2.º) o crescimento vegetativo da massa escrava permitia atender às necessidades internas do mercado de trabalho; 3.º) a oferta da mão-de-obra era maior do que a demanda na fase que se inicia com o declínio da mineração; em resumo: havia concordância de interesses entre as forças externas ligadas à expansão capitalista e as forças internas tributárias da produção escravista, quanto ao regime de monopólio comercial, que entrava umas e outras; 4.º) não havia a mesma concordância de interesses entre as referidas forças quanto ao trabalho escravo, mas as internas tinham condições para resistir às externas

nesse campo; 5.º) essa contradição era superada pelo que se estabelecera entre as forças internas e a Metrópole monopolista, permitindo uma base de acordo para ação organizada ou tácita no que era de interesse comum.

A classe senhorial era superada pelo que se estabelecera entre as forças internas e a Metrópole monopolista e concomitantemente enfrentava o problema do inconformismo crescente no âmbito das senzalas. Em *Quilombo dos Palmares*, Edison Carneiro, antecipando as definições de Clóvis Moura em *Rebeliões da Senzala*, grupa assim as revoltas da escravaria: 1.º) a revolta organizada, pela tomada do poder, que encontrou a sua expressão máxima nos levantes dos negros malês — muçulmanos — na Bahia, entre 1807 e 1837; 2.º) a insurreição armada, especialmente no caso de Manuel Balaio, em 1839, no Maranhão, e 3.º) a fuga para o mato, de que resultaram os quilombos, tão bem exemplificados no de Palmares. Na imprensa brasileira, particularmente nas colunas do *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, havia uma violenta reação ao comportamento de Londres no bloqueio ao tráfico negro. Na realidade, o Reino Unido, desde 1810, quando da assinatura dos contratos impostos pelo seu Ministro do Exterior, Georges Canning, humilhava o que se convencionara classificar como “honra nacional”. Canning era um homem voluntarioso: rompera com a Santa Aliança e mandara destruir a frota dinamarquesa, ao mesmo tempo que bombardeava Copenhague. Em 1810, Canning impôs duras condições ao Rio de Janeiro, que podem ser assim resumidas: 1) assegurar a permanência de uma esquadra inglesa nas águas territoriais brasileiras; 2) obter a livre residência e livre religião para súditos ingleses aqui, com reciprocidade de tratamento na Inglaterra; 3) manter o livre comércio, com tributação a regular; 4) resguardar a posição comercial das colônias inglesas em relação ao seu comércio metropolitano; 5) disputar o direito de nomear cônsules, “com os usuais privilégios e autoridade”; 6) fazer do Brasil a base para a conquista do comércio platino; 7) garantir à Casa de Bragança a permanência no trono português — vale recordar aqui a transferência da Família Real para o Brasil em 1808, sob proteção da esquadra britânica.

O Brasil estaria contido por essas determinações humilhantes num período grave da história mundial, com a derrota de Napoleão Bonaparte, a instalação do Congresso de Viena e a própria revolução em Portugal. No entanto, com a fuga de D. João VI para o Rio de Janeiro, a Colônia passara a viver momentos de euforia: D. João decretou a liberdade de indústria e comércio para o Brasil, organizou a instrução e os tribunais, além de estender o território nacional até o rio da Prata e a Guiana Francesa, e integrar o Brasil ao Reino Unido de Portugal e Algarves. Nem tudo, entretanto, foi risonho para o Rei: sua mulher Carlota Joaquina tentou destroná-lo e opôs o Príncipe D. Miguel ao próprio pai. O ato de D. João VI restabelecendo a liberdade da indústria e do comércio no Brasil tivera extraordinária importância, uma vez que a 5 de janeiro de 1785 a Rainha Maria I proibira, através de um alvará régio, o funcionamento de fábricas

e manufaturas no país. Somente com a conquista da independência, certos setores da sociedade brasileira passaram a ter voz efetiva no processo político e social.

É aí que começa a crescer a reação que favorecerá a escravaria. O problema tinha no Brasil componentes particulares: em primeiro lugar, o regime escravista não surgira no país em conseqüência da desagregação da comuna primitiva, como ocorrera em quase todas as nações, e se inserira aqui numa estrutura de produção bem definida: grande propriedade assentada no modo escravista de produção e no regime colonial. Em segundo lugar, a escravidão foi estabelecida no Brasil por senhores que viviam anteriormente na Metrópole, onde vigorava a etapa de produção feudal, que era mais avançada. Em decorrência dessa última particularidade, a produção escravista no Brasil não foi canalizada para o mercado interno, que não existia, mas para o mercado externo. Em síntese: o regime escravista foi estabelecido no Brasil de forma extemporânea, quando a produção de mercadorias e seu tratamento comercial já haviam atingido, em escala mundial, uma etapa superior e iria servir ao desenvolvimento dela.

A partir do momento em que Londres sente a concorrência da produção emanada da mão escrava, arma-se a grande pressão que vai conduzir, lenta, mas inexoravelmente, à abolição da escravatura no Brasil. Esse regime já sofria, aqui, uma série de dificuldades, como a fuga de escravos, a reação da intelectualidade e de certos políticos de marcante influência. Agora, tratava-se de uma ofensiva de fora para dentro. Bissau e Cacheu, na antiga Guiné Portuguesa, atual República da Guiné-Bissau; Ilhas de São Tomé e Príncipe; Daomé, o mais importante centro exportador de escravos ao norte do equador; São Paulo de Luanda e São Filipe de Benguela; Moçambique — eis de onde, a 35/50 dias de navegação, a colônia portuguesa radicada no Brasil vai buscar a sua mão escrava.

Os negros africanos iriam trabalhar na indústria açucareira, que, embora tendo perdido o monopólio do mercado mundial — pelo ingresso das Índias Ocidentais, britânicas e francesas —, continuava sendo a maior fonte de receita da Colônia, com seus engenhos, campos, lavouras e casas grandes disseminados pela Baixada Fluminense, Recôncavo Baiano, Pernambuco e mais tarde São Paulo. Os africanos eram levados também para as plantações de algodão do sudoeste do Maranhão e de Pernambuco — e o algodão representava, no começo do século XIX, 20% (vinte por cento) do valor das exportações brasileiras. No Rio Grande do Sul e Santa Catarina, eles eram aproveitados, em menor escala, na pecuária, na agricultura de subsistência e na lavoura de cereais, o mesmo ocorrendo em Minas Gerais. No Rio de Janeiro, capital do Vice-Reinado desde 1763, em São Luís, Porto Alegre e em Salvador, os escravos tinham outra ocupação: eram criados domésticos. Eles trabalhavam igualmente como estivadores e carregadores nos portos, como aguadeiros, pedreiros e carpinteiros. Outras

vezes carregavam liteiras, como nos mostram as gravuras de Debret. A Igreja possuía também seus escravos, aproveitados nos mosteiros e conventos, mas que não eram admitidos, por exemplo, às missas e litanias, reservadas à presença das classes dominantes.

Quantos escravos existiam no Brasil no começo do século XIX, quando se inicia a luta pela abolição da escravatura? Para Leslie Bethel, em *Abolição do Tráfico de Escravos no Brasil*, uma estimativa aproximada da população — excluindo os indígenas não submetidos, um número talvez de 800 mil — daria um total entre dois e dois e meio milhões. Dois terços, talvez três quartos da população, eram constituídos por negros, da qual um terço ou a metade era de escravos. Nas regiões de maior concentração da escravaria — Bahia, Pernambuco, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Maranhão —, os escravos formavam a maioria. Esses números são facilmente explicados: no período das guerras revolucionárias nos Estados Unidos da América e na França e do sangrento levante na ilha açucareira de Santo Domingo, os preços mundiais dos produtos tropicais se elevaram. E havia uma grande demanda mundial de açúcar. Como resultado, cresceu a importação brasileira de escravos: 15 a 20 mil anualmente, destinados ao Rio de Janeiro — principalmente os recrutados em Angola e Moçambique —, Bahia e Pernambuco. As escravas levadas para a Bahia eram consideradas as mais belas — as negras-mina, uma referência à Costa da Mina.

Em 1761, Portugal abolia a escravidão em seu território e proibia o transporte de negros para territórios fora do Império Português, mas nada se fez no sentido de emancipar os escravos nos territórios ultramarinos de Lisboa ou para estancar o tráfico negreiro para o Brasil. O Bispo José Joaquim da Cunha de Azeredo Coutinho, figura destacada do Iluminismo, dizia que a escravatura no Brasil era fundamental para a prosperidade e segurança de Portugal e de todo o Império. Por isso, Lisboa, mesmo quando pressionada por Georges Canning, em junho de 1807, se negou a adotar quaisquer medidas destinadas a desencorajar, quanto mais a abolir, o tráfico negreiro, como consta dos arquivos específicos do Foreign Office, a chancelaria do Reino Unido.

Naquele momento, a Inglaterra estava em luta com a França de Napoleão Bonaparte, mas, apesar disso, ainda tinha forças para tentar bloquear a importação de negros africanos por países como o Brasil e Cuba. Londres chegara a estabelecer prêmios especiais para os escravos capturados a bordo de navios e que eram entregues em Serra Leoa, na África Ocidental. As cifras eram generosas: 60 libras por um homem, 30 libras por mulher e 10 libras por criança. O apresamento atingia notadamente os barcos destinados às colônias americanas. Diante de sua intensidade, várias nações que, na aurora do século XIX, ainda praticavam o tráfico, como a Suécia e os Países Baixos, o aboliram. Paralelamente os traficantes se preveniam, forjando notas de venda, usando diários de bordo

fraudulentos e hasteando bandeiras alternativas no mastro dos navios. Essas práticas embaraçavam o trabalho de fiscalização das patrulhas marítimas da Grã-Bretanha. No outono de 1822, reunidas em Verona, no Vêneto italiano, palco do romance shakespeariano de Romeu e Julieta, as nações européias voltaram a condenar Portugal pelo apoio ao tráfico negreiro para o Brasil, classificado como um "escândalo do mundo civilizado". Mais tarde, a 13 de março de 1824, Londres conseguiu que Washington reconhecesse no tráfico um "ato de pirataria", uma nova vitória do incansável Canning.

Canning argumentava que todo o tráfico português de escravos através do Oceano Atlântico se tornara de fato ilegal a partir do momento em que o Brasil e Portugal se haviam separado, no quadro da independência brasileira — e transportar escravos para territórios fora do Império Português tinha sido proibido já em 1761. Além do mais, nos termos do Tratado de 1815, D. João se comprometera a não permitir que a bandeira portuguesa fosse empregada no tráfico negreiro, exceto para suprir de mão-de-obra as possessões transatlânticas pertencentes à Coroa de Portugal.

A independência do Brasil parecia ter representado, efetivamente, um passo à frente no que se relacionava com o processo de abolição da escravatura e, numa etapa posterior em relação ao próprio tráfico negreiro. Tratava-se de um equívoco de observadores apressados, embora D. Pedro I afirmasse que, pessoalmente, abominava a escravidão, e, além disso, na opinião de José Bonifácio de Andrada, que se baseava nos sangrentos acontecimentos de Santo Domingo, a grande quantidade de escravos africanos representava uma séria ameaça à segurança interna do país. Londres deveria dialogar agora com uma nação que não assumira qualquer compromisso com a extinção do tráfico e que tinha interesses muito maiores na preservação do regime escravista do que qualquer outro país. Com Lisboa fora possível dialogar — embora Portugal procrastinasse o cumprimento dos acordos justamente para evitar um colapso na economia de sua principal colônia. Com o Brasil, o diálogo seria mais difícil. Londres dispunha, entretanto, de um trunfo político: o reconhecimento do Estado Livre do Brasil. Ao processo de reconhecimento seriam anexadas certas condições, como, e prioritariamente, a da extinção do tráfico de escravos. Canning era incisivo: o Brasil deveria ser "purgado de sua impureza" antes de ser admitido no regaço das nações civilizadas. Mais uma vez, o moralismo funcionava como biombo que escondia os verdadeiros propósitos e interesses — os de extração econômica e empresarial.

Era esse o quadro, já administrado com impaciência por Georges Canning.

Em fins de 1849, entretanto, o grande número de escravos importados — cerca de 130 mil — começou a assustar os próprios círculos conservadores. Como em 1835, quando estalou uma revolta de escravos na Baía,

temia-se que uma rebelião racial mais ampla pusesse em risco vidas e propriedades e aluísse os alicerces da ordem constituída. O temor aumentou com a descoberta, em fevereiro de 1850, de planos para levantes armados de escravos. Em julho, descobririam-se planos semelhantes em vários municípios da Província do Rio de Janeiro. Logo a seguir, outro impacto: o parlamento britânico aprovou a Lei Aberdeen, que dispunha sobre a repressão ao tráfico de escravos africanos, ao mesmo tempo que autorizava navios ingleses a assaltar os barcos brasileiros engajados no tráfico, mesmo em águas do Brasil. O decreto, sancionado em 1850, era o começo do fim. Logo a seguir, é apresado o *Bella Miguelina*, no próprio litoral brasileiro. O Brasil enfrentava, então, outros graves problemas internos e externos. No plano internacional, o litígio com Oribe e Rosas.

Parte substancial da esquadra inglesa em operação na América do Sul fora transferida para o litoral brasileiro. Numerosos navios negreiros passaram a ser apresados por belonaves britânicas, que também começaram a bloquear os principais portos nacionais, como o de Santos, além de impedir a saída dos brigues dos portos africanos. Os britânicos, através de sua legação no Rio de Janeiro, estimulavam simultaneamente a campanha abolicionista, financiando jornais como o *Correio Mercantil*, o *Grito Nacional* e o *Philantropo*, no Rio de Janeiro. Nos Estados, surgiam também jornais abolicionistas: o *Século*, na Bahia, a *Revista do Comércio*, em Santos, *Tamandica*, em Ouro Preto, *Argos Pernambucano* e *Commercial*, em Recife, *O Observador*, em São Luís, e *O Reformista*, na Paraíba.

No dia 22 de junho de 1850, o Contra-Almirante Reynolds ordenou às escunas inglesas que entrassem nos portos brasileiros e expulsassem todos os barcos que lá encontrassem aparelhados para o tráfico. Sob cerrado fogo de cobertura, os navios ingleses incendiaram vários bergantins. A operação se estendeu a Santos, onde vários navios foram colocados a pique. Era a anunciada escalada de violência prometida por Londres, com graves repercussões no comércio costeiro do Brasil, como o Governo Imperial revelaria à Câmara dos Deputados na sessão de 28 de junho de 1850. O Parlamento Imperial passou rapidamente das palavras à ação: sob os gritos dos escravistas minoritários, a Câmara dos Deputados aprovou rapidamente, a 17 de julho de 1850, a Lei Eusébio de Queirós, que tornava o tráfico ilegal e estabelecia sanções para os que dali por diante viessem a praticá-lo. No dia 13 de agosto, após uma tumultuada sessão secreta, o Senado do Império aprovava a proposição, convertida em lei a 4 de setembro. Pelo documento o tráfico de escravos passava à categoria de "ato de pirataria", como queriam os ingleses no Congresso realizado em Aix-la-Chapelle, a antiga capital do império de Carlos Magno.

Com a extinção do tráfico, a escravatura entrava em rápido processo de desagregação. Havia então 3 milhões e 250 mil escravos no Brasil. Nas lutas contra o "comércio de sangue humano", empenharam-se alguns dos maiores vultos da história da humanidade, como Condorcet, Voltaire, Turgot e Montesquieu. Como observou o Visconde de Uruguai diante de uma

Câmara dos Deputados senhorial, o Brasil não tinha mais condições de manter o tráfico — e só por isso o extinguiu. Quando os canhões ingleses apontaram e dispararam contra a costa brasileira, o Império e os escravocratas verificaram que a luta, dali por diante, não seria conduzida apenas por intelectuais, humanistas e políticos liberais. Havia algo mais sólido e eloquente na mobilização nacional e internacional contra a escravidão. Não obstante, havia ainda um longo e áspero caminho a percorrer — entre a senzala e a liberdade. A extinção do tráfico era uma etapa, e só uma etapa, conquanto substancial. Outras teriam que ser vencidas, “na busca desesperada da liberdade e da restauração da dignidade humana espezinhada nas senzalas”, como observou Joaquim Nabuco.

Thomas Morus, escritor e humanista inglês, decapitado por se negar a abandonar o catolicismo — sua cabeça foi exposta na Torre de Londres —, contou em *A Utopia* como a agricultura inglesa se desenvolveu no quadro das relações escravistas e depois feudais, até incorporar os primeiros impactos da era industrial. A escravidão existiu também em quase todo o antigo Oriente. Na realidade, só a civilização primitiva do Irã se excluiu dessa catalogação. Entre os egípcios, os caldeus, os assírios, os sírios e os habitantes da Ásia Menor, a escravidão era uma prática institucionalizada, como em toda a Europa e em particular em Roma e Atenas. Conhece-se muito bem, graças à Bíblia, a organização escravista entre os hebreus. A instituição existia ali desde a época patriarcal. A servidão doméstica — o que ocorria entre homens e mulheres — se transmitia pela herança, por doação ou venda, como demonstra a história de José, privado de sua túnica talar e vendido pelos irmãos aos ismaelitas.

Com o aparecimento da sociedade escravista, nasce e se desenvolve o Estado como instrumento de coerção, como máquina que submete a maioria da sociedade explorada a uma minoria de exploradores. Toda a história da escravidão é a história de uma luta cruel. E no Brasil ela talvez tenha sido ainda mais cruel, segundo as denúncias de Patrocínio, Nabuco, André Rebouças, Quintino Bocaiúva, Silva Jardim e Rui Barbosa, entre outros. E de Castro Alves em *Navio Negreiro*, o canto maior da lírica nacional, onde Cristóvão Colombo é convocado para fechar a porta dos seus mares para estancar o tráfico de escravos. Ou ainda de Bernardo Guimarães, contando as desventuras da *Escrava Isaura*.

Hoje, cem anos passados sobre a assinatura da Lei Áurea, uma conquista da sociedade brasileira, e não uma generosidade das classes dominantes do final do século XIX, o negro está consciente de seus sacrifícios no passado e de suas potencialidades no presente e no futuro desta Nação. Nós, no passado, ajudamos, com a nossa dor e o nosso sangue, a construir esta Nação. E hoje, nas universidades, nas fábricas, nos escritórios, nas assembleias legislativas, respondemos *presente* à convocação pela edificação da nossa Pátria. O sangue derramado nas senzalas do cativo fecundou o nosso patriotismo, que colocamos a serviço do nosso povo e do nosso país.

Deputada BENEDITA DA SILVA
(PT-RJ)

Treze de maio de 1988. Uma voz na varanda do Paço ecoou: está extinta a escravidão! Negro cantou, dançou, pulou, gritou, rezou, fez tudo que pôde para comemorar a data. Era o dia da "Abolição". A louvação foi feita. Louvaram os que bem mereceram e deixaram o ruim de lado. Naquele momento, a lembrança não passava pelo navio negreiro, o armazamento, a mercadoria, açoite, gemidos, ais, senzalas, tronco etc. Aquele momento não era apenas "uma dádiva da classe dominante", significava o resultado da resistência negra, a covardia, a crueldade da classe dominante. O negro sabia que sua contribuição neste processo ficou no anonimato. Poucos são os historiadores que ressaltam esta manifestação como um grande momento de organização e pressão dos negros. Os negros sabiam que os fazendeiros de café não queriam que aquele momento acontecesse. Prorrogar aquele estado de coisa era muito importante para os latifundiários. Não esqueçamos que o Brasil foi um dos últimos a "libertar" os escravos. A história oficial não conta que os negros rebelaram-se, pois havia um contrato entre senhores — o código de honra dos fazendeiros —, que os negros cuidaram de burlar; desorganizaram a produção. Cumpre destacar o movimento dos alfaiates, trabalhadores urbanos, donos e empregados de alfaiatarias, padarias, oficinas, sapatarias artesãos. Os negros sabiam que sua coragem, astúcia, prudência, garra e força haveriam de contribuir grandemente para a chegada daquele momento.

Os negros sabiam quanto custara para eles aquele momento (vida, sangue, suor e lágrima).

Portanto, a história oficial continua desinformando, escondendo a verdade que fortalece a luta de uma raça. A metodologia continua a mesma

desde 1888: são elaboradas formas que se aperfeiçoam ao longo deste tão controvertido período chamado "Abolição". Até mesmo setores progressistas se omitiram em rejeitar esta versão oficial da história. Recuso-me, porém, a aceitar esses fatos. Não basta ser socialista para entender o que sucedeu com o negro e o que se deve fazer para alterar a situação racial que persiste até hoje.

O que os negros naquele momento não sabiam é que seriam lançados à sua própria sorte; doravante um novo tipo de escravidão surgia sutil, sorrateira, pérfida, tirando qualquer perspectiva de ascensão social, política ou econômica. Trocaram o chicote, o tronco e outras coisas mais por caneta, mesa, livros, panteões etc. Portanto, levando o negro a viver des-norteado, pois, como legião dos despossuídos, deram continuidade às condições impiedosas que lhe foram impostas.

Morar onde? Trabalhar em quê? Estudar como? Valeria interrogar: estão livres? Não. Todos deserddados, milhares, milhões de alcoólatras, desempregados, marginais, prostitutas, débeis mentais, favelados, acorrentados pela pobreza do preconceito racial, legião dos explorados.

Cruel herança, terrível tragédia, mesmo assim em condição desigual prossegue.

Florestan Fernandes, em quem me inspirei para produzir este texto, diz: "o negro era empurrado a aceitar e a engolir tudo; não tinha como lutar e como romper socialmente com a "herança da escravidão". Como regra, o homem era mais facilmente contemplado com o "trabalho sujo", com o trabalho arriscado e com o "trabalho mal pago"; e a mulher mantinha a tradição de doméstica, da prática dos dois papéis: o de trabalhadora e o de satisfazer o apetite sexual do patrão ou do filho de família e de prostitutas como alternativa. Encurralados e "emparedados", aceitavam um estilo de vida que convertia a desgraça em destino coletivo (já que desgraça pouca é bobagem). Esse é um dilema que liga luta de classes e luta de raças. Uma não esgota a outra. . . Classe e raça combinam forças contrárias à ordem, que só podem recompor-se numa sociedade nova."

Estamos refletindo sobre os cem anos da Abolição, fazendo, escrevendo história baseada no passado com experiência no presente, planejando o futuro. E nesta trajetória percebemos as várias omissões da História no que diz respeito à contribuição da mulher, e particularmente da mulher negra. Um povo sem história é como alguém sem memória, pois a perda de identidade dá-se também no campo da indefinição de quem sou, que faço, para onde vou. O que aconteceu na verdade com as mulheres antes, durante e depois da Abolição, em diferentes situações? Quero considerar algumas delas.

Consideramos que as mulheres participaram tanto dos movimentos liderados e criados por homens, como por elas mesmas. A sociedade cearense libertadora teve um papel importante. Reunia donas-de-casa, idosas, escritoras, professoras. . . Um nome de destaque foi Maria Tomásia, que, juntamente com outras companheiras, não só ajudaram na fuga de escravos, mas na luta contra a escravidão e promoção da Abolição. Mulheres corajosas, desde a simples dona-de-casa à mais alta intelectualidade, deram uma demonstração de que é falsa a versão que retrata apenas o seguinte: *negros feios, burros, analfabetos* etc.

O navio negreiro trouxe para o rincão brasileiro negros de todas as classes sociais. Mulheres como Narcisa Esmália de Resende, do Rio de Janeiro, escritora e jornalista, que ousou contar em versos o quadro hediondo da escravidão no seu livro *Nebulosas*, em 1872, que causou rebuliço; além de demonstrar sua capacidade, coragem, tornou-se líder incansável pelos direitos da mulher.

Outra mulher que merece destaque e que desmistifica os estigmas atribuídos aos negros é a escrava Adelina (nascida no Maranhão por volta de 1840), que costurava, bordava, lia, escrevia e fazia charutos, por isso era conhecida como Adelina Charuteira. Contribuiu para o "Clube dos Mortos", que escondia e promovia fuga de escravos. Sua atividade permitia frequentar os mais variados meios sociais da capital maranhense e com isso podia revelar os planos dos escravistas.

Luciana de Abreu é um outro exemplo. Gaúcha (1878-1935), professora, a primeira mulher a discursar em público defendendo o sexo feminino, confundida em ser ou não ser negra, filha de pais desconhecidos, foi educada por pais adotivos, professora de talento, que, por preconceito, destruiu romances por ela escritos, ficando apelidada de "Romancista". Foi capaz, por sua competência, de realizar conferências no Páternon Literário, no Rio Grande do Sul, fundando em 1868 uma sociedade que defendia a Abolição e a República. Luciana, defendendo os direitos da mulher na preleção "Emancipação da Mulher", proferida em 1875, coloca-se a favor da Abolição.

Temos muitos outros nomes de mulheres que a história oficial omitiu, assim como atitudes heróicas pagas com a própria vida. A força de trabalho da mulher nestes quatrocentos anos foi praticamente esquecida, até mesmo pelos grandes pesquisadores da causa negra. Sua atuação nos quilombos merecia ser ressaltada, tal foi a força de trabalho da mulher ali. Afirmo que um povo sem história fica sem memória e não é povo. Os quilombos foram significativos para a luta de libertação não apenas dos negros. O quilombo abrigava várias etnias, tais como a dos imbangalas, dos bantos, dos indígenas etc. Numa demonstração de convivência, no combate às

forças coloniais e na produção de subsistência, que ia desde alimentação até artefatos diversos, a mulher desempenhava um papel extremamente importante. Foi o que aconteceu nos diversos quilombos, tais como no de N'gola Janga, conhecido também como Quilombo dos Palmares; no da Comarca do Rio das Mortes, conhecido como Quilombo Ambrósio, onde grande parte do trabalho de garimpagem e extração do minério cabia às mulheres, além da agricultura.

Como podemos observar, apesar da discriminação sexual, o papel de subordinada fica desmascarado, extrapola seu papel, extrapola o de produtora e trabalhadora, exercendo um papel também de chefia e comando, como no exemplo de Teresa, Rainha do Quilombo de Quariterê, durante duas décadas, no século XVIII, e que foi uma grande ameaça. As mulheres desempenharam também, no processo de emancipação, rebeliões, fugas, reação contundente ao regime que as oprimia; influenciaram na adoção de novo comportamento pelos escravos. A revolta foi também um mecanismo de defesa usado pelas mulheres, às vezes consideradas "incapazes", preguiçosas, pois fingiam ser ignorantes, incompetentes, desastradas, sabotando o trabalho, já que não recebiam quase nada, na maioria das vezes, pelos serviços que executavam. A astúcia das escravas permitia burlar a lei trocando de identidade e vivendo como livres.

As escravas foram vítimas dos mais violentos castigos, dentre eles, o mais cruel, a venda de seus filhos verdadeiros, além das agressões, lesões corporais, assassinatos, que suscitavam revolta entre elas, que buscaram também formas violentas de reação aos castigos cruéis: buscavam no aborto e infanticídio o livramento de sua prole da escravidão. Na mutilação do seu próprio corpo, no suicídio, greve de fome, as escravas buscavam escapar do cativeiro. Foram elas contribuintes diretas na desorganização dos trabalhos nas fazendas, acelerando a extinção do regime em algumas delas.

Como observamos, a dócil mãe preta era aguerrida. Não devemos esquecer que a crença nos poderes sobrenaturais e a preservação da mesma foram majoritariamente exercidas pelas escravas e sustentadas até hoje por figuras, tais como a sacerdotisa do candomblé Mãe Menininha (Maria Escolástica Nazaré). Conforme venho frisando em minha exposição, muito pouco se fala do valor da contribuição dessas heroínas de quem temos conhecimento.

A solução, a esperança, mesmo que longínqua, está nas mãos da maioria da população, dependendo apenas da vitalidade nas alianças do movimento negro, em suas articulações políticas, apostando nas próprias potencialidades de transformar a sociedade. A esperança está em cada um, está na crença de que a luta pela eliminação dos preconceitos deve ser uma luta assumida por cada um de nós, multiplicados em verdadeiros libertadores de uma sociedade tão resistente a mudanças.

1988, cem anos depois. O desemprego aumentou no Brasil. O IBGE informa com dados de seis regiões metropolitanas do Brasil (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre). A taxa média de desemprego aberto chegou a 3,8% em janeiro contra 2,8% registrados em dezembro (*Jornal do Comércio*, 17 de março).

Falar da Abolição não significa falar apenas dos negros. É falar dos 500 anos de opressão de negros e índios irmanados na mesma luta, explorados, marginalizados, discriminados, irmãos e vítimas da mesma ação nefasta da ideologia do poder dominante. O historiador Victor Leonardi lembra que a maior parte da riqueza produzida durante os primeiros séculos da História do Brasil foi fruto do trabalho de um contingente enorme de escravos. Calcula-se em 3 milhões e 500 mil o número de negros escravizados até o século XIX, e um milhão de índios. E lembra mais: no Centenário da Abolição (sem libertação), é preciso se pensar tanto nos africanos trazidos à força para o Brasil, como nos tupis, jês-aruaques e caribes, escravizados em sua própria terra.

A história omite, mas sabemos que, para a civilização branca, índio tornara-se sinônimo de selvagem, antropófago e preguiçoso. Porém a grande parte do algodão utilizado como matéria-prima na Inglaterra, no segundo século da Revolução Industrial, era produzida por índios. Sofreram os índios um regime escravo tão cruel e desumano quanto o dos negros. As formas de escravização hediondas trouxeram a desgraça, mortes, ora por epidemias trazidas pelos europeus, ora pelo enfrentamento na defesa de suas terras invadidas. Nem precisamos falar no extermínio de várias aldeias no ciclo do açúcar, e no desaparecimento sem vestígio dos povos dos rios Purus e Juruá durante o período da borracha na Amazônia. O índio brasileiro ainda continua lutando por reivindicações básicas, primárias, como direito à terra, até hoje negado, morrendo por falta de assistência médica, alimentação, lutando ainda contra a omissão, negligência, descaso do órgão que deveria promover seu bem-estar, e, no entanto, permite-se que suas reservas sejam invadidas por mineradoras e madeireiras, contribuindo assim para o genocídio que vem sendo praticado. Até o século XIX calcula-se que um milhão de índios foram escravizados; hoje não passam de 200 mil sobreviventes.

Neste centenário da Abolição sem libertação, precisamos repensar nossas relações raciais. Nesta trajetória, um abismo se colocou entre negros e índios, desde o distanciamento geográfico até mesmo o fato de que na e índios; mesmo assim os quilombos permitiram significativa convivência com os indígenas; não representavam propriamente tribos, mas famílias que participavam da luta de resistência.

Apesar das dificuldades, mesmo expulsos de suas terras, os índios conseguiram permanecer em matas. Outros viraram andarilhos à busca de

moradia, trabalho; fizeram com que se tornassem tanto trabalhadores rurais como urbanos, morando em taperas, barracos no morro, e assim, aglutinados em favelas, seus hábitos e costumes, adquiridos na convivência com os índios, foram aos poucos se desarticulando. A preservação cultural era um dos elos pelos quais os negros e índios poderiam ter firmado sua aliança. Já eram forçosamente aliados enquanto escravos oprimidos, violentados, irmãos na mesma história dos povos nativos; portanto, aliados em potencial. Mas a ideologia da dominação branca encarregou-se, com muita eficiência, da desagregação e aculturação de ambos. Hoje, cem anos depois, os ressentimentos existentes não podem, diante dessa realidade, constituir-se em abismo entre negros e índios. Ambos devem impor a iniciativa de lutar abertamente contra a tentativa de anulação de suas identidades.

Quilombo não deve ser para negros e índios apenas a comprovação das resistências à opressão. O Quilombo dos Palmares é exemplo forte, contundente, de quem persistiu seriamente em suas decisões inteligentes, dedicadas, rebeldes, de quem assumiu o modo próprio de ser negro, índio, branco, não sendo os que outros pensam que devam ser, mas sendo o que são. Ailton Krenak, Coordenador da UNI, diz que não se ilude quanto à aliança entre negros e brancos, mas acredita que, "se o colonialismo forjou o abismo, é preciso assumi-lo e construir uma ponte sobre ele".

Acredito que está colocada, na Assembléia Nacional Constituinte, uma responsabilidade para nós, nações indígenas e povo negro, irmanados na mesma situação de marginalização, um grande desafio, para resgatar nossa verdadeira identidade étnica: sermos reconhecidos pelos nossos irmãos brasileiros, dessa mesma identidade. O conceito de democracia significa, fundamentalmente, para nós, a igualdade social, econômica, racial e política.

Várias manifestações estão sendo feitas pelo Movimento Negro. Em Salvador, Bahia, hoje, a esta mesma hora, o povo em passeata sairá de Campo Grande à Praça Municipal, sob o lema "Um Século de Abolição sem Abolição".

Agora, antes de terminar, gostaria de prestar uma homenagem carinhosa aos paladinos da causa negra de renome internacional, que não foram hoje aqui mencionados, especialmente a Samora Machel e a Winnie Mandella.

Finalizo dizendo que é preciso estreitar as nossas relações raciais, mas é preciso sobretudo ser humano. Valeu o Zumbi, o grito forte dos Palmares que correu terra, céus e mares. Queremos proclamar a nossa abolição. Não é ódio, nem rancor. Apenas um grito de liberdade.

Deputado EDMILSON VALENTIM

(PC do B-RJ)

O 13 de Maio registra o centenário da Abolição da Escravidão no Brasil. Em todo país o tema é discutido. O racismo e sua presença na vida nacional são abordados. A conquista da liberdade legal dos negros foi um marco no processo de lutas contra a exploração em nossa terra.

É importante salientar que a Abolição não foi um gesto magnânimo da Princesa Isabel — que um ano antes, em 1887, mandou fuzilar alguns escravos fugidos —, tampouco um gesto de boa vontade do Império ou mesmo dos senhores de escravos.

O processo da abolição legal se deu como o coroamento de luta contra a escravidão, nos marcos de sua substituição por outro sistema de exploração — a escravidão assalariada. Se esta circunstância dá o limite da conquista obtida com a Abolição, não nega, porém, o fato de que o 13 de Maio registra efetivamente um avanço da luta dos brasileiros contra a opressão.

O tráfico negreiro no Brasil vitimou um número incalculável de negros. Vindos do continente africano (das regiões que hoje conformam o Congo, Moçambique, Angola, Nigéria, Daomé, Costa do Marfim e Sudão), eles eram submetidos a uma situação deplorável e subumana. Eram marcados a ferro; amontoados feito animais, sem as mínimas condições de higiene e alimentação adequada; submetidos a mais de 16 horas de trabalho; açoiados impiedosamente; mutilados e friamente assassinados quando ousavam protestar.

Todavia, o negro escravo era o sustentáculo da sociedade brasileira. Atuava, praticamente, em todos os setores produtivos, desde a pesca e caça,

passando pelo cultivo das roças, até ao setor manufatureiro e artesanal. O recenseamento de 1872, o último do Império, acusou menos de um milhão de lavradores entre a população escrava. Sobre os seus ombros o negro de campo sustentou todo o comércio exterior do Brasil.

O fim da escravatura ocorreu sem produzir a menor ressonância a nível de mercado de trabalho receptivo aos negros libertos. Assim, o negro e outras camadas não brancas não foram incorporados aos assalariados, mas iam compor a grande parcela de marginalizados decorrentes das relações sociais que substituíram o escravismo. Esse processo de mudança privilegiou o trabalhador imigrante. Em 1893, os imigrantes passaram a constituir 79 por cento do pessoal ocupado nas atividades manufatureiras; 85 por cento nas atividades artesanais; 81 por cento nas atividades de transportes e conexos, e 71 por cento nas atividades comerciais.

Contudo, os negros, desde o período da escravidão, nunca se calaram à opressão, mas reagiram, das formas mais variadas. Desde os suicídios; as fugas individuais e coletivas; a formação de quilombos; as guerrilhas; as insurreições nas cidades e a participação em outros movimentos organizados por outras camadas sociais.

Os quilombos foram um baluarte na luta e resistência contra a escravidão. No interesse da defesa comum, estabeleciam vínculos entre si. Sociedades livres e igualitárias, os quilombos agasalhavam generosamente todos os perseguidos e injustiçados da sociedade escravocrata.

Dezenas de quilombos foram formados em todo o país de 1559 até à Abolição. O mais importante deles foi o de Palmares. Localizado na serra da Barriga, em Alagoas, resistiu, segundo os historiadores, por quase um século a todas as incursões que tentaram dizimá-lo. Ganga Zumba foi o rei do quilombo, tio de Zumbi dos Palmares, que chefiou o quilombo até sua fase final. Zumbi lutou até o fim, não se entregou, e em 20 de novembro de 1695 tombou na luta contra os escravocratas.

Zumbi compõe a galeria dos heróis do povo brasileiro que lutaram contra a escravidão e pela liberdade. Por isso, considero o dia 15 de novembro como o Dia da Consciência Negra.

Além de suas lutas específicas, os negros participavam, como aliados e muitas vezes como elementos destacados, de outras lutas que envolviam outras camadas sociais. Assim foi na revolta de Filipe dos Santos, na Inconfidência Mineira, na Inconfidência Baiana, na Revolta dos Alfaiates, na Revolução Pernambucana, na Cabanagem — em suma, ao longo da história da luta dos brasileiros, está presente o negro escravo, buscando a sua libertação e contribuindo, decisivamente, para a formação do nosso povo.

Cabe ressaltar também que o movimento abolicionista envolveu intelectuais como Joaquim Nabuco, Castro Alves, Raul Pompéia e tantos outros, e ainda contou com a participação ativa de outras camadas de trabalhadores de nossa sociedade. A Lei Eusébio de Queirós, que proibia o tráfico de escravos, foi talvez o primeiro instrumento legal que dava alguma proteção aos negros.

Hoje, dando continuidade à luta legal e jurídica pelos direitos do nosso povo e contra o racismo, aprovamos, na Constituinte, uma emenda, apresentada pelo Deputado Carlos Alberto Caó, mais uma emenda da comunidade negra organizada, que trata a prática do racismo como crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão. Constitui, sem dúvida alguma, um grande avanço contra as discriminações.

O Brasil foi um dos últimos países a realizar a Abolição. E quando a fez, lançou o negro à própria sorte, sem possibilitar nenhuma condição para que ele pudesse se engajar no processo de trabalho livre. O resultado foi a marginalização completa do negro, que produz seus reflexos hoje, nas condições de moradia, de trabalho, de acesso à educação, de saúde e de cidadania, enfim, em todos os aspectos que o poderiam levar à verdadeira libertação e igualdade. Cabe ressaltar que todos esses aspectos não são apenas reflexos do período escravocrata, mas são reforçados pela sociedade atual, que mantém o seu caráter elitista e discriminatório.

Gostaria de afirmar que ao cidadão negro não interessa apenas lutar contra os preconceitos culturais da sociedade atual, mas realizar, acima de tudo, profundas transformações sociais, econômicas e políticas que possam efetivamente acabar com todos os tipos de opressão e que lhe possam dar a verdadeira libertação.

Ao cidadão negro interessa a realização de uma reforma agrária que democratize o acesso do trabalhador à terra que produz; interessa uma mudança na atual política econômica interna e externa, que acabe com o arrocho nos seus salários e que garanta a soberania nacional; interessa o direito ao trabalho com justa remuneração e carga horária condizente; interessa o direito à moradia decente e assistência médica digna; interessa o direito à educação pública e gratuita para ele e seus filhos — enfim, ao cidadão negro não basta a complacência do discurso, mas o respeito enquanto pessoa humana em todos os seus aspectos.

Só assim, podemos entender a expressão “democracia racial”, de forma que no seu conteúdo esteja contemplada a garantia a todas as raças de uma vida justa, humana e realmente igualitária. E é para isso que nós negros continuaremos na luta!

Deputado PAULO PAIM
(PT-RS)

Nesta sessão solene, referente à data em que se completa o centenário da Lei Áurea, pretendo tecer inicialmente um breve comentário acerca do escravismo em nosso país.

Conforme nos ensina Florestan Fernandes, "o trabalho lança suas raízes no Brasil no trabalho escravo". Com efeito, a história do trabalho no Brasil, em grande medida, é a história do negro no Brasil. Assim, foi sobre os horrores e a barbárie do modo de produção escravocrata que o Brasil alicerçou seu desenvolvimento.

Porquanto, durante quatro quintos da História deste país, durante quase quatro séculos, através da incessante exploração do trabalho escravo no cultivo da cana-de-açúcar, do fumo, do algodão e do café, na extração do ouro e dos diamantes, o escravismo brasileiro sustentou o desenvolvimento nacional, as mordomias da metrópole e da monarquia e contribuiu decisivamente para a acumulação capitalista da Europa, base para o surgimento do capitalismo industrial. Entretanto, a estrutura econômica e material deste país significou o holocausto de milhões de vidas africanas. Sobre isso, aliás, parece-me desnecessário relatar a brutalidade e o genocídio utilizados pelo escravismo para manter o negro escravizado.

Vale ressaltar, no entanto, o papel do racismo enquanto sistema ideológico, que, em última análise, serviu para justificar a mercadorização dos africanos e para legitimar um modo de produção através do qual os brancos europeus alimentaram seu parasitismo e satisfizeram suas ganâncias e selvagerias.

Ocorre, companheiros, que a história da humanidade se constrói a partir da ação e reação dos homens, a partir do embate de interesses; enfim, a partir da luta de classes. Assim, ao contrário do que as escolas ensinam aos nossos filhos, aos nossos estudantes, o escravismo no Brasil, em nenhum momento, foi um empreendimento pacífico que contava com escravos dóceis. Muito além de meros instrumentos de produção utilizados pelos senhores de escravos, os negros sempre foram agentes ativos de sua própria história.

Reações que a escola não conta, como o banzo (uma espécie de greve de fome), o assassinato de senhores de escravos, o aborto praticado pela mãe escrava, as fugas individuais, a preservação da religiosidade africana, as revoltas urbanas, os quilombos — registrados ao longo da história do escravismo no Brasil — demonstram nitidamente a intensa luta de classes

imprimida pelos escravos. Comprovam, sem sofismas, que a senzala conspirou sistemática e permanentemente contra a exploração e a opressão escravocratas.

Como símbolo desta determinação de luta por liberdade, da rebeldia e da resistência negra, devemos destacar a República dos Palmares, primeira experiência de uma sociedade socialista registrada nas Américas, aliás muito antes do lançamento do manifesto do Partido Comunista. Devemos destacar Zumbi dos Palmares, revolucionário negro que lutou até a morte defendendo a justiça e a liberdade e que fez de sua existência um exemplo que hoje inspira seus descendentes a dar prosseguimento a seus ideais. Como bem disse na Avenida a Unidos de Vila Isabel e também, aqui na tribuna, aquela que chamo quase de musa do movimento, a companheira Benedita da Silva: "Valeu Zumbi! A luta continua!"

Neste momento em que presto uma homenagem a Zumbi, de improviso faço outra homenagem a Nelson Mandella, que está preso nos cárceres da África do Sul. Ao falar de Nelson Mandella, também peço, neste momento, aqui da tribuna, ao Ex.^{mo} Sr. 1.º-Secretário da Embaixada da África do Sul, que se encontra no plenário, que S. Ex.^a leve ao seu povo, na África do Sul, a mensagem de que brancos, negros, enfim toda a Nação brasileira condena o *apartheid* e exige o seu fim. Quero que S. Ex.^a diga a seu povo na África do Sul que a Nação brasileira, homens de cabelos negros, homens de cabelos brancos, homens de pele amarela, homens de pele branca, homens de pele negra, exigem a libertação do nosso líder internacional Nelson Mandella. Viva Nelson Mandella!

Pode ser que não consigamos, mas, através de documento assinado por toda a bancada negra e por todos os líderes, entramos nesta Casa com requerimento para que se forme uma comissão interpartidária porque queremos ir à África do Sul. Dizem que a Varig não transporta negros para lá. Será uma comitiva de brancos e negros, e vamos ver a recepção que teremos quando lá chegarmos. E, se não permitirem que entremos na África do Sul, que este Parlamento, de uma vez por todas, aprove o rompimento de relações com a África do Sul, em combate ao *apartheid*, à política de racismo naquele país.

Aliás, devo dizer que dedico esta minha intervenção em especial aos filhos da senzala, aos Zumbis, às Luísa Mahin, aos milhões de negros e negras anônimos que no passado e no presente lutam pela liberdade — a despeito da opressão e do autoritarismo —, para construir um novo mundo, onde a diferença não seja vista como sinônimo de inferioridade.

Aumenta nossa esperança de um dia construir uma nova sociedade, saber que nestes dias milhares de negros de todos os recantos do país

estão ocupando as ruas para desmistificar a farsa da democracia racial e afirmar a dignidade negra. Sobre isso, é oportuno ressaltar que estamos convencidos de que, muito mais do que ritmos musicais e hábitos alimentares, a maior contribuição que nós, negros, oferecemos à cultura nacional é o legado de resistência e de luta, marca registrada da presença do negro no Brasil.

Antes de passar para a segunda parte desse pronunciamento, permitam-me relatar um pequeno trecho de um interrogatório que consta de um processo criminal, ocorrido na cidade de Campinas, Estado de São Paulo, no ano de 1871: ao ser interrogado sobre os motivos que o levaram a assassinar um homem, seu senhor, o escravo Gregório respondeu: "Matei lobisomem; não matei homem". Parece-nos, então, que, no escravismo, eram os negros que detinham a dimensão de humanidade; residia nos negros a capacidade de distinguir barbárie de humanidade.

Nesse sentido, é preciso desmascarar o mito de que a Lei Áurea foi um ato humanitário da Monarquia. Na verdade, a Lei Áurea foi produto de um embate de interesses, que tinha como protagonistas, por um lado, os brancos, interessados em manter seu *statu quo* e sua base de dominação, e, por outro, os negros, interessados em construir uma nova ordem. Interesses mortalmente inconciliáveis.

Por certo, vários foram os fatores que concorreram para a decretação da Lei Áurea; entretanto, deve-se assinalar que aquela lei simplesmente institucionalizou um fato social, dado que a rebeldia negra já havia desorganizado literalmente a produção. Portanto, na prática, a Lei Áurea abortou o movimento de libertação, impedindo que as rebeldias negras desembocassem em resultados perigosos para a Monarquia. Ao mesmo tempo, a Monarquia financiou a grande imigração européia, eliminando, dessa forma, qualquer possibilidade de os negros participarem do emergente processo de industrialização do país.

"Livre do açoite da senzala

Preso à miséria da favela."

Ao fazer esta afirmação na Marquês de Sapucaí, a Estação Primeira de Mangueira avalia com precisão a condição da população negra após a Lei Áurea. Com a abolição formal do trabalho escravo, o racismo brasileiro se redefine, cria formas e permanece sendo um poderoso instrumento de exploração e de dominação largamente utilizado pelo capital e pelo Estado.

São abundantes os dados que comprovam a segregação e as desigualdades raciais no Brasil contemporâneo. Já tivemos a oportunidade de, nesta

tribuna. denunciar a perversidade, a violência e a extensão da discriminação que se abate sobre os negros. No entanto, por que, em face de um quadro evidente de discriminação, a retórica oficial insiste em afirmar que somos um paraíso racial? Aqui mesmo, nesta tribuna, várias são as vozes que tentam rechaçar a problemática racial. Qual é a função desse discurso?

Ora, não precisamos fazer esforço para constatar que esse discurso serve para manter e reproduzir o atual quadro de dominação. Serve para escamotear o problema racial. Serve para solapar a capacidade de organização dos negros. Serve para desviar a atenção do movimento sindical e popular para a extensão do problema. Serve, enfim, para anestesiar zonas de conflito, atendendo aos interesses das classes dominantes. É com esse discurso que as classes dominantes vêm tentando, há um século, manter a população negra subjugada.

Fala-se em miscigenação racial; mas não se fala que essa miscigenação teve início no estupro da mulher negra pelo senhor de escravo. Fala-se que somos todos iguais; mas não se fala que o negro pode — teoricamente — ser igual desde que negue a si próprio; desde que renuncie à sua negritude. Não é casual que aquelas raras personalidades negras que são tidas como exemplo do paraíso racial brasileiro jamais se posicionam sobre a problemática racial. Calam-se sobre sua condição étnica.

“Onde está então a liberdade,
onde está que ninguém viu.”

Como bem frisou a Mangueira.

Para nós, negros, ser livre é ter nossa identidade étnica e cultural respeitada; é ter nossa religião respeitada; ser livre é exercer o direito ao trabalho e a salários dignos; é poder frequentar uma escola democrática; ser livre é ter acesso à terra; é não ser tratado como objeto sexual; é não ser violentado pela polícia; é exercer o poder.

Aqui faço um parêntese. Por que não contam nas escolas por que os negros não são donos de fazendas, por que os negros não são os donos das terras? Por que não contam que com a famosa Abolição — que eu chamo somente de Lei Áurea — os brancos foram passando de pai para filho as terras e as propriedades, e aos negros só foi delegado o direito ao trabalho, e ainda um trabalho discriminado, e pago diferente do branco? Por que não contam isto na escola?

Ser livre, na nossa visão de negro, de operário, de Constituinte, é também ter o direito daquilo que não temos há quase três décadas: o direito de votar, no ano do centenário da Lei Áurea, para Presidente da Repú-

blica, pelo voto direto! Isso também é liberdade. Isso se chama democracia!

No Brasil, tenta-se passar a idéia de democracia racial como extensão de uma democracia econômica e política que não temos. Em resposta a tudo isso, os negros brasileiros têm sabido manter sua tradição de resistência e de luta. Para o pavor das classes dominantes e seus agentes, o movimento negro cresce vertiginosamente neste país. Dia a dia surgem novas entidades, aumentando a capacidade de organização dos negros.

Cabe ao movimento negro o mérito de ter legitimado definitivamente o debate sobre a discriminação racial. Cabe ao movimento negro o mérito pela aprovação, na Assembléia Nacional Constituinte, de que o racismo é crime inafiançável. As organizações negras se deve o enfoque dado pela CNBB à Campanha da Fraternidade deste ano. Não é de graça que hoje o discurso do paraíso racial não se agüenta mais em pé. Não é de graça que, hoje, universidades, instituições de pesquisa, os movimentos sindical e popular, os partidos políticos de trabalhadores começam a tratar a questão racial com o peso político que esta merece.

Devo reconhecer, ainda, que foi por obra do movimento negro que eu, que sempre fui sindicalista, um operário negro, assumi a consciência de que sou oprimido pela minha condição de classe, mas também sou oprimido por ser negro. E hoje ocupo esta tribuna para afirmar que nós, negros, sabemos que a abolição da exploração e da opressão será fruto de nossa própria luta. Sabemos muito bem que não é porque a Constituinte decidiu que o racismo é crime inafiançável que tudo já está resolvido. Não está. A luta continua por muito mais.

Neste sentido — recordando o que todos do movimento negro dizemos em relação ao nosso maior herói, que foi Zumbi —, considero que é grande a responsabilidade do movimento negro, inspirado em Zumbi, em contribuir na construção de um projeto socialista para o Brasil. Isso porque acreditamos que, enquanto houver dominação de classe, haverá racismo. Estamos falando em Zumbi porque temos de lembrar à sociedade os quilombos, que eram sociedades socialistas.

Por outro lado, não somos simplistas para acreditar que o socialismo eliminará automaticamente a dimensão cultural do racismo. Assim, é necessário que hoje, no interior da luta de classes, a questão racial seja devidamente discutida e assumida por todos os oprimidos.

Penso que é grande o papel pedagógico que o movimento negro deve exercer junto aos trabalhadores e suas organizações sindicais. É fundamental para a luta pelo socialismo que o movimento negro avance na articulação de suas lutas com as demais lutas dos trabalhadores. É com essa compreen-

são, por essa trilha, que vamos construir uma sociedade sem exploração e sem opressão; é por esse caminho que iremos de fato abolir o racismo.

Concluindo, vale observar que amanhã o Presidente José Sarney fará um pronunciamento à Nação alusivo à data. No entanto, para que o seu discurso possa ser levado a sério pela raça negra, é essencial que o Presidente o inicie anunciando o rompimento de relações do Brasil com a África do Sul. Caso contrário a Nova República estará mais uma vez demonstrando sua indiferença para com os apelos da população negra brasileira.

Para finalizar, quero ler aqui uma profissão de fé do líder negro Nelson Mandella, verdadeira expressão da determinação de luta dos filhos da África, do continente e da diáspora:

“Dediquei toda a minha vida a essa luta do povo africano. Lutei contra a dominação branca e negra. Acalento o ideal de uma sociedade democrática e livre, onde todas as pessoas vivam em harmonia e tenham oportunidades iguais. É este o ideal que espero alcançar e pelo qual pretendo viver. Mas, se necessário for, é o ideal pelo qual estou preparado para morrer.”

Nelson Mandella, você está aqui conosco. Obrigado!

Zumbis, vocês estão conosco.

Viva a classe trabalhadora!

Aproveito ainda a oportunidade para registrar que, ontem, protocolei nesta Casa dois projetos que contêm reivindicações históricas do movimento negro. O primeiro propõe a introdução da história geral da África e da história do negro no Brasil nos currículos escolares. E o segundo institui o dia 13 de maio como o Dia Nacional de Denúncia contra o Racismo. Isso porque acreditamos que é reconhecendo a existência do racismo e educando as pessoas para não discriminarem que avançaremos na eliminação deste problema. Este trabalho contou com a contribuição da Comissão Petista do Centenário da Lei Áurea.

Concluo com estas três frases: Os negros brasileiros exigem o fim do *apartheid*. Viva Nelson Mandella! Viva Zumbi! Viva a classe trabalhadora!

E, termino, pedindo a todos, da galeria e do plenário: não batam palmas para este orador, pois é mais um discurso que está aqui elaborado. Quero que batam palmas de pé não para mim, e sim para todos aqueles heróis anônimos, negros e brancos, que lutaram durante séculos e séculos, e continuarão lutando, pela verdadeira liberdade que deve ser instalada em nosso Brasil! Batam palmas de pé, sim, para os heróis da classe trabalhadora, para os heróis dos negros.

Deputado PAES DE ANDRADE
(PMDB-CE)

Pela Câmara dos Deputados

A nódoa da escravidão, que macula um longo trecho de nossa História, situa-se hoje, de maneira especial, como um momento de profunda reflexão para a consciência do país. O povo brasileiro está comemorando o primeiro centenário da Abolição. O instituto da servidão humana, sobre o qual a sociedade brasileira construiu os alicerces da riqueza nacional, é uma sombra tão incômoda em nossa História que sua projeção residual ainda hoje aflige e envergonha o perfil de nossas estruturas sociais, com a marca da iniquidade e dos desníveis culturais e econômicos que desfiguram a realidade brasileira.

Tão densa e tão cruel é a memória da escravidão que muitos se perguntam se há alguma coisa a comemorar neste ano do centenário da Abolição. É preciso mergulhar na história da luta abolicionista e na história universal da própria escravidão para uma avaliação correta das responsabilidades do Brasil na manutenção da escravatura e do passo político a que chegamos a 13 de maio, proclamando a libertação dos escravos.

É certo que não fomos os únicos nem os primeiros nesta história de lama do tráfico humano, com todas as suas conseqüências. Praticamente todos os povos do mundo conviveram com a escravidão, na Ásia, na África e na Europa. Na própria América, onde se poderia supor uma espécie de existência paradisíaca entre os indígenas, a escravidão era praticada em grande escala pelas tribos guerreiras, e no México, onde florescia a civilização de uma sociedade organizada, com suas cidades, seus templos, seus palácios, suas indústrias e suas instituições de direito público, a escravidão era institucionalizada pelos maias e os astecas. Adotada nas mais remotas organizações sociais da História, no Egito, na Índia, na China, a escravidão foi codificada pelo próprio Moisés e incorporada aos hábitos de gregos e romanos. Todo o Oriente e todo o Ocidente sujaram as mãos, ao longo dos séculos, na infâmia da escravidão humana. Ainda no século XVIII, a Europa inteira prevaricava com o instituto da servidão.

Seja como for, a mancha abominável ficou em nossa História. Mas, se há um lugar adequado e uma voz legítima para denunciar a escravidão

e para celebrar a libertação do 13 de Maio, esse lugar há de ser o plenário do Congresso Nacional, e essa voz há de ser a voz da Câmara dos Deputados.

Evaristo de Moraes lembra — e é bom que se repita — a advertência de Ubaldino do Amaral, para quem a causa da Abolição só teve dois combatentes: a alma generosa do povo brasileiro, anelando reparar as injustiças e os crimes da geração passada, e sobretudo o Imperador D. Pedro II, inspirador e motor da lei de 1871, a Lei do Ventre Livre, que visava estancar a fonte da escravidão no país.

Foi no plenário da Câmara que tomou corpo o clamor popular que levaria à Abolição e foi às mãos dos representantes do povo que o Imperador entregou a tarefa da libertação. A história da Abolição se confunde com a história parlamentar do país, desde os primeiros anos de consolidação da independência. Quem quiser tomar conhecimento do que foi a luta pela emancipação não precisará mais do que mergulhar na leitura dos Anais da Câmara. Foi aqui que se fez a Abolição, num episódio parlamentar que ainda hoje é típico do Congresso brasileiro e da vida parlamentar do país.

Quando o projeto da libertação dos escravos chegou a este plenário, a Câmara pôde ver, como ocorre ainda hoje, a impossibilidade de confinar os representantes do povo no artifício de suas legendas partidárias. Pois, num Congresso então nitidamente estruturado sobre a dicotomia do Partido Liberal e do Partido Conservador, os membros de um e de outro dos dois grandes partidos do Império dividiram-se a favor e contra o projeto libertador a tal ponto que, bandeira natural dos liberais, a causa dos escravos acabou vitoriosa nas mãos do Gabinete conservador, presidido por João Alfredo.

A Abolição foi, certamente, a batalha mais longa e mais apaixonante da história do Parlamento brasileiro. Nessa batalha longa e lenta, era preciso vencer toda uma verdadeira muralha de preconceitos e de interesses, atrás da qual se entrincheiravam os reacionários de espírito e os poderosos senhores da estrutura feudal da economia agrária.

Para avaliar a natureza desses preconceitos, vale a pena lembrar que, no início do tráfico de africanos, chegou a difundir-se, nas cabeceiras da sociedade, a militante suposição de que os negros não eram seres humanos, mas simples mamíferos semi-rationais. E, pois, que não constituía crime nem pecado escravizá-los ou matá-los. A própria cristandade chegava a ser contaminada por essa monstruosa suposição, sustentada pelos donos do poder econômico. Foi preciso que um grande Pontífice, Paulo III — o Papa Farnese —, levantasse sua voz, da cátedra da Santa Sé, para advertir os homens brancos do mundo europeu de que os negros, como os índios, são nossos irmãos, são seres humanos como nós, com uma alma e uma promessa de salvação iguais às dos louros dolicocefalos da Europa. Na verdade, os escravocratas do Ocidente acreditaram apenas vagamente, em teoria, na palavra do Papa, como ocorre ainda hoje na África do Sul.

O vírus do preconceito contra a cor, a bela cor dos negros, dura ainda em nossos dias, aqui mesmo no Brasil, país onde todos, ou quase todos, temos nas veias uma boa quota de sangue africano.

Tão poderoso como o preconceito era o interesse dos senhores de escravos, que fundavam no braço negro seus opulentos condados do café, do algodão, das minas e do açúcar. No meio da própria clerezia, padres e frades, conventos e paróquias mantinham seus ativos contingentes de escravos, embora a voz dos bispos, de um modo geral, clamasse sempre em suas pastorais pelo fim da escravidão. Exemplo disso é a carta pastoral do Bispo do Rio de Janeiro, D. Pedro Maria de Lacerda, de outubro de 1871. E, mais tarde, o apelo unânime do episcopado brasileiro, entregue em Roma por Joaquim Nabuco, dirigido ao Papa Leão XIII.

Foi um penoso caminho o do Parlamento brasileiro, até chegarmos àquela sessão do dia 8 de maio de 1888, em que se apresentaria o projeto libertador. O que honra nossa memória nacional é saber que a causa da libertação vinha sendo infatigavelmente sustentada pelo melhor da inteligência brasileira, essa inteligência que é sempre a depositária mais fiel da consciência da Nação. Na imprensa, na praça pública, nas reuniões literárias, nas escolas superiores do Recife e de São Paulo, os jornalistas, os parlamentares, os estudantes, os poetas pregavam o fim da vergonhosa instituição do cativo. A voz de Castro Alves, entre as décadas de 60 e 70, iluminara como um relâmpago as academias, os teatros, os comícios, com o clamor da liberdade. A pregação de Luís Gama inflamava os jornais e os auditórios. Por toda parte fundavam-se clubes libertadores.

Havia resistências, dentro e fora do Parlamento. É com pesar que lembramos, entre os que resistiam à Abolição, brasileiros dos mais ilustres, incorporados hoje à nossa admiração e à nossa História, como José de Alencar, ou o Barão de Cotejipe, uma das mais fascinantes figuras de estadista deste país. Mas nem Alencar nem Cotejipe podem ser considerados escravocratas. O que advogavam era uma solução fabiana, gradual, para o problema, receosos de conseqüências econômicas e sociais, tanto para a lavoura como para os libertos. A reação escravocrática, que se levantaria, quinze anos antes, contra o projeto do Visconde do Rio Branco, da Lei do Ventre Livre, estava assanhada e indócil. O último censo do Ministério da Agricultura, antes do 13 de maio de 1888, apresentava algarismos sugestivos:

Escravos existentes no Norte (Bahia inclusive)	403.098
Escravos no Sul (Mato Grosso inclusive)	840.752
Total	1.243.850

São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, então chamadas as três províncias negreiras, continham, só elas, 141.970 escravos mais do que todas as outras do Império e o Município Neutro. Nessas três províncias negreiras, encastelou-se o bastião da resistência escravista. Os donos da

economia rural de Minas, de São Paulo e do Estado do Rio mobilizaram-se em torno do famoso Centro da Lavoura e do Comércio e da Associação Comercial, de onde partiam as palavras de ordem para deter a marcha do abolicionismo. Esses interesses, essas províncias, não faziam propriamente o *lobby* do escravismo no Parlamento. Não precisavam disso: seus representantes diretos estavam entre os próprios parlamentares.

No Centro da Lavoura e do Comércio, bem como na Associação Comercial, pontificavam dois cornacas maiores dos escravocratas: o publicista português Ramalho Ortigão e o Dr. Honório Ribeiro, cujos nomes se tornaram execrados pelos abolicionistas. Ramalho Ortigão não era brasileiro, o que provocou a advertência de Joaquim Nabuco: não era possível que parlamentares brasileiros, das chamadas classes conservadoras, levassem para a Câmara a orientação de um estrangeiro. Ficaram memoráveis os discursos do Deputado Antônio Pinto de Mendonça, do Partido Conservador do Ceará, dedicado de corpo e alma à Abolição, repelindo essa intervenção estrangeira. Antônio Pinto, cujo nome — lembra Evaristo de Moraes — deve figurar entre os dois maiores obreiros da libertação, explicava não ser inimigo dos estrangeiros, mas não podia permitir que estrangeiros ditassem a orientação do Parlamento.

Enquanto o estabelecimento oficial do poder econômico e político das províncias negreiras tentava imobilizar o *statu quo* da servidão institucional, o movimento abolicionista alastrava-se pelo resto do país. Ganhava expressão especial no Ceará, onde a associação denominada Libertadora Cearense reunia infatigáveis batalhadores, entre eles João Cordeiro, José Correia do Amaral, Frederico Borges, Pedro Borges, José Marrocos, Isaac Amaral, Francisco do Nascimento, Alfredo Salgado, Carlos de Alencar, Justiniano Serpa, Cruz Saldanha, Filipe Sampaio, Antônio Martins, o poeta José Albano e outros.

Os libertadores em meu Estado passaram logo da teoria à prática. Levantavam fundos para a compra de cartas de alforria e organizaram bandos para furtar negros cativos, dando-lhes asilo e fuga para lugar seguro. Cumpriam à risca, como lembra Raimundo Girão, o patético juramento feito, certo dia, a mão nos Evangelhos, com o cabo do punhal de João Cordeiro, fincado à mesa coberta de pano preto, no centro da Sala de Aço da Libertadora, prometendo todos matar ou morrer em bem da Abolição.

Os estatutos da Sociedade Libertadora Cearense eram claros e contundentes:

“Artigo 1.º — Um por todos, todos por um. *Parágrafo único*
— A sociedade libertará escravos por todos os meios ao seu alcance.”

Tomaram os sócios nomes de guerra e convencionaram linguagem secreta. “De todas as sociedades do Império, nenhuma fizera tanto em províncias mais ricas”, lembra José do Patrocínio.

Cresce neste momento, no Ceará, a figura de Francisco José do Nascimento, chamado "o Dragão do Mar". Era prático-mór do porto de Fortaleza, tendo sido demitido por suas idéias abolicionistas. Nascimento incorpora-se, então, ao grupo dos jangadeiros de Fortaleza, que faziam o embarque do trapiche ao mar alto, onde ancoravam os navios, e sem cujo concurso era impossível alcançar as embarcações costeiras.

Amotinados pelo Dragão do Mar, os jangadeiros cearenses guardam-se em parede contra os despachos da torpe mercadoria e — como lembra o historiador Raimundo Girão — "ajeitam para as homenagens do bronze e da história" a figura de seu chefe.

"No porto de Fortaleza não se embarcam mais escravos" — é o repto dos praieiros de minha terra, no dia 30 de agosto de 1882, à tropa do chefe de polícia Torquato Viana, que insistia para embarcar no vapor *Espírito Santo*, ancorado à distância, duas negras escravas, que, afinal, num relance da confusão, acabam subtraídas à posse da autoridade.

Multiplicam-se no Estado do Ceará os clubes abolicionistas, inflamados pelo gesto romântico dos jangadeiros. Funda-se, com gente de prol da sociedade, o Centro Abolicionista 25 de Dezembro, que conta entre seus membros Júlio César da Fonseca, João Lopes Ferreira Filho, Meton de Alencar, Guilherme Studart, Joaquim Catunda e outros.

A retaliação do Governo demite do serviço público os abolicionistas notórios, como o promotor Frederico Borges e o procurador da Fazenda Almino Afonso. Mas a luta dos cearenses recrudesce. Nota Evaristo de Moraes que uma das originalidades da campanha abolicionista do Ceará consistiu no papel proeminente do elemento feminino. Em nenhuma parte do país foi tão intensa como no Ceará a ação das mulheres abolicionistas. Até hoje lembramos com entusiasmo, em nossa terra, os nomes de Dona Maria Tomásia e de Dona Elvira Pinho, ativistas e heroínas da libertação, como aquela admirável Dona Olegarinha, de Pernambuco, mãe do poeta Olegário Marião. Escondiam escravos fugidos em suas casas e às vezes vendiam até as jóias familiares para resgatar cativos e enviá-los a sítios seguros.

Diante do que se passava em nosso Estado, José Correia do Amaral escrevia a Joaquim Nabuco, de Londres, em 1883:

"É pena que o Ceará não se possa derramar no Brasil, invadir os baluartes da escravidão, onde ela é realmente poderosa e julga ter as nossas instituições como reféns. Parece incrível que essa província faça parte do Império."

Nabuco faria, então, da jangada, a que chamou de "pequeno soalho, à flor das ondas", o símbolo da Abolição.

Na Corte, o abolicionismo cearense era representado galhardamente pelas famílias Jaguaribe e Araripe e pelo Deputado Antônio Pinto de Mendonça, no Parlamento. Nos cafés alegres, nas ruas, nas academias, fulgurava o talento poético do glorioso boêmio cearense Paula Nei, príncipe das rodas literárias de seu tempo, que levaria José do Patrocínio ao Ceará.

Com tudo isso, o Ceará madrugou para a Abolição. Nas festas de Ano Novo de 1884, a vila do Acarape, que passou a denominar-se Redenção, proclamou a liberação de todos os escravos de seu termo. Seguem-se os municípios de Pacatuba e São Francisco a 2 de fevereiro, e o movimento cresce como uma pedra que rola da montanha. Hoje é em Baturité e no Icó, amanhã em Maranguape e Mecejana, depois em Pedra Branca, em Pereiro, no Soure, em Viçosa, em Canindé, em Ibiapina, em Várzea Alegre, em Pentecostes, em São Mateus, Trairi, Jaguaribe e Brejo Santo. Os belos nomes da toponímia cearense formam o rosário da libertação, que culmina a 25 de março de 1884, com o fim da escravidão, proclamado em toda a província. Na sede do Governo, o Presidente Sátiro Dias saúda o povo, resumindo a vitória nestas palavras:

“A cruzada olímpica, primeiro de poucos bravos, depois de muitos, depois de todos, foi uma luta que não descreverei, porque fostes vós que a preparastes, porque fostes vós que a travastes e sois vós que a venceis hoje, gloriosamente.”

Escreveu Joaquim Nabuco:

“O efeito moral da existência de uma província livre, resgatada e desde então fechada para a escravidão foi imenso; o efeito político imediato.”

Na verdade, a repercussão da Abolição cearense foi enorme dentro e fora do país. O jangadeiro Nascimento, o Dragão do Mar, foi ovacionado pelo povo do Rio, numa recepção estrondosa, com passeata e comício. A *Gazeta de Notícias* tirou uma edição comemorativa do acontecimento. No Teatro Politeama foi executada, sob a regência do Dr. Antônio Cardoso de Meneses e Sousa, seu autor, filho do Barão de Paranapiacaba, a “Marselhesa dos Escravos”.

Victor Hugo, na época o mais celebrado poeta da Europa, datou do mesmo dia, 25 de março, a carta histórica que enviou a José do Patrocínio, que se encontrava em Paris, para que a lesse num banquete em comemoração à Abolição cearense. Nessa carta, dizia o grande poeta:

“Uma província do Brasil acaba de declarar abolida a escravidão. É uma grande notícia!

A escravidão é o homem degradado pelo homem à condição de animal; o que pode restar de inteligência humana nessa vida

animal do homem pertence a um senhor, segundo sua vontade e seu capricho.

Daí decorrem circunstâncias horríveis.

O Brasil desfechou um golpe decisivo na escravatura. O Brasil tem um Imperador; este Imperador é mais do que um Imperador; é um homem.

Que continue. Nós o felicitamos e o honramos.

Antes do fim do século, a escravidão terá desaparecido da face da terra.

A liberdade é a lei dos homens.

Com a palavra definimos este episódio de progresso: a barbárie recua; a civilização avança."

Até aqui a palavra do poeta. De fato; a causa da civilização avança do Ceará para todo o país. Na Paraíba, a chama da emancipação foi empunhada por Coelho Lisboa. Em Pernambuco, o grande líder José Mariano, à frente de grupos cada vez maiores, sustentava o facho que o pernambucano Joaquim Nabuco mantinha vivo na Corte do Rio de Janeiro. E assim por toda parte.

Mas era sobretudo no plenário do Parlamento, onde ela se iniciara, que a luta emancipadora se travava. Essa luta invadira a Câmara, pela primeira vez, de forma consciente, pela palavra e pela presença do baiano Jerônimo Sodré. O próprio Nabuco faz questão de reconhecer a primazia do representante da Bahia, documentando em *Minha Formação*:

"Reconheço que minha inscrição vem na ordem do tempo, depois da de Jerônimo Sodré... As outras, porém, vieram depois da minha."

Depois do Ceará, províncias e municípios pelo Brasil afora iam promovendo emancipações locais. A primeira delas foi iniciada na cidade de Mossoró, centro tradicional de cultura e progresso no Rio Grande do Norte. Nos redutos mais ferozes dos escravocratas, levantam-se os emancipadores, com generosa bravura. Os estudantes de São Paulo amotinam-se no velho Largo de São Francisco, onde tantas vezes se tem acendido a tocha da liberdade neste país. No Estado do Rio, Patrocínio mobiliza a imprensa e as ruas, o clamor chega aos municípios, praças e bairros, e a luta libertadora alcança um de seus momentos mais heróicos na cidade de Campos, santuário dos barões do açúcar, com a valente rebelião de Carlos Lacerda, de família aristocrática da cidade, que se transforma em herói popular. Talvez nenhuma outra cidade brasileira tenha registrado momentos tão ásperos e tão heróicos na luta da Abolição como a rica e bela cidade de Campos, orgulhosa por tantos títulos históricos na velha província fluminense.

O debate da Abolição — palavra cunhada por Joaquim Nabuco para definir a libertação dos escravos — ocupou dias, semanas, meses e anos do Parlamento brasileiro. Muitos foram os heróis dessa jornada. Muitos chegaram a extremos heróicos, como o Visconde de Jaguaribe, parlamentar do Ceará e um dos sustentáculos do projeto de Lei do Ventre Livre, no gabinete Rio Branco, que repelia a solução gradual da emancipação, exclamando, da tribuna parlamentar, que preferia não ter pátria, nem rei, nem governo a ter uma pátria fundada sobre a escravidão de seres humanos. Os atos de heroísmo dos que lutaram pela emancipação escreveram páginas comovedoras em todo o país. Evaristo de Moraes registra o caso de dois ricos herdeiros de famílias nobres, um na Bahia, outro em São Paulo, que renunciaram à herança inteira, porque ela vinha, no formal de partilha, acrescida por um lote de escravos deixados pelo *de cujus*.

A luta terá sido mais dura na área dos baluartes da escravatura, como em Minas, São Paulo e na velha província fluminense. Por isso mesmo, é mais comovedora a luta dos abolicionistas que se levantaram nessas áreas, um Carlos Lacerda em Campos; um Luís Gama e um Antônio Bento em São Paulo; o Visconde de Guarapuava e o Barão de Serro Azul e o escritor Nestor Vitor no Paraná; Leopoldo Bulhões e seus irmãos em Goiás; como Sales Torres Homem e Joaquim Pedro Salgado no Rio Grande do Sul.

Em dois livros clássicos de nossa historiografia, o escritor Luís Vianna Filho, nosso companheiro de legislatura, oferece um mapa admirável sobre a escravidão e a Abolição. Em *O Negro na Bahia e A Vida de Joaquim Nabuco*, desse grande historiador brasileiro, podemos contemplar o abrangente leque de pessoas e fatores que se empenharam para que este país pudesse chegar à Abolição total da escravatura.

O próprio Joaquim Nabuco ponderava:

"Ninguém, afinal, sabe quem fez mais pela Abolição: se a propaganda, se a resistência, se os que queriam tudo, se os que não queriam nada."

O certo é que, desde a Lei Eusébio de Queirós, em 1850, da suspensão do tráfico, à Lei dos Sexagenários, da Lei do Ventre Livre aos 13 de maio, os cordões que manejavam a ascensão e a queda de todos os governos passavam pelo problema da emancipação. Em torno desse problema, travaram-se as grandes batalhas do Parlamento imperial.

Todos os historiadores são unânimes, e o próprio Nabuco acabou rendendo-se à evidência: havia a sombra de uma grande e poderosa mão trabalhando, dia e noite, ao longo de todos os governos, pela emancipação dos escravos — era a mão do Imperador. O rei filósofo, lisonjeado por sua reputação de intelectual e pelo apelido que lhe pusera Victor Hugo, de "neto de Marco Aurélio", não tolerava ver seu trono plantado no chão de um escravo.

“O primeiro abolicionista da Nação era — calado e distante — o soberano”, escreve Pedro Calmon. Quando o Conselheiro Dantas expusera ao Imperador suas idéias sobre os escravos, *este o advertira*:

“Pois bem, Senhor Dantas; mas, quando o senhor correr, eu o puxo pela aba da casaca.”

O Imperador depositara grande esperança na autoridade e na competência de Cotejipe, para levar avante o projeto emancipador. Mas Cotejipe correu, e o Imperador não pôde puxá-lo pela aba da casaca. O pragmatismo fabiano do barão decepcionou o monarca, que passou a investir suas esperanças na habilidade e na aliciante *simpatia* de Dantas.

Em todos os gabinetes dos últimos decênios, os imobilistas e os partidários da reforma lenta do regime escravocrata sabiam que seu maior adversário era o Imperador. O foco do abolicionismo estava instalado no Paço Imperial, antes mesmo de ganhar as ruas e as cidades. Cotejipe soube disso, e amargou o confronto com a vontade imperial. O Conselheiro Ottoni, de Minas Gerais, defensor intransigente do estabelecimento escravista, acusou abertamente o Imperador de ser o sustentáculo maior dos abolicionistas. Em termos mais duros ainda, o fez o escravocrata empedernido Andrade Figueira, da bancada do Rio de Janeiro. E no inventário final, na sessão de aprovação da lei de 13 de maio, o Conselheiro Paulino de Sousa debitou ao trono toda a conspiração libertadora.

A família real não fazia muito segredo de suas idéias abolicionistas. Ao ocupar o governo militar em Assunção, imediatamente depois da vitória da Tríplice Aliança, o Conde d’Eu baixava um decreto abolindo a escravidão no Paraguai. Seus filhos, como conta em carta à Princesa Isabel, editavam no Paço um pequeno jornal infantil, chamado *Correio Imperial*, em que redigiam artigos ardorosos a favor da Abolição.

Cotejipe advertia expressamente a Princesa Isabel que, com a queda do regime escravista, o trono também cairia. E apostou com a Princesa que, por isto mesmo, ela não conseguiria fazer aprovar a Abolição. A filha de Pedro II preferiu correr conscientemente todos os riscos. E quando, depois do 13 de maio, o velho e prudente estadista baiano a encontrou, Isabel fez questão de dizer-lhe, num assomo de triunfo:

“Senhor Barão de Cotejipe, eu ganhei a aposta, eu assinei a abolição.”

Ao que ele lhe respondeu:

“Vossa Alteza ganhou; eu perdi a aposta; mas Vossa Alteza perdeu o trono.”

A Abolição foi uma etapa de nossa vida de nação civilizada. Nós que vivemos nesta Casa sabemos como é difícil vencer a corrida de obstá-

culos que se opõem a todos os passos do progresso político. Mas o Brasil venceu a batalha da emancipação. Quando a Princesa escolheu para a chefia do Governo um parlamentar pernambucano, o Conselheiro João Alfredo, já tinha em mira o propósito de liquidar o problema do chamado instituto servil. A escolha de João Alfredo foi sua, pessoal, como ela mesma dirá em carta ao Imperador, então em tratamento de saúde na Europa:

“Quanto à escolha dos novos Ministros, fui eu quem indicou o João Alfredo.”

Foi assim que se chegou ao dia decisivo. Vejamos como o registra, com sua fidelidade de cronista e testemunha pessoal do acontecimento, o velho Evaristo de Moraes:

“Efetivamente no dia 8 [de maio], às 2 horas da tarde, de ordem da Princesa, foi feita pelo Ministro da Agricultura Rodrigo Silva a apresentação da proposta, assim redigida:

Art. 1.º — É declarada extinta a escravidão no Brasil.

Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário.”

Consignam ainda os Anais: prolongadas aclamações e ruidosas manifestações populares dentro e fora do recinto. . .

Apressou os trabalhos Joaquim Nabuco, propondo fosse nomeada uma comissão para dar parecer. Assim se fez, compondo a comissão Duarte de Azevedo, Joaquim Nabuco, Gonçalves Ferrreira, Afonso Celso Júnior e Alfredo Correia.

Em poucos minutos estava lavrado o parecer, favorável, em absoluto, à proposta. Foi então requerido pelo relator, Duarte de Azevedo, que se dispensasse a impressão, para entrarem o projeto e o parecer na ordem do dia da sessão seguinte.

Ocorreu nesta ocasião o tremendo e último embate, na Câmara, entre as duas opiniões opostas. Havia Nabuco, ao requerer o apressamento da votação, aludido ao coração de bronze do nobre Deputado pelo 11.º Distrito do Rio de Janeiro, que era Andrade Figueira, escravista emperdenido. Este, criticando o proceder do Presidente da Câmara, Henrique Pereira de Lacerda, de Pernambuco, que, por si só, nomeara a comissão especial, e sustentando a indispensabilidade da impressão do parecer, investiu contra Nabuco, neste tópico:

“Aproveitando da palavra, direi ao nobre Deputado pelo 1.º Distrito da Província de Pernambuco, que se julgou apto para conhecer de que matéria era formado meu coração, que não sei se ele é de bronze; mas, se o é, prefiro que seja de bronze a que seja de lama.”

Revidando, disse Nabuco não crer haver alusão ao seu coração, naquela referência a coração de lama; mas, se havia, deixava o insulto no tapete, de onde não merecia ser levantado.

Venceu o requerido por Duarte de Azevedo; entraram em discussão proposta e parecer no dia 9, independente de impressão.

Andrade Figueira, com seu coração de bronze, pronunciou um longo discurso contra o projeto. Depois de uma intervenção de Rodrigo Silva, veio Alfredo Chaves para uma declaração de apoio ao escravista Andrade Figueira, dizendo-lhe que ele não estava só: a Bancada dos conservadores da província do Rio de Janeiro, com poucas exceções, estava ao seu lado, ao lado da lavoura da província.

Requerido por Afonso Celso o encerramento da discussão, passou-se à votação, com uma emenda do Deputado Araújo Góis, da Bahia, que propôs se acrescentasse ao artigo 1.º a expressão "desde a data desta lei". Requerida votação nominal, verificou-se a aprovação, com a emenda, por 85 votos contra 9.

O projeto subiu ao Senado, onde, no dia 11, requereu Dantas o mesmo regime de urgência da Câmara, nomeando-se uma comissão composta de Afonso Celso, pai, Teixeira Júnior, Escragnonle Taunay e o Visconde de Pelotas.

O Barão de Cotejige pronunciou então seu famoso discurso, uma espécie de testamento político, misto de orgulho e de receio mal dissimulado pelo futuro das instituições monárquicas, agourando cataclismos e calamidades:

"A verdade é que vai haver uma perturbação enorme no país, o que não verei, talvez, mas aqueles a quem Deus conceder mais vida, ou que forem mais moços, presenciarão. Se me engano, lavrem na minha sepultura este epitáfio: 'O chamado, no século, Barão de Cotejige, João Maurício Wanderley, era um visionário'."

Apiedou-se, ainda, o barão com a sorte dos velhos e das crianças, que, com a Abolição, seriam corridos das fazendas, sem amparo, sem lei nem grei. E evocou trechos de um discurso de Rui Barbosa, na Bahia, em que o Conselheiro também previa o desencadeamento em cascata, com reformas como a que se estava aprovando, de outras e outras medidas avançadas, que acabariam por trazer a Monarquia.

No mesmo dia 12 foi o projeto aprovado, sendo concedida dispensa de interstício, a requerimento de Cândido de Oliveira, a fim de poder entrar em ordem do dia a 13, domingo, para o qual fora convocada sessão extraordinária. No último dia da escravidão, ainda uma voz se ergueu no Senado para contestar, platonicamente, o projeto já vitorioso. Foi a de Paulino de Sousa, filho do Visconde do Uruguai, que fora Presidente da Câmara no ano anterior e que seria Presidente do Senado no ano seguinte, quando cairia

a Monarquia. Caiu com ela, abandonou a vida pública e dedicou-se ao trabalho de provedor da Santa Casa de Misericórdia, até à morte.

Não foi longo o discurso do Conselheiro Paulino de Sousa. Fazendo praça de cavalheirismo pessoal, fez questão de dizer que não se alongaria, pois sabia que a Princesa já estava ansiosa para assinar os autógrafos da lei que inspirara, e, sendo uma senhora, de tão alta hierarquia, seria impolidez fazê-la esperar.

Pelos vitoriosos falou Sousa Dantas, com a elegância e o charme oratório em que era mestre, sem ferir melindres dos derrotados.

Votado e aprovado o projeto, o Presidente Cruz Machado designou a comissão que deveria levar à Princesa os autógrafos da lei, informando que a Regente estaria à disposição dos representantes do Senado no Paço da cidade, às três horas da tarde.

Dizem os jornais da época que mais de cinco mil pessoas celebravam, num espetáculo cívico sem precedentes, o acontecimento, em frente ao Paço, onde a Princesa Isabel, emocionada, diria aos parlamentares que aquele era o dia mais feliz de sua vida. José do Patrocínio — conta Evaristo de Moraes —, como alucinado, atirou-se aos pés da Princesa, para beijá-los. Estrepitosas aclamações enchiam a praça. De uma das janelas, emoldurado pelos marcos de pedra e apoiando-se nas grades de ferro da sacada colonial, surgiu a figura de Joaquim Nabuco para comunicar à multidão delirante que não havia mais escravos no Brasil.

Não encontrei melhor modo de celebrar o centenário do 13 de Maio de 1888 do que este, de mergulhar nos Anais do Congresso que fez a Abolição. As paixões que ela desencadeou e os debates que a precederam na Câmara dos Deputados são uma página de honra de nossa história parlamentar. Mais do que isto: são o testemunho, a propedêutica, de um episódio didático para nossa vocação e nossa missão de representantes do povo. Naquelas sessões que precederam o 13 de maio, aprendemos que o interesse da história do país é mais importante do que as posições pessoais e partidárias dos Deputados. Sirva-nos a lição dos legisladores de 1888, para nos lembrarmos sempre de que o Brasil é capaz de respostas inesperadas e fulgurantes diante dos mais agudos desafios. De respostas serenas, diante das mais tumultuadas inquietações.

Parece que a sacralidade da Câmara nos convida sempre a servi-la, servindo o povo brasileiro, para fazermos, hoje e amanhã, o que fizeram ontem nossos precursores nesta Casa do Poder Legislativo: dar-nos as mãos uns aos outros, acima de todos os radicalismos, acima dos limites de nossas bancadas regionais e acima até de nossas fronteiras partidárias, podendo transigir com tudo e com todos, para não transigir nunca diante do dever e da honra de servir a unidade, a grandeza e o futuro da Pátria brasileira.

Senador HUMBERTO LUCENA
(PM.DB-PB)

Pela Mesa do Congresso Nacional

Senhores Congressistas:

As formalidades cumpridas pelo Congresso Nacional para assinalar, de maneira solene, o transcurso do centenário da Abolição da Escravatura não resultam de uma fria pauta de comemorações, como indicativo de uma obrigação resgatada por imperativo das circunstâncias. Um sentimento autêntico e irresistível de reverência ao significado da grande data galvanizou, no fundo de nossa emoção, o compromisso de saudá-la na inteireza de seu conteúdo cívico e nas suas repercussões sobre a alma fraterna do povo brasileiro.

Na luta pela eliminação do trabalho servil, em 65 anos de angústia e sofrimento iniciados com a representação de José Bonifácio à Assembléia Constituinte, em 1823, a Lei Áurea de 1888 transformou-se no marco histórico de libertação dos negros. É uma data singular na formação da nacionalidade brasileira, não apenas em razão do rompimento de uma ordem social monstruosa, que nos expunha à censura indignada do mundo civilizado, mas por revelar pela primeira vez a índole fraternal do povo brasileiro. Esse traço dominante do caráter nacional só não despontou antes, como impunha a tragédia épica do Zumbi da República dos Palmares, já no século XVII, por que a Nação, nesse período dramático de sua História, esteve bloqueada pelo dique monumental do reacionarismo conservador.

Parce oportuno, neste momento, uma abordagem pouco ortodoxa, porém não menos verdadeira, dos pressupostos históricos de expressão extraterritorial que fizeram apressar a alforria do contingente negro no Brasil. Com a promulgação da Lei Aberdeen, que fez cair por terra os grilhões da escravatura nos domínios coloniais da Inglaterra em terras da América, o Brasil se transformou em incômodo concorrente no suprimento de especiarias ao mercado internacional, pois o trabalho escravo favorecia os preços finais de seus produtos. As pressões da Corte de St. James não se reduziam às formalidades da diplomacia irreverente e romântica da época, mas se materializavam no apresamento *manu militari* dos navios que, partindo da África, traziam nos porões a carga infamante de trabalhadores escravos. Essa dupla humilhação do Brasil — a de traficar seres humanos e a de vê-los confiscados como testemunhos da indignidade — ampliou, na consciência nacional, a repugnância contra as práticas escravocratas.

Assim, a remoção da mancha vergonhosa da escravatura em nosso país esteve associada a esse componente econômico, que subjuguou as conveniências

das forças da produção que, internamente, consideravam a libertação dos escravos um golpe letal no sistema produtivo.

Se as comemorações do centenário da Abolição da Escravatura servem para trazer à memória da Nação a formidável luta para a afirmação dos direitos humanos, negados aos negros em desonra dos valores eternos da fraternidade, também se prestam para uma reflexão atual sobre os estágios de liberdade da sociedade brasileira. Diga-se, em primeiro plano, que as comunidades negras do Brasil, embora integradas à democracia multirracial aqui praticada, ainda não alcançaram os primeiros planos da vida nacional, pelo menos em correspondência aos valores de sua riquíssima cultura e à dimensão de seu contributo ao enriquecimento da nacionalidade.

O legislador constitucional, a partir da supressão da fiança para os delitos inquinados de discriminação racial, remeteu ao texto da futura Constituição proteções eficazes em favor dos grupos sociais negros, inclusive em relação às manifestações culturais de origem africana. Não basta, porém, a letra fria da lei. Fundamental é que a liberdade, a que todos temos direito — negros, brancos, mulatos, pardos, índios, enfim todo esse cadinho racial que singulariza a antropologia brasileira —, não se expresse como uma conquista insuscetível de mensuração política.

É preciso dizer, na esteira luminosa da lição aqui proferida pelo eminente Senador Afonso Arinos de Melo Franco, que a liberdade há de ser materializada na eliminação das injustiças sociais, na dignificação do ser humano independentemente de sua cor, na apropriação igualitária das riquezas geradas pela sociedade e na democratização das oportunidades aos melhores padrões de sobrevivência. Como no passado, não devemos esperar que o exemplo de outros povos trace o roteiro de nossas conquistas sociais. Não há conveniências econômicas ou injunções de interesses privatistas que sejam superiores às aspirações legítimas da maioria nacional, da mesma forma que, nos idos de nossa História, acabaram não prevalecendo contra a libertação dos escravos a ganância do poder endinheirado e a arrogância dos escravocratas.

Para além, portanto, de celebrarem a saga da civilização negra no Brasil e consagrarem a inigualável contribuição de sua cultura à formação nacional, as comemorações pelos cem anos de Abolição da Escravatura despertam outros sentimentos relevantes. Devem ficar, também, como uma exortação à consciência nacional, para que cultive, como valor indissociável da liberdade, a luta pela supressão de todas as discriminações sociais e em favor da integração de todos os brasileiros numa sociedade em que o preconceito racial seja apenas registro histórico, embora trágico.

É com estas palavras que a Mesa do Congresso Nacional, por meu intermédio, se associa às demonstrações de júbilo pelo transcurso do centenário da Abolição da Escravatura.

Aspectos econômicos do processo abolicionista

MIRCEA BUESCU

Professor da PUC — RJ. Do Instituto
Histórico e Geográfico Brasileiro

SUMÁRIO

1. Quadro geral: o processo. 2. Características do instituto da escravidão. 3. Apego à escravidão: barateza do escravo. 4. Escravagismo e dependência da importação africana. 5. Esvaziamento econômico da escravidão. 6. Substituição pela mão-de-obra livre. 7. Transição e liquidação da escravidão.

1. A abolição da escravidão no Brasil, cujo centenário se comemora este ano, foi o ato final de um processo quase secular de esvaziamento, marcado por uma série de providências legais que dificultaram e, finalmente, eliminaram uma prática cujo início quase coincidira com o próprio aparecimento do Brasil-Colônia. Os atos legais referidos corresponderam a mudanças de ordem moral, social e política, que condenavam a escravidão e deviam forçosamente levar ao seu desaparecimento⁽¹⁾. Afinal, a escravidão dos

(1) A corrente de oposição à escravidão foi bem ilustrada por PEDRO CALMON: "o movimento abolicionista desceu do alto para as ruas e também subiu do povo para o trono" (CALMON, V, p. 278).

tempos modernos havia surgido dentro de um contexto político-econômico que chamei de "modelo imperial", correspondente ao da Antiguidade — o modelo de enriquecimento através da força.

A atuação das forças sociais foi fundamental, manifestando-se nos conhecidos diplomas legais que liquidaram a escravidão: após o fracasso da Lei de 7 de novembro de 1851 que devia acabar com o tráfico africano, a Lei de 4 de setembro de 1850, mais bem implementada do que a de 1851, eliminou efetivamente o tráfico; a Lei de 2 de setembro de 1871, do "ventre livre", decretou, com algumas restrições, a liberdade dos nascituros escravos (2); a Lei de 28 de setembro de 1885, dos "sexagenários", libertou os escravos de mais de 60 anos; e, por fim, a "Lei Áurea", de 13 de maio de 1888, aboliu de vez a escravidão (3).

A importância das pressões morais e sociais contra a escravidão não deve, entretanto, ofuscar a participação dos fatores econômicos surgidos em decorrência daquelas circunstâncias (4). A própria escravidão da Antiguidade havia sido liquidada dentro de um cenário moral, social e econômico alterado: a instituição começou a ser criticada pelos filósofos estoicos como Sêneca, Dion Crisóstomo, ambos no século I d.C. em nome da razão, da solidariedade e dignidade humanas. O Cristianismo deu contribuição ainda maior neste sentido e a legislação de proteção ao escravo provocou a redução da eficiência do seu trabalho, uma vez que ele só podia funcionar sob coerção. Por outro lado, tal como Gibbon assinalou, esgotava-se paralelamente o fornecimento de escravos devido à decadência político-militar do Império Romano (4). No caso do Brasil, houve mudanças da mentalidade, refletidas em alterações do quadro jurídico que provocaram, por sua vez, novos condicionamentos econômicos.

De início, a análise deve levar em conta, como parte da história da abolição, a resistência dos grupos escravagistas — os que consideravam o escravo um elemento básico, condição *sine qua non*, para a manutenção dos níveis de produção, lucros e renda. Se do lado abolicionista dominavam

(2) Um comentarista da época afirmou enfaticamente que a Lei de 1871 "declarou a abolição da escravidão no Império do Brasil" (MICHAUX-BELLAIRE, XX, p. 1), o que não correspondia à verdade.

(3) A exposição das etapas desse processo encontra-se em vários trabalhos de História do Brasil — por exemplo: PAULA GEIGUELMAN, in: XII, pp. 189-219; CALMON, V, pp. 276-283.

(4) PEDRO CARVALHO DE MELLO (XVIII) procedeu a uma excelente análise das pressões abolicionistas como causa direta da abolição, mas ele mesmo admite a influência dos fatores econômicos quando, por exemplo, quantifica as expectativas dos empresários em face da iminência da abolição — um cálculo econômico provocado pelas novas condições legais (MELLO, XVIII, p. 59); também MELLO-SLENES, XIX.

os argumentos morais e sociais⁽⁵⁾, os escravagistas, embora perdendo, cada vez mais, qualquer base moral ou jurídica⁽⁶⁾, agarravam-se ao argumento econômico, pelo menos implícito: a barateza do trabalho escravo. O esvaziamento legal da escravidão contribuiu, contudo, para tornar ilusórias as vantagens da instituição, deixando seus eventuais defensores sem o argumento — cínico, mas realista — da defesa dos interesses econômicos. A oposição às medidas abolicionistas ilustra aqueles interesses, paulatinamente quebrados. É demasiado conhecida a resistência exacerbada, levando até quase um estado de guerra, às pressões inglesas contra o tráfico⁽⁷⁾. A frustração da Lei de 7 de novembro de 1851 constitui exemplo relevante.

2. Para explicar o processo da liquidação e das resistências a ele opostas, é preciso partir da análise das características da escravidão e de suas vantagens, que explicam sua permanência por mais de três séculos no Brasil. Deixando de lado o respaldo que os escravagistas procuraram em fantasiosas considerações de justiça e humanidade⁽⁸⁾, são aquelas vantagens, pelo menos de curto prazo, que motivaram a manutenção da escravidão, mesmo diante dos golpes sucessivamente sofridos a partir de 1850.

JOHN CAIRNES apontou de forma lapidar a vantagem básica da instituição: “Os benefícios econômicos da escravidão podem ser facilmente formulados: eles estão todos incluídos no fato de que o dono de escravos tem poder absoluto sobre seus trabalhadores e se aproveita da disposição do inteiro fruto de seus trabalhos⁽⁹⁾. Esse poder deriva da própria essência do instituto, que consiste na aplicação da coerção, implícita nas relações políticas do sistema colonialista⁽¹⁰⁾. Impõe-se ao escravo o máximo de trabalho e o mínimo de consumo. Assim, a vantagem sobre o trabalho livre — lá onde a escravidão é institucionalmente permitida — aparece desde o início da indagação⁽¹¹⁾, pois é impossível obter o mesmo poder absoluto

(5) Deixando de lado as preocupações morais, são questionáveis as desvantagens a curto prazo do trabalho escravo. Os efeitos negativos manifestam-se, entretanto, a longo prazo.

(6) Foi ultrapassado o tempo em que D. José Joaquim da Cunha de Azeredo Coutinho, bispo de Elvas, podia escrever uma “Análise sobre a justiça (sic) do comércio do resgate dos escravos da Costa da África”, em 1798.

(7) Do ponto de vista brasileiro parece-me ociosa a discussão sobre os motivos da atuação da Inglaterra.

(8) Vale lembrar que foram utilizados muitas vezes, até recentemente, argumentos como o de considerar a escravidão uma alternativa feliz para os africanos que podiam assim evitar a liquidação sumária pelos seus inimigos.

(9) CAIRNES, in: Aitken, I, p. 28.

(10) A escravidão moderna representou uma complementação do colonialismo e ambos se inseriram no ressurgimento do referido “modelo imperial”.

(11) GANDAVO (X, p. 82) oferece, já em 1570, a receita: o escravo índio, barato, faz todo o trabalho para seu dono e, ainda, cuida de sua própria manutenção.

sobre o trabalhador livre e o fruto de seu trabalho, a não ser transformando-o, de maneira mais ou menos disfarçada, num verdadeiro escravo⁽¹²⁾. É útil observar, desde já, esta diferença quantitativa: se o escravo trabalhava 16-17 horas por dia e cerca de 320 dias por ano (pois normalmente trabalhava aos domingos, talvez meio tempo), o trabalhador livre dava 10-12 horas por dia e uns 300 dias por ano; isso faria uma diferença de duração de trabalho de 30-40% por ano.

O argumento a respeito da produtividade superior do operário livre é pouco relevante quando se trata de tarefas rudimentares, pouco sofisticadas, como as praticadas no setor primário, que dominava as economias no tempo em que a escravidão se aplicou⁽¹³⁾. De fato, não havia obstáculo congênito para o escravo aprender tarefas mais complicadas, a não ser o perigo político representado pela educação do escravo (daí a expressão de Cairnes: "a ignorância compulsória do escravo")⁽¹⁴⁾.

É muito expressivo o fato de que, ainda no século XIX, a procura por mão-de-obra, por exemplo, nos anúncios de jornal, demonstra muitas vezes a predileção pelo escravo. E quando a Lei de 1871 ofereceu aos donos de escravos a opção entre uma indenização pelos nascituros liberados e a utilização destes nascituros até a maioridade, as preferências orientaram-se mais para a segunda alternativa.

O dono do escravo podia exigir, até os limites da resistência física do escravo — e muitas vezes além disso —, o maior esforço, em termos quantitativos, a fim de elevar a rentabilidade do escravo. Ele podia fazê-lo justamente graças ao poder discricionário exercido sobre o escravo. De modo mais ou menos intuitivo ou racional, ele procurava maximizar a produção do escravo expressa na fórmula (*p.h.d.a.*), em que *p* é a produtividade horária, *h* o número de horas de trabalho por dia, *d* o número de dias de trabalho por ano e *a* o número de anos da vida útil do escravo. Em termos monetários seria: (*v.p.h.d.a.*), em que *v* é o valor de mercado da unidade

(12) Os autores que insistem no caráter espoliatório do capitalismo tendem a apresentar o operário livre como mais vitimado que o escravo, ocultando as diferenças fundamentais entre os dois regimes e os progressos feitos em matéria de proteção do trabalhador, salários, garantias etc. Um exemplo dessa confusão: "Somente quando o trabalhador é livre, sua força de trabalho ganha a condição efetiva de mercadoria. E, como tal, pode ser comprada segundo as necessidades da empresa, isto é, da produção do lucro" (OCTAVIO IANNI, in: XII, p. 304). De fato, quem era "comprado" era o escravo, verdadeira mercadoria.

(13) As comparações procedidas entre a produtividade dos escravos e dos colonos livres (v. COSTA, VIII; TERESA SCHORER PETRONE, in: XII) não concluem sempre a favor destes últimos.

(14) Uma discussão destes argumentos in: MELLO-SLENES, XIX, pp. 93-94.

do produto realizado. O ponto de equilíbrio se alcançava quando o aumento de h e d não provocava uma redução mais que proporcional de a devido ao esgotamento precoce do escravo (15).

Evidentemente, o dono, dentro do imediatismo mercantilista e com medo de perder o escravo por deserção, morte etc., podia exigir demais e provocar a diminuição do volume de trabalho obtido ($h.d.a.$). O fato provavelmente acontecia mais nos períodos de alta conjuntura, quando o dono queria aproveitar os preços elevados do produto, ainda que sacrificando os escravos. Isso sugere que, com a decadência secular da economia do Brasil Colonial, o tratamento reservado ao escravo teria relativamente melhorado ao longo dos anos por considerações puramente econômicas (16).

3. A vantagem tirada do escravo resultava também do fato de que ele era barato, contrariamente a afirmações que se repetem até nos dias de hoje. O próprio ROBERTO SIMONSEN afirma: "o africano era um elemento caro" (17) — o que seria válido se quisesse comparar com o escravo índio, muito mais barato do que o africano. Quanto às queixas dos donos a respeito da carestia do escravo, podem explicar-se pelo fato de a compra de escravos representar um investimento fixo, sentido mais pesadamente devido ao processo de descapitalização colonial (Simonsen também esclarece: "o braço escravo representava apreciável empate de capital."). Mais tarde, no fim do século XIX, as lamentações se justificariam pela elevação dos preços dos escravos depois da cessação do tráfico.

Em contrapartida das vantagens proporcionadas pela manipulação de ($h.d.a.$), o dono devia arcar com a despesa representada pela amortização do capital empatado (K) durante os anos de vida útil do escravo (a), mais a despesa de manutenção (m), extremamente reduzida.

Fato fundamental foi que o preço K permaneceu baixo devido ao reduzido custo do escravo na origem e à grande elasticidade da oferta — o reservatório africano de escravos potenciais. A não ser o encarecimento ligado à inflação européia de 1550/1625 e o curto período da inflação mineira no século XVIII, o preço do escravo vendido no Brasil ficou quase estacionário em torno de £40 até a véspera da extinção do tráfico, quando, diante desta iminência, a exacerbação da demanda provocou uma alta acentuada. Depois, o preço se estabilizou naquele patamar superior, refletindo

(15) Maiores detalhes em: BUESCU, III.

(16) No que tange à vida útil média do escravo não há avaliações concludentes: ROBERTO SIMONSEN admite 7 anos, o que parece muito pouco. É preferível adotar uma evolução ascendente, a partir de cerca de 10 anos no início do período colonial, indo até 15-20 anos, ou pouco mais, no século XIX.

(17) SIMONSEN, XXVI, p. 136.

a escassez da oferta. Obviamente, houve sempre diferenças de preço de caráter qualitativo — idade do escravo, força física, saúde etc. — bem como de caráter regional de acordo com a renda local e as oportunidades de aproveitar o trabalho do escravo.

De qualquer forma, o preço situava-se num nível baixo, entre dois limites: o limite inferior, o custo do escravo na origem, sabidamente irrisório (escambo contra aguardente, fumo etc.), mais o custo do transporte transatlântico com seus riscos e perdas, impostos e lucros dos traficantes; um limite superior, antes teórico, o custo da criação de um escravo até 15-20 anos, o que teria exigido um tratamento menos rigoroso dos escravos adultos para procriarem, mais despesas com habitação, alimentação, vestuário, remédios etc., acrescentando-se os riscos de fugas e mortes. A margem entre os dois limites era tão grande que não incentivou a criação de escravos no Brasil: foi sempre preferida a importação a um preço que, a despeito da demanda crescente, ficou baixo graças à grande elasticidade da oferta (18).

Fala-se no encarecimento do escravo importado devido a deserções, mortes etc., mas isso já estava incluído no cálculo da rentabilidade na compra do escravo: a média da vida útil era, por exemplo, de 10 anos, quando o escravo, na realidade, em muitos casos vivia mais. Tampouco deve ser exagerado o gasto com a guarda e supervisão dos escravos, de vez que era feita em geral por outros escravos — logo, talvez um aumento de 5% sobre o custo próprio (19). Contrariamente, não se deve esquecer, como já vimos, que o escravo trabalhava um número maior de horas por dia e de dias por ano do que o trabalhador livre.

Nessas condições não se podia pensar na substituição pela mão-de-obra livre. Em que pese à escassez de dados, pode-se verificar empiricamente a barateza do escravo, comparando o seu custo com o do assalariado. Ao gasto com o trabalho escravo ($K/a + m$) contrapõe-se o salário S , menos os juros (j) sobre o capital que ficaria disponível ao não se comprar o escravo. A substituição aconteceria quando $K/a + m > S - j.K$ (20). Até a

(18) Mesmo na fase final da escravidão os preços dos escravos não acusaram altas excepcionais: o índice dos preços em 1880 — base 1810 igual a 100 — era 257 contra 469 para açúcar e 580 para café (MATTOSE, XVII, p. 95); v. também: CONRAD, VII, p. 36.

(19) EDWARD SARAYDAR, citando PHILLIPS e OLMSTED, afirma que um supervisor era suficiente para 50 escravos ou mesmo para 100 (in: AITKEN, I, p. 214). Isso representaria um encarecimento de apenas 1/2% se o supervisor era também escravo.

(20) LAGO (XV), apoiado em EVSEI DANAR, adota uma fórmula ligeiramente diferente.

época da liquidação da escravidão, após 1850, esta situação não ocorreu ⁽²¹⁾. Quanto ao argumento de que a mão-de-obra assalariada era mais barata, porém não era utilizada devido à sua escassez, não passa de uma falácia: mesmo se, hipoteticamente, o preço da hora de trabalho assalariado tivesse sido mais baixo no nível da unidade de trabalho, para uma demanda muito grande, como acontecia na realidade, a curva inelástica da oferta teria elevado a despesa total a um nível superior ao correspondente gasto com escravos ⁽²²⁾.

4. A barateza da mão-de-obra escrava reflete-se no comportamento da sociedade em relação a ela. Um aspecto é representado pelo exagero no uso de escravos — o “espírito escravagista” —, identificando trabalho e escravidão, apelando-se para a solução escravagista em qualquer oportunidade — trabalhos domésticos, uso suntuário etc. ⁽²³⁾ e definindo a riqueza pela posse de escravos —, uma manifestação de “status” que perdurou até o fim da escravidão ⁽²⁴⁾. Outro reflexo foi o desinteresse pela criação de escravos, de que já falamos: por que criar, quando se podia importar barato? Um terceiro aspecto foi a pouca preocupação com a duração do escravo: afinal, se o escravo tivesse sido caro, os donos deveriam cuidar mais da sua permanência e não se contentar com uma vida útil de 10-15 anos ou menos ⁽²⁵⁾.

(21) Por exemplo, para 1622/1624 (Engenho Sergipe do Conde) com $K = 29 - 33\$$, $a = 10$, $m = 2\$$ e $j = 0,12$, o custo anual do trabalho escravo seria, no mínimo, de 9\$ (para o horário reduzido do homem livre: 6\$300); na época, um lavadeiro assalariado ganhava 37\$ por ano (BUESCU, IV, p. 152-162). Em 1635/1637, no mesmo engenho, com o escravo custando 40\$ e os mesmos demais parâmetros, a despesa anual total com o escravo era de 11\$ (ou 8\$ para horário normal) enquanto quase na mesma época um índio carapina recebia \$40 por hora — 12\$ por ano, e os assalariados (escumeiro, barqueiro) ganhavam 35-39\$ por ano (de 8 meses de trabalho). Um exercício semelhante pode ser feito para o ano de 1752 quando $K = 120\$$, $a = 20$, $m = 2\$$ e $j = 0,10$; o custo anual total seria de 26\$ ou 18\$ para horário normal; um assalariado meio qualificado (tanoeiro) recebia 25\$ anualmente (Pinho, XXIV, pp. 253-271).

(22) Um gráfico construído nesta base hipotética (unidade de trabalho livre mais cara do que o escravo), mas com uma curva de oferta muito elástica para o escravo e inelástica para os livres, ilustraria a tese.

(23) Em fins do século XIX o barão Pati de Alferes considerava a escravidão um cancro, porém “inevitável”.

(24) Como se explicaria, senão por esse emprego abusivo, a presença de cerca de 1,5 milhão de escravos em meados do século XVIII, quando a mineração exigia 100 mil escravos e a produção de açúcar cerca de 40 mil?

(25) É pelo menos estranho o testemunho de um estrangeiro, em 1881 — é verdade, quando o regime da escravatura era mais ameno — falando do escravo “... bem nutrido, com alimentos variados e de boa qualidade... o seu trabalho não é excessivo... impõe-se-lhe tarefas muito inferiores (ao trabalhador livre)...”. (Couty, IX, p. 47)

Um efeito importante destas circunstâncias, inclusive para o processo de liquidação da escravidão, foi o fato comprovado do crescimento negativo da população escrava no Brasil⁽²⁶⁾. Os testemunhos coevos a este respeito são abundantes ao longo de três séculos⁽²⁷⁾. Liga-se a elevada mortalidade, sobretudo infantil, da escravatura, à ampla oferta africana a preços baixos⁽²⁸⁾. A melhora das condições da escravatura coincidiu com a elevação dos preços de compra após a suspensão do tráfico⁽²⁹⁾.

Essa realidade, do crescimento vegetativo negativo da população escrava, resultou num ônus, ainda maior, em termos de despesa com importações de escravos, uma vez que se devia importar não apenas de acordo com a demanda, já exagerada, por escravos, mas também a título de reposição do estoque. Aplicando uma fórmula adequada e admitindo uma taxa negativa decrescente, entre os séculos XVI e XIX, chega-se a um volume em torno de 4,6 milhões de escravos importados até 1850⁽³⁰⁾. A um preço médio de £40 por unidade, a despesa montou a cerca de £180 milhões, o que correspondia a perto de 30% da receita efetiva de exportação no período.

Além do resultado nocivo em termos de drenagem de renda para fora, a ausência de uma expansão endógena da escravatura tornava a economia brasileira ainda mais dependente da importação, ou melhor: tornava a importação condição indispensável para atender à demanda interna de escravos. Não se podem contestar os efeitos econômicos negativos do uso do

(26) O mesmo aconteceu nos Estados Unidos (LEWIS C. GRAY, in: AITKEN, I, p. 77), só que ali, devido ao preço mais alto de importação, foi incentivada a "criação" local.

(27) Lembremos, em ordem cronológica: padre ESTEVAO PEREIRA (1635), ANTONIL (1710), ESCHWEGE (1820), GONÇALVES CHAVES (1822), EDOUARD GALLES (1828), MALTE BRUN (1830) TORRES HOME (1844), THOMAS NELSON (1846), HERMANN HAUPT (1864), VISCONDE DE ABAETÉ (1867) RICHARD BURTON (1868), JOAQUIM NABUCO (1883), CRISTIANO OTTONI (1883).

(28) "Enquanto foi fácil e barato o suprimento de braços da costa da África, a mortalidade dos filhos de escravos ... (foi) de certo maior de 80%" (OTTONI, XXIII, p. 22). Sobre várias causas do crescimento vegetativo negativo, v. CONRAD, XII, p. 35.

(29) A redução da população escrava entre 1850 e 1871 — taxa vegetativa, visto que não havia mais importação — foi calculada em 1,6% a.a. Entre 1872 e 1884, sem o nascimento de novos escravos, chegou a 1,8%. Daí, deduzir-se que a diferença de 0,2% se devia, entre 1850 e 1871, à taxa de natalidade, um resultado absurdo. A explicação provavelmente residiria em que os recém-nascidos, entre os quais a mortalidade era extremamente elevada, não eram incluídos nas estatísticas. A forte mortalidade infantil é detectável também na população livre: por exemplo, na Paróquia da Sé (São Paulo) em 1798, 34% das mortes ocorreram antes de completado um ano de idade (MARCILIO, XVI, p. 200) — v. também a nota 28 supra.

(30) Sobre a controvérsia a este respeito, v. BUESCU, II, pp. 201-218.

escravo a longo prazo⁽³¹⁾, mas as vantagens imediatas — oferta elástica e custo baixo — explicam o apego dos empresários, a sua resistência em face das pressões abolicionistas⁽³²⁾. As conhecidas medidas que liquidaram a escravidão no Brasil, nos marcos cronológicos 1850-1871-1888, tornaram, primeiro, antieconômica e, depois, inexequível a solução escravagista. Havia, ainda, até 1871, a solução da “criação” de escravos, mas, talvez por simples inércia, isso não ocorreu, como tinha se verificado nos Estados Unidos⁽³³⁾. E tal medida não foi preparada antes da supressão do tráfico provavelmente devido ao baixo custo do escravo importado.

5. Como já vimos, a liquidação da escravidão veio paulatinamente através de alguns atos legislativos que solaparam seus alicerces: após a Lei malograda de 1831, a supressão do tráfico em 1850, a libertação dos nascituros em 1871, a dos sexagenários em 1885 (menos expressiva) e finalmente a abolição de 1888. Pressões de fora e, cada vez mais, de dentro contribuíram, não sem choques e resistências, para as providências citadas que alteraram o quadro jurídico da escravidão⁽³⁴⁾. Quais foram as repercussões econômicas daquelas providências em termos de passagem para o trabalho livre⁽³⁵⁾?

Observe-se que a Lei de 1850, cuja implementação foi muito rápida, cortou a base do fornecimento de escravos, mas não liquidou a instituição, como também a Lei de 1871 não o fez ao cortar a fonte de escravos procriados. O recurso à mão-de-obra escrava continuou — e ainda, às vezes com a preferência já assinalada em comparação com o trabalho livre —, tanto é que houve, como é amplamente conhecido, deslocamento de escravos das regiões de menores atividades econômicas (Norte e Nordeste) para as de maior demanda, principalmente devido ao surto cafeeiro (Leste-Sul). Entretanto, as novas condições do mercado de escravos, em termos de demanda, oferta e preços, permitiram progressivamente a substituição, em condições econômicas, pelo trabalhador livre.

(31) Cite-se rapidamente: drenagem de renda para o exterior, desincentivo ao investimento tecnológico, baixo nível tecnológico dos escravos, marginalização de uma grande faixa da população, ineficiência por falta de incentivo, desprezo pelo trabalho, mentalidade escravocrata etc.

(32) SEBASTIAO FERREIRA SOARES, em 1860, menciona a existência de opiniões no sentido da “necessidade que tinha o Brasil de recomeçar o nefando e bárbaro comércio da escravatura africana...”, lamentando que “haja no meu país quem se atreve a sustentar que só com escravos se pode fazer próspera a agricultura e com ela o comércio interno e externo do Brasil” (XXVII, p. 14).

(33) Sobre a situação nos Estados Unidos, v. AITKEN, I.

(34) Sobre a história política da abolição, além dos trabalhos citados na nota 3, v. CONRAD, VII, COSTA, VIII etc.

(35) Uma documentação analítica circunstanciada do processo de transição para o trabalho livre encontra-se em: EMÍLIA VIOTTI DA COSTA (VIII).

Sem nenhuma alteração no custo da origem, o preço de venda do escravo africano no Brasil começou a subir ainda antes de 1850, em previsão da escassez que a proibição do tráfico iria irremediavelmente provocar. A pressão da demanda, refletindo precipuamente as necessidades da economia cafeeira em expansão, em face da limitação da oferta, manteve os preços altos e mesmo em ligeira tendência ascendente até 1878/1880, quando, como veremos mais adiante, novos condicionamentos surgiram modificando o panorama do mercado ⁽³⁶⁾.

Sem dúvida, as pressões morais e sociais foram decisivas no processo da extinção da escravidão, porém não a eliminaram: enquanto houve escravos disponíveis, com as vantagens que o seu trabalho propiciava ao dono, a solução escravagista continuou sendo procurada e aplicada, embora nessas novas condições os seus atrativos se tornassem menos óbvios.

MELLO e SLENES ⁽³⁷⁾ enfatizaram, com muita propriedade, a importância da "pressão abolicionista", mas minimizaram, talvez, as razões econômicas que, no novo cenário a partir de 1850, minaram a escravidão, reduzindo a oferta de escravos, elevando os seus preços e, daí, permitindo a substituição do escravo pelo trabalhador livre, já competitivo em termos de custos. Essa mudança de cenário explicaria também a quebra da resistência dos escravocratas que não encontravam mais tantos argumentos econômicos a favor da escravidão. A mudança de atitude justifica-se, dentro de um quadro de relativa racionalidade nas decisões dos empresários escravocratas ⁽³⁸⁾. A falta de flexibilidade conjuntural e sazonal no emprego da mão-de-obra escrava e os riscos de morte e deserção eram mais que compensados pela barateza do escravo. Aliás, o conflito pressão social/vantagem econômica é reconhecido quando se diz que a perda do apoio social "ocorria a despeito (meu grifo) dos motivos econômicos dos fazendeiros de café, baseados em considerações de rentabilidade" ⁽³⁹⁾. Dentro dessa racionalidade, compreende-se o apego, até certo momento, à escravidão, bem como, a partir das mudanças assinaladas, a redução das resistências escravagistas: era, sem dúvida, antes de mais nada, o triunfo da justiça e do humanitarismo, mas também a dissolução do interesse econômico escravagista.

6. Como vimos, já desde antes da supressão do tráfico, os preços dos escravos subiram ⁽⁴⁰⁾, esgotados os estoques acumulados em 1840/1850

(36) Para a alta antes e depois da cessação do tráfico, v. BUESCU, II, pp. 244-249; sobre a evolução dos preços, v. COSTA, VIII, pp. 203-209; MATTOSO, XVII, p. 96.

(37) MELLO, XVIII e MELLO-SLENES, XIX.

(38) MELLO-SLENES, XIX, pp. 93-94.

(39) MELLO, XVIII.

(40) *Ibidem*, p. 31.

(41), bem como as transferências de outras regiões do Brasil. De fato, a idéia escravocrata, enraizada durante três séculos (42), resistia e apresentava ainda vantagens que diminuíram paulatinamente, permitindo a solução, já econômica, da substituição pela mão-de-obra livre (43). Paralelamente, portanto, tentava-se a manutenção da solução escravagista, mas também criavam-se novas condições que permitiam a substituição pelo trabalhador livre e, daí, a procura de novas fórmulas neste sentido — imigração, colonização. Pode-se estranhar o pouco empenho em procurar a solução normal, de mobilização de mão-de-obra local. Preconceito quanto à “preguiça” do caboclo? Dificuldades materiais de deslocar regionalmente os trabalhadores? O caso não parece elucidado, exigindo maiores pesquisas (44). De qualquer forma, o esgotamento do modelo escravagista deve ter contribuído para o abandono pacífico da instituição (45), e a orientação para a mão-de-obra livre acentuou-se progressivamente (46).

As alterações provocadas pela legislação abolicionista em termos de oferta e, conseqüentemente, de preços de escravos tornaram a mão-de-obra livre competitiva, permitindo a substituição do escravo. Em suma, os argumentos morais e sociais completaram-se com vantagens econômicas. Os próprios pesquisadores que enfatizaram, com razão, a importância da “pressão abolicionista” — o repúdio moral à escravidão — admitem que sem a alteração das condições do mercado a preferência ia para os escravos, pelas razões expostas: oferta elástica, disposição absoluta sobre o escravo, preço

(41) A importação atingiu 40-50 mil escravos por ano, mas, levando em conta uma vida útil em torno de 20 anos, o estoque deve ter-se esgotado em 1860/1870 (no mesmo sentido, CONRAD, VII, pp. 38-39). A data coincide com a intensificação dos esforços pela promoção da imigração e colonização. No início do século XIX havia cerca de 1,5 milhão de escravos e o mesmo número existia em 1850. O reforço representado pela importação (1,5 milhão) tinha se perdido a título de reposição.

(42) Sobre as opiniões dos escravagistas como SILVEIRA MARTINS, SINIMBÚ etc., v. CONRAD, XII, p. 205.

(43) Uma primeira tentativa de modelo, em: BUESCU, III.

(44) FRANCISCO DE SALES TORRES HOMEM sustentava a necessidade de introdução de colonos, como injeção de sangue novo (in *Minerva Brasiliense*, 1/6/1844).

(45) Assim, a “pressão abolicionista” constitui explicação necessária, mas não suficiente sem sublinhar as alterações de caráter econômico no sistema.

(46) Os empresários paulistas agiram de modo mais decidido, enquanto os fluminenses continuaram atacadados à solução escravagista. A explicação por essa diferença de comportamento não deve ser procurada forçosamente numa falta de espírito empresarial: na época da substituição a cafeicultura fluminense já tinha entrado em decadência e não tinha mais ímpeto para se renovar.

baixo (47). Essa substituição não se efetuou apenas após 1880 ou mesmo 1885, como alguns sugerem e, sim, antes, paulatinamente (48). Aliás, a entrada crescente de imigrantes, já a partir de 1860, constitui prova indireta do processo de substituição (49).

Voltando para a fórmula da rentabilidade do escravo, a alternativa entre a utilização do escravo e a do trabalhador livre se apresenta na expressão conhecida. Na nova conjuntura, com $(K/a. + m. + j. K.)$ superior ao salário S (ou qualquer remuneração correspondente ao trabalhador livre), o dono vai preferir o emprego do assalariado. Vários autores estudaram, de modo circunstanciado, a rentabilidade do escravo em comparação com outros investimentos alternativos, mostrando quando o investimento em escravo perdia a competição com os demais investimentos possíveis (50), mas o problema, de fato, não consistia em aplicar um capital disponível com vistas à sua rentabilidade e, sim, obter força de trabalho. Logo, a comparação deve ser feita, como acima, entre trabalho escravo e livre.

Obviamente, na prática, a fórmula simplificada apresentada não inclui uma série de condicionamentos capazes de provocar variações no resultado, sem contudo alterar o significado básico da alternativa escravo/assalariado: oferta maior ou menor de trabalhadores livres (51), aumentos dos gastos de alimentação do escravo, introdução de tarefas mais sofisticadas menos acessíveis ao escravo, variações regionais (52), encarecimento do trabalho do imigrante devido às despesas de transporte etc.

(47) "Para os fazendeiros era mais lucrativo o emprego de escravos e somente quando a pressão abolicionista tornou quase impossível o uso de escravos é que eles realmente se mobilizaram para promover a imigração em grande escala" (MELLO, XVIII, p. 27). O fato fundamental foi a inversão da relação de preços entre a mão-de-obra escrava e livre.

(48) MELLO (XVIII, p. 59) sustenta, com propriedade, que, até uma certa data, "era mais conveniente e lucrativo para os fazendeiros de café o emprego de escravos do que de imigrantes". A verificação empírica sugere que essa conveniência havia começado a se reduzir desde a supressão do tráfico, quando os preços dos escravos subiram e se tornaram menos competitivos.

(49) A entrada de imigrantes subiu de 4.992 pessoas em 1840/1849 para 108.045 em 1850/1859, 108.098 em 1860/1869 e 193.391 em 1870 a 1879, disparando para 448.622 em 1880 a 1889. Pode-se pensar que estes volumes não compensavam a drástica redução do estoque de escravos, porém não se deve esquecer que havia muito desperdício no emprego de escravos. Ademais, é preciso levar em conta o crescimento vegetativo da população livre.

(50) Análises em MELLO, XVIII; MELLO-SLENES, XIX, CASTRO, VI. Para os Estados Unidos, em vários estudos da coletânea de AITKEN, I.

(51) v. LAGO, XV, p. 85.

(52) Como vimos, o encarecimento do escravo pode ter contribuído para acelerar o processo de emancipação nas regiões de menor renda.

As estatísticas são bastante *incompletas a respeito* dos preços dos escravos e ainda mais dos salários para efeito de comparações de rentabilidade, considerando-se iguais as produtividades (aliás, se se admitisse que o escravo já era menos produtivo, seria um motivo a mais a favor da substituição).

Alguns exemplos esparsos parecem instrutivos, convidando para mais amplas pesquisas. Em 1860, na estrada de ferro Santos—Jundiaí, um trabalhador ganhava \$ 800-600 por dia, 180-240\$ por ano. Com o escravo custando 970\$ por uma vida útil de 20 anos, 210\$ despesas anuais de manutenção e juros de 12% a.a., o custo anual do escravo chegava a 375\$⁽⁵³⁾; descontando uma diferença de horário de 30%, ainda chegava a 262\$, superior ao salário. Em 1879, um escravo custava 1.800\$, o que dava, com os demais parâmetros iguais, 361\$ por ano, quando um assalariado recebia cerca de 240\$ por ano⁽⁵⁴⁾. Em 1880, o preço do escravo chegara a 2.000\$, ou mais, custando portanto, ao nível do horário do trabalhador livre, 385\$ anuais, ou mais, contra 360\$ para o assalariado⁽⁵⁵⁾. Vimos que tais situações não podiam verificar-se na época áurea da escravidão (v. nota 21 supra)⁽⁵⁶⁾.

7. Enquanto o instituto da escravidão se deteriorava sob os golpes legislativos, apoiados na opinião pública nacional e estrangeira, o sistema econômico adaptava-se paulatinamente às novas circunstâncias. A transição foi lenta — em termos: havia a *exequibilidade de substituir*, em condições econômicas, o escravo pelo trabalhador livre, mas de fato houve utilização paralela, até o desaparecimento do último escravo.

A favor da escravidão agiam, antes de mais nada, a inércia, o espírito escravagista, enraizado ao longo de mais de 300 anos⁽⁵⁷⁾. Mas, também, as vantagens decorrentes do poder de *dispor integralmente* do trabalho — e da vida, até certo ponto — do escravo. A oferta limitada de mão-de-obra livre, progressivamente superada, constituiu um elemento de opção compulsória pelo escravo. Certas informações parecem sugerir que esta opção funcionou mais na região onde a alta rentabilidade da produção (na região

(53) QUEIROZ, MAURÍCIO VINHAS DE. Notas sobre o processo de modernização no Brasil — in: *Revista do Instituto de Ciências Sociais*, vol. III, nº 1, 1966-1.154.

(54) COSTA, VIII, pp. 203-204.

(55) *Ibidem*, pp. 195-198.

(56) Cálculos semelhantes podem ser feitos a partir de informações de outras fontes: COUTY, IX, pp. 50-51; STEIN, XXVIII, p. 274.

(57) Diz um autor da época que a escravidão *desapareceu* no mundo civilizado, mas "somente a rotina e o egoísmo puderam mantê-la em algumas nações" (MICHAUX, BELLAIRE, XX, p. 7).

do café) permitiu agüentar o preço agora mais elevado do escravo. A situação parece diferente nas regiões pobres, como o Norte, onde, aliás, por isso mesmo, a emancipação veio mais depressa ⁽⁵⁸⁾. As informações são incompletas, descontínuas e, às vezes, confusas ⁽⁵⁹⁾, mas a conclusão seria que houve um processo oscilatório entre 1870 e 1885.

Em contrapartida, a crescente oferta de mão-de-obra livre, as mudanças de mentalidade, o aperfeiçoamento dos processos de produção exigindo trabalhadores mais qualificados, a escassez e o encarecimento da escravatura foram elementos que atuaram a favor da substituição do escravo pelo assalariado.

De qualquer forma, o escravo continuou sendo utilizado. Ele proporcionava uma boa rentabilidade quando alugado ("escravo de ganho"), visto que, de acordo com várias informações, era remunerado no nível do salário ⁽⁶⁰⁾ e, como já vimos, o custo do escravo era inferior ao salário, sobretudo no período áureo da escravidão, antes da supressão do tráfico. Desse modo, a amortização do investimento em escravos via aluguel se processava em tempo reduzido, representando o resto de sua vida útil lucro líquido para o dono.

Por outro lado a procura pelo "escravo de ganho" demonstra o interesse persistente pelo trabalho escravo. E quando os preços dos escravos começaram a desabar a partir de 1880, os aluguéis permaneceram no mesmo nível, uma vez que eles não se fixavam em função do preço do escravo, mas, sim, no nível da remuneração do trabalho livre ⁽⁶¹⁾. Esta possibilidade teria incentivado a procura por escravos, mas isso não aconteceu mais de modo que os preços dos escravos continuaram em baixa.

A queda definitiva desses preços, malgrado a inegável diminuição da oferta, explica-se pela retração decidida da procura ⁽⁶²⁾, em vista da pers-

(58) CONRAD, VII, p. XVII; sobre as variações regionais, v. LAGO, XV, pp. 53-56.

(59) MELLO (XVIII, p. 31) fornece algumas séries estatísticas.

(60) COSTA, VIII, p. 196; SALLES, XXV, 1.167.

(61) Em 1880 um escravo custava 1.533\$ e o aluguel anual era de 322\$; em 1887 o preço do escravo tinha caído para 256\$, mas o aluguel era ainda de 300\$; em 1890 a amortização se fazia em 57 meses de aluguel e em 1887 em apenas 10 meses.

(62) Um autor escreveu em 1883: "Em consequência do desaparecimento da procura e da oferta, o valor venal do escravo diminui todos os dias" e, mais adiante: "desejando vender escravos moços e robustos, não acham oferta alguma (OTTONI, XXIII, p. 47) — Obviamente uma confusão, quando afirma que o desaparecimento da "oferta" provocava a diminuição do valor do escravo e que não se podia vender mais escravos por não se achar "oferta".

pectiva iminente da abolição da escravatura ⁽⁶³⁾: quem faria ainda investimento em escravos, tendo como certa a abolição, portanto a perda do investimento? Na melhor das hipóteses, podia ser uma perda parcial, nos moldes da Lei de 1871, caso a lei da abolição concedesse uma indenização aos donos desapropriados — o que não aconteceu.

Naquela altura não parecia mais válida a comparação dos custos alternativos, uma vez que os preços nominais dos escravos haviam desabado. Entretanto, numa análise mais circunstanciada que os empresários devem ter feito, a conclusão era diferente: de fato, o custo real do trabalho escravo, em termos de anos de vida útil, não havia caído; em 1880, com uma expectativa de vida útil de 8 anos (considerando correta a previsão a respeito da abolição), sendo $K=1.530\$, m=200\%$ e $j=0,12$, o custo anual era de 544\$, em 1886, com $K=648\$, m$ e j inalterados, mas com $a=2$, o custo anual era de 589\$, portanto ligeiramente superior em termos reais. Havia, por outro lado, a entrada de novos trabalhadores livres criados pela Lei de 1871 ⁽⁶⁴⁾, bem como de imigrantes, já em volume bastante elevado para substituir a retração da oferta de escravos ⁽⁶⁵⁾.

Assim completou-se o ciclo da liquidação da escravidão, em que atuaram, de um lado, as resistências escravagistas, ligadas às vantagens econômicas da escravidão, e, do outro, as pressões morais, sociais e políticas, cristalizadas numa série de providências legais, bem como as novas condições econômicas criadas por estas providências.

BIBLIOGRAFIA

AITKEN, Hugh G. J. *Did Slavery Pay?* Boston, Houghton-Mifflin, 1971.

BUESCU, Mircea. *História Econômica do Brasil — Pesquisas e Análises*. Rio de Janeiro, APEC, 1970.

——— *Notas sobre o custo da mão-de-obra escrava*, in: *Verbum*, 1975.

——— *300 Anos de Inflação*. Rio de Janeiro. APEC, 1973.

CALMON, Pedro. *História da Civilização Brasileira*. São Paulo, CEN, 1958.

(63) O problema das expectativas dos fazendeiros e da "mortalidade política" da escravidão foi muito bem tratada por MELLO, XVIII e MELLO-SLENE, XIX. A partir de 1883, a comparação dos preços e aluguéis mostra que a convicção dos fazendeiros, na época, era de que a abolição devia chegar entre 1888 e 1891.

(64) Conf. CONRAD, VII, p. 143.

(65) Entre 1874 e 1887 a população escrava nas províncias cafeeiras (Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo, Rio de Janeiro e Município Neutro) caiu de 856.659 para 482.571 pessoas, uma redução de 374.088 unidades. Mas nas duas décadas após 1870 entraram 642.013 imigrantes, dos quais a grande maioria se fixou na referida região.

- CASTRO, Hélio Portocarrero de. Viabilidade econômica da escravidão no Brasil — in: *Revista Brasileira de Economia*, 1973.
- CONRAD, Robert. *Os Últimos Anos da Escravatura no Brasil*. Rio de Janeiro, Civ. Bras., 1975.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo, DIFEL, 1963.
- COUTY Louis. *L'Esclavage au Brésil*. Paris, Guillaumin, 1876.
- GANDAVO, Pero Magalhães. *História da Província de Santa Cruz. Tratado da Terra do Brasil*. São Paulo, Obelisco, 1964.
- GOULART, Maurício. *Escravidão Africana no Brasil*. São Paulo, Martins, 1950.
- História Geral da Civilização Brasileira* — dir. S. B. de Hollanda. Vol. II, 3 — São Paulo, DIFEL, 1967.
- JOHNSON, Harold B. *Rio de Janeiro: a Preliminary Inquiry into Money, Prices and Wages* (mimeo), 1970.
- KLEIN, Herbert S. *The Middle Passage*. Princeton, Univ. Press, 1978.
- LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. *O Surgimento da Escravidão e a Transição para o Trabalho Livre* (mimeo), 1985.
- MARCÍLIO, Maria Luiza. *La Ville de São Paulo*. Univ. Rouen, 1982.
- MATTOSO, Katia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo, Brasiliense, 1982.
- MELLO, Pedro Carvalho de. Aspectos econômicos da organização do trabalho na economia cafeeira do Rio de Janeiro — in: *Rev. Bras. de Econ.* 1978.
- MELLO, Pedro Carvalho de. SLENES, Robert W. Análise econômica da escravidão no Brasil — in: *Economia Brasileira: uma Visão Histórica* — coord. P. Neuhaus — Rio de Janeiro, 1980.
- MICHAUX-Bellaire, L. *Considérations sur l'Abolition de l'Esclavage et sur la Colonisation au Brésil*. Paris, Guillaumin, 1876.
- MORAES, Evaristo de. *A Lei do Ventre Livre*. Rio de Janeiro, Impr. Nac., 1917.
- NABUCO, Joaquim. A escravidão — in: *Rev. IHGB*, 1949.
- OTTONI, C. B. *Emancipação dos Escravos*. Rio de Janeiro, Tip. Nac., 1883.
- PINHO, Wanderley. *História de um Engenho do Recôncavo*. São Paulo, CEN, 1982.
- SALLES, Vicente. *O Negro no Pará*. Rio de Janeiro, FGV, 1971.
- SIMONSEN, Roberto C. *História Econômica do Brasil*. São Paulo, CEN, 1962.
- SOARES, Sebastião Ferreira. *Notas Estatísticas sobre a Produção Agrícola e Carestia dos Gêneros Alimentícios no Império do Brasil*. Rio de Janeiro, IPEA, 1977.
- STEIN, Stanley J. *Grandeza e Decadência do Café*. São Paulo, Brasiliense, 1961.
- TAUNAY, Affonso de E. *Subsídios para a História do Tráfico Africano no Brasil*. São Paulo, Impr. Estado, 1941.

A família na Constituição

Senador Nelson Carneiro

Abrigo-me na palavra divina, que prometia perdão aos que não sabem o que fazem, para viver a temeridade de, nesta festa de consagração, suceder na tribuna ao mestre ORLANDO GOMES. Anima-me a certeza de que figuro entre seus discípulos mais antigos e mais fiéis. Se a contemporaneidade não me permitiu escutá-lo nas salas de nossa velha Faculdade, bem avisado andou quem advertiu que "o sábio não escreve para individualidades, é preceptor e conselheiro do gênero humano". Levei para o Congresso Nacional, assim ali cheguei há quarenta anos, o que recolhi de suas lições, o que aprendi em seus livros, o que me transmitiram sua *experiência* e seu saber. Se é certo que alguma vez avancei demasiado, a culpa foi de minha desvalia, na pretensão de voar sozinho, antes que crescessem as asas para tão ousadas tentativas. Nesses momentos de aflição, socorreu-me ORLANDO GOMES com os conselhos da prudência e a fraterna bondade do amigo. Daí por que perpetuei meu nome entre os que, pelos tempos adiante, dirão aos que vierem depois de nós que de ORLANDO GOMES todos somos alunos, não só os que freqüentaram suas aulas, mas os que, dentro e fora do País, se valeram dos ensinamentos do mais eminente civilista nascido no Brasil neste século XX, tão superior a todos que não foi atingido pela baba da inveja de uns, nem pelo despeito raivoso de outros. Já EMERSON advertira: "Ser grande é ser mal compreendido."

Para alcançar-se a tais alturas não lhe foi preciso negar a contribuição que às letras jurídicas deram os consagrados mestres que o antecederam no tempo e semearam clareiras de luz para o futuro. Na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, na cadeira n.º 1, que é por todos os títulos a sua, escolheu patrono a Teixeira de Freitas. E orna-lhe o peito a Medalha do codificador da Consolidação das Leis Cíveis, a mais alta láurea do Instituto dos Advogados Brasileiros. Na Academia Baiana de Letras, tem como patrono a outro codificador, Nabuco de Abreu, e sucede ao inolvidável Eduardo Espínola,

Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, no ciclo "Encontro de Mestres do Direito Civil", em 25 de novembro de 1987, em homenagem aos 50 anos de cátedra do Prof. Orlando Gomes.

ambos professores desta Faculdade. Na Academia Baiana de Letras Jurídicas seu patrono é João Mangabeira, uma das mais fulgurantes inteligências e das mais diversificadas culturas de nosso tempo. Sua admiração por esse grande baiano levaria ORLANDO GOMES a tentar sua única presença na atividade política, no antigo Partido Socialista. A candidatura nasceu no escritório de advocacia, em um sobrado da Rua Conselheiro Saraiva, e onde também trabalhavam Décio Seabra, Gilberto Valente e Prisco Paraíso, todos de saudosíssima memória. Aquinoel representava a ala jovem. Quanto a mim, creio que poderia ser classificado como sócio correspondente daquela associação de idealistas políticos. E foi João Mangabeira, quando Ministro da Justiça, quem confiou a ORLANDO GOMES a tarefa de redigir o anteprojeto de Código Civil, que correntes enciumadas e retrógradas lograram, mais tarde, retirar do exame da Câmara dos Deputados. Membro do Instituto Clóvis Bevilacqua, sediado em Fortaleza, esteve o mestre entre os organizadores das comemorações do centenário do codificador, cuja obra, escreveu, se colocara, em conjunto, "acima da realidade brasileira, incorporando idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se desta realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do Brasil. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa. O idealismo da elite tem sido, entre nós, como o foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento desta Nação. Transplantando para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da exportação da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso direito privado, sem sacrificar a tradição pela novidade, e sem cair no servilismo de outras codificações".

Ninguém estudou, entre nós, com mais amplitude e acuidade a crise da família do que ORLANDO GOMES. Cumpre-nos indagar-lhe se essa debandada para o direito público não será um meio de fugir àquela crise.

Setenta e um anos transcorridos, muitas das disposições do estatuto civil de 1916 vão emigrando, em busca de maior proteção, para a desejada perpetuidade nos textos constitucionais.

ROBERTO ROSAS, na brilhante exposição com que enriqueceu os Anais da XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada na capital paraense, em agosto de 1986, encontra no Direito Romano, em Paulo e Gaio, a presença do Direito Público no Direito de Família, e referida, mais tarde por Savatier, Cicu e Ripert, para afirmar, com Bonfanti, que "a qualificação do Direito de Família, quer como Direito Público, quer como Direito Privado, vem confirmar a superação da velha bipartição entre Direito Público e Direito Privado".

JOSAPHAT MARINHO anotou, com propriedade, que foram as transformações sociais que atraíram o legislador constitucional a disciplinar

a instituição da família. Ao estudar as Constituições brasileiras, o ilustre mestre refere a omissão do estatuto de 1824, onde "só indiretamente se admitirá que abrangeu o problema, prevendo a feitura de um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade". O casamento civil, criado pelo Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, seria incorporado à Constituição de 1891, e JOÃO BARBALHO rememora as discussões que levariam à exclusão, no texto proposto pelo Governo Provisório, das expressões que tornavam obrigatório o ato civil antes da celebração do matrimônio religioso.

Mas não foram poucos os debates que a matéria suscitou, relatados por AGENOR DE ROURE. Porque envolve ilustres representantes baianos, vale a pena reviver os que travaram os deputados JOAQUIM IGNÁCIO TOSTA e JOSÉ JOAQUIM SEABRA. Dizia o primeiro:

— "O casamento civil, precedendo obrigatoriamente à cerimônia religiosa, é um atentado contra a consciência católica e contra a sabedoria da Igreja. É contra consciência, porque o católico não considera legítimo o casamento civil, que, para ele, é um concubinato condenável. O católico só reconhece o casamento-sacramento instituído por Cristo. Consequentemente, quando se estabelece a obrigação do casamento civil antes do religioso, impondo-lhe a fórmula: — "recebo a vós, F. , por minha legítima mulher, — atenta-se contra o princípio democrático da liberdade de consciência (*não apoiados*), porque o católico não pode considerar legítima a mulher que sua consciência de crente diz ser uma concubina".

Responde-lhe SEABRA:

— "Ora, se o Estado permitisse que cada qual se casasse segundo o seu rito religioso, abolindo o casamento civil, a consequência seria que o Estado devia também dar a outros casamentos, como ao católico, o mesmo valor."

Aparteia-o TOSTA:

— "É o que eu quero."

SEABRA retruca-lhe:

— "Mas V. Ex.ª quer um absurdo (*apoiados*), porque o Estado, que tem o dever de regular as relações de família, de constituí-la como base da sociedade civil; que deve garantir os filhos com relação à sucessão, que tem por fim solidificar as bases da sociedade — o Estado não pode deixar que muitas vezes o ignorante, o homem inculto, seja levado a casar-se e fique depois inibido de salvaguardar os interesses da família que constituiu."
(*Apoiados*.)

Agora é o deputado paulista MORAES BARROS quem intervém:

— “Seria a anarquia na família.”

TOSTA não se dá por vencido:

— “O argumento tem dois gumes: o indivíduo pode casar-se agora civilmente e ser induzido a não contrair o casamento religioso.”

Os *Anais* registram:

— “Vozes — Oh! Oh!”

SEABRA não perde a deixa. E retorna, com o tom irônico que marcou tantas de suas intervenções quase meio século depois:

— “A família não perde coisa alguma com isso, porque nesse caso o indivíduo teria apenas cometido um pecado. (*Muito bem. Numerosos apoiados*). Portanto, a verdade é que o Estado, para precaver, para prevenir os seus súditos, deve estabelecer regras e princípios em virtude dos quais sejam garantidas não só as pessoas como sua descendência (*apoiados*); demais o casamento civil obrigatório não impede a ninguém de casar-se catolicamente, muçulmanamente, segundo o rito a que pertença.”

De pouco valeram os aplausos recebidos por Seabra. Por 77 votos contra 74 passou, em primeira discussão, a emenda de outro baiano, Anfilófilo de Carvalho, contrária à precedência do casamento civil, deixada à legislação ordinária. E em segunda discussão, outro baiano, AUGUSTO DE FREITAS, tentou restabelecer a precedência do casamento civil, argumentando, a certa altura de sua oração:

— “Admitir a liberdade de precedência da cerimônia religiosa ao contrato civil, qualquer que seja o culto, é comprometer a família, é sacrificar a nacionalidade brasileira, é esquecer aqueles que precisam da mão protetora da lei, do amparo do poder público. (*Apoidos; não apoiados; muito bem*). Quereis ver, senhores? Lançai as vossas vistas para os países civilizados. A Bélgica, que nos primeiros dias deste século limitava a liberdade dos padres, quanto à celebração do casamento, proibindo a bênção nupcial aos que não justificassem terem-se casado perante o funcionário civil, a 7 de março de 1815 revogava tal disposição de lei, firmando a plena liberdade, permitindo a precedência da liberdade religiosa. Tais foram, senhores, os abusos que se sucederam, tais as reclamações que o próprio governo recebia dos magistrados, que vinham dizer-lhe que a família estava desorganizada, que as viúvas não tinham garantias, que os órfãos não tinham direito de sucessão, que os contratos estavam abalados em suas relações jurídicas,

porque os pobres camponeses ignorantes limitavam-se à cerimônia religiosa, persuadidos da legítima constituição de uma família perante a lei — que menos de dois anos depois, a 10 de janeiro de 1817, diante de tão graves inconvenientes, foi revogado o decreto de 7 de março de 1815, firmando-se de novo a obrigação de precedência do ato civil.”

Além do deputado mineiro Corrêa Rabelo, corria em defesa da precedência obrigatória do casamento civil um jovem representante paraibano, destinado a ocupar as mais altas posições na República. A palavra está com EPITÁCIO PESSOA:

— “Tornar facultativa a cláusula da precedência é extinguir o casamento civil, é autorizar a mancebia perante a lei. Os padres, salvo honrosas exceções, não têm sido muito leais...”

Uma voz — “Nada leais”.

— ... “na campanha sem tréguas de todos os dias movida contra o casamento civil. Eles não dizem ao povo, como deveriam dizer: Casai-vos religiosamente, porque esta é a única forma santificada por Deus; mas casai-vos também civilmente, porque só assim podereis assegurar a legitimidade de vossa família e os importantíssimos interesses que se prendem a esta legitimidade (*apartes*). Os padres dizem, pelo contrário: casai-vos religiosamente e não vos caseis civilmente porque o casamento civil é um concubinato. E, por esta forma, abusando da ignorância do povo, lançam no seio da sociedade o gérmen de sua desorganização.”

Em seu socorro, quem o interrompe é CESAR ZAMA:

— “A gratuidade do casamento civil quebra todas as armas e o povo o preferirá com certeza.”

O debate foi enriquecido pela intervenção de outros dois baianos. Aristides Milton queria substituir as palavras “cuja celebração será gratuita” por estas: — “por cuja celebração os juizes não poderão receber emolumento algum”. E Leovigildo Filgueiras propunha uma nova redação para o § 4.º:

“O casamento é um contrato civil e, como todos os atos concernentes ao estado civil das pessoas, é da competência exclusiva de funcionários e autoridades da ordem civil, nos termos da lei que regular a sua celebração e com a força e validade que ela atribuir-lhe.”

Foi assim, envolvendo quase todos os deputados baianos, e contra a maioria deles, que a Constituição de 1891 incluiu, em seu art. 72, “o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

A data dessa viva discussão, AGENOR DE ROURE aponta que, além do Código Civil francês, três Constituições européias adotavam a procedência do casamento civil: — as da Bélgica, Luxemburgo e Romênia.

Para evitar que tão rumorosa controvérsia ressuscitasse, com ímpeto maior, na Constituinte de 1934, a Liga Eleitoral Católica tratou de obter o compromisso antecipado dos candidatos, que viria a apoiar, com algumas colocações católicas, inclusive a da inclusão, no texto da futura Carta, do casamento religioso. Gato escaldado...

No largo intervalo de quase meio século entre os dois estatutos, o mundo já não era o mesmo. Ocorrera, ensanguentando povos e continentes, a Primeira Guerra Mundial, “aquela calamidade composta de todas as calamidades, em que não há mal algum que, ou se não padeça, ou se não tema; nem bem que seja próprio e seguro, pregava ANTONIO VIEIRA. O pai não tem seguro o filho, o rico não tem segura a fazenda, o pobre não tem seguro o seu suor, o nobre não tem segura a honra, o eclesiástico não tem segura a imunidade, o religioso não tem segura a sua cela; e até Deus nos templos e nos sacrários não está seguro”. Com ela, veio a emancipação econômica da mulher, convocada para substituir o homem na lavoura e na fábrica, e depois irreversivelmente integrada na engrenagem tumultuária de uma industrialização ambiciosa e irreprimível. Mas, como expôs ORLANDO GOMES, “foi a revolução técnica que rompeu o quadro milenar da família, levando o campo do direito matrimonial sob perspectiva bem diferente daquela que a escortinara o direito canônico”. Bem que a Irlanda tentou detê-la, ao assentar, no texto constitucional de 1937, que, “em particular, o Estado reconhece que, com sua vida dentro do lar, a mulher proporciona ao Estado um apoio sem o qual não se pode lograr o bem comum. O Estado, conseqüentemente, quer que as mães não sejam constrangidas por necessidade econômica a ocupar-se em trabalhos que as façam descuidar os afazeres do lar”. Em vão. A pedra começara a rolar. E só o fanatismo religioso lutaria por detê-la em meio à descida, nem Maomé sabe por quanto tempo.

Após descrever o panorama de ceticismo que sucedeu à imensa catástrofe de 1914, com toda sua dolorosa coorte de lares destruídos, de crianças abandonadas, de mulheres ultrajadas, de descenso da natalidade, de famílias sem moradia, foi necessário, na observação de LOPEZ DEL CARRIL, o apoio jurídico-econômico da família, para evitar sua desagregação, reivindicar as idéias morais e buscar a proteção do Estado à garantia do núcleo familiar. “Essa situação” — ajuntou o ilustre catedrático das Universidades de La Plata e Buenos Aires — “assim como a variação de conceitos acerca do conteúdo e fim da vida, desenvolvimento das idéias políticas, intenso progresso tecnológico, fazem com que se produza a renovação da técnica jurídico-constitucional e a inclusão de normas fundamentais sobre a estrutura, função e amparo da família”. Tal critério político, social e jurídico surge, pela primeira vez, na Constituição de WEIMAR de 1919, ao dispor que o “matrimônio, fundamento da família, da conservação e crescimento da Nação, está sob a particular proteção da Constitui-

ção." A Constituição irlandesa, promulgada a seguir, diz que o Estado "reconhece a família como o grupo de unidade nacional, primário e fundamental da sociedade e como instituição moral que possui direitos inalienáveis e imprescritíveis, anteriores e superiores a todo direito positivo. O Estado, por conseguinte, assegura a proteção da família em sua constituição e autoridade, como base necessária da ordem social e indispensável ao bem-estar da Nação e do Estado". Sucederam-se os textos constitucionais, sempre preocupados com a proteção à família, na Grécia, na Tchecoslováquia, na Estônia, na Lituânia, na Espanha republicana, em Portugal, na Costa Rica, na Itália e na Suíça.

Era natural, assim, que os constituintes de 1934 não se detivessem apenas em repetir o texto de 1891. Várias Constituições não se contentaram em estabelecer os princípios diretores, "evitando" — como desejava RAMELLA, invocando a companhia de Linares Quintana — "toda frondosidade e rigidez, que poderia coarctar a ação legislativa, no que pode variar e não é essencial". Ou, em síntese, "o que faz a vida mesma da família há de estar protegido pela ordem constitucional". Com maior ou menor detalhamento, diria TEMISTOCLES CAVALCANTI que "uma das inovações das Constituições modernas é a inclusão no seu texto de um capítulo sobre a família". Ou, na palavra de JOSAPHAT MARINHO, "o conteúdo desses preceitos amplia ou restringe, evidentemente, o alcance dos instrumentos legislativos ordinários, quer no concernente à situação dos cônjuges, quer quanto à condição dos filhos, ou ao poder do Estado. Daí a diversificada importância social e política das cláusulas constitucionais e suas diferentes repercussões econômicas".

Instalada solenemente a 15 de novembro de 1933 a Assembléia Constituinte, foi, no dia seguinte, lido e mandado publicar o anteprojeto de Constituição, elaborado pela Comissão constituída pelo Governo Provisório. Todo o Título X se destina à família, e se derrama pelos arts. 107 a 110. Se a Carta de 1891 pudesse ser criticada pela parcimônia, a proposta governamental pecaria pelo excesso. Ao colocar a família sob a proteção especial do Estado, logo a fazia repousar sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos, e deferia, generosamente, à lei civil estabelecer as condições da chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, e regular os direitos e deveres dos cônjuges. Ao dispor que o casamento era indissolúvel, contentava a Liga Eleitoral Católica, mas não fazia referência ao matrimônio religioso com efeitos civis. Ao declarar que a lei civil determinaria os casos de desquite e anulação de casamento, logo determinava a apelação *ex-officio* e com efeito suspensivo das sentenças anulatórias de casamento. Indicava as pessoas que poderiam impugnar a posse do estado de casado. Ao facultar aos filhos ilegítimos a investigação de paternidade e de maternidade, esclarecia que "a proteção das leis quanto ao desenvolvimento físico e espiritual dos filhos ilegítimos não poderá ser diferente da instituída para os legítimos". Em seu art. 110, relacionava seis encargos de que a União, os Estados e Municípios se deveriam desincumbir, nos termos de lei federal. Ao contrário do que imaginara Cesar Zama, a gratuidade do casamento

civil, restrita como ficou à celebração, não quebrou todas as armas e o povo, nem por isso, o preferiu ao religioso, como demonstraria, com dados estatísticos do interior paulista, o constituinte José Carlos de Macedo Soares. Talvez por isso, a proposta governamental não se bastava com a gratuidade de celebração. Estendia-a ao processo. A Constituição de 1934 contentou-se com a gratuidade da celebração. Assim também a de 1946 e a de 1967. A gratuidade da habilitação e da celebração foi recentemente incluída na Subcomissão e na Comissão de Família, no Projeto e no 1.º Substitutivo Bernardo Cabral. Mas, no 2.º Substitutivo, já não figura a gratuidade da habilitação. Como a Seção referente à Família não chegou a ser votada na Comissão de Sistematização, somente no Plenário da Assembléia Constituinte se poderá tentar o restabelecimento do que antes fora assentado. Em meio à luta pelo divórcio, na Faculdade de Direito de Santa Catarina, quando criticava a realização do matrimônio religioso antes do ato civil, um sacerdote me interrompeu, para afirmar que, especialmente no interior, o casamento civil era muito caro. Continua sendo. E seria temerário acreditar que deixe de sê-lo algum dia...

Iniciado o prazo em novembro de 1933, surgiu a primeira emenda, de Alfredo C. Pacheco: — “O casamento não é indissolúvel. A lei civil determinará os casos de anulação e de divórcio”. E, para evitar que se argüísse a impossibilidade de inclusão de matéria de direito privado em carta constitucional, invocava LEVI CARNEIRO: — “Devemos contar com essa lenta e diuturna transformação do texto constitucional, para sua adaptação às necessidades, às teorias, aos sentimentos de cada emergência”. O divorcista Tomaz Lobo pretendia habilmente excluir tudo que já estivesse disciplinado pelo direito privado. Inclusive o divórcio, eis que “por disposição de leis ordinárias, sempre vivemos no regime do casamento indissolúvel”. Afirmava que a tendência contemporânea era no sentido de adotar Constituições flexíveis, e aduzia que o Código Civil somente pôde adotar a investigação de paternidade, justamente porque a Constituição de 24 de fevereiro não dispôs sobre a organização da família, “de acordo com as idéias então dominantes”.

O mineiro MATTA MACHADO acrescentava ao anteprojeto relativo ao casamento civil as expressões “ou o religioso celebrado pelo rito da Igreja Católica”. E justificava sua proposição: — “Residindo no interior e consultado como advogado, senti muitas vezes, nas mansas lágrimas das mulheres abandonadas e de humildes viúvas, um protesto universal contra legisladores levianos que agem por imitação, sem medir os terríveis efeitos dos seus erros. Subsista o casamento civil, mas não se fulmine com a pena de nulidade o católico, que é o da família brasileira”. Embora afirmando estar disposto a estender os efeitos civis aos casamentos religiosos em geral, explicava: — “Não ampliei o dispositivo da emenda aos casamentos celebrados pelos ritos de outras religiões, porque os seus crentes são pequena minoria e só existem nas cidades, onde lhes é acessível o casamento civil”. Constituintes sul-rio-grandenses e mineiros se uniam para oferecer a Emenda n.º 204, que sugere seja o casamento “monogâmico e indissolúvel”. O pastor Guaracy Silveira mandava suprimir a referência à indissolubilidade

do matrimônio. Já a Emenda n.º 269 permitia o divórcio a vínculo e exigia atestado sanitário dos nubentes para que o casamento civil fosse celebrado. Edwald Possolo e outros pretendiam incluir no texto "a união monogâmica perfeita, como também evitar a prática nociva e imoral do aborto". Subscrita pelos baianos Medeiros Neto, Leôncio Galvão, Pacheco de Oliveira, Magalhães Neto, Gileno Amado, Francisco Rocha, Lauro Passos, Arlindo Leoni, Clemente Mariani, Attila Amaral, Manoel Novaes, Arnold Silva, Artur Neiva, Paulo Filho, Marques dos Reis e Alfredo Mascarenhas, a Emenda n.º 1.037 substituiu todo o Título X, e declarava que "o casamento legal é o civil, cujo processo, documentos respectivos e celebração serão gratuitos e isentos de selos. O casamento religioso celebrado por qualquer religião organizada, que não contravenha a ordem pública e os bons costumes, observados os requisitos da lei civil quanto às pessoas dos cônjuges e impedimentos, uma vez inscrito no registro civil, produzirá todos os efeitos jurídicos". A Liga Eleitoral Católica ofereceu duas emendas coletivas, subscritas por cinquenta e nove constituintes. Abrem a lista de proponentes Fernando Magalhães, Ferreira de Souza e Arruda Câmara. E, entre os demais, Adroaldo Mesquita da Costa. A de n.º 1.088 é substitutiva do Título X, Da Família. A de n.º 1.089 preocupa-se em dar outra redação aos §§ 7.º e 8.º do art. 112 do Título XI, Da Educação e do Ensino. Irmãs siamesas, têm a mesma longa justificação, que começa por afirmar "a origem e a razão de ser da Liga Eleitoral Católica, instituição que nasceu em todo o Brasil com o fito de despertar a consciência cívica dos católicos e orientá-la harmoniosamente no sentido mais consentâneo com as exigências dos princípios que defendemos e da realidade que apresentamos", além de divulgar "o seguinte decálogo de ação imediata":

1.º) Promulgação da Constituição em nome de Deus.

2.º) Defesa da indissolubilidade do laço matrimonial, com a assistência às famílias numerosas, e reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso.

3.º) Incorporação legal do ensino religioso, facultativo, nos programas das escolas públicas primárias, secundárias e normais da União, dos Estados e dos Municípios.

4.º) Regulamentação da assistência religiosa facultativa às classes armadas, prisões, hospitais etc.

5.º) Liberdade de sindicalização, de modo que os sindicatos católicos, legalmente organizados, tenham as mesmas garantias dos sindicatos neutros.

6.º) Reconhecimento do serviço eclesiástico, de assistência espiritual às forças armadas, e às populações civis, como equivalente ao serviço militar.

7.º) Decretação de legislação do trabalho inspirada nos preceitos da justiça social e nos princípios da ordem cristã.

8.º) Defesa dos direitos e deveres da propriedade individual.

9.º) Decretação de lei de garantia da ordem social contra quaisquer atividades subversivas, respeitadas as exigências das legítimas liberdades políticas e civis.

10) Combate a toda e qualquer legislação que contrarie, expressa ou implicitamente, os princípios fundamentais da doutrina católica."

Coube a um dos mais credenciados constituintes, o Professor ANNES DIAS, signatário da Emenda n.º 204, que proclamava o casamento monogâmico e indissolúvel, explicar, na sessão de 19 de fevereiro de 1934, por que "os povos precisam defender-se dos fatores da desordem e, entre estes, está o divórcio", como prometeu demonstrar. Ilustrava sua oração, ouvida quase toda em silêncio, com dados relativos ao divórcio nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França, na Alemanha, e trouxe para os *Anais* várias vezes que protestaram contra o instituto.

ADOLPHO SOARES representava o Maranhão na Comissão dos 26, encarregada de opinar sobre as emendas de plenário. Bacharelado-se em 1893, logo ingressara na magistratura, e em 1933 se aposentou como desembargador, para conquistar, com 3.505 votos em segundo turno, o mandato que o levaria à Assembléia Constituinte. Opinando contra as emendas divorcistas, dizia a certa altura de seu parecer:

"A possibilidade do divórcio despertará a bestialidade, a libertinagem, os instintos carnis. O homem, possuído desses desejos, provocará as dissensões, as irritações no seio da família, a fim de ver coroados os seus propósitos, por lhe ser fácil arquitetar meios, artanjar provas venais, ao passo que a mulher, sem meios para saber sair do emaranhado, que contra ela lhe teceram, por ser uma subordinada à chefia da família, sem tato, sem experiência devido à sua vida exclusivamente doméstica e familiar, quase sempre só com educação para salão, será fatalmente e sempre a vítima imbele."

No entender do parlamentar maranhense, não havia em nosso meio "uma corrente nacional, numerosa, capaz de bem impressionar, com argumentações seguras, irrefutáveis, convincentes a favor do divórcio. A seu favor, há apenas um pequenino número de espíritos, isolados, com o seu *parti-pris*, mas que, em verdade, apesar dos esforços, da ginástica de sua dialética, ainda não conseguiram formar um grupo de agremiados, uma questão nacional, contra a indissolubilidade do casamento". No seu entender, não havia sequer como silenciar, como em 1891. E investia: — "Dizem os adeptos do divórcio que ele consta da legislação de diversas nações, sem se referirem, entretanto, a muitas outras nações que o não admitem. Devemos abandonar o mau vezo de andarmos importando os maus costumes estrangeiros, que, absolutamente, se não aclimatam no nosso meio, idéias que não correspondem às aspirações do povo".

A Liga Eleitoral Católica ganhou a parada. A Constituição de 1934 saiu à sua imagem e semelhança.

A Carta outorgada de 1937 não teve projeto, nem Constituinte, nem debates. Certamente por isso não se referiu ao casamento religioso. E, em seu art. 126, pôde dispor que “aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os *legítimos*, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”. Mais uma norma do Direito de Família buscava abrigo no texto constitucional.

Em 1946, a Constituição repetiu a de 1934. O casamento continuou indissolúvel, e assim figuraria na Constituição de 1967, tal como em 1934, “fruto do imperialismo religioso, como os há de imperialismo *capitalístico*”, na crítica de PONTES DE MIRANDA. Seria injustiça não recordar nesta Casa onde pontificaram os mestres Hermes Lima, Aloysio de Carvalho, Aliomar Baleeiro e Nestor Duarte, juntamente com Vieira de Melo, a renhida luta em que se empenharam, com bravura e brilhantismo, para atingir as ameias do edifício da indissolubilidade do casamento, a que também daria pouco depois sua valiosa contribuição o Professor Gilberto Valente. A construção indissolubilista somente rui em 1977 com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 9.

O debate, antes aberto ao legislador ordinário, foi truncado pela ação da Liga Eleitoral Católica. As diversas propostas para introduzi-lo na lei civil falharam, uma após outra.

Os Constituintes em 1891 não deram ouvidos aos que, liderados por Lopes Trovão e Guimarães Natal, pretenderam *incluir* no estatuto a possibilidade do divórcio. Nem a Tomaz Lobo, Guaracy Silveira e seus companheiros, em 1934. Muito menos, em 1946.

MARTINHO GARCEZ tinha sobeja razão ao afirmar, no alvorecer deste século: — “Não me iludo sobre a sorte que teria a idéia ainda este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d’água, que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e perfura montanhas”.

Deus me concedeu a graça de prolongar a vida, para assistir à vitória da gota d’água.

A Assembléia Nacional Constituinte *deverá examinar* o Capítulo da Família. O texto do 1.º Substitutivo, oferecido pelo Relator Bernardo Cabral, e aprovado na Subcomissão e na Comissão da Família, estendia a especial proteção do Estado, além da família constituída pelo casamento, para alcançar “a união estável entre o homem e a mulher, facilitando sua conversão em casamento”, e ia ainda mais além para beneficiar “a entidade familiar formada por qualquer dos pais ou responsável legal e seus dependentes, consangüíneos ou não”. Parecia chegado o dia de reparação sonhada pelas companheiras e mães solteiras. Eis que o 2.º Substitutivo recua inesperadamente, e se contenta em afirmar que “a família tem a especial proteção do Estado”. Diminui sem razão para um ano o prazo da dissolução do vínculo conjugal desde que haja prévia separação judicial e para dois anos, se “comprovada separação de fato”. Os textos anteriores fixavam esses

prazos em dois e quatro anos. O 2.º Substitutivo, ou o "Cabral II", como é conhecido, tenta destruir a cunha que os antidivorcistas conseguiram incluir na Lei n.º 6.515, e determina que "a lei não limitará o número de dissoluções do vínculo conjugal". Como a Constituição mexicana de 1917, com a redação que ao art. 4.º deu o Decreto de 3 de fevereiro de 1985, a Constituição portuguesa de 1976 e o art. 25 da Constituição da China, o § 4.º do art. 256 do "Cabral II" dispõe que "é garantido a homens e mulheres o direito de determinar livremente o número de seus filhos e o planejamento familiar, vedado todo tipo de prática coercitiva por parte do Poder Público e de entidades privadas". E no § 5.º reza que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa dos membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito destas relações". Outro instituto refugia-se no Direito Constitucional brasileiro através do § 4.º do art. 257: "A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que também estabelecerá casos e condições de adoção por parte de estrangeiro". No parágrafo seguinte, o texto que será examinado pelo Plenário da Assembléia proclama que "os filhos, independentemente da condição de nascimento, inclusive os adotivos, têm iguais direitos e qualificações", repetindo, sem igual clareza, texto da Constituição portuguesa. Mais outra disposição do Direito de Família, que foge para a órbita constitucional, é a do art. 258: "Os pais têm o direito, o dever e a obrigação de manter e educar os filhos menores, e de amparar os enfermos em qualquer idade; e os filhos maiores têm o dever de auxiliar os pais e a obrigação de o fazer na velhice, carência ou enfermidade destes." Finalmente, o "Cabral II", corrigindo grave omissão da Carta vigente, impõe ao Estado e à sociedade "o dever de amparo às pessoas idosas, mediante políticas e programas que assegurem sua participação na comunidade e defendam sua dignidade, saúde e bem-estar". E manda que os programas de amparo aos idosos sejam "executados preferencialmente em seus próprios lares, garantido o transporte urbano gratuito aos maiores de sessenta e cinco anos".

Minhas senhoras.

Meus senhores.

Cumpro o dever de agradecer-vos a paciência com que ouvistes estas notas mal arrumadas nos breves intervalos de intensos debates parlamentares e de inadiáveis compromissos políticos. Confio em que a razão continua com HORÁCIO, ao cantar que "a paciência torna mais leve o que não é lícito remediar". Obrigada.

Num dia 17 de dezembro, dois meninos, de treze anos, enfrentaram no Ginásio da Bahia a rigorosa banca examinadora de Aritmética. Um vinha dos Maristas, outro do Antonio Vieira. Sessenta e quatro anos depois, mais uma vez se encontram, já agora diante de uma multidão de amigos. E o menino do Antonio Vieira saúda, e grita, feliz e vaidoso, a plenos pulmões:

- Salve o menino dos Maristas!
- Viva Orlando Gomes!

Fonte de legitimidade da Constituinte

GERALDO ATALIBA

Professor titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Foi dito, por alguns, da Constituinte, que ela é um poder derivado e, pois, subordinado ao texto constitucional vigente. Essa afirmação é equivocada. Decorre de apreciação superficial da questão.

O tema merece melhor tratamento. Suscita interessantes e desafiadoras indagações.

Quem assim pensa entende, equivocadamente, que o mandato presidencial atual é irredutível: que há direito adquirido do Presidente ao mandato atual. Ora, vislumbrar limites jurídicos à Constituinte, dizendo que ela não pode fazer isto ou aquilo, é fazer sociologia, jornalismo ou politologia: jamais ciência jurídica.

Sustentar que a Constituinte está reunida por força da Emenda n.º 26/85 à atual Carta constitucional é formular proposição de valor histórico ou sociológico, jamais jurídico. Não é difícil mostrar que *só um fato político inegável dá plena legitimidade à Constituinte: o voto popular*. Do mesmo modo, só uma circunstância fará que o produto seja uma verdadeira Constituição: sua eficácia.

Reconhecê-lo é fácil para quem se dedique ao estudo e meditação sobre o direito constitucional, como ciência que tem seus métodos, categorias, princípios e técnicas interpretativas próprias.

Deveras, o que fez Constituinte a Assembléia ora reunida foi o voto popular, nas eleições do dia 15 de novembro de 1986. O eleitor compareceu

às urnas com o intento claro de conferir aos escolhidos poderes constituintes. E o fez sem restrições (que, aliás, não se presumem). Os eleitos receberam *nítida, pura e legítima delegação* à semelhança do que se deu em todas as Constituintes democráticas brasileiras e do direito comparado. Disso se vê que todos os requisitos e condições para rigorosa configuração do instituto do mandato político foram presentes, tornando a investidura inquestionável. Titular da soberania, o povo, não podendo “apresentar-se” na função constituinte, representa-se por seus escolhidos (LOURIVAL VILANOVA).

É equivocado dizer que a Constituinte é limitada, porque resultou de eleições condicionadas pela Emenda n.º 26/85. Toda eleição rege-se por alguma norma. Toda eleição para qualquer Constituinte, de algum modo, foi convocada por um ato normativo, originário ou derivado. Dizer que os termos da carta constitucional vigente, emendada, subordinam a Assembléia Constituinte é dizer que o ato convocatório condiciona o próprio teor de toda Constituição. Tal asserto não tem amparo nem na teoria da Constituição (teoria universal), nem na experiência nossa, nem na do mundo ocidental. Medir a amplitude jurídica da Constituinte pelo texto atual ou pela Emenda n.º 26/85 é incidir em insolúvel círculo vicioso (negador de todo raciocínio jurídico).

Tal estranho modo subjetivo de pensar põe a *questão do ato convocatório da Convenção Constituinte*, questão essa situada no plano epistemológico das relações entre a sociologia e o direito, amplamente debatida em doutrina.

A convocação de uma Constituinte é ato político e não jurídico. Para isso não há regras jurídicas.

Os textos constitucionais não prevêm o próprio desaparecimento, ou sua substituição por outro. Por isso não há regra jurídica sobre como convocar uma Constituinte. Por definição a Constituição projeta-se, ilimitadamente, sobre o futuro. Seria evidente contradição nos termos tal norma regular seu próprio desaparecimento. Por isso, toda Constituição, hoje, regula seu processo de emenda. Não mais que isso.

Por isso, a convocação de uma Convenção Constituinte é o início de um processo de ruptura formal de uma ordem institucional. Dá-se no contexto de um processo político de radical substituição dos fundamentos da ordem jurídica. É ato político incondicionado pelo direito.

Uma Constituinte pode ser convocada por decreto executivo, por lei, por emenda constitucional, por proclamação ou pregação revolucionária etc. *Enfim, por qualquer ato de qualquer órgão ou pessoa.*

Em todos os casos, o único requisito que deve ter o ato convocatório é a eficácia (segundo ZANOBINI, "eficácia é a atual e objetiva produção de efeitos próprios de um ato"). Ora, se qualquer dos atos mencionados tiver o efeito de levar o povo às urnas, para eleger constituintes, será eficaz e, pois, apto a gerar os efeitos a que se propôs. Se não produzir tal efeito, será ineficaz, seja qual for a forma assumida.

O critério de avaliação jurídica do ato convocatório não está na ordem jurídica anterior, mas, sim, nos seus efeitos (necessariamente posteriores). Se o efeito for a reunião de Convenção, que elabore uma Constituição eficaz, ele terá sido eficaz. Se ocorrer o contrário, o ato convocatório terá sido um malogro político e um aborto jurídico (com a persistência da ordem atual).

É que Constituinte só cabe onde houver processo de ruptura jurídica, quebra da ordem jurídica existente.

Só se compreende, qualifica e dimensiona a Constituinte pelo resultado de sua função: elaborar a Constituição. A Constituição é uma norma nova, absolutamente inovadora, que não repousa em nenhuma norma anterior ou superior. A Constituição nasce da Constituinte. E esta nasce do fato político: reunião de delegados do povo, escolhidos para esse fim (portanto, com poderes para estruturar um Estado).

A Constituinte não surge do direito, não repousa no direito, não depende do direito; não é condicionada por nenhuma norma. Fato político que é, nasce de um fato político: a escolha, a investidura de seus membros, com explícita delegação.

A diferença entre a lei constitucional e todas as demais leis está em que estas descansam naquela e a Constituição apóia-se — norma primeira que é — no fato político (sob pena de um *regressum ad infinitum*).

Assim, toda norma jurídica nasce de outra norma jurídica. Só a Constituição dispensa norma anterior e superior. Se não, não é Constituição.

Por isso, o ato convocatório não é relevante para reconhecer-se a Constituinte ou a Constituição. Ele é mero ato político, que produz outro ato político, ambos fora da esfera do direito. Por isso, é irrelevante que, no caso, a convocação tenha sido obra de uma emenda constitucional. Poderia ter sido qualquer outro ato, poderia ter revestido qualquer outra forma; reitere-se: para convocar Constituinte, não há regras jurídicas.

De tudo, pode-se facilmente concluir que o fundamento — justificação, explicação, ponto de apoio — da Constituinte ora reunida está no voto dos eleitores. Em nada mais. As razões, motivações, pretextos, alegações retóricas ou atos políticos anteriores, que tenham induzido os eleitores, não

são juridicamente relevantes. A eleição dos constituintes é o fato fundante da Constituinte, que, por sua vez, será o fato fundante da nova Constituição. Levar a indagação mais para trás nada resolve. É irrelevante. Não interessa. Está fora das cogitações dos juristas. Questionar se o ato convocatório foi este ou aquele é supérfluo e impertinente. É despropositado.

Mais que isso, é ridículo. Tão descabido como questionar o Ato Institucional n.º 1, de 1964, ou o Decreto de 1889 (que instituiu a República). Para o direito, nos dois casos, o que vale é o ato em si, o qual, por sua vez, tem sua eficácia medida por seus efeitos. É, deveras, despropositado querer questionar juridicamente os fundamentos dos atos institucionais; ou da convocação das Assembléias Constituintes de 1946, ou de 1934 ou de 1891. A norma constitucional nasce, encontra fundamento e justificação no fato político. Será verdadeira Constituição se tiver eficácia. Só. Não há outro critério para reconhecer uma Constituição. *Norma bem elaborada, mas sem eficácia, não é Constituição. Norma péssima, no conteúdo e na forma, se eficaz, será Constituição* (KELSEN demonstra-o convincentemente).

Assim, a discussão, nos termos propostos pelos desafetos da atual Constituinte, não pode ser levada a sério; a Emenda n.º 26/85 foi inconstitucional. O Congresso não tinha poderes para convocar uma Constituinte. Só o que podia era aprovar emendas específicas, nos termos do direito constitucional vigente. Um decreto executivo, com maior razão, também não poderia fazê-lo. A Constituição vigente obriga inexoravelmente sua obediência. Se ela só prevê emendas, só emendas cabem. Daí a contradição insuperável, que cria perplexidades para o leigo, embora já plenamente resolvidas pela doutrina do direito constitucional: a convocação da Constituinte é sempre inconstitucional. A reunião de uma Constituinte é fato político, fora do universo jurídico. A nova Constituição é sempre uma ruptura da ordem jurídica. É a negação, a destruição da Constituição anterior.

A primeira jamais é fundamento da segunda. Por isso não a condiciona, não a vincula, não a peia.

Daí o equívoco de pretender-se fixar parâmetros para uma Constituição, com base em Constituição anterior. Toda convocação de Constituinte é, por definição, ato de agressão à Constituição vigente.

Toda e qualquer proclamação revolucionária seria igualmente inconstitucional, como inconstitucionais foram todas as convocações das Constituintes, quer brasileiras, quer estrangeiras, a começar da Convenção de Filadélfia (em flagrante violação aos "Artigos de Confederação").

Só isso já faz ver quão equivocadas são as restrições que à Constituinte se quer opor, com argumentos jurídicos.

A Constituição e o caso brasileiro

EDUARDO SILVA COSTA
Do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Do Instituto dos Advogados da Bahia

“... La vérité est chose si grande, que nous ne devons dédaigner aucune entremise qui nous y conduise” — MONTAIGNE, *Essais*, Livre III, Chapitre XIII.

No momento em que o País passa a ter uma nova Constituição, é oportuno, ao lado da exaltação cívica com que se recebe mais um Estatuto da Nação, considerar a relatividade de seu valor na estrutura social em que vai atuar. Relatividade que não vem a significar a inanidade da nova estrutura normativa, nem a desesperança de geração de resultados venturosos. O que importa sobretudo ressaltar, em meio às expectativas a um tempo ilusionistas — o texto normativo como determinante de mutações sócio-culturais — e desalentadoras — o texto como incapaz, inapto, para fecundar diferentes modos de comportamento, novas relações e estruturas no mundo social —, é a força relativa da Lei Suprema na ordenação política dessa gigantesca família espiritual de 130 milhões de membros.

Dentro de tal perspectiva, retoma-se o antigo e sempre renovado debate da importância do texto ou da norma na vida institucional do País. O debate tem sempre lugar justamente porque corrente ponderável de idéias apregoa a desvalia dos cânones constitucionais na regulação dos destinos da nacionalidade. Desse debate nunca resultou um consenso acerca do mérito ou demérito da forma codificada no controle da vida política. Nem poderá jamais resultar um consenso em matéria tão inçada de prejuízos ideológicos. Ainda que os regimes políticos hodiernos, e não só os do Ocidente, consagrem as regras escritas em um estatuto supremo, como o meio mais razoável de sistematização das relações políticas, persiste o questionamento de sua excelência. No âmago de tal questionamento, porém, reside uma tendência ideológica, que se manifesta mais acentuada em países de cultura política subdesenvolvida. De maneira escancarada ou dissimulada, é a corrente conservadora que preconiza a pouquidade da formalização em um conjunto

normativo superior de regras destinadas a corporificar as ações políticas na sua universalidade.

Entre nós, a reação à forma de efetivação de direitos por via da Lei Fundamental é quase contemporânea ao aparecimento da Constituição de 1891, a primeira Constituição da República, a que lhe organizou os fundamentos e buscou dar-lhe estabilidade institucional, além de tentar promover o seu desenvolvimento político. A reação fez-se pela crítica do texto constitucional e teve entre os seus elaboradores uma camada intelectual de prol — sociólogos, juristas, políticos, cientistas sociais em geral. Em todos os trabalhos críticos a nota central era a inamolgabilidade dos nossos costumes políticos ao comando normativo, a distonia entre as estruturas sociais tradicionais e as instituições políticas erigidas pela Lei Maior. Isso para enfatizar a impotência da pretensa força normativa da Constituição frente aos dados da realidade social e política brasileira. De modo que, argumentava-se, teria de haver a prevalência do dado sobre o construído, resultando assim a inanidade do elemento formal, expresso nos cânones constitucionais. Para essa corrente doutrinária, a ruptura das nossas instituições políticas na República Velha deveu-se grandemente, senão decisivamente, ao que se denominou o "idealismo utópico" (OLIVEIRA VIANA), a ideologia das camadas dirigentes que impõe mandamentos, regras e instituições transplantadas de outros países para dirigir e conformar uma realidade inadapta da a elas.

Evidente que a perspectiva de tais teóricos, além de ser equívoca, obedecia a inspirações ideológicas que buscavam um regramento político autoritário para a nossa vida política. Aliás, o equívoco da perspectiva entrelaçava-se com o *bias* ideológico: desprezando a análise do elemento modificador, autônomo, por assim dizer, do normativo, dava-se lugar apenas à concepção valorizadora exclusivamente da realidade fática, diga-se assim, a qual deveria servir de modelo ao texto; este como um transunto daquela. Tanto assim que se empreendia a retrospectiva da nossa formação social para demonstrar a falácia das instituições erigidas pelo novo regime político. Uma sociedade patriarcal, parental, consolidada pelo clã familiar de que derivava o clã político, com as características de centralização, autoritarismo, que lhes são congêntas. Se assim era a estrutura da sociedade, assim deveria ser a superestrutura a que incumbe dirigi-la normativamente.

Na consideração de qualquer formulação normativa, importa distinguir que a sua exequibilidade depende de vários fatores. Quando tal formulação possui a complexidade de uma Constituição, os fatores que atuam para condicionar a exequibilidade de seus preceitos são múltiplos e de difícil apreensão na realidade. Enquanto a lei ordinária responde a interesses e necessidades localizados, é mais tangível o conhecimento dos fatores determinantes não só de sua existência, como de sua maior ou menor receptividade

no âmbito particular para que foi destinada. Diversamente, com a Constituição ocorre que os interesses são difusos, as necessidades são universais, a natureza dos preceitos é distinta, circunstâncias que refletem na dificuldade de conhecer-se precisamente os fatores determinantes da irrealizabilidade dos preceitos nela insertos. Ainda mais: expressando-se muitas vezes em imperativos sem um ponto de concretude palpável, a Lei Fundamental está sempre à mercê de um elemento fluido para a sua perfectibilidade: aquilo que KONRAD HESSE chamou “vontade de Constituição” (*Escritos de Derecho Constitucional*).

Sublinhe-se também um aspecto de importância em termos de receptividade do direito, no cotejo entre as leis ordinárias e a Lei Maior. É que o grau de abstração de que é dotada esta, geralmente, não toca, ou toca muito pouco, os destinatários dela. Seria preciso um “sentimento constitucional”, para empregar a expressão de KARL LOEWENSTEIN, bastante acentuado, ou aquela “vontade de Constituição” para que os cidadãos pugnassem pelo respeito e efetividade do conteúdo dos ditames da Lei Suprema. Mais fácil de reivindicar, porque mais rente dos seus interesses, sempre em resposta a esse ou àquele interesse do cidadão nos aspectos do cotidiano, as leis ordinárias são mais concretamente sentidas e mais intensamente vivenciadas.

Ora, desde que o Brasil passou a ter, por força da nova forma de governo, em 1889, uma nova Constituição, destinada precisamente a ordenar normativamente o regime, não era de esperar-se que se mantivessem as linhas diretoras do antigo regime, que não se buscasse alterar muitos dos processos então praticados, para que outras relações, outros comportamentos e padrões de vida política despontassem. Assim havia de ser. E, porque assim havia de ser, a Constituição que então se produziu teria de ser uma ruptura, como todo projeto de vida: “le projet est . . . rupture avec le donné, créateur d'un idéal, d'une valeur”, para citar POULANTZAS, *Nature des Choses et Droit* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 82). O modelo que então se escolheu para esse projeto de vida política foi a Constituição dos Estados Unidos, documento já àquela época prestigioso, mas que não teve entre nós recepção à moda de uma mera imitação. Institutos de relevância sobretudo para a vida política, a exemplo do *habeas corpus*, a nova conformação do Poder Judiciário, também de grande relevância para a prática política nos moldes de república federativa que então se criava, foram inspirados na Carta americana, sem que se buscasse macaquear as instituições daquela república do Norte. Tanto assim que o *habeas corpus* ganhou proporções de tamanha envergadura, nos embates de natureza política, que acabou não só adquirindo força de considerável peso como germinando outro instituto, criado na Constituição de 1934 e de préstimo imensurável — o mandado de segurança. A estruturação do Judiciário, o seu papel político, ganharam tal dimensão que, embora publicista do porte de

JOÃO MANGABEIRA o tenha reputado como o Poder que mais falhou na sua missão na República Velha, alteou-se em momentos de eclipse constitucional, durante a ditadura Vargas e nos primórdios da ditadura militar de 1964.

Se é certo que uma Constituição não se faz apenas com os elementos oriundos do país que ela se propõe organizar politicamente, nas suas linhas gerais, maior é a certeza de que, quando o país modifica, altera o seu regime político, como o Brasil alterou o seu em 1889, no novo ordenamento jurídico não de estar presentes elementos alienígenas, padrões, institutos, consagrados em outros documentos normativos. Como já ressaltou MIRKINE GUETZÉ-VITCH:

“... dans chaque Constitution, à côté d'éléments “nationaux”, existent les éléments rationnels, empruntés à la science politique, au droit public comparé” (*Les Constitutions Européennes*, Presses Universitaires de France, 1951, t. I, p. 17).

Porque a nossa estrutura social era caracterizada pelo patriciado, pelo espírito de clã, sem contar os resquícios da ordem escravocrata, com todas as graves deformidades ínsitas nesses tipos de dominação, não seria plausível que o ordenamento jurídico normativo gerado pela República se moldasse à semelhança de tal estrutura, fosse, a bem da coerência, uma expressão da ordem social, da situação espiritual até então prevalente. Seria, sim, uma incongruência da República se ela projetasse a existência política da Nação, para dar legitimidade àquelas formas sociais, àquele processo social. A República fora instaurada para a realização dos postulados inerentes a ela, com os quais o arcabouço aqui implantado pela metrópole na época da Colônia, e de que o Império conservou grande parte, se afigurava em dissonância. Certamente, não seria possível que se operasse uma mutação radical por efeito apenas da Constituição. Nem tampouco podia esperar-se do texto constitucional que viesse a impor-se no domínio de todo o processo político, que todas as suas formulações gozassem de força plena de atuação na realidade política. Mesmo porque uma Constituição não é senão uma súmula de organização e programa, um complexo normativo de regramentos e projetos, expressos em enunciados genéricos, destinados a dar direção à coisa pública conforme princípios básicos, promover novos direitos do cidadão, resguardando-os de todos os abusos.

Por isso, tanto mais desenvolvida é uma sociedade quanto mais fácil se dará o ajustamento do seu comportamento às diretrizes estabelecidas no Estatuto Supremo da Nação. A interação entre atitudes e comportamentos processa-se aí de modo quase pleno: costumes e preceitos interagem, uns e outros se desenvolvendo por influxo recíproco, em ritmo sincrônico. Quando, porém, a sociedade é subdesenvolvida, há um menor ajustamento entre comportamento e norma, dada a desigualdade, a dissonância mesmo entre

os dois. Assim, a tarefa da conformação de fatos a valores é mais trabalhosa, e a muitos pode parecer uma verdadeira utopia a mutação dos primeiros por obra dos últimos.

Sempre foi este o dilema com que se defrontaram os “idealistas” das nossas Constituições democráticas. A nossa sociedade, bastante forte nos vícios herdados da sociedade colonial, apresentava-se ao contrário débil em virtudes, naquela virtude que MONTESQUIEU definia como nota distintiva da República. Os postulados que se inscreveram no texto constitucional com que a República se fundava entre nós, e que não podiam deixar de ser inscritos porque consubstanciais à exigência do novo regime, não tinham, de certo, terreno aplainado para desenvolver-se assim prontamente. Isso porque a sociedade, a estrutura social, em que iam operar, era quase impermeável a eles. De maneira que, menos por obra do “idealismo utópico” dos “founders” do que pela configuração da realidade mesma, a realização dos valores projetados na Constituição se tornou difícil. É que, no juízo de um pensador dos nossos dias:

“(ideas como) las de Libertad, Igualdad, Justicia. . . eran ideas no operativas no en virtud de su carácter metafísico y acientífico, sino en virtud de la servidumbre, la desigualdad, la injusticia y la dominación institucionalizadas en la sociedad” (MARCUSE, *Ensayos sobre Política y Cultura*, ed. Ariel, 1972, p. 103).

Realmente, a desigualdade, a injustiça e a dominação estavam institucionalizadas na sociedade do Brasil-Colônia, a fundação, digamos assim, da nossa estrutura social. Nela, dirá CAIO PRADO JÚNIOR,

“o observador encontrará de essencial. . . de um lado uma organização estéril no que diz respeito a relações sociais de nível superior; doutro um estado, ou antes um processo de desagregação mais ou menos adiantado, resultante ou reflexo do primeiro” (*Formação do Brasil Contemporâneo*, 4.^a ed., 1953, p. 343),

para rematar:

“ela (a sociedade colonial) se soma e sumaria na observação geral: falta de nexos moral. . . , a pobreza de seus vínculos sociais (p. 344).

De uma sociedade em que predominava a relação senhor-escravo, recebeu o Império uma estrutura extremamente viciada e que conservará “mais ou menos intacta” consoante o mesmo CAIO PRADO, mesmo porque a escravatura acompanhou o regime monárquico brasileiro por toda a sua existência e por isso vincou a sua feição com todas as suas mazelas. No Império, afirma OLIVEIRA VIANA, “como no período colonial, são ainda as condições do meio e da sociedade que regem sobre os aparelhos do poder” (*Evolução do Povo Brasileiro*, 4.^a ed., p. 276).

Daí ser a discrepância entre a atividade política, como reflexo da deformidade do processo social, e a organização política, voltada para dimensionar as relações entre o indivíduo e o poder, tão aguda e motivar observações desalentadoras de uma plêiade de intelectuais, alguns deles, é certo, menos impressionados com o desconcerto que analisavam do que interessados no revés das instituições criadas para obviá-lo. Se essa discrepância marcava a vida nacional, não se podia imputá-la ao texto constitucional, nem a este se podia debitar o desmoronamento das instituições nacionais. A sustentação destas só podia efetivar-se por uma sólida vida política, o que não acontecia.

Poder-se-ia dizer, então, que a Constituição que marcou a vigência da República entre nós não passava mesmo de uma ficção, um corpo inanimado, visto como a realidade em que ela pretendia atuar ou que buscava moldar era mais forte do que as normas e não se afeioou a estas?

Não, a bem dizer, não se deve no caso brasileiro afirmar que houve o fracasso absoluto das Constituições democráticas, porque subjugadas pelo poder mais forte da realidade sócio-política, como é impróprio cogitar que os hiatos de prática democrática na trajetória da República são conseqüências da quimera das Constituições. Insistir-se nisso equivale a desprezar as conquistas que por obra da prática constitucional foram incorporadas à realidade política e social, sejam as proteções aos direitos individuais contra o abuso ou o arbítrio de autoridades, sejam os direitos que, criados ou consagrados no texto da Lei Fundamental, se foram sedimentando e cristalizando ao longo do tempo. Assinale-se isso apenas como uma amostra de avanço, não muito dilatado, sem dúvida, mas avanço nas relações do cidadão com o poder político.

A inexistência de um estrato social intermediário entre a classe abastada e a classe proletária, entre os grandes proprietários e os despossuídos, os artesãos, os trabalhadores, que pudesse configurar a classe média, formadora de uma opinião pública, responde sem dúvida pela fragilidade das instituições, pela não consistência de alguns preceitos constitucionais importantes. Quando, p. ex., GILBERTO AMADO, em estudo famoso na época (1915), afirmava

“povo propriamente não o temos... a população do Brasil politicamente não tem existência” (As instituições políticas e o meio social, in *Três Livros*, José Olympio Editora, 1963, p. 238),

não deixava de exprimir uma realidade, mas nem por isso, no âmbito das ciências do espírito, nas quais a elaboração de uma Constituição se inscreve, a sua afirmação podia levar àquela outra de que

“a Constituição erguida no alto... não poderia ser senão uma ficção, um símbolo, uma figura de retórica”.

Conclusão partilhada por OLIVEIRA VIANA:

“O edifício (a Constituição de 91) que construíram, de tão majestosa fachada, não se assentava... sobre alicerces de realidades: assentava sobre ficções e nada mais” (*O Idealismo da Constituição*, 2.^a ed., Comp. Editora Nacional, p. 94).

É o que recentemente OSVALDO TRIGUEIRO e GOFREDO TELES Jr. repetiram. Referindo-se à Constituição de 1946, assim se manifestou o primeiro:

“Apenas ela reincidiu na ingenuidade de acreditar que um texto jurídico pode, por si só, resolver os grandes problemas da sociedade moderna...” (*O desprestígio da Constituição*, artigo na revista *Senhor*, março de 1960, p. 45).

É o último, ao considerar todas as nossas Constituições:

“o pecado das nossas Constituições — o fato de elas terem sido em grande parte mitológicas” (entrevista no jornal *Folha de S. Paulo*, de 10 de junho de 1984).

Tais opiniões, emanadas de espíritos que formaram a nossa *intelligentsia*, em vários planos, e em diversas épocas, desprezaram o papel e a importância da construção teórica em que se consubstancia a Constituição, a força que desta se expande, superpondo-se a situações sociais, para impor-lhes uma regulação adequada às diretrizes dela, à sua filosofia, em suma. É que escapou aos eminentes publicistas, na apreciação da influência da realidade normativa, justamente a consideração dessa realidade, que se inscreve no mundo das ciências do espírito, e a que correspondem, no pensamento de DILTHEY, dois tipos de juízos:

“juízos que enuncian la realidad e imperativos o ideales que quieren dirigir la sociedad” (*Introducción a las Ciencias del Espíritu*, ed. Revista de Occidente, 1966, p. 547).

Os “imperativos” ou os “ideais”, formulados por via normativa na Constituição, têm o objetivo específico de dar à sociedade nova dimensão, um novo perfil. Sem eles, não se poderia compreender a existência da Lei Maior. De nenhuma outra lei, aliás. Simplesmente porque, desde quando há a necessidade política de impor-se uma nova forma de organização social, política, de orientar-se de um modo diferente as relações no contexto social, é à ordenação legal, dotada de características específicas para tanto, que cabe reduzir o projeto que se tenta executar em fórmulas, preceitos, mandamentos. A eficácia plena ou semiplena, total ou parcial, a ação ou inação

de alguns desses preceitos, tudo isso se pode considerar no domínio da sociologia política, sem infirmar contudo o valor, a realidade prática dos mandamentos, dos preceitos constitucionais. Como se pode também considerar no domínio da sociologia jurídica, mais adequado talvez para uma apreciação menos passional, menos ideológica, do fenômeno do desuso constitucional, da inércia constitucional, devido a pressões de interesses vários. O que importa é não desconhecer a realidade normativa, com as suas realizações, bem ajustadas ou mal ajustadas aos cânones normativos.

É importante registrar de igual modo que toda lei encerra naturalmente no seu conjunto uns dispositivos de atuação imediata, que por isso se mostram eficazes plenamente, outros que vão receber adesão e prática menos prontamente, e por isso têm a sua eficácia protraída, bem como ainda outros a que se oferece resistência para a sua facticidade e que muitas vezes acabam não se realizando praticamente. Isso se dá em qualquer complexo normativo e com maior razão na Constituição, complexo integrante do direito constitucional, onde, segundo GARCIA PELAYO,

“se bien (tal) coacción no está excluída en absoluto, sí, en cambio, sus partes más importantes quedan ajenas a ella. Esto sucede así porque, por su própria naturaleza, el derecho constitucional carece de los supuestos necesarios a una orden de normas jurídicas coactivas” (*Derecho Constitucional Comparado*, ed. Revista de Occidente, 3.^a ed., p. 112).

Negar-se a Constituição como práxis, como meio de efetividade social e política, apenas por não poder alcançar a totalidade das relações ocorrentes no mundo sócio-político, por não lograr uma alteração radical na mentalidade nacional, é não situar devidamente o papel da estrutura normativa na realidade social. Ou é não situá-lo, menosprezá-lo por conveniência ou prejuízo ideológico, a exemplo do citado OLIVEIRA VIANA, que propugnava uma ordenação que refletisse “as particularidades e idiosincrasias do povo, a que pertence” (*O Idealismo da Constituição*, p. 88), para que certamente se legitimasse no plano constitucional “este fenômeno fundamental da nossa organização como povo: o clã patriarcal” e, por não lhes darem importância, as nossas construções constitucionais, no seu entendimento, fracassaram.

Repise-se: é da essência de toda construção normativa o sentido de alguma mudança. Em uma Constituição, o sentido de mudança, modificação, desponta como característica predominante. Desde que o momento histórico reclama uma nova Lei Suprema para o País, o que se deve fazer, com vista a satisfazer a tal necessidade, é dispor-se conseqüentemente uma realidade, vale dizer, elaborar-se um programa em que seja possível assentar-se uma nova realidade, em que os interesses ou novas aspirações sociais

possam tornar-se realizáveis. E com isso o que se visa é modificar a realidade anterior, incapaz, imprópria, para a efetividade dos interesses e aspirações da época. A modificação que assim se opera é gradual, sem precisar ser "lenta", pois, não procedendo da vida revolucionária propriamente dita, congrega uma série de fatores da ordem social, muitos deles impetráveis à idéia de modificação e mudança.

Por isso mesmo, a Constituição como marco da vida institucional do País é necessariamente geratriz de novas formas, que expressam não só aquilo que é mas também o que deve ser, na assertiva de KONRAD HESSE:

"la Constitución jurídica no es sólo expresión de un ser sino también de un deber ser, es más que un simple reflejo de las condiciones reales de su vigencia, de las fuerzas políticas e sociales particularmente" (*Escritos de Derecho Constitucional*, pp. 66 - 67).

Ressalte-se ainda e em consequência que, sendo, por igual modo, expressão de um dever ser a Constituição, mais do que qualquer outra lei, está sujeita aos embates da realidade que ela busca dirigir, para transmutá-la. Pode-se até dizer que é o desafio da vigência da Lei Maior: moldar a realidade na multiplicidade de seus aspectos, naquilo que importa para a consecução do projeto, do sistema consagrado nela. Se nem sempre, consoante assinalado, a norma logra atingir o seu ótimo de efetividade ou mesmo não logra converter o dever ser em ser — *desiderato maior* — não há de ver-se nisso uma confirmação da impotência da realidade normativa. Ao contrário, é da essência da norma mesma, ensina GARCIA PELAYO em palavras definitivas que nos permitimos transcrever, posto ocupem longo espaço; a justeza da lição impõe que assim façamos. Expõe o jurista espanhol no seu livro clássico:

"Cualquier ordenación jurídica positiva significa, por una parte, un comportamiento efectivo de hombres, es decir, una situación social que tiene su expresión en ciertas normas: desde este punto de vista el orden jurídico aparece como una parte del orden social. Pero significa también un complejo normativo que se diferencia del resto de las normas por su heteronomía. Ambos significados no son idénticos, y ello no sólo en el sentido de que el acaecer social, el comportamiento efectivo de los sujetos, pueda tener lugar al margen o en contra de las normas, sino que además tal posibilidad es esencial a la norma misma, pues si la conducta efectiva hubiera de transcurrir necesariamente con arreglo a ella, entonces no sería norma, sino expresión de una regularidad social; toda norma supone un deber ser y, por consiguiente, encierra la posibilidad de no ser; el Derecho es mandato, pero no tiene sen-

tido mandar aquello que forzosa y necesariamente no puede acaecer más que de una manera. No hay, por tanto, identidad, sino, al revés, oposición, polaridad lógica entre el factum social y la norma jurídica, y por ello, y porque lo social tiene sus propias conexiones estructurales, sus propias "leyes", hay siempre una tensión entre efectividad y normatividad" (*Der. Const. Comparado*, ed. citada, pp. 116-117).

Por fim, releva salientar que a recusa de atribuição de valor à realidade normativa constitucional, a negação de importância dos preceitos da Constituição, por reputar-se inócua em frente à realidade da estrutura social, denota desconhecimento de um dado ocorrente nas sociedades contemporâneas, mormente nas chamadas subdesenvolvidas. As aspirações sociais, as reivindicações econômicas, os projetos culturais, são dirigidos por via legal, assentam originariamente no campo jurídico, para então alcançarem explicação na prática política e depois assumirem, ganharem contornos bem definidos na realidade social em toda a sua extensão. Tal fenômeno é ressaltado por RAYMOND BOUDON ao considerar as reivindicações de sentido igualitário:

"On constate, lorsqu'on examine l'histoire des sociétés occidentales, que les revendications en matière d'égalité se sont appliquées successivement à l'ordre du juridique, puis du politique, puis du social et de l'économique" (*La Logique du Social*, Hachette, col. Pluriel, 1983, p. 208).

A ocorrência do fenômeno se acentua ainda mais nas sociedades em desenvolvimento ou mesmo antes que noção de desenvolvimento irrompesse, em outras palavras, nas sociedades subdesenvolvidas. Sendo uma tendência dessas sociedades, não há lugar para investidas contra o possível "idealismo utópico" de que se revestiram e podem revestir-se nossas Constituições democráticas: elas foram assim por contingências históricas precisas e nem por isso deixaram de gerar um desenvolvimento político razoável, um estilo civilizatório crescente nas relações entre os poderes, uma salvaguarda, que sempre se vai apurando, dos direitos individuais, uma ampliação considerável de direitos na ordem sócio-econômica. Não só pela função pedagógica da norma jurídica, mas pela força que dela deriva, conferindo apoio, pela legitimidade maior, a movimentos libertários, assegurando base para condução de pleitos inovadores aos Tribunais. Tais práticas é que, partindo da Constituição, fomentadas por seus princípios e cânones, vão dar-lhe um conteúdo dilatado, uma interação de regras e práticas, estas às vezes realizando justamente aquelas, às vezes podendo abjurá-las até. De um ou outro modo, a norma como um dever ser em busca do ser, incessantemente, com todos os escolhos a que a norma não pode fugir no seu curso, porque norma, dada a sua natureza, o seu destino.

Ter um destino glorioso ou inglório, eis um problema que se põe a todas as entidades, instituições, ou construções em que o espírito humano se compraz com a finalidade de tornar a *convivência entre* os seres mais racional. O empenho dos homens em sociedade para que a existência entre eles seja menos aguerrida, compreende o uso do seu engenho, ditado seja por necessidades utilitárias, seja por necessidades idealísticas, digamos assim. Engenho para elaborar fórmulas, regras, que não só possam disciplinar as ações deles mesmos, contendo-lhes o arbítrio e os abusos, senão também fecundar novas ações, novos direitos em busca de realidades mais propícias à aventura humana. Em todo esse intento há uma porção imensa de generosidade, que se deve aferir além das motivações dos *founders*. O caráter de imutável que em princípio se quis atribuir a essas construções e depois passou a ser de permanência decorre grandemente da apontada generosidade. Se muitas vezes não conseguem atingir tal desiderato, não terá sido porque elas, as instituições, provocaram a ruína; as ações humanas, impedidas por interesses vis, é que fizeram soçobrar as instituições.

Certamente, a Constituição, prestes a ingressar no nosso mundo jurídico e histórico, estará sujeita às oscilações, às intempéries, da nossa instável vida política. Objetivando dar estabilidade a esta, ela passará a ser a um tempo um escudo e um gládio. O escudo das garantias dos direitos superiores, inerentes a toda pessoa humana, genericamente considerada. O gládio para a consolidação dos direitos conquistados e a sua expansão conseqüente, enquanto pessoa humana concretamente situada. De um e outro modo, há um trabalho ingente a fazer-se. A Constituição, como já lembrou GARCIA PELAYO na obra citada, está a fazer-se continuamente, no cotidiano. Para tanto, não só a ação política mais racional, menos personalista, como o "sentimento constitucional", a "vontade de Constituição", em conjunção permanente, são de importância fundamental para a estabilidade do processo político e conseqüentemente de todo o regime político. Com a realização de tal inter-relação, a vida política passará decerto a ter a estabilidade acalentada pelos cidadãos da República, que poderá assim conhecer outra época. Uma época diferente da generalizada por JACQUES LAMBERT à América Latina: "A América Latina sofre... ao mesmo tempo da hipertrofia da política e da sua esterilidade" (*América Latina*, Comp. Editora Nacional, 1972, p. 25). Hipertrofia entendendo-se a prática política de sentido individualista, paternalista, parental, de nepotismo, clientelismo. Esterilidade significante da inanidade de resultados em prol da coletividade, a ausência de sentido de promoção das camadas socialmente inferiores, a falta de propósitos em direção do gozo não apenas da liberdade, senão também do progresso, dos bens por este gerados.

Dota-se agora a Nação de sua sétima Constituição em cento e sessenta e seis anos de vida independente. As expectativas são inúmeras, várias, desencontradas mesmo. Entre todas, ela pode ser considerada a primeira

como expressão da totalidade do corpo social, visto que a participação dos diversos setores da sociedade se fez efetiva, quer pela representação política própria, quer pela ação direta dos grupos interessados. A extensão da representação, com voz e vez a interesses os mais diversificados, assinalou a formação da realidade normativa que doravante será o ponto de apoio, a base primacial da ordenação política, social, cultural e, por que não dizê-lo, espiritual da Nação. A base primacial, mas não a única base e por ser assim uma base que deverá ser irradiadora de forças e igualmente receptora de forças para sua maior solidez. Então, importará que a partir dela se construam instituições, se exercitem práticas e que por outro lado instituições, práticas, reanimem, em perfeita interação, a Constituição. Disso é que poderá emergir uma realidade normativa operante, em torno da qual e à luz da qual se desenvolva uma realidade social, política, econômica, mais promissora.

Não se pretendeu aqui fazer apologia da Constituição enquanto texto formal, o que seria um *nonsense*. Até porque os textos não têm vida decorativa, não valem pela sua só enunciação: oriundos de várias necessidades, eles visam a fins múltiplos e por isso são dinâmicos. Mas, porque são assim dotados de vitalidade, deles se espera muito, talvez mais do que é razoável esperar. Importa, pois, acreditar, como lembra certo autor invocado por KONRAD HESSE, na "força normativa do normativo", já que as energias coletivas se centralizaram tanto na fé da Constituição como a Lei Suprema do nosso destino, do destino nacional. Se se conjugaram tantas forças, se se operou uma autêntica sinergia cívica para que se atingisse esse novo momento, para que se erigisse esse novo marco espiritual da Nação, é preciso que não só celebremos a conquista, como também que saibamos valorizá-la, porque resultado de muitos esforços. E só podemos valorizá-la, fazendo dela, dos seus princípios, dos preceitos, uma prática de vida. Prática de vida democrática em todos os níveis da realidade social — da família ao Estado.

Tantas esperanças voltadas para essa entidade figurada sobrenatural, digamos assim, podem induzir a que se está em frente de um poder místico ou quase isso. É possível. O nosso País está começando a realizar-se democraticamente e precisa arrancar politicamente, como arrancou economicamente, posto em forma demasiado iníqua, rumo a novas estruturas que sejam capazes de abrigar o conteúdo de aspirações, interesses, necessidades da sociedade brasileira deste final de século. Talvez por isso, individual instituições, práticas reanimem, em perfeita interação, a Constituição. Nela é que as possibilidades dos que não se podem irrogar títulos para gozar os bens da vida têm lugar para fazerem-se realidades, ou para começarem a fazer-se realidades: a Constituição como o poder democrático de realizar esperanças.

A vocação do Estado unitário no Brasil

ORLANDO SOARES

Do Instituto dos Advogados Brasileiros

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Conceito de Estado simples ou unitário.* 3. *As raízes históricas e a vocação do Estado unitário no Brasil.* 4. *A organização dos Municípios e a sua autonomia; histórico.* 5. *Características e fragilidades do regime federativo brasileiro.* 6. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Considera-se estrutura político-administrativa do Estado, ou organização nacional, aquilo que corresponde aos princípios e linhas mestras, traçados pela respectiva Constituição, no que diz respeito à forma daquele — ou seja, Estado simples, composto, federação, confederação —, aos seus poderes políticos instituídos, como órgãos da soberania nacional (Legislativo, Executivo e Judiciário), com a definição de suas competências, e à sua divisão territorial, em subunidades (Províncias, Estados-Membros, Municípios, Condados, Departamentos e outras), conforme o caso.

O presente artigo, pelos seus próprios limites, contidos no título, trata apenas do Estado simples ou unitário, nos termos que seguem.

2. *Conceito de Estado simples ou unitário*

Estado simples ou unitário é aquele que se caracteriza pela unidade completa, ou seja, de um poder único e centralizado, ao qual se subordinam as Províncias, Departamentos, Municípios e outras circunscrições administrativas, desprovidas de maior autonomia, como, por exemplo, o Brasil imperial, e, atualmente, a França, Itália, Bélgica, Portugal, Holanda, Chile, Bolívia, Peru, Equador e outros.

Como salienta PINTO FERREIRA, unitarismo e federalismo são as modalidades básicas da organização territorial do Estado, como tipos ideais e tendências fundamentais da comunidade política; entre esses dois modelos extremos, escalonam-se todos os tipos parciais de descentralização, como sugerem GMELIN e KELSEN, sendo que este é incisivo ao afirmar que o Estado centralizado é “aquele cuja ordem jurídica se compõe exclusivamente

de normas que são válidas para todo o território, ao contrário das normas das comunidades descentralizadas, que não são válidas senão para uma parte do território nacional" (*Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, tomo II, pp. 729 a 731).

No Brasil, como se sabe, o Império foi unitário; RUI BARBOSA defendia o ponto de vista, segundo o qual era precoce o advento da República no País, sendo favorável à monarquia federativa (*Cartas de Inglaterra*, p. 197).

3. *As raízes históricas e a vocação do Estado unitário no Brasil*

Historicamente, a nossa formação e evolução social, política, administrativa, econômica, religiosa etc., se desenvolveram e direcionaram no sentido unitário, isto é, na concepção avessa a divisões e fracionamentos, sentimento nacional esse que garantiu a integridade territorial de nosso País, desde a época colonial, malgrado o período em que ocorreu a ascensão de Filipe II da Espanha ao trono português, como Filipe I, constituindo a União Ibérica (1580-1640), período esse impropriamente chamado, por alguns, como Domínio Espanhol.

Como se sabe, o reino português não foi incorporado à Espanha, antes conservou completa autonomia administrativa; o rei o governava como monarca de Portugal, conservando-lhe os símbolos e os órgãos próprios de governo, e não alegava seus títulos espanhóis nos atos relativos aos negócios portugueses, mas simplesmente a qualidade de rei de Portugal.

Quanto ao Brasil, do ponto de vista político-administrativo, desde os primeiros anos da colonização vigoraram os princípios do unitarismo administrativo, sob a direção da Coroa portuguesa, com a implantação do regime das Capitânicas Hereditárias, por D. João III, a partir de 1534.

O sistema das Capitânicas não malogrou, embora, individualmente, algumas delas fossem mal sucedidas; por sua vez, a implantação do Governo-Geral (1548) não acarretou a extinção daquelas, que perduraram até o século XVIII, quando se tornaram incompatíveis com o processo de centralização administrativa em marcha (HÉLIO ALCÂNTARA DE AVELLAR — *História Administrativa e Econômica do Brasil*, pp. 69 e 70).

Em 1549, inicia-se a administração do primeiro Governador-Geral, Tomé de Sousa, cuja nomeação ocorrera no ano anterior, com poderes político-administrativos sobre toda a Colônia, e sede na Bahia.

No período compreendido entre 1563-1578 bipartiu-se a competência do Governador-Geral, sendo nomeado um para o Norte — Luís de Brito de Almeida —, com sede na Bahia, e um para o Sul — Antônio de Salema —, com sede no Rio de Janeiro, cuja administração teve início em 1574.

Considerou-se, porém, como inconveniente tal bipartição, retornando-se ao regime de um único Governador-Geral, até o período 1608-1612, quando foram nomeados dois Governadores-Gerais, nos moldes do sistema anterior, para logo depois retornarmos a um único.

Para o período 1640-1641 (após a Restauração portuguesa) foi nomeado um Vice-Rei, Jorge de Mascarenhas, marquês de Montalvão, passando-se de imediato ao regime de Governador-Geral, até que, para o período 1663-1667, foi nomeado outro Vice-Rei, Vasco de Mascarenhas, conde de Óbidos, mantendo-se sempre a Bahia como sede administrativa, capital da Colônia.

Os Governadores-Gerais atuaram até 1720, a partir de quando foram definitivamente substituídos por Vice-Reis, com sede na Bahia. Em 1765, o Rio de Janeiro passou a única capital da Colônia, para aqui se transferindo o Vice-Rei, de maneira definitiva, até a chegada de D. João, em 1808 (FRANCISCO DE VARNHAGEN — *História Geral do Brasil*).

Fundamentalmente, a estrutura político-administrativa do Brasil-Colônia estava alicerçada no governo central — a princípio, sob a chefia do Governador-Geral, e mais tarde, do Vice-Rei, como vimos —, com a divisão territorial em Capitânias e Municípios.

Nessa fase de nossa evolução histórica, desde os primeiros tempos, desenvolveu-se o espírito municipalista, compondo-se a Câmara Municipal de fidalgos, um ou dois juizes ordinários, dois ou mais vereadores, um procurador e um juiz de fora, o qual a presidia; em suma, os representantes das classes exploradoras da época, economicamente fortes e politicamente dominantes, constituídas sobretudo de senhores de engenho e comerciantes.

As Câmaras Municipais constituíam o centro de gravitação política da época colonial: perante elas tomavam posse os capitães-generais e governadores; da mesma forma, os nossos grandes movimentos cívicos também se originaram nessas Câmaras, como veremos adiante.

Durante o Império, essas Câmaras procuraram manter esse tradicional prestígio, até que a República, ao criar o Estado-Membro, à imitação do modelo federalista norte-americano, esmagou a vocação nacional unitarista, cujas origens se encontravam, aliás, na estrutura da Metrópole, ou seja, o Reino de Portugal.

Nos diversos momentos de invasões estrangeiras (francesas e holandesas), despertaram-se os brios nacionais, na luta pela expulsão dos intrusos e manutenção da integridade do solo comum, sempre em obediência ao governo central, na época colonial.

Em outras palavras, a Constituição do Império (1824) havia estabelecido um regime político-administrativo de rigorosa centralização. Os presidentes das Províncias — então criadas, em substituição às antigas Capitânias

— eram nomeados pelo Imperador. O Ato Adicional (1834) fez importantes concessões, no sentido de atenuar o centralismo, transformando os antigos Conselhos de Província, cujos atos dependiam da aprovação da Assembléa Geral (órgão do Poder Legislativo central), em Assembléas Provinciais, com poderes mais amplos.

Entretanto, com a ascensão dos conservadores ao poder (1837), o movimento centralizador retomou a precedência. Sob a inspiração do Visconde de Uruguai, teórico e legislador do unitarismo, o poder central passou a nomear também os vice-presidentes das Províncias, faculdade essa que antes competia às Assembléas locais.

Por sua vez, a criação da Polícia (1841), igualmente centralizada, completou o dispositivo legal unificador, na administração imperial.

A reação contra o unitarismo, que foi também chamado imperialismo, teve novo alento com a campanha de TAVARES BASTOS, através de seu livro *A Província* (1870), no mesmo ano em que o *Manifesto Republicano*, redigido por QUINTINO BOCAIUVA e SALDANHA MARINHO, considerava o sistema federativo como essencial à mudança do regime. Em 1885, Joaquim Nabuco apresentou na Câmara dos Deputados o seu projeto federalista, única forma, no seu entender, de salvar a monarquia constitucional, contra a onda republicana, que se avolumava, com as leis de emancipação do elemento servil.

Em 1889, no último Congresso do Partido Liberal, Rui Barbosa defendeu as mesmas idéias, apoiado por José Antônio Saraiva, sem conseguir, no entanto, sensibilizar a maioria, fiel à orientação do Visconde de Ouro Preto, rigidamente conservador.

Com a vitória da República, o Decreto n.º 1 do Governo Provisório declarou o regime federativo instaurado no País. O sistema foi, afinal, consagrado pela Constituição de 1891, embora a sua prática tenha sido completamente desvirtuada, em consequência do que se denominou “estadualismo”, ou seja, a hegemonia dos Estados-Membros mais desenvolvidos e economicamente mais fortes, sobre os menores, menos influentes, sem expressão no cenário da União, ao derredor da qual predominaram os interesses daqueles, exprimindo a vontade das oligarquias locais, representadas pelos respectivos governadores.

Acontece que, por tudo o que acima se expôs, constata-se agora, ao longo de cerca de cem anos do federalismo brasileiro, que o mesmo é uma forma de Estado inadequada, postiça, artificial, avessa às nossas tradições e vocação, em suma, uma criação cerebrina, que se revelou impraticável, malgrado a eterna preocupação dos constituintes, no sentido de vedar qualquer iniciativa, com o propósito de abolir a Federação (art. 47, II, § 1.º, da Constituição Federal de 1969).

Ademais, cumpre lembrar que o Estado unitário dispõe hoje de instrumentos e mecanismos — sobretudo através do Regionalismo —, que na prática reduzem as distâncias institucionais, em relação ao Estado federalista, citando-se como exemplos as medidas postas em execução na França, Itália, Portugal, Espanha, e outros Estados unitários (JOSE ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO — *Teoria Geral do Federalismo*, pp. 269 e ss.).

Quanto ao Brasil, adotamos diversas medidas de natureza regionalista, sobretudo após o advento do Estado Novo (1937), com a sua estrutura altamente centralizada, gerando o aparecimento de entidades e organismos regionais específicos, estruturados em autarquias, tais como SUDAM, DNOCS, SUVALE, SUDESUL, SUDECO, e outros, além dos que se constituíram ao longo dos anos, até o presente.

Em suma, o federalismo revelou-se adequado e viável nos EUA, devido sobretudo à formação histórico-administrativa das antigas colônias norte-americanas, cada qual com características peculiares, tanto que, inicialmente, na época da Independência, elas constituíram uma Confederação, que depois evoluiu para a Federação.

Em outras palavras, as nossas tradições históricas e vocação político-administrativa apontam a direção do Estado unitário, com a ênfase ao desenvolvimento municipalista, baseado sobretudo na reforma tributária, de molde a garantir recursos econômico-financeiros, capazes de assegurar efetivas condições de sobrevivência a essas unidades políticas nacionais, atualmente sufocadas pelo esdrúxulo modelo do "federalismo centralizador" brasileiro, que concentra nas mãos da União o poder de arrecadação dos impostos, como forma de lograr a subserviência política, quer dos Estados-Membros da Federação, quer dos Municípios.

Por outro lado, no que toca à elaboração legislativa, são manifestas as tendências brasileiras no sentido do unitarismo, quer em matéria de normas jurídicas substantivas, quer processuais, adotadas ao longo dos séculos, desde a época das Ordenações, passando pelo regime imperial, e, depois, pela República, com raras exceções, como no caso do período da chamada República Velha, verificando-se em seguida, a adoção de Códigos de âmbito nacional, com boa recepção, sendo que o Código Comercial perdura desde o Império, enquanto o Código Civil data de 1917, contexto esse decorrente da competência legislativa da União.

Ora, esse conjunto de fatores configura, na prática, a natureza unitária do Estado brasileiro, segundo o rigor terminológico e científico, ainda que se considerem as modernas tendências e variantes do Estado federal, como salientamos acima.

De resto, o Estado unitário pode adotar mecanismos de descentralização político-administrativa, quer conferindo competências específicas aos Municípios, quer desenvolvendo o Regionalismo, como já assinalamos.

Em síntese, a chave para a solução da problemática político-administrativa brasileira se encontra na compreensão e aplicação prática do Municipalismo, segundo os princípios da Ciência Política, tendo em vista a nossa formação histórico-político-econômica, cujos principais aspectos já ressaltamos.

Cumpra, em seguida, destacar a noção de Municipalismo, para melhor entendimento do tema em foco.

4. *A organização dos Municípios e a sua autonomia; histórico*

Do ponto de vista histórico, o Município, ou Comuna, antes de ser uma instituição político-jurídica, o é social, e mesmo natural, porque se origina do agrupamento de várias famílias, como lembra PAULINO JACQUES.

A Grécia e Roma antigas praticamente desconheciam a organização municipal. Somente por volta do ano 80 a.C, com a reforma de SILA, é que surgiu a instituição municipalista em Roma.

Com a invasão do Império Romano do Ocidente, pelos bárbaros, a partir de 476 a.C., esfacelaram-se as instituições romanas municipais. Durante a Idade Média (476-1453), o que restou dos Municípios foi sendo absorvido pelos feudos, ou seja, as regiões que tinham como sede os castelos dos barões feudais — os suscranos —, aos quais estavam subordinados os vassallos.

A partir do século XI começou a ressurgir o espírito municipalista, a par do incipiente desenvolvimento capitalista, com a expansão das grandes companhias comerciais e industriais, com raio de ação internacional, como lembramos alhures (“As origens históricas das multinacionais e o Direito Internacional Econômico” in *Revista Forense*, 286/498, 1984).

Modernamente, entende-se como Municipalismo o movimento que visa à ampliação da autonomia municipal, através do fortalecimento do poder político da comuna e revitalização de sua vida financeira.

Esses princípios são defendidos, sobretudo, por aqueles especialistas, que atentam para a formação histórico-político-econômica dos Estados, de natureza unitária, cuja vocação, por conseguinte, esteve sempre centrada no desenvolvimento do Município.

No caso do Brasil, por exemplo, como vimos, desde a época colonial, predominou a tendência unitarista, em sua formação sócio-político-econômica, como projeção das instituições existentes na Metrópole portuguesa.

Em conseqüência, desde os primeiros tempos do Governo-Geral (1549), desenvolveu-se aqui o espírito municipalista, constituindo essas unidades administrativas palco de importantes acontecimentos: perante as Câmaras

Municipais tomavam posse os capitães-generais e governadores; nossos grandes movimentos cívicos se originaram nessas Câmaras, como o primeiro grito da República, em Olinda, em 1710; o Fico, em 9-1-1822, nas Câmaras do Rio de Janeiro, São Paulo e Vila Rica, e outros, como lembra PAULINO JACQUES (*Curso de Direito Constitucional*, pp. 198 e ss.).

Por conseguinte, tradicionalmente, o Município desfrutava de uma posição singular na organização administrativa brasileira, passando por diversas transformações, sendo que os arts. 167 a 169 da Constituição imperial já previam a eletividade das Câmaras Municipais, o que não impediu retrocessos políticos, a partir de 1835, quando foi votada a lei, tornando de nomeação os cargos de prefeitos, prática essa adotada em Pernambuco, em 1836, Alagoas, em 1838, e outros casos (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *A Constituição Federal Comentada*, vol. I, p. 345).

Sob a égide da Constituição de 1824 as Câmaras Municipais caíram em inteira dependência dos Conselhos Gerais das Províncias, ao que se chamou de “regime de tutela” (arts. 167 a 169).

A primeira Constituição republicana (1891), usando de expressões vagas, atribuiu aos Estados-Membros liberdade para fixar o conceito de autonomia das Comunas, silenciando sobre as rendas municipais, o que concorreu para tornar mais fraca e precária a base econômica da autonomia local. Basta dizer que, enquanto a União arrecadava 63% do total dos impostos, os Estados-Membros percebiam 28% e os Municípios apenas 9%, situação essa que muito se assemelha à atual.

A Emenda Constitucional de 1926 tentou, de maneira tímida, assegurar a autonomia municipal, prevendo, para tanto, tão-somente, a hipótese de intervenção federal (art. 6.º, II, f).

A Constituição de 1934 introduziu as seguintes inovações, em matéria de organização municipal: definiu os assuntos de “seu peculiar interesse” (art. 13, seus incisos e parágrafos), especificando os impostos de sua competência privada e admitindo certo controle sobre a sua administração, passando a autonomia municipal a figurar como princípio imposto às unidades federadas.

A Carta Política de 1937, além de reduzir as receitas locais, nem sequer mencionou a autonomia municipal entre os princípios constitucionais da União.

Sob a Constituição de 1946, restabeleceram-se algumas conquistas municipalistas, assegurando-se a administração própria, a eletividade do prefeito e vereadores, a fixação de tributos de alçada privativa dos Municípios, assim como o dever de transferir para estes parte das receitas arrecadadas pela União e pelo Estado-Membro (REINALDO ANDRADE LIMA ROCHA).

O regime militar, implantado pós-1964 no Brasil, adotando o “modelo econômico” ditado pelos interesses das transnacionais ou multinacionais

(que começaram a dominar por completo os principais segmentos de nossa economia), desfechou um golpe mortal na autonomia dos Municípios, passando, por exemplo, as capitais dos Estados-Membros e outras unidades municipais, consideradas áreas de segurança nacional, a serem privadas do direito de eleição direta dos respectivos prefeitos, sendo que, em ambos os casos, eram eles nomeados pelos governadores do Estado-Membro, em conchavos com o governo da União, sob uma quimérica aprovação das Assembléias Legislativas (art. 15, § 1.º, *a e b*, da Constituição Federal emendada em 1969).

5. *Características e fragilidades do regime federativo brasileiro*

Os constituintes brasileiros de 1891 pensavam que o maior problema político nacional consistia no encontro de uma solução administrativa descentralizadora, capaz de assegurar a sonhada autonomia para as antigas Províncias, da época do Império, que viviam sufocadas sob o poder central. Essa solução, segundo aqueles constituintes, consistia na adoção do regime federativo, de acordo com o modelo constitucional norte-americano.

Rui Barbosa, por exemplo, desde o Império, era favorável ao regime federativo, quer sob a Monarquia, quer sob a República.

Em outras palavras, aqueles nossos constituintes não consideraram que o Estado unitário era a vocação natural de nossa evolução político-administrativa, fundada na tradição municipalista, cujo aprimoramento cumpria desenvolver, em lugar de se deixarem fascinar pelo modelo político estadunidense.

Assim, optou-se pelo regime federativo, bem sucedido nos Estados Unidos da América, em virtude das tradições e características peculiares, típicas da organização e estrutura das antigas colônias inglesas, cujos principais aspectos ressaltaremos adiante.

Estabelecendo um cotejo entre a Federação norte-americana e a brasileira, assim se manifestou Rui: "Nós, ao revés, que passamos da centralização imperial a um regime de federação ultra-americana, isto é, que passamos da negação quase absoluta da autonomia ao gozo da autonomia quase absoluta, nós vociferamos ainda contra a avareza das concessões do projeto que, oferecendo-nos uma descentralização mais ampla do que a dos Estados Unidos (...). Queríamos uma federação sem plágio, uma federação absolutamente original, nunca experimentada, virgem como um sonho de poeta, impecável como uma solução matemática, fechada ao ar livre da realidade (...)" (*Apud RUBEM NOGUEIRA — O Advogado Rui Barbosa*, p. 295).

Tradicionalmente, desde o advento de nossa primeira Constituição republicana (1891), adotamos a estrutura federalista tripartida do Estado, ou seja, o federalismo em três graus: União, Estado-Membro e Município, aquinhoando este com a autonomia, no que concerne ao seu "peculiar

interesse" (art. 68 daquela Carta Política), princípio esse reproduzido nas Constituições subseqüentes, salvo na de 1937.

Acontece que, no decorrer dos anos, a existência republicana foi atropelada pelas intervenções militares, ensejando o advento de estados de sítio, regimes de exceção e ditaduras, estas mais ou menos disfarçadas — sobretudo a partir de 1930 —, práticas essas que impediram a plena realização da autonomia municipal, aspecto nevrálgico da organização nacional, segundo nossas tradições históricas, políticas e econômicas, como vimos.

O fato é que o regime federativo não produziu aqui os desejados resultados, evidenciando, por outro lado, que a chave para a solução da problemática político-administrativa brasileira se encontra na descentralização, partindo-se do desenvolvimento da autonomia municipal, orientação essa, entretanto, que enfrentou duras resistências por parte das oligarquias estaduais, que se encontravam e encontram mais bem servidas, com a chamada "política dos governadores", baseada em conchavos das oligarquias.

A implantação do Estado Novo no Brasil, em 1937, como reflexo da expansão do nazi-fascismo, no âmbito dos países capitalistas, permite hoje avaliar certos aspectos daquela estrutura estatal, altamente centralizada — malgrado proclamar-se Estado Federal —, que gerou o aparecimento de diferentes entidades e organismos regionais específicos, estruturados em autarquias, como vimos acima, permitindo com isso a racionalização do desenvolvimento regional.

Por sua vez, o art. 157, § 10, da Constituição Federal de 1967, previu o estabelecimento de *Regiões Metropolitanas*, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrassem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum, princípio esse reproduzido, em linhas gerais, pelo art. 164 da Constituição emendada em 1969, o que representa uma das facetas do chamado federalismo cooperativo, manifestação do intervencionismo econômico, exercido pela União, do que constitui exemplo a Lei Complementar n.º 20, de 1.º-7-1974, que dispôs sobre a criação de Estados e Territórios, criando ainda a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (TOSHIO MUKAY — *O Regime Jurídico Municipal e as Regiões Metropolitanas*, pp. 81 e ss.).

Em suma, tais fatos servem para demonstrar que o unitarismo dispõe de meios e instrumentos adequados, para promover o desenvolvimento planejado, servindo-se, para tanto, dos princípios do regionalismo.

Em outras palavras, a adoção do federalismo republicano no Brasil, com a criação do Estado-Membro, com uma pretensa autonomia, servindo de organismo intermediário entre a União e o Município, foi uma obra artificial, esdrúxula, estranha às nossas tradições, daí o seu fracasso.

Comparativamente, em relação aos Estados Unidos da América, ocorreram ali vários fatores, que orientaram e consubstanciaram as bases do federalismo, possibilitando a sua viabilidade, tais como a adoção do sistema

jurídico, inspirado no *common law* inglês, ou *lei comum*, tradicional, fundada em usos, costumes e princípios definidos e interpretados pela jurisprudência dos tribunais, o que constitui a "legislação judiciária", segundo o brocardo *Judge made law*, ensejando que a jurisprudência da Suprema Corte assuma a posição de censora política da legislação ordinária, em particular a dos Estados-Membros, numa interpretação constitucional dinâmica.

Ao contrário, no Brasil, seguimos o sistema de direito ocidental europeu, ou do grupo francês, de base romana, que evoluiu no sentido da nítida divisão das funções dos poderes políticos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), segundo a célebre teoria de MONTESQUIEU.

Por outro lado, a Constituição norte-americana é sintética, ao contrário das Cartas Políticas modernas, que são analíticas, como a do Brasil, impossibilitando maior adaptabilidade a condições supervenientes.

Ademais, a União norte-americana dispõe de limitada competência legislativa, em virtude da própria natureza do federalismo ali existente, que reserva aos Estados-Membros o privilégio da elaboração legislativa, da forma mais ampla, em matérias fundamentais (ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA — *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*, p. 8).

Nessa mesma linha de raciocínio, ao estabelecer um paralelo entre a evolução do direito do trabalho, nos EUA e no Brasil, salienta MOZART VICTOR RUSSOMANO que as "antigas colônias inglesas que se foram tornando independentes aglutinaram-se e, pelo caminho da *confederação*, chegaram à forma *federativa* atual dos Estados Unidos da América. Assim, a formação nacional dos Estados Unidos obedeceu a um critério de crescente estreitamento das autonomias locais, ou seja, a um processo de centralização progressiva do Poder, isto é, do poder em geral: do poder político, do poder administrativo e, em consequência, do poder de legislar".

E prossegue: "No Brasil, o processo histórico foi, exatamente, o inverso. A velha colônia portuguesa tornou-se independente e, sob a coroa e o manto do Imperador, transformou-se em um Império unitário, que, apenas após a Proclamação da República, entrou em processo de descentralização, para adquirir a forma federativa (...)." (*Temas Polêmicos de Direito do Trabalho*, p. 36).

Daí resultou que: "O direito do trabalho nos Estados Unidos é fruto quase exclusivo da negociação intersindical, através das convenções coletivas. Isso significa dizer que, no Brasil, o direito do trabalho *vem de cima para baixo*, das leis e dos códigos elaborados pelo Estado para os fatos criados pela vida."

Conclui, afinal: "Os países de legislação codificada, como é o caso do Brasil e das nações latino-americanas, têm suas raízes, sobretudo, no direito romano e, por via dele, no direito germânico, ou seja, no direito

escrito, que nasce da atividade do Estado e que deriva dos princípios teóricos adotados pelo legislador, à luz da doutrina.

O hemisfério dos países do sistema do *common law* reúne as nações anglo-saxônicas, em que o direito é, sobretudo, criação consuetudinária e, muito particularmente, "aquilo que o juiz diz que ele é" (ob. cit., pp. 37 e 38).

A propósito, alguns autores, apressadamente, sustentam que o direito do trabalho no Brasil é eminentemente paternalista, espécie de dádiva do poder estatal, em lugar de fruto das reivindicações operárias, o que constitui evidente equívoco. Quem acompanha a evolução sindical brasileira sabe que as conquistas sindicais aqui ocorreram em função das lutas dos trabalhadores, ou seja, foram alcançadas sob a forma legislativa, como decorrência do sistema de direito, que seguimos tradicionalmente, isto é, escrito, codificado.

Em abono de todo esse raciocínio aqui desenvolvido, acerca da evolução de nossas instituições jurídico-políticas, cumpre ressaltar que Rui Barbosa tinha plena consciência de tais circunstâncias, como o demonstrou, em discurso pronunciado em 16 de dezembro de 1890, no Plenário da Assembléia Constituinte (*Apud RUBEM NOGUEIRA — O Advogado Rui Barbosa*, pp. 294 e ss.).

Todavia, há mais de um século o federalismo norte-americano vem passando por profundas transformações e adaptações às novas circunstâncias surgidas, sobretudo em consequência das duas conflagrações mundiais, como observa PAUL M. BATOR, professor na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard.

Segundo o depoimento do referido professor, vem ocorrendo um ímpeto centralizador nos EUA, como resultado de três forças principais: o processo de industrialização, a criação da enorme economia nacional e o Estado-Administrador, com os seus serviços sociais, criados para fazer face às consequências da industrialização.

Por outro lado, o movimento em prol dos direitos civis também teve um impacto muito importante na vida social e moral estadunidense (*Simpósio sobre a Experiência Constitucional Norte-Americana*, realizado no Rio de Janeiro, em 1985, sob o co-patrocínio da American Bar Association e do Instituto dos Advogados Brasileiros, pp. 42 e 43).

6. Conclusão

Pelo exposto, podemos concluir que a vocação natural, de ordem sócio-político-econômica, da forma de Estado brasileiro é, historicamente, unitarista.

A implantação do federalismo entre nós decorreu de um mito, ou seja, o fascínio emocional exercido pelo modelo político adotado pelos

Estados Unidos da América, modelo esse que seguiu, aliás, a própria vocação histórica daquele país, como vimos, vocação essa caracterizada pela autonomia existente nas antigas colônias inglesas, depois transformadas em Estados-Membros da Federação norte-americana, por isso, essa forma de Estado ali se viabilizou, razoavelmente.

No Brasil, entretanto, sempre estiveram profundamente enraizadas as tradições unitaristas, herdadas desde as primeiras décadas de nossa colonização, cujas instituições político-jurídico-econômicas se regiam pelas tradições da Metrópole portuguesa.

A maior prova da sobrevivência, latente e atual, de nossa vocação unitarista tem sido demonstrada pelos nossos próprios constituintes que, contraditoriamente, vêm elaborando sucessivas Cartas Políticas, proclamando a forma federativa do Estado, mas atribuindo à União uma extensa gama de competência legislativa, altamente centralizadora, capaz de causar inveja a qualquer Estado unitário.

Pior de tudo, foi a intransigência desses constituintes brasileiros, ao criar uma barreira constitucional intransponível, ao impedir, sequer, o encaminhamento de qualquer projeto de reforma da Constituição, tendente a substituir o esdrúxulo federalismo aqui implantado, irremovível, em face do disposto no art. 47, § 1.º, da Constituição vigente.

Na verdade, por trás de tudo isso, está patente a influência do chamado complexo político-econômico-militar, que se congrega, acirradamente, em torno da manutenção do reduto federativo do Estado-Membro, como estratégia, porque isso é conveniente, dado que propicia a chamada "política dos governadores", capaz de assegurar os conchavos entre as oligarquias estaduais, mantendo o poder e as decisões em poucas mãos, como melhor forma de perpetuar o regime de exploração econômica, dominação política e repressão generalizada do povo, em seus arroubos e veleidades democratizantes.

Com efeito, o Estado unitário, em seus desdobramentos democráticos, na combinação com o regionalismo, induz ao desenvolvimento do municipalismo, possibilitando o acesso das amplas camadas populares ao poder do Estado, através da participação daquelas, nas múltiplas instituições comunitárias — haja vista que o Brasil possui cerca de 4,5 mil Municípios —, cuja estrutura administrativa é bem menos elitista do que a dos Estados-Membros, a começar pelo número restrito destes.

Em suma, nessa fase de elaboração constitucional, é preciso que a consciência jurídica progressista do País manifeste aos constituintes a inconveniência de reproduzir, mecanicamente, no texto da futura Constituição, aquele obscurantista e espúrio dispositivo, já referido, que veda, inapelavelmente, a possibilidade de oferecimento de qualquer projeto, no sentido de substituir a organização federativa em nosso País.

Da arbitragem e seu conceito categorial

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor titular único de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Histórico. 3. Fundamento moderno do instituto. 4. Arbitragem internacional de direito privado. 5. Arbitragem internacional de direito público. 6. A figura do "árbitro". 7. Conclusão: elementos integrantes da definição.

1. Introdução

TITO CARNACINI, professor titular de Direito Processual Civil, na Universidade de Bolonha, autor da Monografia *Arbitrato Rituale*, que se encontra no *Novissimo Digesto Italiano*, publicado pela UTET (Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958), traduzida para o castelhano por Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, 1961, Ediciones Jurídicas Europa-América), inicia seu trabalho, salientando: "A leitura de recente sentença, prolatada pelas Seções Reunidas da Corte de Cassação, em 9 de maio de 1956, sob a presidência do jurista Brunelli (cf. *Foro Italiano*, 1956, vol. I, pp. 847 e seguintes), verdadeiramente notável pelo profundo exame dos problemas então tratados e pelo esforço para resolvê-los de maneira orgânica, levou um de nossos mais consagrados especialistas em processo a meditar sobre a superficialidade dos conhecimentos correntes, relativos ao tema da arbitragem e a afirmar que se trata de matéria, na qual tudo está ainda por fazer-se" (cf. TITO CARNACINI, *Novissimo Digesto Italiano*, sub voce "Arbitrato Rituale" e a tradução espanhola, citada, *Arbitraje*, p. 11).

Poderíamos dizer que, três décadas depois, em 1987, o instituto da *Arbitragem*, em nosso País, ainda ensaia os primeiros passos, se bem que a literatura estrangeira a respeito ofereça excelente material de trabalho para pesquisas e colocações jurídicas, neste relevante capítulo do direito internacional.

Pretendendo contribuir, na construção pátria, indagando a respeito da definição da *Arbitragem*, empreendemos prolongada busca bibliográfica, a fim de atingir o passo inicial, neste complexo campo da ciência jurídica, principiando por tentar a *definição do instituto*, quer no campo do *direito internacional privado*, quer no âmbito do direito internacional público, para, como conclusão, chegar a uma definição *in genere*, não comprometida com nenhum dos dois campos, mas que sirva para ambos.

Lato sensu, em definição categorial, que pretende abranger todas as espécies, definimos a *arbitragem*, ainda não comprometida com nenhum ramo da ciência jurídica, como "o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida".

2. *Histórico*

Para que bem se compreenda o instituto da *arbitragem*, indispensável é assinalar-lhe alguns dos pressupostos, a começar por breve apanhado de sua evolução, no tempo.

Na mitologia grega, vamos encontrar o lendário Páris, filho de Príamo e Hécuba, no monte Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Hera e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destinada pelos deuses à mais bela, pleito decidido a favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, depois, por esse juiz, o que deu, como resultado, a guerra de Tróia.

Outros exemplos encontram-se, ainda, na Grécia, como se vê, nos poemas de Homero e, em especial, na *Iliada*, Canto XIII, vs. 486 (citação de ANGHELOS C. FOUSTOUCOS, no livro *L'Arbitrage Interne et International en Droit Privé Hellénique*, 1976, p. 3, nota 1, mas que não coincide com o original de Homero), onde o juiz-árbitro se denomina "Istor", o que sabe, o sábio. Cita-se também o julgamento da Lei de Gortina (cf. L. GERNET, *Droit et Société dans la Grèce Ancienne*, Paris, 1964, pp. 108 a 110).

O *arbitramento*, como acima se definiu, de modo categorial, em tese, aparece em toda a Grécia clássica, onde representa, em relação à *justiça do direito comum*, concepção diferente, mais antiga, e, no entanto, mais rápida, mais brilhante, "plus nuancée" (cf. U. E. PAOLI, no verbete DIETETI, inserto no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, 1960, pp. 604-605, citado por ANGHELOS C. FOUSTOUCOS, *L'Arbitrage...*, cit., p. 3, nota 5).

Nas diferentes Cidades-Estados, ou "polis", aparece a figura do *árbitro*, como no direito ático, em que esse julgador, contrastando com o juiz estatal, que se prende às regras jurídicas processuais, decide o litígio de modo breve, com o "sim" ou o "não", adotando, na íntegra, a colocação de um dos contendores, dizendo-se, na época, que o *árbitro* tinha a possibilidade ou faculdade de julgar, *conforme a equidade*, a "epieiquia", ao passo que o juiz julgava *conforme a lei*.

ARISTÓTELES, na *Retórica* (I, 13, 1374 b, 420), ressalta também que o *árbitro* visa à *equidade*, enquanto que o juiz visa à *lei*, motivo por que se criou o *árbitro*, para que se pudesse invocar a equidade.

Regra geral, em Atenas e nas demais Repúblicas helênicas, as funções do *árbitro* se repartiam por duas fases, a fase da *tentativa de conciliação*, em que o julgador procurava resolver o litígio, e a *fase puramente arbitral*, em que a sentença era proclamada (cf. ANGHELOS C. FOUSTOUCOS, *L'Arbitrage...*, cit., p. 4).

Se a prova apresentada por uma das partes era decisiva, incontestável, o *árbitro* pura e simplesmente acolhia e dava o veredicto, confirmando o que tinha sido demonstrado. Em caso contrário, a *decisão refletia a convicção pessoal do julgador*, que sacramentava a sentença por meio do juramento.

DEMÓSTENES, no *Discurso contra Medius*, faz referência ao instituto que estamos expondo: "se as partes têm divergência, concernente a suas obrigações privadas, e desejam escolher *árbitro*, é lícito que designem quem entenderem, mas quando escolherem o *árbitro*, de comum acordo, é de rigor que se atenham rigidamente ao que ele decidiu, não apelando da sentença a outro tribunal, pois a decisão deve ser definitiva, suprema" (cf. CHARLES CARABIBER, *L'Arbitrage International de Droit Privé*, 1960, p. 5).

Entre os antigos hebreus, os litígios de direito privado eram todos resolvidos pela arbitragem, havendo mesmo um *colegiado*, a *Beth-Din*,

formada de três árbitros, "doutores da lei", dotados de competência, em todos os assuntos (cf. COHEN, *Commercial Arbitration and the Law*).

Em Roma, a *arbitragem* surge com a extensão dos poderes do juiz e a "justitia bonae fidei". O "receptum compromissum" e a "exceptio conventi" do direito pretoriano, contraposto ao *jus civile*, adaptam a "litis contestatio" às necessidades desta forma de solução dos litígios. Desse modo, no início da civilização, de onde recolhemos a dupla herança, encontramos a implantação da arbitragem (cf. CHARLES CARABIBER, *L'Arbitrage...*, cit., p. 6).

Para a concretização do pacto celebrado, o pretor outorgava às partes o emprego da "actio bonae fidei": *arbitrator in causis bonae fidei*. Sem ficar preso às fórmulas, o árbitro julga, conforme o que lhe pareça mais de acordo, adstrito à fórmula estabelecida, ao direito rígido, ao *jus civile*. CÍCERO, no *Discurso em defesa de Roscio*, ou *Oratio pro Roscio Comoedo*, procura traçar paralelo entre *árbitro* e o juiz dizendo: "Uma coisa é o julgamento, outra a arbitragem. Comparece-se ao julgamento para ganhar ou perder todo o processo. Tomam-se árbitros com a intenção de não perder tudo e de não obter tudo".

SÊNECA, o filósofo, no *De Beneficiis*, III, 7, escreve: "Quando a causa é boa, prefere-se o magistrado ao árbitro, porque o primeiro é preso à fórmula e encerrado em limites que não pode ultrapassar, ao passo que o segundo é livre e sem limites".

Não existe apelação para as sentenças arbitrais. Na compilação de Justiniano, os princípios clássicos são alterados. Justiniano atribuiu valor intrínseco à sentença arbitral, quando as partes se comprometem por juramento, conformando-se ao que for decidido, ao mesmo tempo que o árbitro promete, sob juramento, também, desempenhar o mandato que lhe foi outorgado. A parte, tendo tido ganho de causa, podia depois ajuizar ação real útil ("condictio ex lege ou actio in factum"), a fim de obter a intervenção do magistrado para executar a sentença, procedimento que se assemelha de certo modo à ordem do *exequatur* do direito francês moderno, talvez se filiando este ao que se fazia em Roma, na época justinianéia, mas Justiniano não conservou o sistema porque as partes cometiam perjúrio, frequentemente, para anular o efeito da sentença arbitral, decidindo que o magistrado só deveria intervir para fazer executar a sentença, quando a convenção fosse acompanhada de sanção (cf. MARGUERITE LANDRAU, *L'Arbitrage dans le Droit Anglais et Français Comparés*, 1932, pp. 11-12).

O Apóstolo São Paulo, na Epístola aos Coríntios, Capítulo I, versículo 6, assinala dois traços típicos, que devem estar presentes no juízo arbitral: a) a livre escolha feita pelas partes; b) o tipo de árbitro, que deve ser da mesma fé (religião, classe, casta) ou que adote os mesmos princípios dos

litigantes. Assim, que infieis ou pagãos julguem seus pares, cristãos, que homens de fé julguem os fiéis. Um santo nunca deverá julgar o infiel, nem o infiel deverá julgar o fiel (cf. MARGUERITE LANDRAU, *L'Arbitrage...*, cit., p. 21, e CHARLES CARABIBER, *L'Arbitrage...*, cit., p. 6).

“As partes, na arbitragem, são, de qualquer modo, julgadas por seus pares. E ainda, o que é mais, as partes devem escolher seus juizes, e basta isto para que a sentença lhes pareça mais justa. Esta livre escolha do julgador pode ser considerada como importante prerrogativa, pois os que são ligados a uma fé ou a princípios gostam de ser julgados por homens que perseguem o mesmo ideal” (cf. MARGUERITE LANDRAU, *L'Arbitrage...*, cit., p. 21).

O que importa é que as partes tenham tido a vontade e a convicção de dar ao árbitro escolhido poder jurisdicional (cf. JEAN ROBERT e BERTRAND MOREAU, *Droit Interne et Droit International de l'Arbitrage*, 5.^a ed., 1983, p. 1).

Os países da Europa, na Idade Média, conheciam o instituto da arbitragem, desde o século XII, sendo que os *Repertórios consuetudinários* continham regras minuciosas a respeito do compromisso da arbitragem e, em especial, para a solução das controvérsias familiares.

A arbitragem, nos mercados e feiras, como também nos tribunais marítimos locais, instalados nos portos, era freqüente, como o demonstra o papel das *Guildas*, no século XIV, que tinham organizado o instituto entre os negociantes, membros a elas filiados. Achamos expressa referência à arbitragem, em 1347, nos *Year Books*, e, em 1583, o direito costumeiro da Normandia assinalava o regulamento das contestações sobre o famoso “casamento futuro” (“*mariage avenant*”) das jovens, como compensação de sua exclusão da sucessão paterna (cf. CHARLES CARABIBER, *L'Arbitrage...*, cit., p. 21).

3. *Fundamento moderno do instituto*

A expansão econômica nacional e mundial do comércio é responsável pela relevância do instituto da arbitragem, em nossos dias, podendo-se, como consequência, afirmar que “não é possível a existência, hoje, de contrato internacional sério, sem que ele tenha sido proporcionado por uma convenção de arbitragem” (JEAN ROBERT e BERTRAND MOREAU, *Droit Interne et Droit International de l'Arbitrage*, cit., p. 2 da *Introdução*).

É, sem dúvida alguma, em matéria de comércio internacional que a arbitragem aparece com toda sua pujança, ou melhor, afirmando sua indispensabilidade.

Na verdade, julgamento que vai produzir efeito além das fronteiras, onde se realizou, leva os contratantes a longa meditação, quando se trata de proceder à execução diante de sistemas jurisdicionais estrangeiros, com técnica e língua estranhas. E até quando o julgamento é realizado, em seu país, surge de imediato o problema de execução, no estrangeiro (cf. JEAN ROBERT e BERTRAND MOREAU, *Droit Interne et Droit International de l'Arbitrage*, cit., p. 2 da *Introdução*).

4. Arbitragem internacional de direito privado

A arbitragem internacional de direito privado tem sido definida, *a priori*, por todos os especialistas que cogitam do tema.

JEAN ROBERT e BERTRAND MOREAU definem a *arbitragem*, *in genere*, como “a instituição que tem por objeto a solução de litígio, por autoridade privada, litígio que é, assim, subtraído à jurisdição de direito comum” (cf. JEAN ROBERT e BERTRAND MOREAU, *Droit Interne et Droit International de l'Arbitrage*, cit., Definição, B1), definição que também se encontra em outro livro de JEAN ROBERT, *Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé*, 4.^a edição, Paris, 1968.

“Arbitragem é faculdade dada às partes de subtrair as controvérsias que as dividem ao julgamento dos Tribunais do Estado, submetendo-as a juízes escolhidos por elas e que se denominam *árbitros*” (cf. GARSONNET, *Traité Théorique et Pratique de Procedure Civile et Commerciale*, 3.^a ed. atualizada por César-Bru, em *L'Arbitrage dans le Droit Anglais et Français Comparés*, cit., pp. 3-4, e nota 1, de MARGUERITE LANDRAU).

A *arbitragem de direito privado* tem de ser situada dentro do processo de desenvolvimento do comércio, pois é consequência do fenômeno geralmente aceito da denominada *comercialização da atividade privada*, ou, em outras palavras, da generalização das balizas jurídico-mercantis, apresentando-se, assim, como solução superadora de conflitos, que sai do rigoroso formalismo do procedimento judicial para alcançar a satisfação de interesses que ficarem em situação de colisão (cf. RAFAEL JIMENEZ DE PARGA, no *Prólogo* do livro *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, de JOSE MARIA CHILLON MEDINA e JOSE FREDERICO MERINO MERCHAN, Madrid, 1978).

MEDINA e MERCHAN, no capítulo IV da obra citada, p. 87, na seção intitulada *Construção conceitual da arbitragem*, principiam por acentuar que “o estudo da *natureza jurídica da arbitragem*, tema controvertido, no âmbito da doutrina, exige que, previamente, se demarque seu *conceito* para que, através deste, se possa abordar e compreender as diver-

sas posturas sobre o caráter do instituto”, devendo considerar-se a arbitragem como “figura genérica, dentro da qual surgem peças relacionadas, se bem que suscetíveis de serem analisadas, independentemente umas das outras”, concluindo por definir a *arbitragem* como “a instituição jurídica, mediante a qual duas ou mais pessoas estabelecem que certa controvérsia, especificamente determinada e existente entre elas, seja resolvida conforme procedimento legalmente estabelecido por terceiro ou terceiros, designados voluntariamente, a cuja decisão expressamente se submetem, quer seja esta ditada conforme o direito, quer seja ditada pela equidade” (cf. MEDINA e MERCHANT, *Tratado* . . . , cit., p. 87).

ANGHELOS C. FOUSTOUCOS, doutor em direito pela Universidade de Paris e advogado na Corte de Atenas, em sua tese de doutorado, prefaciada por Berthold Goldman, define a *arbitragem*, de acordo com a atual concepção helênica, que, aliás, conhece apenas a forma voluntária do instituto, do seguinte modo: “*arbitragem de direito privado* é o conjunto dos atos e operações que tem por finalidade resolver litígio de direito privado, em virtude de convenção entre as partes interessadas, por juizes privados, não designados pela lei, mas escolhidos pelas partes” (cf. *L'Arbitrage* . . . , cit., pp. 29-30).

RENÉ DAVID, o comparatista, no livro *L'Arbitrage dans le Commerce International*, Paris, 1982, define a *arbitragem* como “a técnica que tem por objetivo dar solução a questão que interessa às relações entre duas ou várias pessoas, confiando-a a uma ou mais pessoas, o árbitro ou árbitros, que têm poderes, derivados de convenção privada, e que decidem, na base da convenção feita, sem estarem investidos, pelo Estado, nessa missão”.

IRINEU STRENGER, criticando os que “acreditam na unicidade conceitual da arbitragem e formam, muitas vezes, convicções equívocas a respeito de seu objeto”, define assim o instituto: “*arbitragem* é instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante tribunais estatais” (*Contratos Internacionais do Comércio*, São Paulo, ed. da RT, 1986, pp. 196-197).

5. *Arbitragem internacional de direito público*

CELSO ALBUQUERQUE MELLO, estudando a *arbitragem*, no direito internacional público, principia o capítulo oferecendo a definição categorial do instituto, conceituado pelo ilustre professor como “o modo pacífico de solução dos litígios internacionais por meio de juizes escolhidos pelas partes litigantes” (cf. *Direito Internacional Público*, 8.^a edição, Rio, Freitas Bastos, 1986, vol. II, p. 989).

“O regulamento dos conflitos”, escreve LOUIS DELBEZ, “consiste no poder, reconhecido a um terceiro, de resolver a divergência com base no direito existente, por uma decisão juridicamente obrigatória. Apresenta-se o regulamento jurisdicional sob duas formas: a *forma arbitral* e a *forma judiciária*. Não há entre essas duas formas diferenças *de natureza*, mas apenas *de organização*. A solução arbitral é confiada a um tribunal ou a um juiz do momento, constituído ou designado *ad hoc*, de pleno acordo entre as partes, ao passo que a solução judiciária é confiada a verdadeira jurisdição, ou seja, a organismo pré-constituído, cuja composição não depende das partes. Nos dois casos, a sentença tem autoridade ou valor de coisa julgada, impondo-se com força obrigatória absoluta, com a única reserva da apelação ou da revisão, quando estas vias de recurso — excepcionais em direito internacional — foram organizadas” (cf. *Manuel de Droit International Public*, 1951, pp. 266-267).

CHARLES CARABIBER, em sua monografia *L'Arbitrage International de Droit Privé*, cit., procura traçar o paralelo entre a *arbitragem internacional de direito público* e a *arbitragem internacional de direito privado*, assinalando, primeiro, que “a evolução de ambas caminha quase paralelamente”, não obstante “a diferença entre os dois tipos de arbitragens e o domínio próprio de cada uma delas”.

Em princípio, a *arbitragem “entre Estados”* é *arbitragem internacional pública* e a *arbitragem “entre particulares”*, no plano supranacional, é *arbitragem internacional privada*, mas a arbitragem entre Estados visa, muitas vezes, a interesses privados, mas este último tipo interessa principalmente aos particulares e o procedimento de endosso é ainda hoje necessário para que os jurisdicionados de um país possam fazer valer seus direitos perante outro Estado. “Examinando-se diversas arbitragens que deram lugar a processos entre Estados, verifica-se que se trata, na maioria dos casos, de interesses privados, cuja defesa o Estado tem tomado nas mãos, em decorrência do poder discricionário, que lhe é inerente, tutela esta que tem suscitado críticas por causa da arbitrariedade que as caracteriza” (CHARLES CARABIBER, *L'Arbitrage...*, cit., p. 3). “O que se convencionou denominar de arbitragem de direito público não merece esta denominação a não ser por causa da intervenção do Estado, quando este resolve defender interesses de seus jurisdicionados, avalizando-lhes as reclamações” (CHARLES CARABIBER, *L'Arbitrage...*, cit., p. 4).

Traçando-se o paralelo entre os dois tipos de *arbitragens*, podemos, em síntese, assinalar, na *arbitragem internacional de direito público*, os seguintes traços: a) a grande repercussão, impressionando os espíritos, em todo mundo, já que se reveste de grande publicidade; b) as divergências principais são resolvidas pela via diplomática; c) mais formalista, por

motivos impostos pelo direito internacional ou pela política governamental; *d*) a sentença proferida pelo árbitro é irrecorrível, tendo força de coisa julgada, esgotando-se, assim, a via recursal; *e*) fundamenta-se na *bona fides* dos Estados, porquanto os meios de coação são condenados pelo direito internacional.

Caracteriza-se, ao contrário, a *arbitragem internacional* de direito privado como: *a*) sigilosa, não tendo repercussão, e a ausência de publicidade é traço positivo ou de vantagem para o emprego do instituto; *b*) as divergências entre particulares são resolvidas pelo árbitro; *c*) menos formalista, mais rápida, mais eficaz; *d*) a sentença proferida pelo árbitro é recorrível, estando, assim, a arbitragem sob a égide do Poder Judiciário, tendo o prejudicado, a seu dispor, toda a série de recursos que o direito lhe faculta; *e*) apresenta número maior e mais importante de litígios a serem resolvidos; *f*) admite processos de execução, para efetivar-se a sentença, recorrendo-se à força, em caso de resistência.

Pontos comuns, no entanto, existem entre ambos os tipos de arbitragens, distinguindo-se, como fundamental, a *voluntariedade*, não a *obrigatoriedade*. E, em segundo lugar, a livre escolha pelos litigantes.

6. A figura do "árbitro"

O árbitro, quer no direito interno, quer no direito internacional privado, é pessoa física, cidadão, classificando-se como juiz, cuja conduta deve revestir-se da maior serenidade, caracterizando-se, conforme esclarece LOUIS RENAULT, no *Prefácio* que escreveu para a *Coletânea das Arbitragens Internacionais*, de LA PRADELLE e POLITIS, vol. I, p. X, como o "homem político, o diplomata, o magistrado, o juriconsulto de profissão, imbuído, no mais alto grau, dos interesses do país em que nasceu, tendo consciência do papel que desempenha, pelo que deve munir-se de espírito judiciário para apreciar a dificuldade que lhe é confiada".

Onde recrutar o árbitro? Como assegurar a formação perfeita de um colegiado de árbitros internacionais?

O crescente número de *arbitragens internacionais* teve, como consequência, a necessidade urgente da formação de árbitros qualificados, selecionados entre pessoas cultas, professores universitários, advogados, juizes, pesquisadores ligados a institutos tecnológicos, a laboratórios, que se salientaram em suas respectivas especialidades.

Pergunta-se, a respeito: magistrados, em exercício, podem ou não podem funcionar como árbitros? Chocar-se-ia a escolha com alguma disposição legal?

Em muitos países, como Grécia e Itália, não há proibição de que o juiz, em exercício, seja árbitro, mas, neste último país, a aceitação da função de árbitro está subordinada à autorização da justiça.

Na Inglaterra, podem aceitar o papel de árbitro os juizes que se encontram sob o regime de tempo parcial ("part-time"), não os que se encontram em tempo integral ("full-time"), pois os primeiros podem advogar e, assim, nesta última condição, funcionam legalmente como árbitros. A proibição existe para os juizes dos Tribunais dos Condados, que não podem ser árbitros, recebendo honorários pela atuação realizada.

Na Bélgica, o juiz pode, legalmente, aceitar as funções de árbitro, desde que nada receba pelo serviço desempenhado. Na Espanha e na Holanda, a proibição é total, sendo que, naquele primeiro país, apenas os advogados em exercício podem exercer papel de árbitro, nas arbitragens de direito.

Na França, o art. 378, alínea 8, do Código de Processo Civil prescreve, como causa de recusa, o fato, para o magistrado em exercício, de ter conhecido, como árbitro, litígio submetido à jurisdição de que faz parte, o que lhe impede o direito de ser árbitro. Na Suíça, é total a liberdade dos magistrados, em atividade, de aceitar funções de árbitro.

Quer na França, quer na Suíça, inúmeros são os casos de magistrados, de diversos graus, que desempenharam, a contento, funções de árbitros internacionais.

O problema da formação técnica de um corpo de *árbitros* internacionais é tão importante que, na Inglaterra, foi criado o "British Institute of Arbitrators", encarregado dessa tarefa (cf. a respeito CHARLES CARABIBER, *L'Arbitrage* . . . , cit., pp. VIII-IX do *Prólogo*).

A existência de uma *justiça internacional de direito privado*, diversa e independente da *justiça internacional de direito comum*, em todos os países é razão suficiente para que se instalem em todos os países escolas de formação de *árbitros* para conhecimento e solução do *contencioso internacional* e, a respeito, não se encontrou melhor instrumento ainda do que a *arbitragem*.

7. Conclusão: elementos integrantes da definição

O objetivo deste trabalho foi o de conceituar a *arbitragem*, como *categoria jurídica*, ou seja, captar, numa proposição, o instituto, *in genere*,

não comprometido ainda com nenhum ramo do direito, chegando, assim, à definição obtida por abstração, retirando de cada ramo os acidentes e caminhando no sentido de generalização máxima.

Arbitragem é, como dissemos, o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Analisemos os elementos ou termos constantes da definição estruturada.

— *Sistema especial de julgamento*, porque o árbitro tem o papel de distribuidor de justiça, “dando a cada um o que é de direito”.

— *Procedimento, técnica e princípios*, porque a arbitragem é *sui generis*, não sendo “regrada” pelo direito comum.

— *Força executória*, porque dotado de auto-executoriedade, passando da “teoria” à “prática”, assim que proferida a decisão.

— *Reconhecida pelo direito comum*, porque a Justiça do Estado leva em conta aquilo que foi decidido na justiça arbitral, como se observa nos diferentes Códigos de Processo Civil dos Estados.

— *Direito comum*, porque este é sempre ponto de referência, quando se conceitua a arbitragem.

— *Conflito de interesse*, porque as partes que procuram a solução arbitral estão sempre em choque, ou discordância, sobre um ou vários pontos de direito.

— *Escolha de comum acordo*, porque o árbitro não é “imposto” pelo Estado, mas resulta de livre escolha por parte dos litigantes.

— *Contratualmente*, porque, não obstante a divergência entre os autores, a natureza jurídica do juízo arbitral é contratual.

— *Árbitro, pessoa ou pessoas física(s)*, porque o julgador ou é órgão singular ou coletivo.

— *Solução da pendência*, porque, do mesmo modo que o juiz do direito comum, o árbitro procura fazer justiça, “dando a cada um o que é de direito”.

— *Aceitação da decisão*, porque, como se disse acima, sendo a arbitragem instituto de caráter contratual, não podem as partes que, de comum acordo e livremente, fizerem acordo romper *a posteriori* o que foi pactuado.

BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA, Luís Olavo. *Contratos Internacionais*. RF, vol. 270, 1978.
- CARABIBER, Charles. *L'Arbitrage International de Droit Privé*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960.
- CARNACINI, Tito. *Arbitrato rituale. Novissimo Digesto Italiano*. Torino (UTET), 1958. Tradução espanhola de Santiago Sentis Melendo, sob o título *Arbitraje*, Buenos Aires, 1961.
- CHILLON MEDINA, José Maria e MERINO MERCHAN, José Frederico. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid, Civitas, 1978.
- DAVID, René. *L'Arbitrage dans le Commerce International*. Paris. Coleção de Estudos Comparativos, 1982.
- DELBEZ, Louis. *Manuel de Droit International Public*. Paris, R. Pichon et Durand-Auzias, 1951.
- FOUSTOUCOS, Anghelos C. *L'Arbitrage Interne et International en Droit Privé Hellénique*. Paris, Librairies Techniques, 1976. Prefácio do Prof. Berthold Goldman, prêmio Levy-Ullmann, da Chancelaria das Universidades de Paris.
- GRANDINO RODAS, João. *Contratos Internacionais*. São Paulo, RT, 1985.
- LANDRAU, Marguerite. *L'Arbitrage dans le Droit Anglais et Français Comparés*. Paris, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie., 1932.
- ROBERT, Jean et MOREAU, Bertrand. *Droit Interne et Droit International de l'Arbitrage*. 5ª ed. Paris, J. Delmas et Cie., 1983 (1ª ed., Jurisprudence Générale Dalloz, 1971).
- ROBERT, Jean. *Arbitrage Civil et Commercial en Droit International Privé*. 4ª ed., Paris, Dalloz, 1967.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comércio*. São Paulo, RT, 1987.

O juízo arbitral no direito brasileiro

CLOVIS V. DO COUTO E SILVA

Catedrático de Direito Civil da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Introdução

1. É corrente a observação de que existem países mais e outros menos inclinados à adoção do juízo arbitral. Ainda quando o progresso da técnica pudesse estar a indicar a necessidade de especialização nos julgamentos, e ainda quando se pudesse deduzir que os tribunais comuns, de jurisdição ordinária, dela carecem, ainda assim os juízos arbitrais brasileiros se constituem em fato extremamente raro. Acresce que nosso País adotou o denominado "Estado Judicial", em regra expressa de sua Constituição, pois toda e qualquer lesão a direito não pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário⁽¹⁾. Essa disposição é tradicional em nosso direito público. Alguns autores concluíram que o juízo arbitral infringiria o aludido preceito constitucional, porquanto, sendo a sentença do juízo arbitral terminativa, através dela se teria excluído da apreciação do Poder Judiciário alguma questão de direito. É uma orientação, evidentemente, extremada e, por isso mesmo, não deve ser acolhida.

Estabelecido o juízo arbitral, detém ele competência plena para resolver a controvérsia a ele submetida. Como o juízo arbitral está intimamente vinculado com o modelo jurídico da transação, somente os direitos disponíveis é que podem ser objeto desta jurisdição.

(1) Constituição da República Federativa do Brasil, art. 153, § 4º.

2. Em muitos países, e os Estados Unidos parecem ser um bom exemplo, a adoção ampla do juízo arbitral vem de data recente; e se vincula à circunstância de a legislação ter favorecido a sua utilização. Foi a partir da legislação permissiva do Estado de Nova Iorque, em 1920, que se começou a dar maior atenção à arbitragem, alcançando hoje ampla aplicação⁽²⁾.

Na Europa, é possível constatar existirem alguns países que são mais favoráveis à arbitragem do que outros.

Não se podia dizer, pelo menos até data recente, que o direito francês fosse favorável à arbitragem, porquanto nele se fazia uma distinção, aliás, tradicional, entre cláusula compromissória e compromisso. A cláusula compromissória configura-se como uma disposição relativa a litígio futuro; mas não é bastante em si, sendo necessário que sobrevenha, depois da ocorrência do litígio, nova convenção, denominada de compromisso, esta, sim, suficiente para constituir o juízo arbitral⁽³⁾. A esta orientação filiou-se o direito brasileiro. A matéria foi, desde logo, regulada no Código Civil de 1916 e só posteriormente recebeu consagração nos Códigos de Processo Civil de 1939 e, por fim, no de 1973, atualmente em vigor. Apesar de existirem decisões mais liberais, pode-se afirmar que, na generalidade dos casos, a cláusula compromissória não produz nenhum efeito jurídico.

Há países em que o juízo arbitral ganhou enorme relevância, parecendo suficiente mencionar os Estados Unidos, onde se julgam, por ano, em média, 200 mil casos, número expressivo e que dá a medida do conceito em que é havido esse tipo de julgamento⁽⁴⁾.

(2) O *Federal Arbitration Act* é de 1925. Nos Estados Unidos, a legislação não era favorável aos juízos arbitrais, porque eles retiravam a jurisdição dos tribunais (*oust the jurisdiction of Courts*) e eram contrários à *public policy* do Fórum. Os Estados Federados passaram a adotar legislações permissivas de instituições de juízos arbitrais, disseminando-se a sua prática. Não se pode esquecer o trabalho da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI), que aprovou, em 21 de julho de 1985, uma Lei-Modelo sobre a arbitragem internacional, resultado de um esforço que remonta a 1966, ao próprio ano da criação da CNUDCI (ver a respeito M. A. BENTO SOARES e R. M. MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, Coimbra 1986, pp. 319 e segs.).

(3) O CPC francês de 1896 contém as disposições dos arts. 1.003 a 1.028 contrários à admissão ampla dos juízos arbitrais. Todavia, o Protocolo de Genebra, de 1923, influiu no direito comercial francês, adotando a Lei de 31-12-1926 juízos arbitrais sobre litígio futuro em matéria comercial. A disposição mais recente a respeito de arbitragem é o D. 80-354, de 14-5-1980; ver a respeito ERNST MEZGER (*Überblick über das Französische Recht der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Reform; Dekret vom 14-5-80*, in: ZJP, 94, 1981, 117-165), que fez uma comparação com o direito atual vigente na Alemanha. Para uma comparação entre o direito inglês e norte-americano, ver THOMAS E. CARBONNEAU, *Étude historique et comparée de l'arbitrage*, in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1984, pp. 727-781.

(4) HOWARD HOLSTMANN, "The first Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes", in: *The Business Lawyer* 33, 1977, p. 309.

Entre nós, não é comum a adoção do juízo arbitral. Há uma inclinação em favor da jurisdição comum, sendo as questões, quase sempre, decididas pelo Poder Judiciário.

Não possuímos Câmaras de Comércio especializadas que poderiam de alguma maneira colaborar para a difusão de julgamentos, através de árbitros. Inexistentes essas câmaras, o juízo arbitral não é praticamente utilizado.

3. Para que se possa ter uma idéia da arbitragem, segundo o direito interno e internacional, é necessário esclarecer, desde logo, as disposições fundamentais do direito comum e do direito internacional privado. Em matéria de contratos, e o compromisso é um deles, vigora o art. 9.º da Lei de Introdução, segundo o qual "as obrigações são reguladas pelas leis do país em que se constituírem". Consagra-se em toda a extensão o princípio da autonomia da vontade limitado no que mais importa pelos bons costumes, pelas disposições consideradas de ordem pública. O princípio da autonomia da vontade tem, aliás, categoria constitucional, pois "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (5).

Parece importante analisar as condições jurídicas do compromisso (I) e a sua eficácia (II) para que se revele a estrutura básica do juízo arbitral no direito brasileiro.

I. As condições jurídicas do compromisso

4. Conforme o exposto, no direito brasileiro faz-se a distinção nítida entre cláusula compromissória e compromisso. A adoção, portanto, de uma cláusula compromissória que viesse a prever litígio futuro teria pouca ou nenhuma eficácia. Mas poder-se-ia discutir se daí resultaria ou não uma obrigação de fazer, considerando-se a cláusula compromissória como uma espécie de contrato preliminar à realização do compromisso. Se, depois, uma das partes entendesse de não submeter ao juízo arbitral, previsto na cláusula compromissória, a controvérsia teria infringido obrigação de fazer, e seria, para logo, obrigada a indenizar. Há, porém, um óbice de natureza prática: como se poderia mensurar o prejuízo decorrente da não submissão de uma controvérsia ao juízo arbitral e sim ao juízo comum? Em princípio, não se poderia visualizar, salvo as custas e as despesas processuais, que poderiam ser maiores na justiça comum, nenhum prejuízo. Mesmo que se entenda que a cláusula compromissória possa ser constituída em contrato preliminar à realização de um futuro compromisso, ainda assim, não teria aplicação prática, pois da lesão da obrigação de fazer não resultaria nenhum dano.

5. O atual Código de Processo Civil regulou minuciosamente o compromisso nos arts. 1.072 e segs. Entre os requisitos estão a capacidade das partes e o fato de serem os direitos objeto de compromisso necessariamente disponíveis, transacionáveis.

(5) Constituição da República Federativa do Brasil, art. 153, § 2º.

As disposições que definem o contrato de compromisso estão disciplinadas no artigo 1.074 do CPC, segundo o qual: "o compromisso conterà, sob pena de nulidade: I — os nomes, profissão e domicílio das pessoas que instituírem o juízo arbitral; II — os nomes, profissão e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para o caso de falta ou impedimento; III — o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor; IV — a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos peritos e das despesas processuais (art. 20)". Essas disposições determinam as hipóteses de nulidade do compromisso, devendo-se acrescentar que o compromisso, como ato jurídico, se submete também a outras hipóteses de nulidade e anulabilidade previstas na Parte Geral do Código Civil, especialmente nos arts. 86 e segs. e 145.

6. Os dois aspectos mais importantes, e que definem a natureza do juízo arbitral em nosso País, estão no art. 1.074, incisos II e III, quando exigem que constem, sob pena de nulidade, no compromisso, os nomes, profissão e domicílio dos árbitros, bem como se descreva o objeto do litígio com todas as suas especificações, inclusive o seu valor. Ainda quando fosse possível indicar, na cláusula compromissória, os nomes dos peritos, não haveria como cumprir o que se contém no inciso III do art. 1.074, pois não se poderia especificar, antecipadamente, o litígio de modo exato, fazendo constar, do mesmo modo, o seu valor.

Em face dessas disposições, é óbvio que no direito brasileiro a cláusula compromissória não possui maior importância, e o compromisso deve ser feito após a existência do litígio.

Em conseqüência, o compromisso a respeito do litígio futuro será ineficaz, ou, conforme a terminologia do art. 1.074, estará ferido de nulidade (6).

7. A questão de saber se são válidas as disposições compromissórias sobre litígio futuro ou se elas devem referir-se a litígio presente tem dividido as legislações e os autores.

No direito francês, é antiga a discussão para se saber se a cláusula compromissória, que contivesse todos os requisitos do compromisso, ainda que à data de sua realização não existisse litígio, seria válida. Um dos autores mais acatados no direito francês, JEAN ROBERT (7), entende que, se a

(6) O Supremo Tribunal Federal já considerou a "cláusula compromissória" como simples "recomendação facultativa", sem nenhum efeito (Min. Clóvis Ramallete, in Agravo nº 82.707-2 PB, D.J.U., de 4-8-81, p. 7.287; ver ainda acórdão publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 470, pp. 150 e segs.). A "Cause Célèbre" em matéria de juízo arbitral foi o "Caso Lage", mas neste caso havia decretos-leis específicos que regularam a matéria. A questão durou por longo espaço de tempo e houve interferência política, o que deve ter contribuído para o descrédito do juízo arbitral. Ver CLOVIS DO COUTO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI-2, São Paulo, pp. 559 e segs.

(7) *Traité de l'Arbitrage Civile ou Commerciale en Droit Interne*, Paris, 1951, nº 129, p. 134.

cláusula compromissória preencher os requisitos do compromisso, ela é eficaz como compromisso. O problema teria hoje importância histórica, porquanto a equiparação entre cláusula compromissória e compromisso foi feita pelo Decreto n.º 80-384, de 14-5-1980.

8. Uma questão importante é a de se saber se os órgãos de pessoas jurídicas poderiam ser considerados juízes arbitrais no direito brasileiro, em face das disposições do inciso II do art. 1.074.

É fora de dúvida que o autor do Código de Processo Civil não tinha em mente os órgãos institucionais de arbitragem como as Câmaras de Comércio, mas, simplesmente, o juiz arbitral ocasional, ou *ad hoc*. Poder-se-ia concluir que, ao exigir como requisito de nulidade o nome e a profissão dos árbitros e dos seus substitutos, se excluiu que pudessem sê-lo pessoas jurídicas ou seus órgãos.

Segundo essa interpretação, as Câmaras de Comércio não poderiam, em princípio, ser indicadas como árbitros, e, sim, os seus eventuais membros, isto é, as pessoas que as integrassem. O árbitro deverá ser uma pessoa física, estando excluídas as pessoas jurídicas de seu rol. Em face dos termos expressos do art. 1.074, II, do CPC, e ainda da circunstância de não ser possível deixar a terceiros a indicação de árbitro, as pessoas jurídicas ou os seus órgãos não podem ser indicados como juízes arbitrais.

9. No geral, tem-se como impossível a instituição de juízo arbitral a respeito de matérias que não podem ser objeto de transação, ou para as quais exista um procedimento específico e obrigatório, como, por exemplo, as questões de Estado, a falência, e todas aquelas em que deveria participar o Ministério Público.

Assim, não é possível estabelecer, no direito brasileiro, o juízo arbitral por testamento, com a finalidade de substituir o inventário e a partilha, processo judicial, por um processo arbitral, ainda quando os herdeiros sejam todos maiores e os interesses sejam somente patrimoniais.

Não se ignora que em outros países é possível a imposição de juízo arbitral em testamento, inclusive com penalidades, se os herdeiros não a aceitarem; mas no direito brasileiro, sendo o inventário procedimento obrigatório, ainda mesmo para as pessoas maiores e capazes, não teria nenhuma possibilidade a utilização do juízo arbitral como meio de substituição do inventário.

10. Certos direitos não podem ser objeto de compromisso; mas pode suceder que a controvérsia indisponível apareça em direito que era, em princípio, transacionável, na condição de questão prejudicial à decisão. É o que dispõe o art. 1.094 do CPC, ao determinar que, surgindo a controvérsia "acerca de direitos sobre os quais a lei não permite a transação e verificando-se que de sua existência ou não dependerá o julgamento, o juiz suspenderá o procedimento arbitral, remetendo as partes à autoridade judicial competente".

Seria possível ao legislador considerar extinta a competência do juiz arbitral, em face da existência da questão prejudicial indisponível. Não foi, entretanto, esta a solução adotada pelo nosso CPC; nessa hipótese, as partes deverão submeter a questão indisponível ao Juiz do Estado. O próprio juiz arbitral não possui competência para propor a ação perante o juiz estatal: ela se resume em suspender o processo arbitral e solicitar que as partes interessadas exerçam seu direito de ação perante o Estado. Se elas não o fizerem, a solução será a extinção do juízo arbitral.

A regra de que as questões prejudiciais indisponíveis devam ser submetidas à Justiça do Estado é no fundo a consagração de que, para certos casos, há o monopólio da Justiça do Estado; e esses direitos não são somente os indisponíveis, como está prescrito no Código de Processo Civil, mas há outros de natureza diversa. Por exemplo: se para a solução de certa controvérsia for necessário verificar a constitucionalidade de uma lei, como se procederá? Uma vez que aos juizes arbitrais falece a competência para declarar a inconstitucionalidade, a matéria deveria ser submetida à Justiça do Estado. Essa hipótese não está prevista no direito brasileiro, razão pela qual poderia constituir-se em problema se a solução do litígio depender da verificação preliminar da constitucionalidade de uma lei.

11. Em termos de direito internacional privado, prevalece o critério do lugar em que foi proferida a sentença para qualificá-la como nacional ou estrangeira. Não importa a lei a ser aplicada. Existindo um elemento de estraneidade na relação jurídica, é possível realizar aqui um julgamento conforme direito de outro país que não o brasileiro; se proferido no estrangeiro, o direito de foro é que prevalecerá. Todavia, se o litígio deve ser resolvido em nosso País, havendo um elemento de estraneidade, seria possível aplicar regra jurídica estrangeira pelo juiz arbitral nacional.

Entre os requisitos da validade do compromisso, previstos no art. 1.074 do CPC, no qual se enumeram os demais elementos que o compromisso pode conter, conferiu-se aos árbitros a faculdade de julgarem por equidade, mas não se lhes proibiu a aplicação do direito estrangeiro, especialmente quando uma das partes for domiciliada no exterior ⁽⁸⁾.

(8) O 1º Tribunal de Alçada de São Paulo (7ª Câmara Cível) julgou, em sentido contrário, uma questão interessante entre uma empresa alemã, Theodor Wille K. G., e duas outras empresas brasileiras, Polynor S.A. e Indústrias Reunidas F. Matarazzo. Num contrato de aquisição de maquinaria da empresa alemã, foi incluída uma cláusula, nos seguintes termos: "Toda e qualquer controvérsia oriunda deste contrato ou a ele concernente será resolvida definitivamente sob as normas de conciliação e arbitramento da Câmara de Comércio Internacional, por um árbitro nomeado segundo essas normas, excluídas ações perante Tribunais regulares. A sede do Tribunal Arbitral é Zurique, e a lei aplicável é a lei em vigor na Suíça". Apesar de se tratar de problema envolvendo empresa domiciliada no estrangeiro, aplicou-se o direito nacional, concluindo-se que se tratava de simples cláusula compromissória, não vinculativa. Deu-se, por competente, a nossa justiça para resolver a controvérsia apesar de as partes terem indicado como sendo a sede do juízo arbitral a cidade de Zurique, com a aplicação do direito suíço (*Revista dos Tribunais*, vol. 152, 1983, pp. 152 e segs.).

12. Quando os países latino-americanos cuidavam de adotar regras sobre a constituição do juízo arbitral para resolver controvérsias, as posições de alguns deles e a dos Estados Unidos da América eram diversas. Enquanto alguns países latino-americanos se inclinam para que haja determinação do litígio, propugnam os Estados Unidos pela validade da cláusula de arbitragem sobre litígio futuro.

A dualidade de posições resulta, em última análise, do fato de o juízo arbitral, a par das vantagens que inegavelmente possui, poder ser um elemento de pressão contra a parte contratual mais fraca.

Nos contratos internacionais, de empréstimos vultosos, de aquisição de equipamentos, a parte mais forte poderá fazer incluir cláusulas na convenção de arbitragem que lhes sejam excessivamente proveitosas.

Apesar disso, encontra-se uma disposição favorável ao juízo arbitral sobre litígio futuro, no art. 1.º da Convenção do Panamá, de 30 de janeiro de 1975, relativamente à arbitragem comercial internacional, segundo a qual: "An agreement in which the parties undertake to submit to arbitral decision any differences that may arise or have arisen between them with respect to a commercial transaction is valid". Os riscos resultantes da oposição de uma cláusula de juízo arbitral sobre questão futura está em que ela poderá integrar, pelo menos no direito interno, com toda a certeza, "os contratos de adesão", retirando-se, assim, seu exame do Poder Judiciário. Ora, como atualmente se procura proteger o mais fraco, esse tipo de cláusula poderá servir aos interesses e desígnios, nem sempre os melhores, da parte dominante do contrato. Por esse motivo, alguns países latino-americanos objetam contra esse tipo de cláusula, pois sentem que ela poderá prejudicá-los quando surgir a controvérsia. Vale salientar que nos Estados Unidos se discutiu, não faz muito, a respeito das cláusulas sobre juízo competente. Adotou-se, para essas hipóteses, uma solução peculiar⁽⁹⁾; exigiu-se a razoabilidade de sua indicação.

II — Os efeitos do compromisso

13. O compromisso não é um ato produtor de direitos e obrigações tão somente. Ele detém uma categoria maior; é considerado como um ato de

(9) Nos Estados Unidos, as cláusulas a respeito de designação de juízo competente são, desde data recente, admitidas desde que razoáveis. A elas se aplica a regra do "reasonableness", em que se questiona, por exemplo: "did the parties freely and intelligently enter their agreements?". O acordo a respeito do juízo competente deve ser livre; em consequência não poderia fazer parte de contratos em que um figurante impõe sua vontade a outro. Nesses casos, a cláusula denegatória de foro deveria ser submetida a controle, como sucede em vários países com as "condições gerais de negócios" (a respeito, ver PETER BEHRENS, *Internationale Gerichtstandsvereinbarungen vor Amerikanischen Gerichten*, in *Rabels Zeitschrift* 38 (1974), p. 604). A razão pela qual os Estados Unidos têm admitido esses acordos está exposta na decisão da Suprema Corte (407 U.S. 10, (1972): *The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on parochial concept that all disputes must be resolved under our Laws and Courts*).

organização jurídica⁽¹⁰⁾, porquanto dele se origina o juízo arbitral. Para determinar, com a precisão necessária, o momento em que se tem como constituído o juízo arbitral, o art. 1.085 do CPC formulou uma regra: "considera-se instituído o juízo arbitral, tanto que aceita a nomeação pelo árbitro, quando um apenas, ou por todos, se forem vários". Lavrado o compromisso, dele nasce o direito formativo para os árbitros de aceitarem a indicação; e com a aceitação passa a existir o juízo arbitral. A especificidade dos atos jurídicos de organização em face dos demais atos está em que eles formam não uma mas diversas relações jurídicas obrigacionais, pois deles nasce verdadeiro *status*, regulado, em parte, pelas disposições adotadas pelos integrantes do compromisso, ou ainda pelas regras dispositivas previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil.

O juízo arbitral é juízo de fato e de direito (CPC, art. 1.078). Discute-se a natureza da jurisdição que surge do compromisso, se é ou não diversa da dos Tribunais de Estado. Toda jurisdição, mesmo a privada, é jurisdição em sentido próprio. A diferença entre as jurisdições está, sobretudo, na sua origem.

14. A justiça de Estado tem, na sua organização, todo o aparelho de poder, podendo executar, com servidores próprios, as suas decisões. Ao juízo arbitral falta essa organização, razão pela qual deve ele requerer a execução das medidas por ele decididas através do aparelho do próprio Estado.

A competência do juízo arbitral em face do estatal está prevista no art. 1.086: "o juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso: I — empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros; II — decretar medidas cautelares".

Verifica-se que em nada difere o juízo arbitral, no que ele tem de essencial, do processo de justiça do Estado. Naturalmente, se o processo é daqueles que exigem prova, pode ele determinar a realização de perícia ou a ouvida de testemunhas. As medidas cogentes necessárias para a sua realização não podem ser exigidas, autonomamente, porquanto, segundo o art. 1.087 do CPC, "quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos n.ºs I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à

(10) Ver CLCVIS DO COUTO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, cit. pp. 561 e segs. A categoria do compromisso como "ato de organização jurídica" foi adotado por LUIZ OLAVO BATISTA (Cláusula Compromissória e Compromisso, in: *Revista de Direito Público*, vol. 70, 1984, pp. 296 e segs.). A particularidade dos "atos de organização jurídica é a de se constituírem em sínteses de direitos e deveres", polarizados por uma finalidade objetiva, no caso, a constituição do juízo arbitral.

autoridade judiciária competente para a homologação do laudo". Competirá ao juízo arbitral determinar se é caso, ou não, de prova pericial; se é necessário ouvir testemunhas. Se houver mister de alguma medida cogente para a realização das atividades necessárias à produção da prova, deverá ele solicitar ao juiz competente para homologar as necessárias providências.

15. Um aspecto particular e importante é que lhe foi vedado decretar medidas cautelares. Cumpre esclarecer que o Código de Processo Civil incluiu, em seu elenco, as mais diversas espécies de medidas cautelares, não existindo regime jurídico uniforme para todas, senão para certo número delas. Assim, há medidas cautelares de caráter preparatório e assecuratórias da realização efetiva da sentença, que terão de mencionar, entre outros requisitos, a lide e seus fundamentos (CPC, art. 801). Poder-se-ia fazer uma distinção entre a concessão e a efetivação da medida. Para a sua efetivação, já decidida pelo juízo arbitral, é que se poderá necessitar, eventualmente, do auxílio do juiz, mas essa solução feriria o disposto no art. 1.087 do CPC (11).

16. Os juízes privados são árbitros de sua competência e devem declarar se lhes cabe o julgamento da controvérsia fixando os seus respectivos limites. Julgam a respeito de sua própria competência. Todavia, o juízo arbitral deve conformar-se aos limites postos pelo contrato de compromisso. Está claramente expressa no art. 1.100 do CPC a regra de que: "é nulo o laudo arbitral... II — se proferido fora dos limites do compromisso, ou em desacordo com o seu objeto". Eventuais julgamentos a respeito da competência, fora dos aludidos limites, anulam o laudo arbitral; e esta nulidade é verificada no julgamento do recurso que pode ser interposto da sentença que eventualmente homologar o laudo arbitral com este defeito. Se o laudo arbitral houver sido prolatado fora dos limites do compromisso, ou em seu desacordo, determinará o tribunal, ao prover o recurso, que se profira novo laudo, observando-se os limites do compromisso.

17. À sua vez, existe uma certa distinção entre compromisso como ato arbitral e o procedimento a ser adotado, que pode ser objeto de outro ato jurídico.

No direito brasileiro, as disposições processuais necessárias à produção do laudo arbitral, segundo o art. 1.091 do CPC, podem ser estabelecidas pelas partes, no negócio jurídico do compromisso, mas não se facultou

(11) No direito italiano, sendo o art. 818 do CPC inspirador do art. 1.087, de nosso CPC, a proibição de decretar medidas cautelares é absoluta (ver CARPI, COLESANTI, TARUFFO, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 1943, pp. 817 e seguintes). No direito francês admite-se que os árbitros possam decretar medidas cautelares, de modo igual ao que sucede com os juízes comuns (ver ANGHELLOS FOUSTOUROS, *L'arbitrage — interne et international — en Droit Privé Hellénique*, Paris, 1976, n° 112, p. 78, nota n° 30).

ao próprio árbitro estabelecê-las, salvo autorização das partes, como sucede, normalmente, nas Câmaras de Comércio, órgãos de arbitragem institucionalizados. Dispõe o art. 1.091 do CPC: "As partes podem estabelecer o procedimento arbitral, ou autorizar que o juízo o regule. Se o compromisso nada dispuser a respeito, observar-se-ão as seguintes regras: I — incumbe a cada parte, no prazo comum de 20 (vinte) dias, assinado pelo juízo, apresentar alegações e documentos; II — em prazo igual e também comum, pode cada uma das partes dizer sobre as alegações da outra; III — as alegações e documentos serão acompanhados de cópias, para serem entregues a cada um dos árbitros e à parte adversa, sendo autuados pelo escrivão os originais". É certo que o ato que disciplina o procedimento supõe a existência de um compromisso válido. A questão assume importância, porquanto o compromisso necessita ser feito, no direito brasileiro, por escrito; mas o procedimento de arbitragem pode decorrer de disposição de lei, ou da vontade das partes. Em outros sistemas jurídicos, a distinção é também claramente perceptível, uma vez que, embora o compromisso esteja submetido à forma escrita, o processo pode ser adotado por manifestação tácita da vontade. A simples apresentação de um projeto de regulamentação de procedimento, feita pelo árbitro, sem objeção das partes, já seria suficiente para considerarem-se aceitas as regras do processo arbitral.

18. Quanto ao direito internacional privado, determina o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro que "é competente a autoridade judiciária brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação". Essa disposição, entretanto, tem sido derogada, porquanto, se houver cláusula compromissória determinando a competência do juízo arbitral no estrangeiro, é ela suficiente para afastar a competência dos juizes brasileiros, conforme tem sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal (12).

A distinção entre cláusula compromissória e compromisso não se projeta, entretanto, no direito internacional privado, quando o laudo for proferido no exterior, considerado, por esse motivo, como sentença estrangeira, se lá não existir o aludido discrimine.

Aspecto importante é o relativo às citações. No direito inglês e americano, são elas feitas por *affidavit*; a citação é promovida por via postal, pela própria parte ou por seus advogados, e não por autoridade judicial ou por funcionário público. Ainda quando tenha vigência no caso a *lex fori*, o Supremo Tribunal Federal tem exigido que a citação para o processo

(12) Ver JOSÉ GUILHERME VILLELA, Reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 75, 1982, p. 53. Todavia, assim não sucedeu no caso entre a Theodor Wille K. G., Polynor S.A. e Indústrias Reunidas F. Matarazzo (ver nota nº 8 deste artigo), muito embora a decisão não fosse do Supremo Tribunal Federal, e, sim, do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo.

homologatório estrangeiro se faça mediante carta rogatória a ser cumprida aqui, de acordo com as formalidades do direito brasileiro (13).

19. Os requisitos para a execução da sentença proferida no estrangeiro estão disciplinados no art. 15 da Lei de Introdução, e são os seguintes: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver sido legalmente verificada a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo STF.

O procedimento de homologação foi regulado no Regimento Interno do STF (14). Exige-se que a decisão arbitral a ser homologada deva ser fundamentada, sob pena de nulidade (15).

A exigência de que a sentença arbitral deva ser homologada no lugar de origem é antiga; basta lembrar o caso em que se negou a homologação a um laudo proferido pela American Arbitration Association por lhe faltar a homologação de qualquer tribunal judiciário ou administrativo do país de origem (16).

A partir dessa decisão, tem-se adotado a regra de o laudo arbitral proferido no estrangeiro necessitar ser homologado no país de origem para posteriormente ser homologado no Brasil (17).

Embora não tenha encontrado em decisões menção à inexistência do direito de defesa, parece evidente que, se o laudo for proferido com desrespeito a essa garantia fundamental, não poderá ser ele homologado no Brasil (18). Não bastará, portanto, a simples citação se for possível compro-

(13) Ver JOSE GUILHERME VILLELA, *Reconhecimento de Decisões Arbitrais Estrangeiras*, cit., p. 55.

(14) Arts. 215 e segs. Recente reforma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal manteve o Processo de homologação inalterado (Emenda Regimental nº 2, publicada no *D.J.U.*, de 9-12-85).

(15) SE 2.766/6, sendo requerente Anderson Clayton S.A. e requerido Iradusa — Indústria Reunidas Otávio Duarte S.A., in: *D.J.U.*, de 23-9-83, p. 14.496.

(16) *RTJ* 54/714. O Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio determina que (art. 22) "avant de signer une sentence partielle ou definitive, l'arbitre doit soumettre le projet à la Cour d'arbitrage. Aucune sentence ne peut être rendue sans avoir été approuvée en la forme par la Cour". Mas ainda assim essa aprovação não é suficiente para ser homologada a aludida sentença arbitral no Brasil.

(17) Ver, também, a SE 2.178/1, da Alemanha, em que era requerente Centrolfil S.A. e requerida La Pastini Exportação e Importação, in: *D.J.U.*, de 27-8-69, p. 6.285.

(18) LUIZ OLAVO BATISTA, Notas sobre a Homologação do Laudo Arbitral Estrangeiro em Direito Brasileiro, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 556, 1982, p. 274.

var que se limitou ou excluiu o direito de defesa, ou ainda que no processo adotado não se trataram igualmente as partes. Sem a obediência a essas regras básicas do processo, a homologação do juízo arbitral poderia justificar ou convalidar uma situação absolutamente injusta. Elas devem ser consideradas como vigorantes em todo o procedimento e mesmo no juízo arbitral, ainda quando a autoridade que homologa não possa examinar o mérito do laudo arbitral.

Conclusão

20. Resulta de todo o exposto a constatação de o direito brasileiro não ser favorável ao juízo arbitral. A sua principal característica está na exigência da indicação do nome dos árbitros e também da especificação, com extremo rigor, do objeto do litígio, dando-lhe, inclusive, o seu valor. Tudo isto colaborou para que o juízo arbitral seja um acontecimento raro no direito brasileiro. Não se deu nenhum efeito à cláusula compromissória, ou seja, à convenção do juízo arbitral a respeito de litígio futuro. Somente depois de existente a controvérsia, é que se poderá realizar o contrato de compromisso, no qual se indicarão os requisitos do litígio. Tudo isto embaraça, extraordinariamente, a constituição do juízo arbitral. Não se faculta, ainda, a terceiros, a indicação de árbitro.

Em consequência, perderam em importância os órgãos institucionais de arbitragem, porquanto, se fosse feita a indicação de uma Câmara de Comércio, ela não poderia designar os seus árbitros como juizes arbitrais, pois seria o mesmo que autorizar a terceiros a indicação de árbitro, o que não é permitido. As disposições do Código de Processo Civil que hoje regulam a matéria endereçam-se à arbitragem *ad hoc*. Por outro lado, não existindo órgãos institucionais de arbitragem, que verdadeiramente o sejam, não adquire a arbitragem prestígio perante os possíveis interessados, preferindo estes que suas questões sejam julgadas pelo Judiciário. Há, por igual, o temor de que o julgamento não seja proferido com a necessária isenção.

Se existissem órgãos institucionais de arbitragem e a sua imparcialidade fosse amplamente admitida, eles poderiam ter sucesso, mas tudo isso supõe experiência e tradição, o que infelizmente não ocorre entre nós, em que a jurisdição permanece como monopólio do Poder Judiciário.

Por fim, para a eficácia da sentença estrangeira exigiu-se o “duplo *exequatur*”, ou seja, a homologação pela justiça estrangeira e pela do Brasil. A dificuldade está no fato de que em muitos países não está prevista a homologação pelo Judiciário da sentença; e sem essa providência não pode ela ser executada no Brasil.

Grupo econômico e direito do trabalho

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
Juiz do TRT aposentado. Professor da UFMG.
Advogado em Belo Horizonte

Homenagem a CARLOS COQUEIJO COSTA

1. *Preâmbulo*

1.1 A exposição, que ora nos propomos com este trabalho, embora não deva revestir-se de um cunho meramente *descritivo* ou limitadamente *prático*, origina-se de uma operação de confronto entre dois Enunciados (Súmulas) do Tribunal Superior do Trabalho, os de n.ºs 129 e 205, vazados nos seguintes preceitos:

Enunciado n.º 129 — *Grupo econômico*. Contrato de trabalho. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Enunciado n.º 205 — *Grupo econômico*. Execução. Solidariedade. O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.

1.2 Sem penetrar ainda a raiz demonstrativa e dedutiva do tema por enfrentar, cabe-nos advertir que qualquer sistema de normas, como uma estrutura e um agrupamento de regras aparentemente autônomas, mas interligadas pelo campo da matéria ou da disciplina jurídica objeto de regulação, deve guardar e observar um fluxo geral de harmonia e de coordenação em toda a sua linha principiológica, sob pena de, a qualquer momento, depararem-se rupturas, distonias ou contradições internas no sistema como tal, o que, com certeza, compromete a própria idoneidade do corpo normativo formal e teleologicamente construído.

A esse risco, que, em suma, é o da incoerência, está sujeito qualquer contexto regulador de relações jurídicas, emanado de um mesmo órgão e destinado a *reger situações da mesma espécie*, ainda que se desdobrem suas normas em preceitos de direito material ou de direito formal e/ou processual.

O problema da edição de normas, com vistas à abstratividade ou a uma sucessão de casos (sejam proposições, sejam formulações ou meras enunciações), elaboradas por um mesmo órgão e que se destinem a reger uma específica ou fundamentalmente incidível área de atuação jurídica, não permite qualquer exceção excepcionadora quanto à necessidade de sua coesão lógica geral, princípio este que preside, talvez com mais veemência, as formulações jurisdicionais de natureza geral, abstrata e vinculante para outros casos, como o foram os prejudgados e o são as súmulas, ou seus enunciados, já que das decisões dos tribunais decorre, e nelas se assenta, o primado da *segurança jurídica*, cujo ponto culminante é a coisa julgada. Neste teor de certeza descansa a regularidade do tráfego social e a expectativa dos membros de uma comunidade jurídica.

Não se aventura em nada ao afirmar-se que são como que coisas julgadas antecipadamente emitidas, que, por sua vinculação, previnem ou alcançam os conflitos e os casos concretos emergentes ou supervenientes, em dada época de coexistência jurídica.

A dinâmica conceitual e operativa dos órgãos encarregados de criar e de aplicar normas acha-se visceralmente comprometida com a credibilidade social, com os jurisdicionados, com os profissionais que requerem em juízo, com os estudiosos do direito, os consultores e com o próprio estamento dos juizes de graus inferiores, ao defrontarem com as regras prévias e estabelecidas para a generalidade dos casos ajuizados.

Portanto, sobre a isenção, a imparcialidade teórica do assentamento, a ordem sumular deve ser coerente e não incongruente ou dispersiva, como asteróides desgravitados, que se atritam ou se chocam em um conformado espaço de emanção jurídica.

1.3 Pareceu-nos indispensável a abertura dessas premissas, como comportamento metodológico, para que melhor se pudesse compreender e situar o tema a ser abaixo desenvolvido. Representam elas um quadro geral prévio, donde mais facilmente se extrairão deduções e sintonizações que melhor ajudarão na compreensão do tema.

2. O grupo econômico

2.1 O tema centra-se no que correntemente se denomina "grupo econômico" (consórcio de empresas, conglomerado, "sistema financeiro" ou "econômico", através dos quais elas se atiram no *marketing*, como grandes concentrações de força e poder econômico, para mais dominadora ou capitosa-

mente atraírem a clientela) e desde logo afastam-se outras figuras ou espécies de interligação empresarial e que, também, acarretam responsabilidade subsidiária ou colateral no direito do trabalho.

Formas presentes de sociedades ou associações coligadas, fisionomizadas do "grupo" ou "consórcio", são a *holding*, o *Konzern* e, passíveis de o serem, como definimos em nosso livro *Relação de Emprego* (S. Paulo, Saraiva, 1975, pp. 140 e ss.), as empresas que se irmanam em *kartell* ou se degeneram em *trust*, cujas estruturas não se entrelaçam (pelo menos aparentemente), mas que se unem pelos fins ou técnicas concertadas de domínio de mercado e sistemas operativos.

A indagação e a pesquisa do juiz hão de conduzir-se por um processo teleológico, através do qual, identificando interesses comuns de duas ou mais pessoas (subentendidas as "físicas" nas jurídicas, também, e não só pessoas jurídicas em pessoas jurídicas), fixará a responsabilidade de todas ou de qualquer delas, umas pelas outras, como se uma só empresa fossem.

Sob este aspecto, embora possa haver coincidência de interesses envolvendo mais de uma pessoa, devem ser afastados do quadro central da unificação e centralização da personificação os condôminos e os herdeiros, ainda que de herança não partilhada, a despeito de a ordem jurídica impor-lhes representação processual ou legitimação *ad causam* comum (cf. Lei n.º 4.591, de 16-12-64, art. 22, § 1.º, letra a, mas, anteriormente, na esfera trabalhista, a Lei n.º 2.725, de 23-4-56, arts. 1.º a 3.º, Código Civil, arts. 1.572, esp. e 1.772 e ss. e Código de Processo Civil, art. 12, V).

2.2 Da específica sintonia do tema, qualificado em doutrina pela projeção de sua índole jurídica em *responsabilidade horizontal* (pela qual os pólos de vinculação *coexistem*), cabe distinguir, apesar de com curso paralelo, a figura da *sucessão*, qualificada *responsabilidade vertical* (pela qual um ou mais pólos de vinculação *subsistem*, por retenção ou por emersão).

Dá-se, nos casos de *sucessão* ou de *superveniência*, total ou parcial, por força de lei ou de negócio jurídico, a *substituição* do pólo responsável, na generalidade das situações, firmando-se o preceito segundo o qual quem responde é o sucessor. A fonte *jurígena* central desta retenção e/ou transferência de eficácia obrigacional está nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho (abordagem também desenvolvida no livro *Relação de Emprego*, cit., pp. 139-140).

Os mecanismos e a abrangência da *sucessão* são flexíveis, cobrem maiores ou menores extensões, parciais ou totais que se revelem, têm modelagem legal ou podem defluir de ações encobertas, disfarçadas, sibilinas e até sub-reptícias, cuja ocorrência é tarefa do juiz descobrir.

Na enseada dos arts. 10 e 448 da CLT, com captação meramente estrutural, abrigam-se situações subjacentes (fáticas, de substância operativa peculiar), que devem neles ser enquadradas. Em sua consecrariade legal

encontram-se os arts. 227 a 229 e 234 da Lei n.º 6.404, de 15-12-1976, em que se conceituam a "incorporação", a "fusão" e a "cisão" de sociedades anônimas, cuja transcrição traz a relevância da verificação, bastante significativa, do princípio da unicidade, centrífuga, centrípeta ou linear em todas estas alterações:

"Art. 227 — A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações".

"Art. 228 — A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações."

"Art. 229 — A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão."

Os dispositivos da Lei n.º 6.404/76 reproduzem, com ligeiras nuances, que lhes não afetam a conexão de sentido nem a dinâmica, os arts. 149 a 154 do Decreto-Lei n.º 2.627, de 26-9-1940 (anterior lei das sociedades anônimas), inspiradores, por sua vez, dos arts. 10 e 448 da CLT (publicada em maio de 1943), aliás, compreendido o segundo (art. 448) no primeiro (art. 10), pois na "mudança da estrutura jurídica" pode entender-se também a da "propriedade", quando o proprietário, que tem o poder jurídico sobre a coisa (o bem jurídico), só entra para a vida jurídica através de relações jurídicas e são estas que entretencem a rede jurídica qualificada em certas direções doutrinárias fundantes de "estrutura jurídica".

Ainda nos quadros da Lei n.º 6.404/76, lê-se que seu art. 234 fala em "sucessão", para fins de averbação. Nela desembocam as modificações tipificadas nos arts. 227 a 229.

Dentro da mesma atração jurígena situa-se a transformação de sociedade por cotas em sociedade anônima ou a redução desta naquela.

Em casos especialíssimos, não se afasta a intersecção entre o art. 2.º, § 2.º (objeto específico de nosso trabalho), e os arts. 10 e/ou 448 da CLT (cfr. *Relação de Emprego*, cit., p. 141).

2.3 Além da figura da "sucessão", em que o fundo do quadro é sempre a *empresa*, como suporte objetivo de sustentação e de interligação de efeitos jurídicos, outras há e que devem ser sublinhadas, como formas de co-responsabilidade ou de responsabilidade subsidiária trabalhista, porém, distintas das que se subentendem no "grupo" ou "consórcio" ou que dele decorrem.

Em suas previsões legais, citam-se: a responsabilidade do empregador principal, em caso de inadimplemento do subempregador, prevista no art.

455 da CLT; a responsabilidade da empresa tomadora, em caso de falência da empresa de trabalho temporário ou cedente, na forma do art. 16 da Lei n.º 6.019, de 9 de janeiro de 1974, desde que tipificado o contrato de trabalho temporário e que não se desvirtue a natureza do vínculo em sua causa ou em sua funcionalidade (encobrimento, através de empresas, que, no fundo, são do mesmo "grupo" ou deformação dos requisitos impostos na lei, mormente o prazo de "cessão" do empregado), o que gera a composição de uma relação empregatícia múltipla no pólo-empregador ou só com a empresa cessionária ou tomadora do trabalho temporário.

Sob esse prisma, alertou o Tribunal Superior do Trabalho, com a edição do Enunciado n.º 256, nestes termos:

"Enunciado n.º 256 — Salvo os casos previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços."

Em geral, a força de captação e da direção da responsabilidade reside no art. 9.º da CLT.

Afastese, ainda, da específica hipótese de responsabilidade centralizada ou unitária, *horizontal*, do "grupo", a advinda da qualidade de sócio, nas sociedades de responsabilidade limitada, a teor do art. 9.º do Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, ao prever que, em caso de falência, todos os sócios respondem solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas e a pontuada na pessoa do administrador (já, aqui, como órgão da sociedade limitada), conforme o art. 10 seguinte, quando taxativamente afirma que "os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei".

A jurisprudência trabalhista comporta-se *pari passu* com a jurisprudência cível, em matéria tributária, cujos Tribunais, em dianteira o Supremo Tribunal Federal, não discrepam em comunicar a responsabilidade tributária nos moldes do Código Tributário Nacional — Lei n.º 5.172, de 25-10-1966, pelos seus arts. 134, VII, e 135, III, assim redatados:

"Art. 134 — Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

.....

VII — os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único — O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.'

"Art. 135 — São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

.....
III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."

Como no processo do trabalho — em que se alude a "execução" e não ação executiva —, esta pode ser proposta diretamente contra o co-obrigado tributário, até independentemente da inclusão de seu nome na certidão de dívida, que compõe, aliás, o título executório.

Apesar de manter-se o destaque entre os sujeitos obrigados, como personalidades jurídicas distintas (sociedade e/ou sócio), o que não se dá no "consórcio" ou "grupo de empresas", em que se configura verdadeira unificação ou substanciação de duas ou mais pessoas, que se transfundem em uma só, para fins trabalhistas (CLT, art. 2.º, § 2.º), a jurisprudência cível não tergiversa em acolher a execução direta contra qualquer dos co-obrigados tributários, pouco importando constem ou não do título executório.

Citem-se, ilustrativamente, dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, hoje com diretriz pacífica perflitando-lhes as teses:

"Sociedade limitada — Débito tributário — Execução. Independentemente de inclusão do nome na certidão de dívida, pode a citação para pagar ou dar seus bens à penhora recair sobre sócio-gerente de sociedade limitada que haja desaparecido sem deixar vestígios de seus bens ou prova de sua dissolução regular". RE 95.125-RJ, 2.ª T. Rel. Ministro FIRMINO PAZ. DJ — 25-6-1982, p. 6.231.

"Execução fiscal. Legitimação Passiva. As pessoas referidas no inciso III do art. 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição, e, sendo assim, se lhes aplica o disposto no art. 568, V, do CPC, não obstante seus nomes não constarem no título extrajudicial. Assim, podem ser citados, e ter seus bens penhorados independentemente de processo judicial prévio para verificação da ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato aludidas no art. 135, caput, do CTN, matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida, amplamente, em embargos de executado (art. 745, parte final, do CPC). Recurso extraordinário conhecido e provido." RE 96.098-RJ, 2.ª T. Rel. Ministro FRANCISCO REZEK. DJ, 13-5-83, p. 6.503.

Em doutrina, há opinião adversa, como a de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que, já pelo magistério de AMILCAR DE CASTRO, lembra ser a execução procedimento apenas eventualmente contraditório e que os embargos são a forma de discutir a pretensão do autor no processo de conhecimento, e é onde se pode discutir e obter uma sentença de mérito a respeito do negócio jurídico envolvido no título executivo (cf. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei de Execução Fiscal*. 2.^a ed., S. Paulo, Saraiva, pp. 20-21).

Ora, se os embargos de executado (e de terceiro) constituem ação de amplo espectro e de conhecimento de todas as relações subjetivas e objetivas conducentes a uma autêntica lide, o pensamento do jurista pátrio entra em contradição com seus próprios fundamentos, quando exige ele figurem no título executório os nomes de todos os executados. Basta se leia o segundo acórdão do Supremo Tribunal Federal para compreender-se a correta posição procedimental, em que se resguarda o princípio do contraditório, amplo, nos embargos.

Deve-se advertir, todavia, que é necessário aclimatar a doutrina processual trabalhista que embargos de executado ou de terceiro são ação, têm sua natureza jurídica como ação, através da qual o autor-embargante se opõe à ação executória contra ele proposta, visando desconstituí-la, baseada em título judicial ou extrajudicial.

No curso de nosso raciocínio, palmilhada a distinção entre as relações jurídicas enfeixadas nas obrigações de devedores tributários (substitutos na respectiva obrigação), vislumbra-se um fundamental equacionamento jurídico, a que chegaremos, sobretudo no que diz respeito ao "grupo" ou "consórcio" de empresas, em que não há sequer falar em pessoas distintas, mas em pessoa una, integrada das várias pessoas componentes do "grupo". A implicação processual de tal situação torna-se inelutável e agudamente mais conclusiva do que a definida no crédito tributário, como se verá.

2.4 Relação jurídica que, talvez com maior propriedade, guarda estreito nexos com a ora examinada (do § 2.^o do art. 2.^o da CLT), é a originada dos contratos de trabalho por obra certa, as empreitadas para a construção de casa ou edifício, na qual ainda se costuma constar como empregador o dono da obra ou proprietário e não a empresa construtora. Tal relação jurídica tem seus pólos, sujeitos, nomeados pela Lei n.^o 2.929, de 17 de novembro de 1956, que diz ser empregador o construtor, "desde que exerça atividade em caráter permanente" (art. 1.^o).

No Brasil, em geral, as leis não se revogam, esquecem-se...

Se a lei diz quem é o empregador, a execução da empresa construtora, em reclamatória antes proposta contra o dono da obra, abriga a mesma propriedade ou adequação que aquela do substituto tributário. Aqui, aliás, com maior razão, porque a lei situa o construtor como o empregador,

como que o antepõe, na relação jurídica, como parte, para qualquer efeito processual.

Se empregador é o construtor, além da responsabilidade, tem ele o débito, que é a posição jurídica direta na obrigação, correspondente ao seu originário sujeito passivo. Sobre esse desdobramento, entre *débito* e *responsabilidade*, é que se discorrerá, porque, por ele, se irá à raiz do tema aqui enfrentado, através do qual se entenderá, iniludivelmente, que o Enunciado n.º 129, do Tribunal Superior do Trabalho, parte de uma formulação jurídica incontrastável e, ao confrontar-se com o Enunciado n.º 205, deixa este em precárias condições de sustentação.

2.5 Não se está, na focagem do tema, na conceituação ou na tipificação do "grupo", como questão prévia a ser debatida. Este já está fisionomizado, com todos seus elementos componentes ou integrantes.

Parte-se do suposto de um dado "grupo" ou "conglomerado", ou consórcio, impassível de dúvida ou de controvérsia quanto à sua configuração.

Quando se alude à "responsabilidade do grupo", passa-se ao plano da eficácia jurídica, aos efeitos jurídicos que advêm do "grupo econômico" como tal, efeitos que se traduzem em direitos, ações e pretensões, decorrentes dos feixes de relações jurídicas por ele entretecidas.

A ordem de eficácia, em sua simetria sucessiva e que se desdobra por etapas a caminho da exigibilidade, tendo o "grupo econômico" como sujeito passivo, abrange, evidentemente, relações jurídicas de natureza material e de natureza processual, que com aquela guarda ou deve guardar a maior coerência.

2.6 A partir do momento em que se chega à "responsabilidade", não apenas como intenção dirigida na pesquisa do tema mas sobretudo como natural desfecho da existência de relações jurídicas e dos vínculos jurídicos que delas resultam (lembrando-se que qualquer conceito jurídico, qualquer forma jurídica ou qualquer pressuposto jurídico são conceitos-função, formas-função e pressupostos-função), incumbe ao estudioso conceituar o que se entende por "responsabilidade" e o que representa ela na vida jurídica, como ponto de desfecho e de convergência na satisfação de direitos tutelados pela ordem jurídica.

Em clássica acepção de BRINZ, consumada na doutrina das obrigações, a "responsabilidade" — *die Haftung* —, por que se vincula uma pessoa, distingue-se do "débito" — *die Schuld* —, ambos os quais, entretanto, visam a assegurar ou garantir a satisfação de uma prestação em uma relação jurídica formada por dois ou mais sujeitos passivos.

O *débito* resulta no dever de cumprimento de uma determinada prestação, que se refere a uma relação direta entre os sujeitos da obrigação. A *responsabilidade* significa a sujeição do devedor ao poder coativo do credor — uma projeção do vínculo sobre o patrimônio do devedor. Nesta, como

acentua TRABUCCHI, há uma como que despersonalização do vínculo, em que se ressalta a consideração da "responsabilidade patrimonial", insistindo o tratadista italiano, com precisão, que "o direito do credor tem por objeto imediatamente uma prestação do devedor e, imediatamente, à falta da prestação, uma satisfação patrimonial" (cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 13.^a Ediz., Padova, CEDAM, 1962, p. 487, n. 209). Exemplificam-se, elementarmente, o emitente de um título cambial (que tem o débito) e o seu avalista (que tem a responsabilidade), o fiador (responsabilidade) e o afiançado (o débito) etc.

Só por aí, é de curial conhecimento que o credor tem legitimação e pretensão para ajuizar a ação, seja contra o emitente ou contra o avalista ou contra ambos. Rememore-se que as pessoas obrigadas (pelo débito e pela responsabilidade) são diferentes, não se intermiscuem, uma na outra, como ocorre no "grupo econômico", em que as pessoas como que se hipostasiam, se transfundem em uma só e mesma imagem jurídica, para fins materiais e processuais trabalhistas, na formulação do § 2.^o do art. 2.^o da CLT.

A pesquisa, em conceitos legais como o ora explorado, deve ser devastadora e ir ao fundo, à base jurídica de sua explicação. Por ela, desvenda-se o que ocorre de equivocado ou de unilateral ou artificial nas decisões dos tribunais.

O Enunciado n.^o 205, do Tribunal Superior do Trabalho, e os acórdãos que, porventura, o tenham antecedido interpolaram "débito" e "responsabilidade", impondo ao credor que, no momento da satisfação da prestação em falta, voltasse ao caminho da apuração do "débito", quando já se estava no terreno da "responsabilidade", ou seja, a *satisfação daquele*.

ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, um dos mais proeminentes processualistas pátrios e profundo conhecedor de direito, em geral, depois de sustentar que a questão (do "débito" e da "responsabilidade") tem pouca relevância (pois, entendemos nós, não passa de um momento jurídico de qualificação de responsabilidade e das relações internas e externas, em que se ligam credores e devedores), principia por dizer que

"o devedor fica numa situação puramente passiva — a de sujeitar-se, sofrer a execução".

OERTMANN, lembra LOPES DA COSTA, ao cuidar da "responsabilidade", a despeito de um prenúncio restritivo, sustenta:

"... para nosso direito privado tem pouca importância. Relevante, porém, é ela para entender-se o direito à execução",

no que se faz acompanhar de VON TUHR, em passagem também transcrita na obra de LOPES DA COSTA, quando deixa claro:

"o devedor *deve*. Seu patrimônio é *responsável*. A palavra responsabilidade (*Haftung*) pode e deve empregar-se tecnicamente,

porque precisamos de uma expressão breve, para designar a situação jurídica do patrimônio do devedor, exposto à apreensão pelo credor

Em geral, *responsabilidade* significa *sujeição* aos atos que constituem a atuação da sanção jurídica. Por isso, diz-se também *responsável* quem está sujeito a sofrer uma pena, ao ressarcimento de um dano, à execução. Quem tiver presente a distinção entre a *sanção* e a *atuação* (*coaço*) evitará confundir *responsabilidade* e *obrigação*” (cf. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, vol. IV, pp. 137/138, n.º 164/5).

A execução dirige-se à satisfação (“satisfatividade”) do débito e tem ela como suporte de apreensão o *patrimônio* do que se qualifica, pela lei, pelo negócio, como *sujeito à sanção*. Sob essa indesdobrável ótica, tanto pode intentar-se a execução fundando-se em relação de *débito* quanto em relação de *responsabilidade*. O dado que vem a relevo e que legitima qualquer das direções da execução é o *patrimônio*, seja do *devedor*, seja do *responsável*.

Quer-se significar que o *patrimônio*, como dado-suporte de satisfatividade, encontra-se sempre à tona na relação obrigacional e legitima a linha direta da execução proposta contra o *responsável*, tanto quanto contra o *devedor*.

Acima, foram trazidas inúmeras hipóteses legais que têm, em seu subsolo, como fundamento da execução direta exatamente a distribuição da relação obrigacional, para fins de sanção, entre *débito* e *responsabilidade*, tomado, como pólo objetivo de atração e de interligação de pessoas o *patrimônio*, que a elas se antepõe (sob tal aspecto, não se diversifica a posição jurídica do sócio, do subempreiteiro, do sucessor — arts. 10 e 448/CLT —, do substituto tributário e menos ainda a de uma empresa integrante de um “grupo econômico”, que perde, inclusive, a autonomia em favor da unidade do “grupo” ou como pessoa, para fins de direito material — Enunciado n.º 129/TST — ou como *responsável*, para fins de execução).

Somente uma ingenuidade conceitual poderia conceber o fracionamento do “grupo econômico” ou do “conglomerado”, como se pessoas distintas fossem, justamente no momento da sanção, em que se interagem as empresas pela posição jurídica obrigacional da *responsabilidade*.

Vem a ser curial que a identificação da posição jurídica da pessoa dentro da vertente da *responsabilidade* só se admite em função da pontuação (*punctus* — incidência) da garantia originariamente prevista em vínculos de direito material. Nada obsta se vá da *responsabilidade* à execução satisfativa direta, como modo de não frustrar-se a sanção e preservar-se o processo como seu correto meio de entregar ao credor uma prestação adquirida

dentro do círculo da solidariedade ou da unicidade de pessoas jurídicas, ainda que, originariamente, autônomas e, em termos, independentes.

Não é fácil dissimular-se o impasse estabelecido entre os Enunciados n.ºs 129 e 205, do Tribunal Superior do Trabalho, como se, no tocante a este, a relação formal ou procedimental absorvesse os princípios firmados pelo primeiro — o da unicidade da relação —, como se colhe, entre outros, dos acórdãos que se trasladam, por amostragem, entre outros inúmeros, em hipóteses as mais diversas:

“Empregado de empresa do mesmo grupo é empregado do grupo. O contrato de trabalho é um só e o empregador é único” — TRT-3.ª Reg. Proc. RO-246/82. 2.ª T. Rel. Juiz MICHEL MELIN. “In BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*. 19.ª ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, s/d, p. 273, Ementa n.º 2.296.

“O grupo econômico, para o qual o empregado presta serviço nos limites apreçados pela Súmula n.º 129 do TST, constitui, por ficção jurídica, uma mesma entidade patronal” — TRT — 1.ª Reg. 5.ª T. Proc. RO-5.100/84. Rel. Juiz HIATY LEAL. In BOMFIM & SANTOS. *Dic. de Decs. Trabs.*, cit., 20.ª ed., s/d, p. 323, Ementa n.º 2.354.

“Sendo as empresas do mesmo grupo econômico consideradas como empresa única para os efeitos da relação de emprego (CLT, art. 2.º, § 2.º), não é válido o contrato temporário para fins da relação de emprego, quando as empresas locadora e tomadora de mão-de-obra formam um mesmo grupo econômico, por força da vedação implícita contida no art. 4.º da Lei n.º 6.019/74” — TRT-2.ª Reg. Proc. RO-22.780/86. 5.ª T. Rel. Juiz RUBENS TAVARES AIDAR. In BOMFIM & SANTOS. *Dic. de Decs. Trabs.*, cit., 21.ª ed., 1987, p. 399, Ementa n.º 2.737.

“Prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico — Vínculo empregatício único. Questão plenamente pacificada pelo Enunciado n.º 129, do E. TST, a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário” — TRT-9.ª Reg. Proc. RO-2.470/85. 1.ª T. Rel. Juiz JOÃO ANTÔNIO GONÇALVES DE MOURA. In BOMFIM & SANTOS, ob., ed., ano cit., p. 401, Ementa n.º 2.751.

“O tempo de serviço anteriormente prestado à empresa do mesmo grupo econômico é computável para cálculo de anuênios” — TRT-3.ª Reg. Proc. RO-4.952/86. Rel. Juiz LUIZ CARLOS DA CUNHA AVELAR. 1.ª T. In DJ-MG-4-11-87, p. 61.

“Tratando-se de um mesmo grupo empresarial, considera-se como um mesmo contrato, apesar das sucessivas admissões e dispensas ocorridas nas empresas integrantes do grupo, para o efeito de assegurar o direito às diferenças decorrentes da redução salarial havidas no curso das contratações” — TRT-1.^a Reg. Proc. RO-2.381/83. 2.^a T. Rel. Juiz CELSO LANNA. In BOMBIM & SANTOS. *Dic. de Decs. Trabs.*, cit., 20.^a ed., p. 324, Ementa n.º 2.360.

Há por citar, por sua autoridade e coerência máxima com os princípios esposados na relação material, que desembocam na unicidade de empresas, o Enunciado n.º 239, do Tribunal Superior do Trabalho:

“Bancário — Empresa de processamento de dados. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico.”

A conceituação e a configuração do “grupo econômico” ou “conglomerado” como um ser unívoco e unitário, para fins da relação de emprego, tem por fim, aqui, exclusivamente demonstrar que a sua definição, como centro de relações jurídicas, importará, também, em uma idêntica posição processual, como parte, ativa ou passiva, em um dissídio trabalhista, entendendo-se que a ação proposta contra uma de suas empresas integrantes é ação proposta contra qualquer outra, pelo princípio da projeção de uma relação mais intensa do que a solidariedade, que é a concentração de pessoas distintas em uma só.

Citem-se dois acórdãos, que, no rumo de nossas elucubrações, indicam a antiobviedade do Enunciado n.º 205, do Tribunal Superior do Trabalho, ainda que a tese por eles perflhada se contenha no meio do caminho, partida de pressuposto correto:

“Grupo econômico. Ingresso da ação contra apenas uma das empresas integrantes — Possibilidade. Em face da regra do § 2.º do art. 2.º da CLT, pode o empregado ingressar com ação apenas contra uma das empresas integrantes do grupo econômico, mesmo para reclamar direitos de contrato havido com outra consorciada” — TRT-9.^a Reg. Proc. RO-2.331/86. Rel. Juiz LEONARDO ABAGGE. 2.^a T. In BOMBIM & SANTOS. *Dic. de Decs. Trabs.*, cit., 21.^a ed., 1987, p. 401, Ementa n.º 2.750 (grifos nossos).

“Ao credor é lícito exigir de qualquer dos devedores solidários a dívida comum, por inteiro. Este princípio, do direito comum, completa-se com o disposto no art. 910 do CC: “O credor, propondo ação contra um dos devedores solidários, não fica inibido de acionar os outros.” Logo, a *responsabilidade* solidária das empresas que compõem grupo econômico pelos débitos trabalhistas com seus empregados (art. 2.º, § 2.º, da CLT) não pressupõe o ingresso da ação contra todos os integrantes do grupo” — TRT-PR-AgPet. 267/85. Rel. Juiz EUCLIDES ALCIDES ROSA. In

CARRION, Valentin. *Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 135, Ementa n.º 982 (grifos nossos — pelo termo *responsabilidade*, a que se faz remissão a seu conceito jurídico, aqui circunstancialmente empregado corretamente, e ao termo *integrante*, em que se denuncia a unicidade da pessoa, como se dá com o aresto acima, o que é situação jurídica distinta da “solidariedade” e do que ela mais intensa, quando na “solidariedade civil” as pessoas mantêm sua identidade jurídica, como autônomas e desvinculadas uma da outra, ligadas, porém, em termos de eficácia, como co-responsáveis em determinada relação de débito).

A nível de contradição ontológica e de quebra do princípio da unitariedade e incindibilidade do “grupo”, para efeitos trabalhistas, é bem ilustrativo apontarem-se acórdãos que se chocam, desatenta a jurisprudência às raízes jurídicas do fenômeno do “consórcio” ou “grupo econômico”. A correção do primeiro aresto segue-se a distonia dos demais:

“Grupo econômico e empresa de processamento de dados, desmembramento da principal. Direito às vantagens da principal inerentes a bancário — anuênios e gratificação semestral — se a atividade do empregado é em favor de um estabelecimento de crédito. Responsabilidade solidária dos componentes do grupo. Relação de emprego com a empresa cliente por força do art. 9.º da CLT. Sentença mantida. TRT-4.ª Reg. Proc. RO-1.271/86. Rel. Juiz JOÃO ANTÔNIO PEREIRA LEITE. 3.ª T. In BOMFIM & SANTOS, ob., ed., ano, supracits., p. 402, Ementa n.º 2.756.

“Grupo econômico. Tempo de serviço — Soma. Não se somam os períodos em que se trabalhou para empresas componentes de um grupo econômico, se, na rescisão do primeiro contrato, houve pagamento de indenização legal, e a admissão posterior em outra empresa consorciada ocorreu após vários meses, sem qualquer vislumbre ou comprovação de fraude, afastada, assim, a incidência do Enunciado de n.º 20” — TRT-3.ª Reg. Proc. RO-2.969/85. 3.ª T. Rel. Juiz ARI ROCHA. In BOMFIM & SANTOS, ob., ed., ano, supracits., p. 402, Ementa n.º 2.756.

“Grupo econômico. Tempo de serviço — Soma. Não se somam o período em que trabalhou para empresas componentes de um grupo econômico, se, na rescisão do primeiro contrato, houve pagamento de indenização legal, e a admissão posterior em outra empresa consorciada ocorreu após vários meses, sem qualquer vislumbre ou comprovação de fraude, afastada, assim, a incidência do Enunciado de n.º 20” — TRT-3.ª Reg. Proc. RO-2.969/85. 3.ª T. Rel. Juiz ARI ROCHA. In BOMFIM & SANTOS, ob., ed., ano e p. cits., Ementa n.º 2.759.

Observa-se, claramente, que não se consagrou a cisão do grupo e que, em realidade, o tempo de serviço não foi somado por presença de ante-

supostos que assim o impunham (indenização anterior, inexistência de fraude etc.).

A distonia, entretanto, a que se aludiu, vem às claras, e ofuscantemente, nos dois acórdãos abaixo, descompromissados com os princípios básicos da unitariedade do grupo e da convergência integradora das empresas dele componentes como se uma só fossem:

“Empregado que presta serviços a várias empresas integrantes do grupo econômico. As vantagens do Regulamento de uma empresa não se transferem como vantagens para o empregado que presta serviços a outra empresa. Não há na legislação brasileira nenhum dispositivo legal, muito menos no art. 2.º, § 2.º, da CLT, que assegure ao empregado que prestou serviços a várias empresas do mesmo grupo econômico, com contratos de trabalho distintos, de perceber vantagens instituídas em Regulamento de Pessoal da primeira empregadora. Revista conhecida e provida para se julgar improcedente o pedido” — TST-3.ª T. Proc. RR-4.136/85.9. Rel. Min. GUIMARÃES FALCÃO. In BOMFIM & SANTOS, ob., ed. e ano supracits., p. 401, Ementa n.º 2.748.

“Grupo econômico. Empresas distintas, embora pertencentes ao mesmo grupo econômico, têm vida própria administrativamente, não podendo estender vantagens de uma para outra, eis que possuem Manuais e Estatutos próprios cada uma delas” — TRT-1.ª Reg. Proc. RO-9.668/85. 1.ª T. Rel. Juiz ALÉDIO VIEIRA BRAGA. In BOMFIM & SANTOS, ob., ed. ano e p. citis. acima, Ementa n.º 2.749.

Um reparo, apenas, a cada uma das decisões logo aqui ementadas: *a)* se as empresas são “integrantes” do grupo, umas o são juridicamente, em decorrência mesmo do § 2.º do art. 2.º da CLT, configurada a unicidade de contrato de trabalho com todas elas, ou seja, com o “grupo”; *b)* não são “Manuais” ou “Estatutos”, meras formas de organização ou operativas de empresas componentes de um “grupo” que descaracterizam este. A pensar o diverso, estar-se-á colocando a pirâmide de cabeça para baixo e se tomando a causa pelo efeito.

Em veredas como estas é que se chega a uma conclusão eminentemente paradoxal (se é que se possa conceber “conclusão”, em si, “paradoxal”!), qual a contida no derradeiro acórdão que vem à cena, também, por amostragem:

“Contrato de trabalho — Suspensão. Exercício do cargo de diretor: o fato de exercer o empregado o cargo de diretor de uma das empresas do grupo suspende o contrato de trabalho entre a referida empresa e o reclamante, não o contrato de trabalho expressamente avençado com *outra* empresa integrante do grupo” — TRT-3.ª Reg. Proc. RO-4.834/86., Rel. Juiz JOSÉ MARIA CALDEIRA. 2.ª T. In DJ-MG-18-12-1987, p. 53.

Salvo a exceção do Entendiado n.º 129 (ajuste de mais de um contrato, com outra empresa do grupo), o acórdão acima acaba por conter a parêmia, segundo a qual o empregado tem e não tem o contrato suspenso no "grupo" — quando, na realidade, a eleição para diretor é abrangente e alcança todas as empresas integrantes da unidade geral.

Já no n.º 2.2, acima, ao versarmos a sucessão, cuidamos das projeções dos arts. 10 e 448 da CLT, nos arts. 227 a 229 e 234 da Lei das Sociedades. Todavia, incumbe-nos advertir que o § 2.º do art. 2.º da CLT não é tão insulado como proclamara a 3.ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Processo RR-4.136/85.9, o que se afiança não apenas em razão de sua ampla captação, conforme expusemos, mas, ainda, até por paralelismo de corte legal, como se encontra em julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região, a que opomos restrições de natureza dogmática no que diz respeito à confusão nele manifesta entre *co-responsabilidade* e *grupo de empresas*. Insistimos: a co-responsabilidade preserva a diversidade e a autonomia de pessoas jurídicas, que são co-responsáveis. Mantém-se o paralelismo. No grupo, há *unicidade* de pessoa, resultante de várias pessoas, que a lei, em realidade jurídica e para os fins da relação de emprego, considera como se uma só fossem: *immedesimano*.

Eis o acórdão:

"Grupo econômico — Solidariedade. O § 2.º do art. 2.º da CLT não esgota a matéria a respeito do grupo econômico. É preciso pensar em outras situações que a prática pode criar e que, resultando das diversas formas de aglutinação de empresas, nem por isso se desfigura a co-responsabilidade de todas as empresas envolvidas em determinada relação jurídica. A Lei n.º 6.404/76, em seus artigos 265 e seguintes, combinados com os artigos 253, 245 e seguintes, permite distinguir os grupos de empresas, classificando-as em duas modalidades: a) empresas coligadas, e b) empresas controladas e empresas controladoras. Essa lei, ainda que por analogia, deve ser aplicada a todos os grupos e consórcios de empresas. Nas empresas coligadas não existe o liame de dependência ou controle, mas, mesmo assim, são co-responsáveis pelos direitos dos trabalhadores que a elas prestam serviços" — TRT-9.º Reg. Proc. n.º 2.695/85. 1.ª T. Rel. Juiz INDALÉCIO GOMES. In BOMFIM & SANTOS. *Dic. de Decs. Trabs.*, cit., 21.ª ed., 1987, p. 400, Ementa n.º 2.744.

A padronização da pessoa emergente, em que confluem as demais, encontra no direito positivo brasileiro, conquanto a nível de paralelismo, de co-responsabilidade, outra e não menos contundente paradigmia (além da dos artigos cunhados no acórdão da 9.ª Região, mas, *mutatis mutandis*, explicados em sua razão de ser, a sua causa, a *unidade* de interesse, que, aliás, é o substrato real do § 2.º do art. 2.º da CLT, sobre o qual certa área jurisprudencial persiste em não centrar a sua investigação jurídica), nos n.ºs I e II do art. 124 do Código Tributário Nacional, por onde voltamos

a resvalar para o cabimento da execução direta e para jamais deixarmos de recusá-la. É o que preceituam:

“Art. 124 — São solidariamente obrigadas:

I — as pessoas que tenham *interesse comum* na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II — as pessoas expressamente designadas por lei.”

É de aprendizado corrente e elementar que o direito visa a regular, tutelar e distribuir interesses. Aqui começa e termina o direito. Não há necessidade de ir-se a VON JHERING ou a JOSSERAND, pela teoria teleológica (e funcional, diremos nós) da construção do direito.

Doutro lado, o direito processual nunca pode deixar de estar em sintonia com o direito material, caminho pelo qual este se torna efetivo e se conclui, quando se instaura o conflito de interesses.

A institutos como o da solidariedade, o da co-responsabilidade (vejam-se, p. ex., C. Civil, art. 896, parágrafo único) correspondem regras procedimentais, contornadas em institutos processuais ou relações também processuais, que asseguram as sanções, a executoriedade (como efetividade), em geral fundadas na intermiscoição de interesses ou em sua comunhão (vejam-se CPC, arts. 46 e 47, 50 e segs., 56 a 80 e Constituição Federal, art. 125, I, ou Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, art. 19), todas elas fundadas em *nexus de interesses* entre pessoas.

Quando as pessoas se identificam por interesses comuns, por objetivos finais comuns, por permutas de poder ou de posições jurídicas comuns, em resultados operativos ou finais comuns (em superfície ou latentemente prospectados) e a uma tal situação a lei afeiçoa a qualidade de pessoa jurídica única — embora diversas, entre si, sejam elas —, será antinômico e, mais, ocioso tratarmo-las processualmente como se distintas fossem, já que o próprio direito cobriu a realidade dentro de sua verdadeira intenção e de seu modo de ser e de seu *modus vivendi*.

A unicidade do conceito de empresas, configurado o grupo, recolhe-se da própria lei, ao dizer o § 2.º do art. 2.º da CLT, não sem significado juncional: “tendo, embora, cada uma delas personalidade jurídica própria”. Quer deixar patente o inciso que, para fins trabalhistas, caracterizados os supostos do inciso, perderam elas a “personalidade jurídica própria” e devem ser cuidadas como se uma só constituíssem.

2.7 Mais cavando nos trilhos até agora percorridos, deve-se insistir em que se não confundam os fundamentos da solidariedade, tal como a regula o Código Civil, o Código Tributário Nacional, com o vínculo centrado no § 2.º do art. 2.º da CLT. Se naquela e nas relações entre sócios e sociedades limitadas se autoriza a execução direta do co-responsável, volteada a ação de cognição e cujas pretensões se vão discutir (até amplamente) em embargos de executado ou de terceiro, estar-se-ia dirigindo a ordem jurídica à ré ao exigir-se a ação de conhecimento e, posteriormente, a de execução em uma

situação muito mais estreita, aguda e que redundou em unicidade de pessoas, como a prevista no § 2.º do art. 2.º da CLT.

A solidariedade civil, como se principia por aprender pelos arts. 898 e 904 do Código de 1916, destina-se prioritária e, pode-se dizer, exclusivamente, à garantia da executividade de um crédito.

Aliás, o art. 904 contém a expressão "exigir", e a exigibilidade não é nada mais nada menos do que a *pretensão — die Anspruch —*, que se define exatamente como o momento e a posição jurídica intercalar entre o direito material e o direito processual.

A peculiaridade e a importância deste ponto de intersecção — a pretensão — tem tal significação que a doutrina alemã, dissecando-o, conceitua-a, à *pretensão*, primeiro, no direito material, como o direito

"de alguém pedir contra outrem um fazer ou um não-fazer — *von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen*" — cf. LEHMANN, Heinrich u. HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 17. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1966, S. 94, § 13. Cf., ainda, BGB — Código Civil Alemão — § 194,

e, por outro lado, à sua vez, a *pretensão processual*.

Ao traduzir a *pretensão ajuizada* como o objeto do litígio, ALEXANDER HILLACH, tem-na

"como a invocação e o resultado de um direito acionados, sobre que o Autor pede uma decisão do juiz — *die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung oder Rechtsfolge, über dieser eine Entscheidung des Gerichts verlangt*" — cf. *Handbuch des Streitwertes*. 2. Auflage, Berlin-Köln, Carl Heymanns Verlag, 1954, S. 6/7.

O reconhecimento de qualquer união ou interligação de interesses, juridicamente previsto, tem por fim não apenas a satisfação de um débito mas o indiferenciado tratamento de qualquer ou de todos os devedores como se fossem um só.

O § 2.º do art. 2.º da CLT reverte-se em uma *pretensão unitária*, sob o ângulo material e sob o ângulo processual. A direta admissão desta obvia o curso prévio ou circunstancial daquela, ou seja, a pretensão armada dos elementos de executividade direta encontra-se integrada de todos os seus pressupostos de admissibilidade.

2.8 Impõem-se idéias conclusivas, que ora se compendiam, insistindo-se em alguns pontos básicos.

Do fato-tipo, revestido pelo modelo legal do § 2.º do art. 2.º da CLT, provém, portanto, uma especial forma de pontuação jurídica, em que, da diversidade de pessoas, se concentram *débito* e *responsabilidade*, como se cuidasse de um só sujeito jurídico passivo (ou ativo).

O círculo da *pretensão*, material e processual, completa-se com a só definição do “grupo econômico”.

O dispositivo consolidado, por outro lado, não se cinde em sua força jurígena e em sua aptidão de multiforme captação da realidade empresarial.

Ainda que a tutela jurídica se reverta imediatamente em favor do empregado, que fica acobertado de contínuas, alternadas e/ou sucessivas trasladações de uma para outra empresa do mesmo grupo, em tentativas de descaracterização da unidade contratual, seja no tempo de casa, seja nas condições contratuais (redução salarial, supressão de quinquênios ou outras vantagens, equiparação — o art. 461/CLT fala em “mesmo empregador”), o princípio da unicidade há de beneficiar, também, o empregador, no regular exercício de seus poderes de mando ou diretivos, em seu crédito translativo de trabalho, para uma ou para outra empresa do consórcio e em situações transitórias ou singulares como transferência, deslocamentos, vida disciplinar etc.

Ilustra este trabalho o coincidente pensamento de JOSÉ MARTINS CATHARINO (cf. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Jurídica Universitária, 1972, 1.º vol., pp. 169/170).

Pela *centralização de interesses*, através do chamado “grupo econômico” ou “consórcio de empresas” (ou conglomerado) pelo fenômeno originário, subsequente ou operativo da *intercomunicação* de empresas, a lei passa a situar o empregado, *vis-à-vis* do pólo-empregador, como se estivesse prestando serviços a uma só pessoa, com o que se unificam e se centralizam personalidades jurídicas autônomas, as componentes do grupo.

Alerte-se, *en passant*, que HÜECK tem como pressuposto a autonomia não econômica, mas a jurídica das empresas:

“*Voraussetzung ist, dass die rechtliche (nicht die wirtschaftliche) Selbständigkeit dieser Unternehmen erhalten bleibt*” — cf. HÜECK, Alfred. *Gesellschaftsrecht*. München, C. H. Beck'sche, 1965, S. 275 ff.

Na feliz imagem de FABRICIUS, formula-se o preceito, segundo o qual em pessoas diversas realizam-se e alcançam-se interesses e fins convergentes (cf. FABRICIUS, Fritz. *Relativität der Rechtsfähigkeit*. Berlin, C. H. Beck'sche, 1963, S. 82).

A esse fenômeno é sensível a ordem jurídica, cobre-o formalmente, tutela-lhe os interesses, mas tutela, também, os interesses de quaisquer outras pessoas que com ele (o grupo, o consórcio, o conglomerado), mantenham relações jurídicas de débito e crédito.

2.9 Vê-se, afinal, que os Enunciados n.ºs 129, 205 e 239 do Tribunal Superior do Trabalho, em seus preceitos límpidos e forma escorreita, transitam sobre águas profundas, em que nunca se estará mergulhando suficientemente para apanhar-se-lhe a sua causa, o seu centro vital de irrupção.

Hacia el abolicionismo de la sanción capital en España

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal
Facultad de Derecho de San Sebastián, España. Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología.

SUMARIO

I. Nociones básicas. II. Historia de la "ambivalente" pena capital. III. Legislación comparada. IV. Datos y estadísticas internacionales. V. Motivaciones retencionistas. VI. Argumentos contra la pena de muerte. VII. Problemática en tiempos de guerra. VIII. Abolicionismo total. IX. Anexo: Convenio Europeo... Protocolo 6.

I. Nociones básicas

Actualmente por pena de muerte se entiende la privación de la vida impuesta, según las normas formalmente requeridas, por la autoridad judicial, y ejecutada por una o varias personas legalmente competentes a los delincuentes culpables, autores de determinados delitos graves. Es la sanción (¿pena o medida?) más severa de la administración de la justicia admitida en muchos países, cuyos orígenes (y permanencia) desde los primeros tiempos de la humanidad muestran una lenta evolución relativamente unánime hacia el abolicionismo, aunque con muchas particularidades según los tiempos, los regímenes sociales, políticos y religiosos. Lógicamente en las sociedades primitivas carecía de las formalidades procesales que hoy se consideran sustanciales e indispensables.

Esta sanción suscita desde fechas inmemoriales y en nuestros días discusiones apasionadas dada su complejidad y su trascendencia, así como sus efectos tan graves que derivan en múltiples campos científicos y sociales de su mantenimiento o su abolición, así como de las diversas técnicas legales para su imposición y su ejecución.

A pesar de las dificultades y pulsiones con que tropiezan sus investigadores, muchos dedican gran parte de sus estudios a dilucidar sus problemas y a deducir conclusiones concretas. Se puede afirmar que todas las preguntas importantes en Derecho Penal, en Criminología, en Política Criminal, etc., tienen relación más o menos directa con la postura que se adopte en la cuestión de la pena capital. El legislador que admite esta sanción introduce una gota de veneno en el vaso que contiene las normas de la sociedad. Aunque no se llegue a la ejecución, esta gota infecciona todo el líquido, toda la legislación, todo el talante del sistema de justicia y de la convivencia (1).

El instinto de venganza mortal se encuentra tan profundamente arraigado en el "animal racional" que, para muchos, el hecho de rechazarlo y de prohibir su expresión colectiva, mediante la abolición de la pena de muerte, implica una frustración intolerable. Por lo mismo, el abolicionismo significa un triunfo de la solidaridad sobre la venganza, el miedo y el odio o, como ha formulado BADINTER (2), un triunfo de la humanidad sobre sí misma. Es el triunfo más difícil de alcanzar, y en cierto sentido es el más importante para el progreso de la sociedad.

En muchos países se va logrando, pero todavía no bastante, que las instituciones culturales, políticas y eclesiásticas se interesen y actúen eficazmente en pro de la abolición total. Merece un aplauso excepcional *Amnesty International* que constantemente fomenta acciones anti-pena de muerte. También puede recordarse aquí la Asociación de Derechos Humanos en España, la Asociación Española contra la Pena de Muerte, los catedráticos de Derecho Penal (3) etc.

Afortunadamente la tendencia abolicionista va progresando en muchos especialistas teóricos y en algunas legislaciones nacionales (4). Como fruto

(1) Entre abolicionistas y mantenedores de la pena capital media una oposición radical que afecta, positiva o negativamente, a todo el Derecho Penal, a toda la Criminología y a todo el sistema de Justicia. Acerca de esta antinomia resultan ilustrativas muchas páginas de CH. M. BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order*, 1974, pp. 359 s., 407, 450, 459 ss.; CH. M. BASSIOUNI, *Criminal Law and its Process. The Law of Public Order*, 1969, pp. 19, 27, 42, 111, 204, 585, y de BETTIOL (G. BETTIOL y L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Edición 12ª, Padova, 1986, pp. 13 ss., 50 ss., 144 ss., 834 ss.) como precursores de la moderna ciencia epistemológica. Cfr. MARIANO CORBI, *Análisis Epistemológico de las Configuraciones Axiológicas Humanas*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1983.

(2) ROBERT BADINTER, en *Boletín sobre prevención del delito y justicia penal*, Viena, Naciones Unidas, nº 11, diciembre 1984, p. 23.

(3) BARBERO, BERDUGO, BERISTAIN, "La pena de muerte. Seis respuestas", 2ª ed., *Bol. Oficial del Estado*, Madrid, 1978, 238 pp.

(4) MARC ANCEL, "Quelques observations sur l'abolition de la peine de mort", en *Crime and Criminal Policy. Papers in honour of Manuel López-Rey y Arrojo*, Roma, Franco Angeli, 1985, pp. 33 ss.

digno de mencionarse en esta corriente, el 28 de abril de 1983 quedó abierto a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa el Protocolo n.º 6 a la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en relación con la pena de muerte (5). El 1.º de marzo de 1985 entró en vigor, después de ser ratificado por el mínimo necesario de cinco países: Austria, Dinamarca, España, Luxemburgo y Suecia. Este Protocolo es el primer tratado internacional de carácter preceptivo que prohíbe la pena de muerte. En la actualidad otros nueve Estados Miembros han firmado el Protocolo, pero aún no lo han ratificado. Siete Estados Miembros no lo han firmado ni ratificado: Chipre, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Malta, Reino Unido y Turquía.

Este Protocolo obliga a los Estados a abolir la pena de muerte para los delitos cometidos en tiempo de paz. Pero, queda permitida su imposición y ejecución en tiempos de guerra, o de peligro inminente de guerra, si las leyes previas lo establecen. En contra de lo que previene el art. 64 de la Convención, este Protocolo no admite reserva alguna en el momento de la firma.

El 17 de enero de 1986 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución mediante la cual insistía en su decidida aspiración de abolir la pena de muerte en toda la Comunidad Europea. La Resolución exhortaba a todos los Estados Miembros del Consejo de Europa a ratificar el 6.º Protocolo al que nos estamos refiriendo, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Hasta llegar a esta petición-exigencia abolicionista el animal racional ha caminado y descaminado mil pasos difíciles que conviene conocer, al menos en sus grandes líneas. Esta petición-exigencia abolicionista no se entiende bien si se olvida la cosmovisión general del evolucionismo a lo largo de millones de años. Razonablemente nos aboca a estigmatizar mucho menos (o nada) a nuestras generaciones históricas partidarias de la pena capital.

II. Historia de la "ambivalente" pena capital

La evolución de la pena de muerte cubre y en cierto sentido descubre toda la historia (y la prehistoria) de la humanidad en el ámbito de los pensamientos y de los sentimientos más profundos de la persona y de sus grupos. Por ello se ha escrito y discutido sobre este tema más que sobre cualquier otro del Derecho Penal. Se trata de una historia victimal y triste, pero cada día menos triste. Una historia ambivalente para algunos, como

(5) COUNCIL OF EUROPE, *Protocol n.º 6. To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty*, Strasbourg, 28-4-1983.

todo acaecer humano, creativo, histórico, social y jurídico (6). En la Historia del Derecho y de la Criminología no ha "calado" todavía suficientemente la cosmovisión evolucionista. Faltan estudios epistemológicos desde la historia de la antropología biológica y desde la historia de la antropología cultural, así como desde el evolucionismo inorgánico (prebiológico), orgánico (biológico) y humano (cultural y jurídico).

Los que detentan el poder (élites y masas), con el transcurso de los siglos, abusan menos de él en este campo, aunque la tendencia abolicionista doctrinal y legal tiene sus altibajos, como reconoce, por ejemplo, CUELLO CALON cuando constata que el gran ímpetu alcanzado antes de la Primera Guerra Mundial por el abolicionismo, en los años que siguieron a ésta se atenúa y principalmente en los países no europeos pierde gran parte de su fuerza (7). Pero, opino que, por encima de esos vaivenes, perdura y predomina la corriente abolicionista cada día más extensa e intensa.

En este capítulo (el menos honroso) del Derecho Penal pueden verse, sin embargo, algunas facetas positivas:

— la conveniencia de estudiar los antecedentes prehumanos de las principales instituciones jurídico-penales;

— su propia evolución abolicionista, símbolo y paradigma de la macroevolución abolicionista del actual Derecho Penal vindicativo y represivo;

— el perdón judicial, el derecho de gracia y la sustitución por composición pecuniaria en algunos pueblos ha brotado (y/o se ha desarrollado) especialmente en el campo de la pena de muerte, según algunos comentaristas (8);

— la transpersonalidad de la pena capital ha facilitado radicales y atinadas nuevas teorías del conocimiento en algunos epistemólogos (9);

(6) F. FECHNER, "Vier Thesen über die Funktionalität des Rechts in der menschlichen Gesellschaft, Ein Rechtssoziologischer Überblick", en *Pena de muerte*, Coimbra, 1967, pp. 333 ss. J. DELGADO PINTO, "El derecho como fuente de agresión y de pacificación", en *I Curso Monográfico sobre AGRESIVIDAD*, Madrid, ed. Castalia, 1980, pp. 97 ss.

(7) EUGENIO CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1958, p. 128.

(8) MARC ANCEL, *La Pena Capital*, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, pp. 25 ss., 92 s. E. CUELLO CALON, *Opus cit.*, 1958, p. 147. M. PEREZ Y DE LA MOLINA *La Sociedad y el Patibulo, o la Pena de Muerte*, Madrid, 1854, pp. 278. 289. PETER BRANDT, *Die Evangelische Strafgefangenenseelsorge. Geschichte-Theorie-Praxis*, Göttingen, ed. Vandenhoeck Ruprecht, 1985, pp. 265 ss.

(9) HERBERT FLIEGER, *Todesstrafe*. "Die Würde des Menschen ist unantastbar", Schaffhausen, Novalis Verlag, 1982, pp. 32 ss. 128 ss. H.G. HINDERLING, *Rechtsnorm und Verstehen. Die Methodischen Folgen einer Allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung*, Bern, 1971, pp. 60 ss. 70 ss. 120, ss., 124 ss., 216 ss. Indirectamente se refieren al tema G. BETTIOL y L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, 1986, pp. 13 ss., 50 ss., 144 ss., 834 ss. y J. RABKIN, "Justice and Judicial Hand-Wringing: The Death Penalty Since Gregg", en *Criminal Justice Ethics*, verano 1985, p. 20.

— el amar y el morir tienen una raíz común. Con razón se ha escrito que “las más bellas historias de amor acaban con la muerte, y esto no es algo *sín ton ni son*. Cierto, el amor es y subsiste como *la superación de la muerte*, pero no porque la elimine, sino porque el amor mismo es muerte. Sólo en la muerte es posible la entrega total del amor, porque sólo en la muerte podemos quedarnos enteramente a la merced. De ahí que los amantes se lancen tan sencilla y castamente a la muerte; no se arrojan a un sitio extraño, sino al recinto íntimo del amor” (L. BOROS, *El Hombre y su Última Opción*, Madrid, 1972, pp. 66-67). Algo de esto decían los versos escritos en euskera por los condenados a muerte en el País Vasco, que, desde el momento de su condena, disponían (a tenor de los usos y costumbres tradicionales) de un año para redactar poéticamente su experiencia de manera que sirviera de ejemplo para los demás;

— muchas víctimas del abuso del poder (en su manifestación más trágica) adoptan ante este cruel castigo un talante que, con frecuencia, limpia las manos de sus verdugos; y algunas veces, aprovechan la animal venganza de la pena de muerte para, a través de su sometimiento de excelso heroísmo, vivir experiencias de altruismo oblativo trascendente, enriquecedor de la humanidad.

Esteban Urkiaga, conocido como Lauaxeta, que en euskera significa “abierto a los cuatro vientos”, fue ejecutado el 25 de junio de 1937, a las 6:30 de la mañana, asistido por el P. Alfonso Moreno, S.J. Poco antes Lauaxeta había escrito: “Goiz eder honetan erail bear nabatxindor baten txintak gozotan naukela! El naiten leiora begiak intz-gabe... Gudan jaus nadillazuzentzaren aldeez ormari atzez goiz eder argian... Erri zintzo one-nak zaindu dagialail gintzanen atsa, il gintzanen ala” (“Esta hermosa mañana me van a ejecutar, mientras el canto de un ruiseñor endulza mi alma. No hay rocío en los ojos cuando me acerco a la ventana... Quiero caer en el campo de batalla, luchando por la justicia, y no contra la pared... Que la fe de este pueblo guarde la fuerza y el aliento de los que dimos por él nuestra vida”).

Recordemos las líneas con las que VIKTOR E. FRANKL concluye su libro *El Hombre en Busca de Sentido*: “Después de todo, el hombre es ese ser que ha inventado las cámaras de gas de Auschwitz, pero también es el ser que ha entrado en esas cámaras con la cabeza erguida y el Padre-nuestro o el Shema israel en sus labios”⁽¹⁰⁾. Recordemos también las frases últimos de varios ejecutados que transcribe el PADRE MONTES: “Padres y madres! Ved a dónde conduce al abondono de la familia. Yo soy culpable; pero es mayor la culpa de mis padres que me dejaron sin amparo y sin educación”; “Pido perdón a Dios y a los hombres. Que mi triste ejemplo sirva de lección a todos los que me contemplan”; “Muero con serenidad: he merecido mi suerte”; “Amigos, pedid a Dios que me perdone”; “En

(10) VIKTOR E. FRANKL, *El Hombre en Busca de Sentido*, Barcelona, Herder, 1980, p. 128 (Traducción de Diorki).

nombre de Dios que perdonó a los ladrones y asesinos, perdonadme también a mí"; "Deploro mi condena, y muero como buen cristiano"; "Lo que sucede es muy triste; pero lo tengo bien merecido". Otras muchas circunstancialmente (para su tiempo y para su ubicación geográfica) bellas páginas han escrito personas condenadas a muerte ⁽¹¹⁾. Capítulo aparte merecería la sentencia y ejecución de Jesús de Nazaret, en Jerusalén, con sus posteriores consecuencias para muchos incalculables ⁽¹²⁾.

Ante la imposibilidad de estudiar tan detenidamente como quisiéramos el origen prehumano y la evolución multiseccular de la pena capital nos vemos obligados a resumirla, a vista de pájaro, en tres épocas que, a veces, se cruzan o superponen o retrotraen en involución más o menos modificada:

A) Epoca de la expiación religiosa (teocentrismo).

B) Epoca de la reacción jurídico-legalista (nomocentrismo, monarquías o dictaduras absolutas).

C) Epoca de la creación criminológica-humanista (homocentrismo, Estado social y democrático de derecho).

II. 1. *Epoca de la expiación religiosa*

Desde los ancestrales orígenes de la humanidad, antes ya del *homo sapiens*, la respuesta mortal de las víctimas viene acompañando a nuestros progenitores. En la más remota antigüedad y durante la Edad Media, en la inmensa mayoría de los países que conocemos, era la pena más frecuente. Se puede decir que sólo a partir del siglo XVIII empieza a abrirse paso cierta postura abolicionista.

La sanción mortal aparece — históricamente — como respuesta religiosa al pecado "mortal", como expiación y satisfacción a la divinidad. Por ello los pueblos antiguos han aplicado esa pena a todos o a casi todos los delitos y pecados graves. Por eso, con frecuencia el sacerdote-juez impone la mano al reo antes de la ejecución, para simbolizar que se transmiten a él los pecados-delitos de la comunidad.

Durante muchos siglos el mito de la sangre ha identificado ésta con la vida, y ha concedido un poder de purificación y de vindicación a la

(11) P. MONTES, *Derecho Penal*, Vol. 2.º, Madrid, 1929, p. 360. INAKI BARRIO-LA, *19 Condenados a Muerte*, San Sebastián, Ed. Vascas Argitaetxea, 1978, pp. 193 ss. RAMON DE GALARZA, *Diario de un Gudari Condenado a Muerte*, San Sebastián, Ed. Vascas Argitaetxea, 1977, pp. 72, 156, 186. MANUEL MENENDEZ VALDES, *Siete Meses Condenado a Muerte*, 2ª edición, Madrid, Ed. España, 1929, pp. 104 ss. PEDRO HERRERA PUGA, *Grandeza y Miseria en Andalucía. Testimonio de una Encrucijada Histórica (1578-1616)*, Granada, 1981, pp. 391 ss.

(12) BERTRAND DE MARGERIE, "Mort sacrificielle du Christ et peine de mort chez saint Thomas d'Aquin, commentateur de saint Paul", en *Revue Thomiste*, T. LXXXIII — n.º 11 (juillet-sept. 1983), pp. 395 ss. R. FABRIS, "Gesù di fronte al malati e alle esperienze di morti", en AA.VV., *La Spiritualità del NT*, Roma, 1985, pp. 119-131.

sangre que se derrama en la ejecución capital. A veces, ese mito exigía sacrificios humanos en las fiestas populares (13).

Las sociedades primitivas ante los comportamientos victimizantes gravemente perjudiciales, no buscaban generalmente el hacer justicia sino más bien el evitar las venganzas injustas y/o las venganzas dirigidas erróneamente a personas inocentes, o el evitar o el regular las contiendas entre la víctima y sus familiares contra el delincuente y los suyos. Sólo con el transcurso del tiempo y con el desarrollo del poder se llega a la elaboración e imposición directa (desde la autoridad) de sanciones a los delincuentes (14). Esta evolución conoce, lógicamente, muchas excepciones.

Quienes detentaban el poder en las comunidades primitivas imponían y ejecutaban la pena capital en no pocos casos. Los códigos más antiguos que conocemos establecen esta pena en múltiples supuestos. El Código de Hammurabi (siglo XVIII antes de Cristo) la impone contra casi cuarenta delitos (robos, corrupción administrativa, infracciones sexuales...) (Cfr. *Código de Hammurabi*, Edición preparada por FEDERICO LARA PEINADO, Madrid, Editora Nacional, 1982, pp. 68 ss.). Las leyes sirias, del siglo XVI antes de nuestra era, establecen como pena más común la mutilación, pero también en determinados supuestos prescribían la pena capital.

En el Derecho helénico tiene gran cabida el sistema de autodefensa entre los opuestos grupos tribales o familiares, pero también la pena de muerte contra determinados crímenes, la mayoría de ellos en el ámbito religioso.

El pueblo judío, tal como aparece en el Antiguo Testamento, aplica la pena de muerte a numerosos delitos, especialmente a los relacionados con la idolatría o con algunos comportamientos sexuales. Se introduce un cambio radical en el Nuevo Testamento. A la luz del evangelio, matar al delincuente resulta innecesario, inútil e indigno. Como indica DRAPKIN, la pena de muerte en el antiguo derecho hebreo es la menos comprensible de las siete penas reguladas en las leyes bíblicas (15).

(13) JEAN-MARIE AUBERT, *Chrétien et Peine de Mort*, Paris, 1978, pp. 54 ss. MANUEL PEREZ Y DE LA MOLINA, *La Sociedad y el Patíbulo*, pp. 238 ss.

JEAN IMBERT, *La Peine de Mort*, Paris, 1972, pp. 22, 31 ss.

(14) JACQUES LECLERCQ, "Reflexions sur le droit de punir", en *Estudios Penales*. Homenaje al R.P. Julián Pereda, S.J. Preparado por A. Beristain, Bilbao, Univ. de Deusto, 1965, pp. 473 ss.

(15) ANTONIO BERISTAIN, "El catolicismo ante la pena de muerte", en BARBERO SANTOS, BERDUGO, BERISTAIN, GARCIA VALDES, y otros, *La Pena de Muerte. Seis Respuestas*, 2ª ed., Bol. Oficial del Estado, Madrid, 1978, pp. 163 ss. ISRAEL DRAPKIN, "Crimes and Punishments in Ancient Hebrew Laws", en *Festschrift für GUNTER BLAU zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin, Ed. Walter de Gruyter, 1985, pp. 613 ss.

C. THOMA, "Pena de muerte y tortura en la tradición judía", en *Concilium*, 1978, pp. 722 s.

Generalmente, las religiones y supersticiones primitivas exigían que la ejecución se llevara a cabo en público, con métodos sumamente variados y crueles, cargados de simbolismo, como el del chivo expiatorio, que ampliamente desarrolla RENÉ GIRARD (16).

Entre las técnicas de la ejecución más frecuentes en aquellos tiempos figuran: 1.º El apedreamiento. 2.º La precipitación desde una altura. 3.º La crucifixión. 4.º La vivicombustión. 5.º La asfixia por sumersión. 6.º El soterramiento del condenado, todavía vivo. 7.º El colgamiento. 8.º El empalamiento. 9.º El aplastamiento debajo de algún animal. (En la India todavía hasta el siglo XIX se colocaba al condenado debajo de un elefante.) 10.º Por azotes (especialmente en la antigua China). 11.º El envenenamiento (Sócrates). 12.º El desconyuntamiento y rotura de huesos a garrotazos. 13.º El descuartizamiento por medio de caballos tirados en diversas direcciones etc. En algunos pueblos primitivos más que en matar la ejecución consiste en dejar morir.

Todavía hoy, en todos los países árabes donde ya no rige la ley islámica, las sentencias de muerte deben ser aprobadas, como formalidad, por el *Mufti*, el erudito más importante de la comunidad respecto a las cuestiones religiosas.

En la China imperial el verdugo evitaba mirar el rostro de la víctima por temor a que el alma de la misma pudiera retornar posteriormente y aparecérselo. Actualmente, en 1987, en China la víctima es forzada a arrojarse, con las manos atadas a la espalda, y el verdugo se coloca de pie *detrás de la víctima* y suele ser un soldado o policía quien dispara a la nuca del reo, sin que éste le vea.

II.2. *Epoca del nomocentrismo*

Con el progreso histórico de las religiones y del derecho, se va logrando una paulatina y lenta secularización del sistema judicial que cobra autonomía y se estructura sobre leyes cada vez menos sacras. Las ciencias van venciendo a las supersticiones y a la brujería. Como ejemplos se puede recordar la regulación y praxis de la pena de muerte en el mundo romano, germánico, en las monarquías absolutas y en las dictaduras hasta bien entrado el siglo XVIII... y el siglo XX.

Durante esta época la pena capital se aplica a todos los delitos graves con sistemas crueles, en público, para conseguir intimidar lo más posible a los probables futuros delincuentes. SENECA refleja el sentir popular al escribir que "cuanto más pública sea la ejecución de la pena de muerte mayor efecto se logrará para la mejora de las costumbres de los ciudadanos en general".

(16) RENÉ GIRARD, *La Violencia y lo Sagrado*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1983, pp. 129 ss. Traducción de Joaquín Jordá.

Idem, "Culture "primitive", judaismo, cristianesimo" en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 75 ss.

En la Roma antigua, las Doce Tablas (siglo V antes de Cristo) establecen la pena de muerte contra los convictos de incendio premeditado, falso testimonio, calumnia grave, soborno... Durante la República pocos *cives romani* fueron ejecutados; en cambio, era la pena más frecuentemente aplicada a los esclavos. Al final del Imperio, como resultado del reconocimiento del cristianismo, aumentó el campo de aplicación de la pena de muerte, sobre todo en supuestos de herejía.

Los romanistas enumeran los muchos delitos que se castigaban con la pena de muerte: desde el clásico parricidio, el *crimen perduellio* (es decir, los delitos contra el Estado, los crímenes de hostilidad a la patria), el *crimen maiestatis*, hasta incluso el hurto manifiesto y el falso testimonio etc... Nos describen su ejecución (a veces precedida de flagelación para los hombres en la época republicana) mediante la crucifixión, la decapitación, la precipitación desde la roca Tarpeya, el hambre en la cárcel y en secreto (especialmente a las mujeres), el emparedamiento (especialmente a los clérigos), la decapitación por medio de la espada, el enterramiento del condenado todavía vivo, el estrangulamiento, el *culleum* etc. (17).

El Derecho germánico, según los especialistas (18), continúa sancionando todos los delitos graves con la pena capital (impuesta, a veces, arbitrariamente) ejecutada de múltiples maneras: el descuartizamiento (propio de los delitos de traición), el enterramiento en vida (especialmente a las mujeres, pero también a los hombres reos de crímenes contra la sexualidad, principalmente la violación), el enterramiento o la hoguera (mayoritariamente a las mujeres por motivos de pudor), el emparedamiento (aplicado casi siempre a los clérigos). Uno de los rasgos diferenciales del Derecho germánico es la diversidad en la ejecución de la pena de muerte según la clase del delito: la modalidad menos severa, la decapitación, se impone por los delitos relativamente menos graves. En el extremo contrario, el ahorcamiento, una de las maneras más severa y deshonrosa, solía corresponder al bandlerismo, considerado como uno de los delitos más graves. Por fin, hemos de recordar otro rasgo diferencial del Derecho germánico: al *inimicus* le corresponde la pérdida parcial de la paz, como al traidor le corresponde la pérdida general de la paz; y ambas conllevan la posibilidad de que el

(17) E. CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, pp. 176 ss., 211 ss.

JEAN IMBERT, *La Peine de Mort*, Paris, Presses Universitaires de France, 1972, pp. 30 ss.

(18) VON AMIRA, *Die Germanischen Todesstrafen*, Munich, Akademie der Wissenschaften, 1922, pp. 126 ss.

IMBERT, *La Peine de Mort*, pp. 75 ss.

JOHN LAURENCE, *A History of Capital Punishment, with Special Reference to Capital Punishment in Great Britain*, London, Kennikat Press, 1932, reimpression 1971, pp. 14 s., 220 ss.

BARBERO SANTOS, *Pena de Muerte. (El caso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 67 ss.

STROM, *On the Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, Lund, 1942.

delicente pueda ser matado por la familia de la víctima (venganza de la sangre) o por cualquier persona que le encuentre.

En la legislación eclesiástica durante la primera época de la Inquisición, concretamente desde el siglo XIII hasta el siglo XV, la pena de muerte fue menos frecuente de lo que algunos autores indican; ANDRÉ LAINGUI y ARLETTE LEBIGRE⁽¹⁹⁾ aducen como prueba que el inquisidor Bernard Gui, del año 1307 al 1323, únicamente firmó 42 condenas de muerte.

Durante las monarquías absolutas se sigue condenando con la pena capital a muchos delinquentes, sobre todo a los que podíamos llamar delinquentes políticos.

Al menos una referencia ha de hacerse al bandolerismo en relación con la pena de muerte, tema complejo y que cuenta con abundante bibliografía⁽²⁰⁾. JULIO CARO BAROJA, escribiendo sobre el bandolerismo como hecho histórico y materia literaria⁽²¹⁾, en las páginas dedicadas al bandolerismo italiano en el siglo XIV, se refiere a las leyes severas dictadas por Cola di Rienzo en los meses de junio y julio del año 1347 y la pena de muerte: de hecho "varios nobles y algunos monjes fueron ejecutados y otros presos". El bandolerismo medieval "sigue dándose con representantes en la nobleza y el sacerdocio", de manera que no es de extrañar que se condenase a muerte y se ejecutase a nobles y monjes.

La pena de muerte se practicó en la Europa premoderna con frecuencia y con brutalidad, aunque en algunas legislaciones aplicaban como sanción alternativa la mutilación (de resultados también negativos en el campo de la política criminal), los trabajos forzados y la deportación. El cenit de la pena capital en los países de la Europa Occidental debe colocarse en los siglos XVII y XVIII. Por ejemplo, las leyes inglesas de finales del siglo XVIII imponían la pena de muerte en más de doscientos delitos.

Desde la Edad Media hasta finales del siglo XVIII, el sistema penal en Europa buscaba la venganza pública y el terror. Por eso se ejecutaba la pena de muerte con métodos cuyo solo recuerdo nos horroriza: en Alemania estaba en uso el mismo suplicio que el Derecho romano clásico aplicaba al parricida, y a la mujer infanticida se le quitaba la vida a fuerza de estacazos. En Inglaterra y en Italia se arrastraba el cuerpo del sentenciado a muerte por entre zarzas y malezas, se le arrancaban las entrañas, vivo

(19) ANDRÉ LOINGUI, ARLETTE LEBIGRE, *Histoire du Droit Pénal*. Vol. 2. *La Procédure Criminelle*, Paris, ed. Cujas, 1979, p. 55.

(20) CARLOS GARCIA VALDES, *No a la Pena de Muerte*, Madrid, Edicusa, 1975, pp. 60 s.

(21) JULIO CARO BAROJA, *Realidad y Fantasía en el Mundo Criminal*, Madrid, Consejo Sup. de Investigaciones Científicas, 1986, pp. 89 ss. especialmente p. 135.

Idem, en *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, San Sebastián, ed. Universidad del País Vasco, 1985, pp. 281 ss.

todavía, para arrojarlas al fuego, y después se le dividía en cuartos. En España se le ataba a la cola de un caballo por domar, se le atenaceaba y se inyectaba en su cuerpo líquidos inflamados, como aceite hirviendo o plomo derretido (22).

La asistencia religiosa a los condenados a la pena capital ha tenido sus pros y sus contras, sus más y sus menos. Merecen destacarse algunas publicaciones a este respecto, por ejemplo las de los jesuitas Pedro de León, Friedrich von Spee (año 1631) y Jacob Schmid (23).

II.3. *Epoca de la creación criminológica-humanista*

La Ilustración criticó con sólidos argumentos la crueldad de la pena de muerte y de todo el sistema penal tan inhumano. Recordemos los ataques de MONTESQUIEU en sus *Cartas Persas*, ya en 1721, los de VOLTAIRE etc. En España merece mencionarse la opinión del benedictino FRAY MARTIN DE SARMIENTO. El año 1762, dos años antes de la aparición del libro *Dei Delitti e delle Pene* escrito por el padre de los abolicionistas el marqués de BECCARIA, Cesare Bonesana (1738-1798), escribía así FRAY MARTIN: "Por malvado que sea un hombre, será más útil vivo que muerto a la sociedad si se le separa de ella en un sitio donde se le haga trabajar. Eso otro de que un castigo de muerte sirve para escarmentar a otros, está bien pensado, pero no corresponde en (a) la práctica. Lo que se logra no es el escarmiento, pues cada día se multiplican las maldades de todo género. . ." (24)

Desde finales del siglo XVIII podemos decir que — en cierto sentido — empieza a superarse la dialéctica acción criminal *versus* reacción vindicativa. Frente a la acción criminal empieza a contestarse, más frecuentemente que en tiempos anteriores, con talante humanitario; en algunos supuestos se responde con una *creación* generosa, solidaria, más allá de lo "justamente" debido.

Si en la justicia de los pueblos primitivos el centro lo ocupaban los dioses-ídeos vengadores, si después (un después cronológico sólo en cierto

(22) MANUEL PEREZ Y DE LA MOLINA, *La Sociedad y el Patíbulo*, pp. 281 ss. GARCIA VALDES, *No a la Pena...* pp. 18 ss.

L. RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. I, Londres, 1948, pp. 4 ss.

(23) PEDRO HERRERA PUGA, *Grandeza y Miseria en Andalucía. Testimonio de una Encrucijada Histórica (1578-1616)*, Granada, 1981, pp. 391 ss.

PETER BRANDT, *Die Evangelische Strafjungenenseelsorge. Geschichte-Theorie-Praxis*, Göttingen, Ed. Vandenhoeck Ruprecht, 1985, pp. 78 ss. 174 ss. 223 y 294 ss. RADBRUCH, "Ars moriendi" en *Elegantiae Juris Criminalis*, 2ª ed., Basilea, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1950, pp. 157 ss.

(24) Cfr. ANTOLIN LOPEZ PELAEZ, *Los Escritos de Sarmiento y el Siglo de Feijó*, 1902, p. 155.

Idem, "Un precursor de Beccaria", en *Revista Contemporánea*, 1898.

sentido) lo ocupaban las leyes lógico-rationales, basadas en la venganza y dirigidas a terrorizar, ahora comienzan a ocuparlo el homocentrismo, la androgénesis comunitaria, los valores humanos, la relación yo-tú tal como en nuestros días lo desarrolla, entre otros, Martín Buber.

Esta cosmovisión alborea lentamente desde la Ilustración⁽²⁵⁾, va iluminando la razón, el sentimiento y las entrañas de la humanidad en pro de la postura abolicionista que va ganando adeptos aunque lentamente y con demasiadas oscilaciones e involuciones. Como un indicio de estos retrocesos constatamos que hoy en algunos Estados es libre el apelar o no, mientras que ya en el siglo XVII la famosa *Ordonnance Criminelle* de 1670 obligaba a recurrir en apelación contra toda sentencia condenatoria a muerte. Ésta Ordenanza estuvo vigente en Francia, desde su promulgación hasta la Revolución.

Con especial y positiva incidencia influyó Beccaria en los teóricos y en los prácticos del sistema penal, concretamente en las reformas abolicionistas de Inglaterra, Francia, Alemania, Austria y Rusia, de finales del XVIII y comienzos del XIX, como constata ORNELLA VOCCA⁽²⁶⁾.

Beccaria encontró amplia acogida, como todos sabemos, en Lardizábal, pero en el tema de la pena de muerte éste se manifiesta más retencionista que aquél. LARDIZÁBAL mantiene la legitimidad de la pena de muerte, pero pide que se use con mucha circunspección y prudencia, reservándola precisamente y con toda escrupulosidad para solo aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria evitando la crueldad⁽²⁷⁾.

Actualmente, en los países de nuestro ámbito cultural, los partidarios de la pena capital van perdiendo terreno, como lo muestran muchos datos sociológicos y los textos legales⁽²⁸⁾. Las dos primeras aboliciones estatales se debieron a Leopoldo II de Toscana, en su Código promulgado el año 1786, y a José II de Austria el año 1787, como casos utópicos que no encontraron el terreno propicio para su aplicación y desarrollo. Durante el siglo XIX predomina entre los abolicionistas el deseo de la abolición

(25) HERBERT FLIEGER, *Todesstrafe*. "Die Würde des Menschen ist unantastbar", pp. 128 ss.

MARIO A. CATTANEO, "Morale e política nel dibattito dell'illuminismo", en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 105 ss.

(26) ORNELLA VOCCA, *Evoluzione del Pensiero Criminologico sulla Pena di Morte (Da Cesare Beccaria al Codice Zanardelli)*, Napoli, 1984, pp. 31 ss.

(27) MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre las Penas, Contraído a las Leyes Criminales de España para Facilitar su Reforma*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de Repullés, 1828, pp. 166 ss.

(28) EUGENIO CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, pp. 167. ss.

parcial. En cambio, a partir del Código italiano de 1889 empezó a reclamarse de nuevo la abolición total ⁽²⁹⁾.

III. *Legislación comparada*

Actualmente, según informes privados y públicos de *Amnesty International* y otros documentos ⁽³⁰⁾, está abolida la pena de muerte para toda clase de delitos y en todos los tiempos en los 30 países que indicamos: Australia, Austria, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fiji, Finlandia, Rep. Federal de Alemania, Francia, Holanda, Honduras, Islandia, Kiribati, Luxemburgo, Mozambique, Nicaragua, Noruega, Nuevo Gales del Sur, Panamá, Portugal, Salomón (Is.), Suecia, Tuvalu, Uruguay, Vanuatu, Vaticano y Venezuela.

Otros 18 países han abolido la pena de muerte para todos los delitos, excepto para delitos sancionados en la legislación militar y/o delitos cometidos en especiales circunstancias, por ejemplo en tiempo de guerra. Los países son: Brasil, Canadá, El Salvador, España, Holanda, Israel, Italia, Malta, México, Mónaco, Nepal, Nueva Zelandia, Panamá, Papua (Nueva Guinea), Perú, Reino Unido de Gran Bretaña, San Marino, y Suiza. En los Estados Unidos se encuentran legislaciones diversas en sus normativas estatales respecto a la sanción capital.

Se mantiene la pena de muerte en tiempo ordinario y/o para delitos comunes en unos 133 países o territorios: Afganistán, Albania, Algeria, Angola, Anguilla, Arabia Saudí, Argentina, Bahamas, Bahrain, Bangladés, Barbados, Bélgica, Belice, Benin, Bermuda (Isla), Bolivia, Botswana, Bután, Islas Vírgenes, Brunei, Bulgaria, Burma, Burundi, Camerún, Cayman (Isla), Rep. Central Africana, Comores (Isla), Congo, Corea del Norte (Rep. Popular Democrática), Corea del Sur, Costa de Marfil, Camboya, Cuba, Chad, Chile, China (Rep. Popular), Checoslovaquia, Chipre, Djibouti, Dominica, Egipto, Etiopía, Filipinas, Gabón, Ghana, Gambia, Grecia, Granada (América Central), Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Irán, Iraq, Irlanda, Jamaica, Japón, Jordania, Kampuchea, Kenya, Kuwait, Laos, Lesotho, Líbano, Liberia, Libia,

(29) MARC ANCEL, *La Pena Capital*, 1968, pp. 27 ss.

(30) *Amnesty International, USA THE DEATH PENALTY*, Briefing, 1987. Informe de Amnistía Internacional, *La Pena de Muerte*, Londres, 1979. Cada mes Amnistía Internacional escribe un informe público y/o privado (para sólo sus miembros) de media docena de páginas. Entre otras noticias, da cuenta de las sentencias y las ejecuciones de las cuales tiene conocimiento, indicando la ciudad, el nombre del condenado, y el motivo de la ejecución con algunos detalles. Puede consultarse la bibliografía general citada en el apartado IX.

ERIC PROKOSCH, *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 10 ss.

BARBERO SANTOS, *Pena de Muerte (El caso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 157 ss.

HUGO ADAM BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3ª edición, New York, Oxford, 1982, pp. 21 ss.

Liechtenstein, Madagascar, Malawi, Malasia, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mongolia, Monserrat, Mozambique, Namibia, Niger, Nigeria, Omán, Pakistán, Paraguay, Polonia, Qatar, República Central Africana, Rep. Democ. de Alemania, Ruanda, Rumania, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sudáfrica, Sri Lanka (Ceilán), Sudán, Surinam, Suazilandia (África), Taiwán, Tanzania, Tailandia, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turcos y Caicos (Islas), Uganda, Unión Repúblicas Socialistas Soviéticas, Alto Volta, Vietnam, Yemen del Norte (República Árabe), Yemen del Sur (Rep. Popular Democrática), Yugoslavia, Zaire, Zambia, Zimbabue.

En algunos de estos países — unos cincuenta — no se ha ejecutado ninguna sentencia desde 1973 por razones de política gubernamental. Así en Alto Volta, Argelia, Bélgica, Costa de Marfil, Guinea, Guyana, Seychelles.

El movimiento abolicionista va avanzando, en cierto sentido, como decíamos más arriba. Últimamente han abolido la pena de muerte: España para delitos en tiempo de paz, año 1978; Brasil para delitos ordinarios, 1979; Luxemburgo, Nicaragua y Noruega para toda clase de delitos, 1979; Perú, para delitos ordinarios, 1980; Francia para toda clase de delitos, 1981; Holanda para todos los delitos, 1982; El Salvador para delitos ordinarios, 1983; Nuevo Gales del Sur y Australia para todos los delitos, 1986.

Pero, simultáneamente, ciertos Estados miembros de las Naciones Unidas ⁽³¹⁾, muy al contrario de progresar hacia la abolición de la pena de muerte, han aumentado el número de delitos que castigan con ella. Y, además, entre otros alejamientos alarmantes de las normas internacionales, incluyen la denegación del derecho a pedir indulto.

III.1. *Comentario comparatista*

No disponemos de espacio para detallar o comentar la legislación y la praxis de cada país, pero sí parece oportuno añadir tal o cual consideración de algunos Estados, aunque sea brevemente.

En Europa Occidental domina la legislación abolicionista. La República Federal de Alemania, en su Constitución de 1945, en el artículo 102 de la Ley Fundamental, abolió la pena de muerte para todos los supuestos. En esta decisión parlamentaria influyó sobre todo, como indica JESCHECK ⁽³²⁾, la conmoción que había despertado el empleo abusivo de la pena capital en el Tercer Reich. También Austria abolió la pena de muerte total-

(31) AMNISTIA INTERNACIONAL, *Manual sobre la pena de muerte*, 1983, p. 12. MARC ANCEL, "Quelques observations sur l'abolition de la peine de mort", en *Crime and Criminal Policy*, Papers in honour of Manuel López-Rey y Arrojo, Roma, Franco Angeli, 1985, pp. 33 ss.

(32) HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, párrafo 71, Barcelona, Bosch, 1981, p. 1.054. Traducido por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde (con bibliografía).

mente en 1968, por el art. 85 de su Constitución Federal: "la pena capital queda abolida".

En Francia ha sido abolida por la Asamblea Nacional el 18 de septiembre de 1981. El presidente Mitterrand había prometido durante su previa campaña electoral que llevaría a cabo esta abolición. Desde 1959 hasta 1978 había sido impuesta la pena de muerte en cincuenta y dos casos, y ejecutada en diez y siete.

Después de prolongados debates en el Parlamento de Gran Bretaña, la sanción capital fue suprimida el año 1965 para los delitos de asesinato, por un plazo experimental de cinco años. Esta abolición fue prorrogada por tiempo indefinido el 19 de diciembre del año 1969; pero sigue vigente para los delitos de alta traición y piratería, daños e incendios en arsenales. El año 1975 la Cámara de los Comunes rechazó una moción para reimplantarla. También el año 1979, y con un margen más amplio de votantes (33). Podemos recordar que el año 1818 en Inglaterra se abolió la, hasta entonces vigente, pena de muerte a quien hurtaba bienes por un valor de 5 chelines.

Suiza abolió la pena de muerte en el Código Penal del año 1937, como resultado de apasionantes discusiones; en referendun la mayoría (escasa) aprobó esta abolición. Holanda la suprimió el año 1870 en el campo civil, pero la introdujo para delitos de guerra el año 1943.

Entre los países abolicionistas *de facto* hemos de citar a Bélgica. Su Comisión para la revisión del Código Penal votó en favor de la abolición *de iure*. El día 5 de abril de 1979, ocho miembros de la Comisión votaron por la abolición total y dos por la abolición en tiempos de paz, y seis votaron en favor de la permanencia de esta pena en la ley, pero pidieron que sólo en tiempos de guerra pueda ejecutarse (34). Dos miembros no estuvieron presentes.

Todavía hoy la legislación belga conserva la pena capital. Por un delito civil (asesinato) la última ejecución se llevó a cabo el año 1918. Pero, por delitos contra la seguridad exterior del Estado han sido muchos los ejecutados. Ultimamente, desde 1944 hasta 1951, lo han sido 242 por colaboración con el adversario durante la contienda bélica (35). En junio de 1975 se

(33) LUIS ARROYO ZAPATERO, "La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña, en *Homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 11 ss. Cfr. ROYAL COMMISSION on Capital Punishment 1949-1963, *Her Majesty's Stationery Office*, London, 1963. Murder Act, 8 de noviembre de 1965 (Abolition of Death Penalty).

(34) MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Commission pour la Revision du code pénal, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruselas, 1979, pp. 83 ss. COUNCIL OF EUROPE, Protocol nº 6. *To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty*. Strasbourg, 28-4-1983.

(35) RAYMOND SCREVEENS, "La Peine de Mort en Belgique", en *Pena de Morte*, Tomo I, Comunicações, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, pp. 233 ss.

ha incluido entre los delitos sancionados con la máxima pena (discrecional) el secuestro cuando se mata o tortura a la víctima, y en junio de 1976, para el delito de secuestro de un avión si como resultado se provoca la muerte. Desde el año 1951 las solicitudes de clemencia siempre han tenido éxito y no se ha ejecutado ninguna pena de muerte (desde finales de la Segunda Guerra Mundial) (36). La Comisión para la revisión del Código Penal, en las 176 páginas de sus observaciones acerca del anteproyecto (marzo 1986), no hace comentario alguno acerca de la pena de muerte. El mismo año 1966, el Gobierno belga firmó el Protocolo n.º 6, de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales respecto a la abolición de la pena de muerte, por lo que este año 1987 deberá adoptar la abolición *de iure*. En este sentido se ha manifestado el Comisario real para la reforma del Código Penal, el profesor R. Legros (Cfr. *Moniteur belga*, diciembre 1986, p. 152); pero no trata de la abolición en el Código Penal Militar.

La legislación penal vigente en el Estado Vaticano, a tenor del Concordato con Italia, desde el 7 de junio de 1929 hasta el 1.º de agosto de 1969, establecía la pena de muerte para el delito de atentar contra la vida, la integridad y la libertad personal del Romano Pontífice y de los Jefes de Estado extranjeros, en el supuesto de reciprocidad respecto a estos últimos. Desde 1969 quedó abolida esta histórica sanción.

Los países de Europa Oriental mantienen la pena de muerte. La República Democrática Alemana para los delitos políticos y militares más graves y para el asesinato, según el párrafo 60 de su Código Penal, por motivos de la "naturaleza agresiva y antihumana del Imperialismo" (37).

En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) dieciocho delitos pueden sancionarse en tiempos de paz con la pena capital. El art. 23 del Código Penal de la Unión actualmente vigente considera la pena de muerte como "una medida de castigo excepcional". Según el Comentario oficial del año 1971 acerca del Código, se declara que "la tendencia es hacia la abolición completa tan pronto como las condiciones se den, es decir, antes de la liquidación final de la criminalidad y del remplazo del castigo por métodos de influencia social"... y se añade que un tribunal puede dictar esta pena "sólo allí donde la necesidad quede indicada por circunstancias especiales que agravan la responsabilidad del culpable y por la peligrosidad excepcional de su carácter", es decir, en la línea del derecho penal del autor, más que del derecho penal de hecho (38).

(36) AMNISTIA INTERNACIONAL, *La pena de muerte*, Londres, 1979, pp. 121 s.

(37) JESCHECK, *Tratado*, Barcelona, 1981, p. 1.057.

(38) FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, *Das Strafrecht des realen Sozialismus. Eine Einführung am Beispiel der DDR*. Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983, pp. 146 s. También admite la pena capital el Código Penal cubano de 1º de marzo de 1979, Ley nº 21, a tenor de su artículo 29. Cfr. *Das kubanische Strafrecht vom 1 März 1979*. Traducido por SEMON y FRANKE, con una introducción de GÜNTER BLAU, Berlin, ed. Walter de Gruyter, 1983.

El nuevo Código Penal yugoslavo, vigente desde el 21 de julio de 1977, aumentó el número de delitos sancionados con la pena de muerte. Lo mismo ocurre en Rumanía desde el 1.º de enero de 1969, fecha de la entrada en vigor del nuevo Código Penal. La pena de muerte se encuentra, al menos, en los siguientes artículos 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 176, 223, 224, 225, 358...

Desde el año 1970, el Código Penal polaco (de 1969) sanciona con la pena de muerte dos delitos ordinarios (homicidio doloso y robo a mano armada) y otros siete de especial gravedad. La ejecución se realiza en la horca. Pero el personal militar es fusilado. Según RATAJCZAK (39), los Tribunales procuran aplicar prudentemente la pena de muerte (sehr zurückhaltend anzuwenden).

La Corte Suprema de Estados Unidos declaró inconstitucional la pena de muerte el 29 de junio de 1972. Anteriormente el 18 de febrero de ese mismo año también la había declarado inconstitucional la Corte de California en su Estado. Se apoyaban ambas Cortes en que la pena capital es contraria a la Enmienda octava de la Constitución, según la cual se prohíben las penas "cruelles e inusitadas (o inhabituales)". Se criticaba seriamente las arbitrariedades procesales en los juicios capitales y la falta de certeza en la tipificación de los delitos sancionados con la pena máxima.

En la Corte Suprema Federal la sentencia obtuvo cinco votos en favor y cuatro en contra (40). Como indica ZAFFARONI, "en el fondo del debate se descubre un serio problema político respecto a la función que debe cumplir la Corte Suprema". Los cinco votantes abolicionistas, con óptica dinámica, juzgan la función de la realidad cambiante frente a los cuatro retencionistas que conciben el ejercicio de su función meramente como de vigilancia, conservadora.

Después de que la legislación penal en 34 Estados había circunscrito los casos en que la pena capital podía imponerse y había limitado las anteriores facultades arbitrarias de los tribunales, el año 1976 la Corte Suprema declaró (por siete votos contra dos) que la pena de muerte es constitucional pero no puede ser prevista en la ley como pena absoluta.

Actualmente, a la luz del informe de Amnesty International (año 1987), se puede decir que los siguientes Estados carecen de leyes vigentes

(39) ALEKSANDER RATAJCZAK, "Zur Entwicklung des Strafrechts in der Volksrepublik Polen", en *Festschrift für GÜNTER BLAU zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, pp. 539, 547. Otras consideraciones, MARIAN CIĘSLAK, "Principios y tendencias de política criminal en la república popular de Polonia", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, p. 46, traducción de Agustín Zugaldía Espinar.

(40) SCARFONE, "The mandatory death penalty for murder by lifers: foregoing procedural safeguards on the illusory promise of deterrence", en *Syracuse Law Review*, 1986, pp. 1.303 ss. J. F. BRESNAHAN, "La pena de muerte en EE.UU.", en *Cocillium*, 1978, pp. 675 ss.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1983, pp. 100 s. (con bibliografía).

sobre la pena de muerte: Alaska, Hawaii, Iowa, Kansas, Massachusetts, Maine, Michigan, Minnesota, North Dakota, South Dakota, West Virginia y Wisconsin. No hay pena de muerte en los territorios de Guam, Puerto Rico, Islas Vírgenes de los EE.UU., o en el Distrito de Columbia.

Sí retiene la pena de muerte el Código Uniforme de Justicia Militar. Hasta noviembre de 1985, este Código sólo permitía la pena de muerte para delitos cometidos en tiempo de guerra. Pero, en noviembre de 1985 el Presidente Reagan introdujo una enmienda al Código — the Department of Defense Authorization Act. 1986 — extendiendo la pena de muerte al personal militar condenado por espionaje cometido en tiempo de paz. Un soldado se encuentra actualmente condenado a muerte por esta ley militar, pero ha recurrido contra la sentencia. La última ejecución a tenor del Código Militar se llevó a cabo en 1961.

Casi cuatro mil ejecuciones tuvieron lugar en Estados Unidos desde 1930 hasta 1963. Según Amnistía Internacional, el año 1976 había 582 personas condenadas en espera de una posible ejecución; de ellos 300 negros, 260 blancos, 13 chicanos, 8 indios y un portorriqueño.

El 9 de enero de 1985 fue ejecutado Roosevelt Green, un joven negro de 28 años que se declaró inocente del asesinato de una estudiante blanca. Poco antes de morir manifestó que los jueces cometían una grave injusticia. Pasó sus últimas horas de vida viendo la televisión, y rechazó la comida final a base de pastel de huevo. Su muerte en la silla eléctrica fue contemplada por su madre, por voluntad expresa del joven; también contemplaron la escena una docena más de testigos. El Tribunal Supremo de EE.UU. se había negado a aplazar la ejecución, y las autoridades judiciales de Georgia rechazaron la petición de clemencia presentada por los abogados. Esta ejecución hacía la número 34 en todo el país norteamericano desde que el Tribunal Supremo reimplantó la pena capital el año 1976.

A lo largo del mes de agosto de 1986 se han ejecutado varias penas de muerte en los Estados Unidos. Por ejemplo, en el Estado de Tejas, el día 20 de agosto una ejecución con inyección letal. El ejecutado, Randy Lynn Woolls, de 36 años, había asesinado, el día 16 de junio de 1979, a una encargada de vender localidades en un cine al aire libre para automovilistas en la localidad tejana de Kerrville. Se llamaba Betty Stotts, de 44 años; fue golpeada, acuchillada en el cuello y quemada viva. Woolls ocupó, después, el lugar de venta de su víctima y continuó su trabajo hasta recaudar quinientos dólares. Acto seguido introdujo a Betty en el auto de ella y se metió en el cine, donde fue detenido por la policía mientras veía la película sentado junto al cadáver de la mujer. El asesino declaró que le parecía injusto ser condenado a muerte por un crimen que no recuerda, porque lo realizó bajo los efectos de las drogas. La última cena de Randy Lynn Woolls estaba compuesta por dos hamburguesas con queso, patatas

fritas y te frío. Un portavoz de la prisión manifestó que estaba un poco nervioso cuando fue trasladado a la cámara de la muerte, a 25 kms. de la prisión local. Una hija de Betty, Deborah, manifestó que su madre era muy religiosa y que pocos días antes del crimen había sentido que le llegaba la muerte y dejó una nota escrita a su marido y a sus cuatro hijos.

Pocos días después, el 26 de agosto, fue ejecutado también con una inyección letal Chester Lee Wicker, de 37 años, por haber enterrado viva a una joven en una playa. Esa misma semana fue ejecutado otro asesino convicto en el mismo Estado de Tejas, en el que se restableció la pena capital el año 1982. Desde aquel año 1982 se ha ejecutado en Tejas a 19 personas.

El día 11 de septiembre de este mismo año 1986 ha sido ejecutado el joven Charles Francis Rumbaugh, de 28 años, que se declaró culpable del asesinato de un joyero en 1975, cuando él tenía 17 años. Fue ejecutado mediante una inyección letal. Charles Rumbaugh fue condenado a la pena capital por asesinato y el robo subsiguiente de 54 dólares. El haberse llevado a cabo esta condena fue fuertemente criticado por Amnistía Internacional, pues con ella se violaban los acuerdos internacionales — nunca ratificados por Estados Unidos — en los que se prohíbe la ejecución de quienes cometieron sus delitos cuando eran menores de 18 años.

En teoría, la Asociación Médica de EE.UU. permite a los médicos actuar únicamente como consejeros en la ejecución por medio de una inyección letal, sin participar directamente en ella. De hecho, el médico prescribe el fármaco que se debe utilizar así como la dosis apropiada y certifica si el reo tiene las venas adecuadas para ser ejecutado, incluso certifica la necesidad de una nueva inyección en caso de que la víctima no haya fallecido con la primera (41).

Durante el siglo XIX y comienzos del XX muchos gobiernos, en América Latina, abolieron la pena de muerte; pero recientemente ha habido una tendencia a reintroducir dicha pena, especialmente en épocas de agitación política o en casos de gobiernos dictatoriales o tras un golpe militar, como ocurrió en los años sesenta y setenta en Argentina, Bolivia, Brasil y Chile. En este último país durante los seis primeros meses siguientes al golpe militar, en setiembre de 1973, se dice que hubo varios miles de ejecuciones. En Cuba se efectuaron numerosas ejecuciones sumarias en el período inmediatamente posterior a la revolución de 1959.

Al menos siete países americanos han abolido la pena de muerte desde el año 1975: Argentina, Brasil, Canadá, El Salvador, México, Nicaragua y Perú.

Aparte y además de las sentencias de muerte impuestas judicialmente, en algunos países latinoamericanos, particularmente en Argentina y Guate-

(41) J. KEVORKIAN, "Opinions on capital punishment, executions and medical science", en *Medicine and Law*, 1985, pp. 515 ss.

mala, los grupos paramilitares, tolerados o apoyados por la autoridad gubernamental y militar, han llevado a cabo gran número de asesinatos, de detenciones ilegales y de desapariciones. Estas y las matanzas y muertes bajo tortura son frecuentes en Brasil, Chile, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Paraguay, Uruguay . . . (42).

Cinco razones fundamentales aduce ZAFFARONI⁽⁴³⁾ para probar que en Argentina la "llamada pena de muerte" es inconstitucional: no es una pena, constituye una forma de tormento proscrita por el art. 18 constitucional, es un medio groseramente inadecuado para la obtención del fin propuesto por la ley, viola el art. 18 al imponerse por causa política, y subvierte el orden de valores señalado por la Constitución nacional.

La legislación japonesa permite la pena de muerte para diez y siete delitos (por ejemplo matar a alguien en duelo), y la impone preceptivamente para el supuesto de incitación a la agresión extranjera. Estuvo abolida desde el año 810 hasta el 1156 durante el período Heian. Desde 1896 el método de ejecución es la horca (artículo once del Código Penal) que se lleva a cabo en siete prisiones, y se dice que cada una tiene su propio verdugo. Las ejecuciones son secretas y no se anuncian públicamente. La única información de que se dispone proviene de estadísticas que el Ministerio de Justicia edita periódicamente. El Ministerio señala que este secreto protege a las familias de los presos de la vergüenza de que se sepa que sus familiares han sido ejecutados. El corresponsal de la Agencia Reuters, a tenor de noticias no totalmente confirmadas, considera que entre 1954 y 1974 se ahorcó en Japón a 336 personas. Según otras informaciones que se conocen, el número de ejecuciones que se llevan a cabo ha disminuido durante los últimos cien años: en la década de 1880 eran unas 200 ejecuciones anuales, y desde 1971 son un promedio de veinte al año. Los años 1979, 1980 y 1981 tuvo lugar sólo una ejecución cada año. En julio de 1983, Sakae Menda fue encontrado inocente en un nuevo proceso después de haber estado internado durante 33 años en el pabellón de la muerte, acusado de asesinato.

Datos de interés especial ofrece JOSÉ LLOMPART, catedrático de Sophia-Universität (Tokyo), en su trabajo "Die Vollstreckung der Todesstrafe in Japan", todavía inédito, que aparecerá en *The Review of Comparative Law and Criminology*, de la Universidad "Katolicki Uniwersytet Lubelski", de Lublin.

(42) ALESSANDRO BARATTA, "Aspetti extragiudiziali della pena di morte", en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, 1983, pp. 175 ss.

BERDUGO, "La pena de muerte en el actual derecho iberoamericano", en *La Pena de Muerte 6 Respuestas*, 1978, pp. 87 ss. AMNISTIA INTERNACIONAL, *La pena de muerte*, 1979, pp. 121 s. LOPEZ-REY, *Criminalidad y Abuso de Poder*, Madrid, 1983, pp. 92 ss.

(43) E. R. ZAFFARONI, *Op. cit.*, Buenos Aires, T. V, pp. 92 ss.

Según Llopart, desde 1946 hasta 1971 fueron ejecutadas en Japón 510 personas (el 80% de las condenadas en ese período); de 1966 a 1980 fueron ahorcadas 140 personas. Desde 1955 a 1984 LLOMPART ha recogido los datos siguientes:

<i>Año</i>	<i>Sentencias condenatorias a muerte</i>	<i>Número de ejecuciones</i>	<i>Condenados a muerte en espera de ejecución</i>
1955	15	32	62
1956	24	11	75
1957	27	39	62
1958	20	7	76
1959	14	30	57
1960	33	39	51
1961	22	6	69
1962	13	26	56
1963	17	12	61
1964	9	0	70
1965	7	4	72
1966	13	4	81
1967	14	23	71
1968	11	0	82
1969	11	18	71
1970	14	26	58
1971	6	17	48
1972	8	7	47
1973	4	3	49
1974	2	4	46
1975	3	17	29
1976	2	12	18
1977	2	4	16
1978	4	3	17
1979	4	1	20
1980	7	1	26
1981	3	1	28
1982	1	1	28
1983	1	1	27
1984	3	1	27

El artículo 475 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al Ministro de Justicia a ordenar la ejecución dentro de los seis meses después de la sentencia firme. El artículo siguiente (476) determina que la ejecución debe llevarse a cabo dentro de los cinco días siguientes. En la práctica, con mucha frecuencia, los Ministros de Justicia no cumplen el plazo de los seis meses. En algunos casos se alarga varios años y decenios; por ejemplo, Sadamichi Hirasawa fue condenado a muerte el 7 de mayo de 1955, pero en abril de 1987 todavía está en la cárcel esperando (más de treinta años) el día de su ejecución. El número de las personas condenadas a muerte que esperan en la cárcel el día de su ejecución es muy elevado, más de 70 y de 80 personas en algunas ocasiones. El permanecer en la cárcel a la espera de la orden ministerial de ejecución se considera como parte de la pena capital, por lo que esta pena no prescribe, si el reo está en prisión, aunque transcurran los 30 años que señala como plazo de prescripción el artículo 32.1 del Código Penal.

Todos los países del Oriente Medio (Egipto, Irán, Iraq, Israel, Jordania, Libia, Siria y el Yemen) admiten la pena de muerte para asesinatos y para otros delitos específicos contrarios a la seguridad interna y externa del Estado. Siguiendo las orientaciones del Corán, la ley islámica sanciona el asesinato voluntario con la pena capital. Esta ley, considerada como revelación divina, pretende regular el orden público y no menos las normas morales de conducta de los ciudadanos. Lógicamente se aplica la pena de muerte para el delito de apostasía⁽⁴⁴⁾.

Con la única excepción de Hong Kong, en todos los países asiáticos existen disposiciones legales que prevén la pena de muerte. En muchos de ellos principalmente por delitos que ponen en peligro o perturban el orden público. Tal sucede especialmente en la República Popular China. En ésta ha habido procesos masivos; sus condenados han sido ejecutados inmediatamente después de finalizado el proceso. El 1.º de enero de 1980 entró en vigor el nuevo Código Penal chino que enumeraba siete delitos ordinarios y catorce "contra revolucionarios" castigados con la pena de muerte, en último caso, cuando sea "de naturaleza particularmente abominable que causen serio daño al pueblo y al Estado". Desde 1980 la nueva legislación ha introducido la pena de muerte para otros 23 delitos. Por ejemplo: robo, malversación de bienes, lucha entre pandillas, vivir de ganancias inmorales, organización de una sociedad secreta, molestar a las mujeres, comunicar métodos para cometer crímenes etc.

En agosto de 1983 las autoridades chinas iniciaron una campaña nacional contra el crimen. En los meses de agosto, septiembre y octubre

(44) G. VASSALLI, "En marge du droit pénal islamique", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, París, Pedone, 1980, pp. 75 ss.

AHMAD ABD AL-AZIZ AL-ALFI, "Punishment in Islamic Criminal Law", en BASSIOUNI, *The Islamic Criminal Justice System*, New York, Oceana Publications, 1982, pp. 227 ss. M. ARKOUN, "Pena de muerte y tortura en el pensamiento islámico", en *Conciliium*, 1978, pp. 732 ss.

se dice que efectuaron decenas de miles de detenciones y llevaron a cabo miles de ejecuciones. Amnistía Internacional según la publicación *China*, serie *Documentos*, editada en Londres (septiembre, 1984), registró más de seiscientos ejecuciones durante esos tres meses. En concreto, el 23 de agosto de 1983, en Pekín fueron ejecutadas 30 personas en un estadio ante una gigantesca concentración de unas cien mil personas. Durante estos meses el límite para la apelación quedó reducido de diez a tres días. Por ejemplo, dos jóvenes Cao Gourong y Xu Sianping fueron ejecutados seis días después de haber ocurrido el crimen por el que fueron condenados. La ley imperial china fue más humana que sus contemporáneas legislaciones occidentales. Por ejemplo, el hurto merecía la pena de muerte sólo cuando el valor de lo hurtado equivalía a más de 120 onzas de plata o había sido cometido por tercera vez, por una misma persona, con un valor de 50 onzas de plata en cada oportunidad.

Algunos países como Birmania, Filipinas, Formosa, Indonesia, Malasia y Singapur aplican la pena de muerte por delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes. Las autoridades de Indonesia confirmaron el 9 de octubre de 1986 que habían sido ejecutadas nueve personas comunistas condenadas por participar, 21 años atrás, en un intento de golpe militar.

23 países han introducido la pena de muerte últimamente para delitos relacionados con la droga, 6 de ellos después del año 1986. En concreto en Africa, Mauricio (1986). En Norteamérica, los Estados de Arizona y Florida. En Asia, Brunei Darussalam (1982), Burma (1974), China (1982), Indonesia (1976), la República de Corea del Sur (1961), Malasia (1975), Filipinas (1972), Singapur (1975), Sri Lanka (1984), Taiwan (1950 ó antes), Tailandia (1961). En Europa, Turquía. En Oriente Medio, Algeria, Bahrein (1984), Egipto (1966), Irán (1959), Iraq, Jordania, Kuwait, Siria, Emiratos Arabes Unidos (1986). (Amplios detalles en AMNISTIA INTERNACIONAL, *Informe ACT 5/39/86*, Distr: SC/DP/PO/CO/GR/PG, diciembre 1986).

La mayor parte de los gobiernos africanos admiten la pena de muerte, pero la frecuencia con que se impone y aplica varía grandemente de un país a otro. En muchos se condena y ejecuta a personas acusadas de delitos políticos tras juicios sumarísimos. Las tasas de ejecuciones capitales en Suráfrica, desde hace varios años, es una de las más altas del mundo.

III. 2. *Antecedentes inmediatos y legislación actual en España*

La pena de muerte ha estado vigente en la práctica y en la legislación penal española desde sus comienzos⁽⁴⁵⁾. Salvo excepciones que aquí y

(45) M. BARBERO SANTOS, "La peine de mort en Espagne. Histoire de son abolition", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, París, Ed. A. Pedone, 1980, pp. 103 ss.

(Continúa)

ahora no podemos comentar, los adversarios contra esta pena capital empiezan a manifestarse desde mediados del siglo XVIII.

La Comisión General de Codificación, nombrada por Real Decreto de 19 de agosto de 1843, encargada de la preparación del Código Penal de 1848, se disuelve por Decreto de 31 de julio de 1846. Antes, en sus reuniones del 12 y 14 de noviembre de 1844, se preocupó de evitar la posibilidad de que la pena de muerte pudiera resultar impuesta por el juego de las reglas de agravación en delitos que no tengan expresamente establecida esa pena. Insistieron en este sentido Vizmanos y Luzuriaga.

Como resultado de estas preocupaciones, el Presidente de la Comisión observó que para poder imponer la pena de muerte no debía bastar la concurrencia de cualquier circunstancia agravante, sino que debían concurrir determinadas de ellas por lo que al primer párrafo del artículo 111 se añadió (46): "salvo lo que se determina para casos especiales". Así, se lograba impedir la aplicación de la pena de muerte a los casos en que no viniese señalada de forma específica por la ley. Este deseo de limitar la aplicación de la pena capital, determinó la elaboración de otros preceptos como el del artículo 75 tal como se ha mantenido, con ligeras modificaciones, hasta nuestros días (hasta la reforma de 25 de junio de 1983).

En 1854, MANUEL PEREZ Y DE LA MOLINA, en su extenso libro *La Sociedad y el Patíbulo o La Pena de Muerte Histórica y Filosóficamente Considerada*, expone amplia y sistemáticamente sus profundas convicciones en contra de la tremenda pena de muerte que tiene en su favor el voto de muchísimos hombres respetables por su ciencia y por sus talentos y que se haya encarnada en todas las sociedades y en todos los pueblos de que nos habla la historia. Comenta las principales razones que, en su opinión,

(Continuación de nota 45)

CARLOS GARCIA VALDES, *No a la pena de muerte*, Madrid, Edicusa, 1975, pp. 53 ss.

CARLOS GARCIA VALDES, *La Pena Capital. Estado Actual*, Madrid, 1979.

CONCEPCION ARENAL, "El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte", en *Obras Completas de Concepción Arenal*, tomo XII, Madrid, 1896.

GERARDO LANDROVE DIAZ, "¿Es legalmente ejecutable la pena de muerte en España?", en *Ensayos Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974, pp. 45 ss.

GERARDO LANDROVE DIAZ, "La abolición de la pena de muerte en España", en *Anuario de Derecho Penal*, fasc. I (1981), pp. 17 ss.

J. BOIX REIG, "Comentario al Proyecto de Ley sobre abolición de la pena de muerte en el Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, pp. 207 ss.

ALFONSO SERRANO GOMEZ, "Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España", en *Anuario de Derecho Penal*, fasc. III (1982), pp. 609 ss.

(46) MANUEL GALLEGRO DIAZ, *El sistema Español de determinación legal de la pena*, Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal, Madrid, Ed. ICAI, 1985, pp. 127 ss. 172 ss.

muestran la ausencia "de las cualidades que deben concurrir en los buenos castigos, y en cuya defensa no sabemos que se aleguen más que argumentos, ineficaces todos, o porque son negativos, o porque carecen de la robustez necesaria. Uno por uno lo hemos ido examinando, y uno por uno también creemos haberlos dejado todos refutados" (47).

Merece recordarse los intentos y/o proyectos de abolición más o menos total en los años 1854 y 1859 (abolición de la pena de muerte para los delitos políticos), y de la abolición total en los años 1896 y 1906 (48). El Proyecto de Código Penal de Montilla de 1902 no incluía la pena de muerte.

Quedó abolida por primera vez la pena de muerte en la Segunda República, por el nuevo Código Penal de 1932 que se publicó en la *Gaceta* de 5 de noviembre de 1932, y entró en vigor el 1.º de diciembre de dicho año, pero fue restablecida por Ley de 11 de octubre de 1934 (en la legislación especial común), prorrogada por Ley de 20 de junio de 1935. El régimen franquista la restableció (Ley de 5 de julio de 1938) por considerarla necesaria y que "se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero", según dice su Exposición de Motivos. Lógicamente esta pena figuró en el Código Penal de 1944 y perduró hasta 1978. Desde esta fecha ha sido abolida "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra", a tenor de lo establecido en el art. 15 de la Constitución de 1978.

El Real Decreto Ley 45/1978 de 21 de diciembre (BOE 23 diciembre 1978) adaptó al imperativo constitucional algunos preceptos legales del Código de Justicia Militar, de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea y de la Ley Penal y Disciplinaria de Marina Mercante. Adaptación discutidamente comentada por RODRIGUEZ DEVESA (49). Después indicaremos la legislación militar vigente actualmente en España.

IV — Datos y estadísticas internacionales

Para conocer con mayor aproximación criminológica, epistemológica y victimológica los múltiples problemas de la pena de muerte en los últimos años y en la actualidad, ayudará recoger algunos datos meramente cuantitativos y/o cualitativos — lo más objetivos posible — que brindan las publicaciones recientes. Escasean los estudios acerca de las cualidades, circunstancias fácticas objetivas y subjetivas de los jueces, de los crímenes,

(47) M. PEREZ Y DE LA MOLINA, *La Sociedad y el Patíbulo, o la Pena de muerte Histórica y Filosóficamente Considerada*, 1ª ed., 1854, p. 375, 2ª edición, Madrid, 1878.

(48) J. MONTES, *Derecho Penal*, 2ª edición, vol. II, Madrid, 1929, p. 369.

(49) J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1981, pp. 837 ss. (con bibliografía).

etc., que directa o indirectamente motivaron o contribuyeron a las condenas a muerte. Entre los más recientes estudios podemos citar el de H. CULVER (50) sobre los rasgos personales de los 32 ejecutados en EE.UU. desde 1977 hasta 1984. Recientemente se estudia con especial atención las relaciones del poder político, del delincuente y el juez con la víctima (51).

De finales del siglo XIX y comienzos del XX merecen recordarse las siguientes cifras seleccionadas por el PADRE MONTES (52).

	<i>Periodo</i>	<i>Condenados</i>	<i>Ejecutados</i>	<i>Indultados</i>
España:	1867-1899	1.145	398	747
	1900-1911	368	37	331
	1867-1911	1.513	435	1.070
Inglaterra:	1901	43	32	11
	1903	55	41	14
Bélgica:	1857-1863	100%	3%	97%
Francia:	1873-1880	199	68	131

Desde 1826 hasta 1980 se conoce el número de guillotinos en Francia, así como la proporción de homicidios por 100.000 habitantes (53).

(50) JOHN H. CULVER "The states and capital punishment: executions from 1977-1984", en *Justice Quarterly*, Washington, 1985, pp. 567 ss.

(51) MANUEL LOPEZ-REY, *Criminalidad y Abuso de Poder*, Madrid, ed. Tecnos, 1983, pp. 98 ss., R. PATERNOSTER, "Prosecutorial discretion in requesting the death penalty: a case of victim-based racial discriminations", en *Law and Society Review*, 1984, pp. 437 ss., G.E. DIX, "Psychological abnormality and capital sentencing. The new diminished responsibility", en *International Journal of Law and Psychiatry*, pp. 249-267., R. SAMUEL GROSS y ROBERT MAURO, "Patterns of death: an analysis of racial disparities in capital sentencing and homicide victimization", en *Stanford Law Review*, 1984, pp. 27-153.

(52) J. MONTES, *Derecho Penal Español*, vol. II, Madrid, 1929, pp. 370 ss.

(53) J. M. BESSETTE, *Il était une fois... la guillotine*, Paris, Ed. Alternatives, 1982, pp. 104.

GUILLOTINADOS **Homicídios**
(números absolutos) (por 100.000 habitantes)

1826/1830	360	1'24
1831/1835	154	1'29
1836/1840	147	1'12
1841/1845	178	1'07
1846/1850	160	1'19
1851/1855	158	1'01
1856/1860	120	0'76
1861/1865	63	0'69
1866/1870	47	0'74
1871/1875	75	0'84
1876/1880	30	0'78
1881/1885	21	0'92
1886/1890	42	0'89
1891/1895	59	0'91
1896/1900	27	0'80
1901/1905	11	0'83
1906/1910	25	1'08
1911/1915	32	1'06
1916/1920	40	
1921/1925	67	1'30
1926/1930	47	0'83
1931/1935	37	1'12
1936/1940	33	1'06
1941/1945	44	4'64
1946/1950	121	0,82(17'68 en 1944)
1951/1955	26	0'59
1956/1960	14	1'66
1961/1965	5	1'21
1966/1970	3	0,78
1971/1975	3	0,87
1976/1980	3	0'93

Respecto al siglo XX MARC ANCEL, en el estudio publicado por las Naciones Unidas, ofrece múltiples datos concretos a nivel internacional.

MIDDENDORFF-KAISER (54) se refieren a su propia patria. Según ellos, durante el período bélico 1939-1945, se calcula, aunque no se conoce con exactitud, que los tribunales civiles alemanes, desde el comienzo de la guerra hasta 1943, dictaron unas 8.359 sentencias de muerte. Desde esa fecha hasta el final de la contienda dictaron unas 18.141. Desde la terminación de la guerra hasta 1949 se dictaron 34; de ellas se ejecutaron 24. Durante la primera guerra mundial, 1914-1918, los tribunales civiles alemanes sólo dictaron 141 sentencias de muerte. El 23 de mayo de 1949 quedó abolida totalmente la pena de muerte.

M. BUCHHORN (55) detalla el número de condenados a muerte y de ejecutados en Alemania desde 1933 a 1939, así como el volumen de las condenas a muerte en el período 1940-1943.

Año	Condena	Tribunal Popular	Ejecuciones
1933	78	—	64
1934	102	4	79
1935	98	9	94
1936	76	10	68
1937	86	32	106
1938	85	17	117
1939	139	?	219

(54) GUNTHER KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 1984, capítulos 15 y 20. IDEM, "Wozu Todesstrafe? Die Todesstrafe aus Kriminologischer Sicht", en EVANGELISCHE AKADEMIE HOFGEISMAR, *Die Drohung mit dem Tod oder das Leben mit der Todesstrafe*, Akademietagung, 27-29 August 1976, pp. 1 ss. Más detalles en BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, Bulletin, *Capital Punishment 1984*, U.S. Department of Justice, Agosto 1985.

(55) M. BUCHHORN, "Sie haben es nichts anders verdient"... Zur Diskussion um die Todesstrafe, Basel, Baltz Verlag, 1979, p. 7.

En los años 1940, 1941 y 1943 parece se condenó a muerte a 250, 1.292 y 5.336 personas respectivamente.

Según el reciente estudio de JÖRG FRIEDRICH ⁽⁵⁶⁾, los jueces alemanes condenaron a muerte en el tiempo del Nazismo, de 1933 a 1945, a 32.000 personas, la mitad en juicios civiles y la mitad en juicios militares. De estos 32.000, 30.000 fueron condenados entre los años 1941 a 1944. Desde 1942 a 1945 el número de ejecuciones fue un promedio de 720 cada mes, cifra incomparable con los 291 condenados en los tribunales militares y civiles durante la guerra de 1914 a 1918.

En los Estados Unidos, a tenor del especialista Th. SELLIN ⁽⁵⁷⁾, desde el año 1930 al 1965 fueron ejecutadas 3.856 personas; de ellas el 86,3% por asesinato, el 11,7% por delitos de violencia física. Se puede observar una tendencia a disminuir el número de ejecuciones: por los años 1930 el término medio era de 166 ejecuciones anuales; en cambio, por los años 1960 era de 56 ejecuciones anuales. El año 1960 había 210 condenados a pena de muerte en las cárceles norteamericanas; el año 1965 había 331.

Recientemente Amnistía Internacional en su informe USA, THE DEATH PENALTY, BRIEFING ⁽⁵⁸⁾, publica el número de ejecuciones en Estados Unidos en cifras ascendentes: desde 155 ejecuciones en la década de 1890, a más de 1.000 durante la década de 1920. Mayor fue el número de ejecuciones en la década de 1930, llegando al máximo en el año 1935 con 199 ejecuciones. Posteriormente, el número de ejecuciones ha disminuido a menos de 100 anuales hasta 1950. Hacia 1960 fueron escasas las ejecuciones. La mayor parte de las ejecuciones, desde 1900 hasta 1967, se llevaron a cabo en los países meridionales de Estados Unidos. Entre 1930 y 1967, un total de 3.829 personas fueron ejecutadas en Estados Unidos. Desde 1967 no se han llevado a cabo ejecuciones hasta enero de 1977. Entre 1977 y 1986 casi el 90% de las personas ejecutadas han sido por delito de asesinato a personas blancas, aunque el número de negros víctimas de asesinato ha sido casi el mismo que el de personas de raza blanca. Al menos 32 jóvenes, entre 15 y 17 años, se encuentran condenados a muerte en 15 Estados norteamericanos, en octubre de 1986.

(56) JÖRG FRIEDRICH, *Freispruch für die Nazi Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948*. Eine Dokumentation, Hamburg, Reinbek bei Ed. Rowohlt, 1983, p. 13.

(57) TH. SELLIN, *The Penalty of Death*, Beverly Hills, California, 1980.

(58) AMNESTY INTERNATIONAL, *USA the Death Penalty*, Londres, Briefing, 1987, pp. 4, 5, 9 ss. Los datos que indicamos en el texto sobre "Condenas..." y "Métodos" se recogen de este amplio informe.

Condenas y ejecuciones a muerte el 1.º de octubre de 1986

Estado	N.º de prisioneros en la celda de la muerte	N.º de ejecuciones desde enero 1977	Estado	N.º de prisioneros en la celda de la muerte	N.º de ejecuciones desde enero 1977
Alabama	79	2	New Hampshire	—	
Arizona	65		New Jersey	21	
Arkansas	29		New Mexico	5	
California	190		North Carolina	62	3
Colorado	1		Ohio	67	
Connecticut	—		Oklahoma	63	
Delaware	5		Oregon	1	
Florida	247	16	Pennsylvania	87	
Georgia	105	7	South Carolina	44	2
Idaho	14		South Dakota	—	
Illinois	98		Tennessee	57	
Indiana	38	2	Texas	218	18
Kentucky	29		Utah	7	1
Louisiana	49	7	Vermont	—	
Maryland	19		Virginia	34	5
Mississippi	46	1	Washington	8	
Missouri	43		Wyoming	3	
Montana	5				
Nebraska	13		Total	1.788	66
Nevada	36	2			

Métodos de ejecución en EE.UU.

Método	Estado		Método	Estado	
Ahorcamiento	Delaware * Montana *	New Hampshire + Washington *	Gas	Arizona California Colorado Maryland	Mississippi * Missouri N. Carolina *
Silla eléctrica	Alabama Arkansas * Connecticut + Florida Georgia Indiana Kentucky Louisiana	Nebraska Ohio Pennsylvania S. Carolina Tennessee Virginia Vermont +(a)	Inyección Letal	Arkansas * Delaware * Idaho * Illinois Mississippi * Montana * Nevada New Jersey New Mexico	N. Carolina * Oklahoma Oregon S. Dakota + Texas Utah * Washington * Wyoming
Fusilamiento	Idaho * Utah *				

* Estados en que están vigentes formas alternativas de ejecución.

+ Estados en donde no ha habido condena a muerte desde 1977.

(a) En Vermont hay un Estatuto anterior a 1972 que no ha sido corregido.

Durante el año 1985 en los Estados Unidos se ejecutó a 18 personas. El número de personas en el "pabellón de la muerte" continuó creciendo, y el 1.º de octubre de 1986 alcanzó un total de 1.788 personas en 37 Estados.

HUGO ADAM BEDAU destaca la importancia de los asesinatos cometidos en EE.UU. desde 1970 hasta 1979 contra policías federales, estatales o locales (59).

Año	Número de policías asesinados
1970	100
1971	129
1972	116
1973	134
1974	132
1975	129
1976	111
1977	93
1978	93
1979	106
Total	1.143

Respecto a los datos en otras partes del mundo, a lo largo del año 1984, Amnistía Internacional tuvo noticias de que durante el mes de febrero se dictaron por lo menos 88 penas de muerte en 14 países y en el mismo mes se ejecutaron 81 personas. Durante el mes siguiente en 14 países se dictaron 40 sentencias de pena de muerte, y fueron ejecutadas 37 personas en diez países. Durante el mes de abril del mismo año fueron condenadas a muerte 129 personas en 16 países, y se llevaron a cabo 47 ejecuciones en siete naciones.

Según el *Boletín Informativo* n.º 6 (junio 1984), de Amnistía Internacional, se temía que en Egipto el Tribunal Supremo de Seguridad del Estado de Emergencia condenara a muerte a 299 personas de las 302 acusadas ante este Tribunal, por delitos políticos.

En los doce meses del año 1984 hay informes de 1.513 ejecuciones y 2.067 condenas. Por desgracia, las cifras reales son mayores que las conocidas.

En 1985 *Amnistía Internacional* tiene documentación sobre 1.489 condenas a muerte en 61 países, y sobre 1.125 ejecuciones en 44. A estas

(59) BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3ª edición, New York, 1982, p. 45.

cifras hay que añadir otros muchos casos que no llegan a Amnistía Internacional y otros que esta asociación no constata sobre ejecuciones sumarias en numerosos lugares. Las cifras de AI incluyen sólo casos en los que se creía o se afirmó que hubo algún tipo de juicio y sentencia. Así en Iraq, donde cientos de personas habrían sido ejecutadas en 1985, por delitos comunes o (la mayoría por) políticos, sólo se incluyeron 19 ejecuciones confirmadas por el gobierno. Se cree que las cifras totales documentadas en China (135) e Irán (470) eran mucho menores que el número real. De otros países se conocen pocos datos concretos. Así Sudáfrica (137 ejecuciones confirmadas) y Arabia Saudí (unas 45) se encuentran entre los países que, en 1985, aún llevan a cabo ejecuciones. En Paquistán 57 personas, por lo menos, fueron ejecutadas.

Anteriormente, durante el año 1981 se poseen noticias de 3.278 personas ejecutadas en todo el mundo. La mayor parte de esas ejecuciones han tenido lugar en un número limitado de Estados:

— en Irán, unas 4.500 (o más) ejecuciones a partir de la revolución de febrero de 1979; alrededor de 2.616 ejecuciones durante el año 1981;

— en Iraq se tiene información de más de 350 ejecuciones el año 1981. Los casos políticos implicados en la pena de muerte han sido juzgados por un Tribunal especial sin las menores garantías procesales;

— en Sudáfrica, según las cifras oficiales, han sido ajusticiadas 96 personas el año 1981 (130 el año 1980 y 133 el año 1979);

— en el Pakistán han sido ejecutadas unas 100 personas cada año. Crece el número de las ejecuciones como consecuencia de procesos sumarios en tribunales militares, sin derecho a recurso de apelación ⁽⁶⁰⁾.

Durante el mes de febrero de 1986 *Amnistía Internacional* tuvo conocimiento de 80 personas condenadas a muerte en 14 países, y de 22 ejecuciones en 9 naciones.

Con frecuencia, en muchos lugares, se han llevado a cabo ejecuciones pocas horas después del juicio y éste, a veces, no observa las normas procesales básicas. En Irán, se ejecutó en el año 1985 a presos tras juicios sumarios, sin que los afectados tuvieran asistencia letrada o derecho de apelar.

Muchas personas son condenadas a muerte por delitos que en Europa no se consideran muy graves; en China, la pena de muerte se impone por más de 40 delitos; y el año 1985 se ejecutó a personas por formar una "sociedad secreta reaccionaria" y "explotar supersticiones feudales".

IV.1. *Datos relativos a España.*

RODRIGUEZ DEVESA, en su estudio "Contribución a la imagen numérica de la pena de muerte en España", constata, al menos, 15 penas

(60) ERIC PROKOSCH, *La Pena di Morte nel Mondo*, 1983, p. 4.

de muerte impuestas por el Consejo Supremo de Justicia Militar en los años 1940-44 y 1955-65. Pero, este número es una ínfima parte de la realidad, en opinión bien fundada del catedrático de Madrid (61).

Años 1940-44 y 1955-65

15 penas de muerte en el Consejo Supremo de Justicia Militar

	Delitos comunes			Delitos militares		
	Asesinato	Robo con homicidio	Bandidaje	Atracos	Traición	Insulto a fuerza armada
	2(1942)	3(1955) 1(1958)	2(1956)	2(1941) 2(1959)	2(1940)	1(1943)
Total	2	4	2	4	2	1

El número de ejecuciones e indultos por decenios, desde 1870 hasta 1917, en el Derecho Penal común, son, a la luz de la misma investigación, un total de 1.597, repartidas así:

Años	Ejecuciones	Indultos	Total
1870-79	136	129	265
1880-89	119	239	358
1890-99	114	327	441
1900-09	40	276	316
1910-17	43	174	217
Total	452	1.145	1.597

(61) RODRIGUEZ DEVESA, "Contribución numérica a la imagen de la pena de muerte en España, en *Rev. Estudios Penitenciarios*, 1967, pp. 361 ss.

Tal como se deducen de la jurisprudencia publicada del Tribunal Supremo, el número de penas de muerte por decenios y delitos (parricidios, asesinatos, robos con homicidio, regicidios, explosivos) aparecen en el cuadro siguiente.

Años	Parricidio	Asesinato	Robo con homicidio	Regicidio	Explosivos	Total
1870-79	31	95	89	2	—	217
1880-89	44	101	195	1	—	341
1890-99	82	153	184	—	—	419
1900-09	58	132	177	—	3	370
1910-19	38	75	96	1	—	210
1920-29	29	41	41	—	1	112
1930...	—	—	—	—	1	1
1947-56	14	21	54	—	—	89
1957-66	—	4	15	—	—	19
Total	296	622	851	4	5	1.778

La mayoría de las penas de muerte impuestas por robo con homicidio a partir del año 1870, deducidas de la jurisprudencia publicada del Tribunal Supremo, corresponden a varones. De un total de 851, sólo cuarenta corresponden a mujeres (62):

Años	Hombres	Mujeres	Total
1870-79	86	3	89
1880-89	193	2	195
1890-99	172	12	184
1900-09	163	14	177
1910-19	89	7	96
1920-29	40	1	41
1930...	—	—	—
1947-56	53	1	54
1957-66	15	—	15
Total	811	40	851

Acerca de los indultos merecen recordarse los datos que ofrece RODRIGUEZ DEVESA en torno a las penas de muerte impuestas desde 1953 hasta 1965 por el delito de robo con homicidio.

Años	Penas impuestas	Ejecutados	Indultados	Total de robos con homicidio
1953-54	13	7	6	28
1955-56	7	3	4	22
1957-58	11	3	8	12
1959-60	1	1	—	14
1961-62	1	—	1	16
1963-64	—	—	—	8
1965	2	—	2	?
Total	35	14	21	100

A la luz de estas cifras se puede concluir que el descenso en el número de ejecuciones de penas de muerte no ha comportado un incremento cuantitativo ni cualitativo de los delitos correspondientes, sino al contrario, ha ido acompañado de un descenso de esas conductas criminales particularmente graves.

(62) RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 10ª edición revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Madrid, 1986, p. 899.

IV.2. Opinión pública en España

Gallup S.A., miembro español de la Organización Gallup Internacional, ha llevado a cabo desde 1973 hasta el mes de octubre de 1986 sondeos periódicos con el fin de detectar los cambios producidos en la opinión pública española sobre la pena de muerte (63).

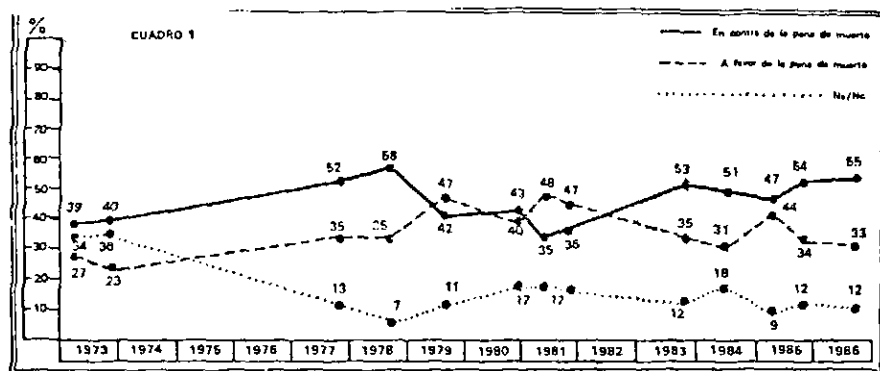
El último sondeo realizado, en septiembre y octubre de 1986, a 1.038 individuos (de la Península e Islas Baleares de 119 localidades) de 15 y más años, en el domicilio de los entrevistados, formulaba la pregunta siguiente:

“¿Está usted a favor o en contra de la aplicación de la pena de muerte para personas culpables de asesinato?”.

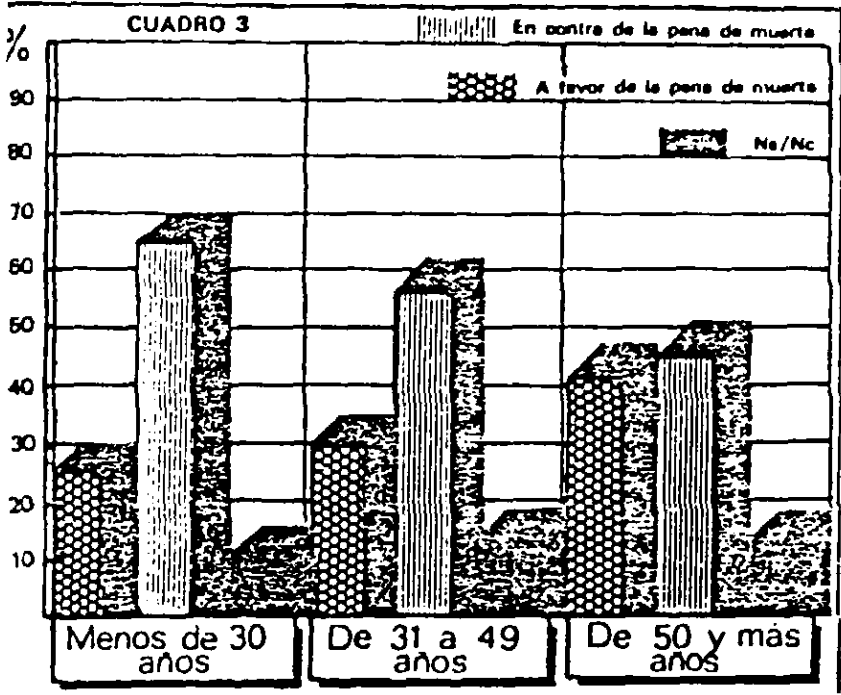
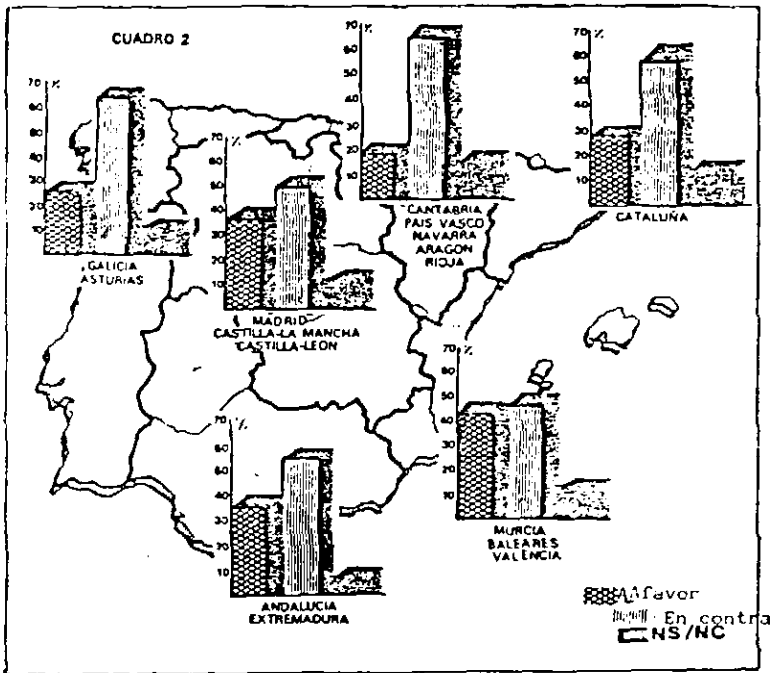
En estas fechas el 88% manifiesta su opinión, mientras que en 1973 sólo lo hacía el 61%. De ese 61%, entonces, el 39% se declaraba en contra, frente al 27% que lo hacía a favor. Actualmente de ese 88% que se manifiesta, el 55% se opone a la pena de muerte frente al 33% que la desean.

A partir de las Cortes Constituyentes, en 1977, las opiniones aparecen mucho más cristalizadas. La cuota máxima en contra de la pena de muerte (58%) se registra en los meses previos al referéndum constitucional; entonces sólo el 7% de la muestra no tenía una opinión formada. En cambio, el mayor porcentaje de opiniones a favor de la pena de muerte se registra después de los períodos de recrudescimiento del terrorismo de ETA, en julio 1979: un 47% se declara en favor de la pena de muerte, frente a un 42% abolicionista. De modo semejante, en abril de 1981, tras una de las épocas más negras de la historia del terrorismo en España y tras el golpe de Estado del 23 de febrero, alcanza el máximo nivel en favor de la pena de muerte (48%) frente a sólo un 35% abolicionista.

Los cuadros adjuntos 1, 2 y 3, resumen los datos más importantes.



(63) Diario madrileño *Ya*, 9 noviembre 1986.



En Euskadi, según estos sondeos, el abolicionismo ha ido debilitándose desde el inicio de la democracia, en 1977. El 79% de los miembros y simpatizantes del (mayoritario) Partido Nacionalista Vasco (PNV) estaban entonces contra la pena de muerte, descendiendo al 74% en 1981 y al 54% en 1985.

IV.3. Encuesta sobre la pena de muerte en Guipúzcoa

En mayo de 1984 el Instituto Vasco de Criminología llevó a cabo, con la colaboración de M.^a José Amilibia, Susana Corcuera y Beatriz Iribarren, una encuesta sobre la pena de muerte, preguntando a 343 personas en las localidades de Andoain, Eibar, Hernani, Irún, Lasarte, Oyarzun, Pasajes Ancho, Pasajes, San Juan, Rentería, San Sebastián y Zarauz.

Transcribimos a continuación las preguntas y los porcentajes de las respuestas.

1. ¿Está usted a favor o en contra de la pena de muerte?

- a) A favor: 10%
- b) En contra: 89%
- c) No contesta: 0,5%

2. ¿Hubiera usted aplicado la pena de muerte a los últimos condenados y ejecutados en septiembre de 1975?

- a) Sí: 5%
- b) No: 92%
- c) No contesta: 2%

3. Al haber sido suprimida esta pena de muerte en 1978, ¿el número de crímenes aumentará, disminuirá o se mantendrá como hasta ahora?

- a) Aumentará: 9%
- b) Disminuirá: 4%
- c) Se mantendrá igual: 83%
- d) No contesta: 3%

4. ¿Aplicaría la pena de muerte a alguno(s) de estos casos?

1) Muerte con premeditación:

- sí: 8%
- no: 85%
- no contesta: 6%

2) Violación y muerte de una menor:

- sí: 30%
- no: 64%
- no contesta: 5%

3) Muerte de un Jefe de Estado:

- sí: 9%
- no: 84%
- no contesta: 6%

4) Muerte de un ciudadano por malos tratos de la policía:

sí: 31%
no: 65%
no contesta: 2%

Datos de quienes han contestado:

Edad:

De 10 a 20 años: 9%
De 20 a 30 años: 46%
De 30 a 40 años: 16%
De 40 a 50 años: 12%
De 50 a 60 años: 6%
De 60 a 70 años: 2%
No contesta: 4%

Sexo:

Varones: 56%
Mujeres: 41%
No contesta: 3%

Religión:

Indiferente: 42%
Católico practicante: 21%
Católico no practicante: 35%
Creyente de otra religión: 1%
No contesta: 1%

Clase social:

Alta y media alta: 3%
Media-media: 76%
Media-baja y baja: 14%
No contesta: 7%

Ideología política:

Derecha: 5%
Centro: 18%
Izquierda: 64%
Ninguna: 4%
No contesta: 7%

Pueden compararse estas respuestas con las recogidas en la primavera de 1977 y publicadas en el libro *Cuestiones Penales y Criminológicas* (64).

(64) A. BERISTAIN, *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 588 ss.

V. *En favor de la pena de muerte*

Empezamos este capítulo enumerando telegráficamente un "decálogo" de los argumentos en favor de la pena capital. Inmediatamente después comentaré algunos de estos motivos dignos de especial consideración.

Los muchos partidarios de la pena capital de ayer y (los no tantos) de hoy en todos los países del mundo y en todos los ámbitos culturales (políticos, filósofos, teólogos, penalistas, criminólogos, juristas, médicos, literatos etc.) han escrito innumerables páginas en favor de su postura. Todos sus razonamientos pueden resumirse en los diez capítulos siguientes:

1. La autoridad tiene facultad para imponer la pena de muerte porque la comunidad, con conocimiento de causa, le ha otorgado tal poder.
2. El delincuente, al cometer el delito, se ha privado del derecho a su vida. La autoridad debe conocer, reconocer y formalizar este proceso letal (*Rechtsverwirkungstheorie*).
3. Muchos juristas, políticos, filósofos y teólogos han propugnado y propugnan la legitimidad de la pena capital. (Argumento de autoridad.)
4. Resulta necesaria esta pena para luchar contra la criminalidad grave, por su máxima fuerza preventiva e intimidante.
5. Contra los delitos no-convencionales surge inexorablemente, como justa retribución.
6. La realización de la justicia y la reintegración del orden jurídico violado por el delito la necesitan.
7. Si un miembro del "cuerpo" comunitario padece una enfermedad incurable y contagiosa, para evitar mayores males la única solución es "amputar" dicho miembro, en favor de la totalidad.
8. En la mayoría de las naciones se ha aplicado y se aplica la pena de muerte. En algunas de las abolicionistas se ha vuelto a introducir.
9. Resulta insustituible. La privación de libertad e perpetuidad no ofrece garantías suficientes.
10. La historia del pasado, como las estadísticas de hoy, muestran que la delincuencia aumenta al abolirse la pena capital.

V.1. *Comentario*

Estos diez principales motivos a favor de la licitud y/o de la necesidad de la pena capital, tal como los explican sus numerosos partidarios, pueden agruparse en cinco capítulos básicos que comentaremos brevemente. Después, en el apartado siguiente, al defender la postura abolicionista, rebatiremos las doctrinas que aquí transcribimos de los que opinan a favor de la pena capital, con la mayor objetividad posible (pues postergamos nuestra refutación para esas páginas posteriores).

A — Según autorizados especialistas la *prevención general primaria* exige la pena de muerte. Si por prevención primaria entendemos la que se dirige a la sociedad en general, muchos consideran que la espada de Damocles cuando amenaza a cada ciudadano con la muerte, si comete un delito grave, tiene fuerza para disuadirle de infringir la ley.

Los ciudadanos respetarán debidamente el sistema legal y judicial sólo si éste tiene poder para disponer incluso de la vida de los criminales. Hoy, no menos que en otros tiempos, la sociedad necesita este máximo aprecio a los encargados de la administración de la justicia para superar la anomia tan extendida en ciertos ambientes.

Muchos criminólogos y sociólogos han investigado esta fuerza intimidativa con encuestas y datos empíricos. Algunos de estos especialistas concluyen que la pena de muerte disminuye el volumen de la delincuencia⁽⁶⁵⁾. Siglos ha, los teólogos canonistas del renacimiento afirmaban, como LUGO, que sin la pena de muerte todo se perturbaría (*omnia perturbarentur*)⁽⁶⁶⁾.

En Estados Unidos, el criminólogo R. LEMPert, al comentar el Symposium on Current Death Penalty Issues, celebrado el año 1983, considera que las opiniones acerca de este tema siguen todavía divididas, "en tablas"⁽⁶⁷⁾.

B — La necesidad de la *prevención secundaria*, es decir, de intimidación dirigida a determinadas personas o a determinados grupos de personas que están en peligro de cometer delitos graves, presta un apoyo importante a los retencionistas de la sanción capital.

Estos afirman que la pena de muerte alcanza peculiar fuerza intimidativa respecto a los delincuentes políticos, en concreto a los terroristas, que en nuestros días adquieren especial volumen y gravedad.

Los delincuentes que abusan del poder político, policial, económico, etc. (tráfico de armas, de drogas), si son condenados a penas privativas de libertad piensan y esperan que cambiará el régimen político, que subirán pronto al poder sus partidarios y, entonces, ellos saldrán de la cárcel y saldrán con honor para ocupar puestos importantes.

Otro sector notable se refiere a los delitos graves y "a lo loco", cuando el delincuente después de llevar a cabo uno o varios crímenes sancionados con la pena privativa de libertad de más larga duración, consciente de que ya no se le puede imponer pena mayor, se lanzará a cometer más y mayores

(65) Amplia información en H.A. BEDAU, *The Death Penalty in America*, pp. 94-102.

(66) LUGO, *Disputationum de Justitia et Jure, tomus primus*, Venetiis, 1718, disput. X, sec., 2, n.ºs 56 y ss.

A. BERISTAIN, *La Pena-Retribución y las Actuales Concepciones Criminológicas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, pp. 25 ss.

(67) R. LEMPert, "Capital Punishment in the '80's: Reflections on the Symposium", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1983, pp. 1.110-1.114

desafucros... pues ya ha perdido toda esperanza, ya no tiene nada que perder. Como son relativamente muchos los delitos a los que corresponde la pena máxima privativa de libertad, algunos penalistas consideran necesario que se establezca una pena más severa (la pena de muerte) para esos delitos gravísimos (the perpetrators of terrible crimes — for example, Lee Harvey Oswald and James Earl Ray — are properly the objects of great anger). Sí es justo honrar a los héroes, también es justo ejecutar a los más graves delincuentes (...if it may rightly honor its heroes, it may rightly execute the worst of its criminals) ⁽⁶⁸⁾.

Aquí se puede recordar la argumentación escolástica de la evitación del contagio y/o de la subordinación de la parte al todo, como desarrollaron con matices diversos, SANTO TOMAS, ALFONSO DE CASTRO, SUAREZ etc. ⁽⁶⁹⁾. SANTO TOMAS, en la *Suma Teológica*, escribe: "... si fuera necesario a la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo, si está podrido y puede inficionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y, por lo tanto, si un hombre es peligroso a la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común..." ⁽⁷⁰⁾.

C — A favor de la pena de muerte se suele aducir también su fuerza intimidativa de *prevención terciaria*, como la entienden algunos criminólogos, en cuanto actuante sobre los ya condenados por crímenes graves, para que no reincidan.

Primeras figuras del campo policial aseveran que la pena capital es un factor eficaz de intimidación contra personas proclives al delito de asesinato (the death penalty is an effective deterrent against murder) ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ WALTER BERNS, *For Capital Punishment: Crime and the Morality of the Death Penalty*, New York, Ed. Basic Books 1979.

IDEM, "The Morality of Anger", en H.A. BEDAU, *The Death Penalty in America*, pp. 335 y 341.

JEREMY RABKIN, "Justice and Judicial Hand-Wringing: The Death Penalty Since Gregg", en *Criminal Justice Ethics*, verano 1985, p. 20.

⁽⁶⁹⁾ F. SUAREZ, *De legibus*, III, cap. III, 3 ss., *De legibus* III, cap. XXV, 2. WILLIAM DANIEL, *The Purely Penal Law Theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suarez*, Roma, Ed. Gregorian University Press, 1968, pp. 111 y 203. ALFONSO DE CASTRO, en su argumentación sobre la pena de muerte, escribe: "Cuando un médico quiere sanar y curar un cuerpo enfermo, no amputa sin más aquel miembro malo porque perjudique de algún modo al organismo, a no ser que aquél esté ya tan podrido o tan deshecho que con razón se tema que su contacto ha de dañar a los demás... En todo lo cual, como no se vea obligado para evitar un mal mayor, siempre tiende a conservar todos los órganos". A. DE CASTRO, *De Potestate Legis Poenalis*, Libro I, Capítulo VI.

⁽⁷⁰⁾ TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2, q-64, artículo 2.

⁽⁷¹⁾ *Report of the Committee on the Judiciary, United States Senate... to accompany S. 114, 96th Congress, 1st Session*, Report n.º 96-554, 17 enero 1980 pp. 7 ss.

Ciertamente, la persona ejecutada ya no puede volver a delinquir. Este argumento suele aducirse con virulencia en los *mass media* cuando acaecen ciertos crímenes especialmente repugnantes y llamativos, como repetidos asesinatos de niños y de niñas, después de haber sido víctimas de abusos deshonestos y malos tratos.

Todavía hoy algunos, por ejemplo E. VAN DEN HAAG, admiten como justo condenar a muerte a unos pocos asesinos peligrosos, pues resulta un mal menor que permitirles a ellos seguir viviendo, de manera que puedan continuar asesinando a mayor número de personas. Si se aplica — dicen — el garrote vil o el fusilamiento al violador y asesino de cinco niñas, no hay peligro de que otras niñas caigan en el futuro víctimas de ese delincuente (72).

Según CUELLO CALON y otros autores (73), la pena de muerte es legítima cuando es merecida. Hay crímenes que causan horror tan profundo que la conciencia colectiva los considera punibles inexorablemente con el supremo castigo. También la legitima su necesidad y su valor como instrumento de protección social contra los criminales endurecidos e insensibles no susceptibles de reforma e indiferentes a la amenaza penal. Eliminar a estos sujetos peligrosos es la única manera segura de lograr la inocuización.

La justicia es una virtud necesarísima a toda sociedad bien ordenada y querer que se cumpla y que cada uno lleve su merecido, no puede ser sino cosa santa y en absoluto exigible... (74).

D — La pena de muerte, afirman algunos penalistas, cumple *el fin del Derecho Penal*: el restablecimiento del orden jurídico violado y/o, desde otros puntos de vista, la expiación de la culpa, y/o la satisfacción debida a las víctimas.

No pocos juristas consideran como Alfa y Omega, como base y meta del Derecho penal, el restablecimiento del orden jurídico violado y/o el apaciguamiento de las víctimas; consideran la pena capital como la sanción que mejor cumple estos propósitos, pues nada satisface tanto a las víctimas y nada revaloriza tanto los intereses comunes como el saber que el ofensor ha sido ejecutado. La historia, según ellos, prueba esta afirmación. Durante siglos y siglos, los familiares del asesinado, o sus amigos más cercanos, han hecho todo lo posible para “acabar” con su victimario. Según NORMAN MAILER (Premio Pulitzer 1980, por su *The Executioner's Song*) la sociedad

(72) E. van den HAAG, “In Defense of the Death Penalty: A Legal-Practical-Moral Analysis”, en *Criminal Law Bulletin*, 1978, pp. 51 ss.

BERNARD GRENIER, *La Peine de Mort. Données Nouvelles*, Ottawa, 1972, pp. 80 y 88.

(73) CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, pp. 157, 207.

(74) Cfr. J. PEREDA, S.J.: “Alrededor del caso Chessmann”, en *Sic, revista venezolana de orientación*, marzo 1960, pp. 121-123.

tiene no sólo derecho sino también obligación — *need* — de ejecutar a ciertos autores de crímenes graves ⁽⁷⁵⁾.

En lo hondo de la persona subyace un deseo insuperable e insaciable de venganza y de expiación. La pena de muerte, y sólo la pena de muerte, responde debidamente a ese deseo tan profundo de las personas en todo tiempo y en todo lugar. Si la autoridad no lo satisface, “será peor el remedio que la enfermedad”, pues las víctimas y sus amigos se tomarán la justicia por su mano. Terminarán implantando la ley de la selva, la ley del más fuerte.

La excesiva debilitación del aparato estatal desprovisto del *ius vitae et necis* provoca como reacción y/o sucedáneo el “remedio de los desaparecidos”. Por lo mismo, en algunos países donde no existe la pena de muerte el número de los ejecutados por la policía alcanza cifras insospechadas ⁽⁷⁶⁾.

E — Otros argumentos en favor del castigo capital se apoyan en criterios de autoridad, en cuestiones de efectividad policial-judicial y en motivos intrínsecos de justicia.

Respecto al “Magister dixit” se pueden citar muchísimos partidarios de la pena de muerte sobre todo en tiempos pretéritos. En el campo de la Filosofía a Kant, Hegel, Hobbes, E. Brunner, Rousseau (Goethe), J. Leclerq; la mayoría de los teólogos de siglos pasados: San Agustín (contra lo que algunos afirman), Santo Tomás, Suárez, Lugo, Molina, Alfonso de Castro, Soto, Alfonso M.^a de Ligorio, Lutero, Calvino; de nuestro siglo, G. Ermecke, B. Schüler, A. Janssen, R. N. Thomsosn, B. Signori; multitud de especialistas del Derecho Penal: Garófalo, Lombroso, Filangieri, Rocco, Manzini, Ferri, Tarde, Mezger, Welzel, Lardizábal, Silvela, Cuello Calón, Julián Pereda, Quintano Ripollés... ⁽⁷⁷⁾.

Actualmente los principales partidarios de la licitud y/o de la obligatoriedad de la pena de muerte se encuentran entre los que tienen a su cargo el cumplimiento de la ley, es decir, aquellos que deben detener a las personas presuntamente delincuentes y a los hallados en flagrante delito,

(75) GLEN D. KING, “On Behalf of the Death Penalty”, en H.A. BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3^a ed. New York, Oxford University Press, 1982, pp. 308 ss.

(76) ELÍAS NEUMAN reconoce la importancia de este argumento, pero a pesar de todo se manifiesta decidido partidario del abolicionismo. Sobre el mismo dato fáctico pero reflexionando hacia otra faceta también abolicionista, MANUEL LOPEZ-REY, *Criminalidad y Abuso de Poder*, ed. Tecnos, 1983, pp. 92 ss.

(77) Más detalles y matices en BARBERO SANTOS, *Pena de Muerte. (El caso de un mito)*, pp. 17 ss. A. BERISTAIN, “Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea”, en Idem, *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, ed. Reus, 1979, pp. 577 ss. CUELLO CALÓN, *La Moderna Penología*, pp. 138 ss. CARLOS GARCIA VALDES, *No a la Pena de Muerte*, Madrid, Edicusa, 1975, pp. 105 ss., 201 ss.

aquellos que aplican la normativa de las sanciones penales, es decir, los miembros de la policía, los funcionarios de prisiones, no pocos magistrados, algunos abogados y, en concreto, los representantes de algunas asociaciones como la Association of Chiefs of Police (IACP) y la National District Attorneys Association (NDAA) que se han manifestado en favor de la última sanción (78).

Desde las entrañas de la justicia, en la línea de la *Rechtsverwirkungstheorie*, tal como la expone el teólogo católico G. ERMECKE, se manifiestan con algunas matizaciones Bertrams, S. J., Welzel y otros, entre los que destaca Pío XII. Esta concepción da pie, quizá, para un derecho a cierta eutanasia activa y al suicidio (79).

PIO XII, el 13 de septiembre de 1952, afirmó: "El Estado no dispone del derecho del individuo a la vida, ni aun cuando se ejecuta una pena de muerte. Está reservado al poder público privar al condenado del bien de la vida en expiación de su delito después que él, por el crimen realizado, se ha desposeído de su derecho a la vida". En sentido parecido se expresó anterior y posteriormente, el 12 de noviembre de 1944, el 3 de octubre de 1953 y el 5 de diciembre de 1954. Según esta teoría, el delincuente, al cometer el crimen, se despoja de su derecho a la vida; y, por lo tanto, la autoridad judicial y penitenciaria se ve constreñida a una mera constatación formal o jurídica de la acción llevada a cabo ontológicamente por quien comete el delito. Algo de esto proponía, siglos ha, SANTO TOMAS en la *Suma Teológica* cuando escribió: "aunque matar al hombre que conserva su dignidad sea en sí malo, sin embargo, matar al hombre pecador puede ser bueno, como matar una bestia, pues *peor es el hombre malo que una bestia, y causa más daño*, en frase de Aristóteles" (80).

Durante milenios la totalidad de las religiones, también las cristianas, han apoyado o al menos aceptado la pena capital por diversos motivos (81). El jesuita FERNANDO HUIDOBRO (1903-1937), que interrumpió, en 1936, la preparación de su tesis doctoral bajo la dirección de Martin

(78) "Capital punishment. The point of view of the Canadian Association of Chiefs of Police", en *Crime and/or Justice*, mayo 1976, pp. 65 ss. HUGO ADAM BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3ª ed., New York, Oxford University Press, 1982, pp. 306 ss.

(79) G. ERMECKE, *Zur ethischen Begründung der Todesstrafe heute*, 2ª ed., Paderborn, F. Schöningh, 1963 (1ª ed. 1959), se apoya en el efecto óntico del delito, especialmente, pp. 39 ss. MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre las Penas, Contraído a las Leyes...*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de Repullés, 1828, pp. 168 ss.

(80) TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2- q-64, artículo 2.

(81) F. COMPAGNONI, "Pena de muerte y tortura en la tradición católica", en *Concilium*, 1978, pp. 689 ss.

M. HONECKER, "La pena de muerte en la teología evangélica", en *Concilium*, Madrid, 1978, pp. 707 ss.

Heidegger para atender como Capellán a los legionarios de la 4.ª Bandera del Tercio y que murió en el frente de Aravaca el 11 de abril de 1937, redactó a finales de 1936 un escrito al Cuerpo jurídico (Militar) para impedir que las tropas tomaran la justicia por su mano y para que los encargados de administrar justicia lo hicieran conforme a los principios de la moral. El escrito consta de dos partes. La primera para justificar la potestad coactiva penal de la autoridad civil:

— Dios es el único dueño de la vida humana.

— Dios quiere el orden y la justicia.

— Por eso, resistir a la justicia es oponerse a Dios.

— Pero sólo la autoridad delegada por Dios puede disponer de la vida humana.

— Y quienes administran justicia deben hacerlo en nombre de Dios, es decir, mirando lo que es justo a los ojos de Dios y teniendo presente que darán cuenta a Dios.

— Algunas concreciones prácticas concluyen esta parte.

La segunda parte especifica qué delitos merecen la pena de muerte. Concreta su punto de vista en dos condiciones:

— Delitos enormes, es decir, los crímenes repugnantes a todas luces injustos y la perversión ideológica que lleva a ellos. Casi al final del escrito considera más culpables a los patronos egoístas y a quienes no educaron al pueblo.

— Cometidos con libertad y responsabilidad. Por eso señala las tres atenuantes:

a) la coacción moral;

b) la coacción material;

c) la edad juvenil.

Reitera en otros momentos ideas más o menos conocidas: existencia de otras penas distintas de la capital, peligros de su aplicación indiscriminada, necesidad de reeducar al pueblo y deformación moral que produce el abuso de la pena de muerte.

A pesar del tono ético y escriturístico de sus páginas, tampoco faltan en ellas afirmaciones "ambivalentes" y de autocrítica. "Los mayores culpables, en cierto sentido, son los que ellos (se refiere al bando republicano) ejecutan (es decir, los patronos egoístas y los que debiendo educar al pueblo no lo hicimos), no los infelices arrastrados que matan nuestros

tribunales". El tono duro culmina en la frase final: "Nos va ya dando vergüenza de haber nacido en esta tierra de crueldades implacables y de luchas sin fin" (82).

En sentido parecido se expresó siglos antes otro jesuita, Pedro de León, 1545-1632, que asistió espiritualmente a 309 ajusticiados en Sevilla (83). Actualmente los jesuitas capellanes en cárceles piensan y sienten de una manera distinta, como lo veremos en el capítulo siguiente.

Respecto a la similar postura permisiva y/o *críticamente* colaboradora (y evolución radical posterior) de los capellanes protestantes de prisiones informa el amplio estudio de PETER BRANDT (84).

F — Capítulo aparte merecen los argumentos a favor de la pena de muerte en las leyes penales militares para tiempos de guerra, como por ejemplo se establece en nuestra Constitución de 1978. Tratamos el problema en otro apartado posterior.

VI. *Argumentos contra la pena de muerte*

VI.1. *Breve enumeración*

Contra la pena capital se deben aducir múltiples argumentos. Los principales pueden esquematizarse en los doce puntos siguientes:

1. La autoridad pública carece de facultad y de potestad para imponer la pena de muerte porque la vida humana es inviolable: "No matarás". Cualquier persona contiene un significado absoluto que ningún poder judicial puede destruir en aras de la sociedad.
2. Muchos juristas, criminólogos, filósofos y teólogos, cada día más, propugnan la abolición de la pena capital.
3. La fuerza coercitiva e intimidativa de la pena de muerte no alcanza el nivel suficiente como para crearla necesaria. Produce un efecto criminógeno.
4. La respuesta al delito, la retribución de la justicia humana (y de la divina, según algunos partidarios) no debe infligir mal por mal, muerte por muerte. Sería venganza. No sería pena. Quizás sería medida de seguridad.

(82) R. M^a SANZ DE DIEGO, "Actitud del P. Huidobro, S.J., ante la ejecución de prisioneros en la guerra civil. Nuevos datos", en *Estudios eclesiásticos*, octubre-diciembre 1985, pp. 443 ss.

(83) PEDRO HERRERA PUGA, *Grandeza y Miseria en Andalucía. Testimonio de una Encrucijada Histórica (1578-1616)*, Granada, 1981, pp. 391 ss.

(84) PETER BRANDT, *Die Evangelische Strafjungenenseelsorge. Geschichte-Theorie-Praxis*, Göttingen, Ed. Vandenhoeck y Ruprecht, 1985, pp. 78 ss. 174 ss. 223 y 294 ss.

5. La pena de muerte no realiza lá justicia, ni reintegra el orden jurídico violado. Los aniquila.
6. Actualmente hay otras penas menos dañosas y más eficaces contra toda clase de delitos, por ejemplo la privación de libertad a perpetuidad, los trabajos en servicio de la comunidad, la probación...
7. En muchas naciones — cada día más — está abolida la pena de muerte y con resultados positivos en el campo de la criminalidad y re inserción social.
8. La historia del pasado y las estadísticas de hoy muestran que la delincuencia no aumenta al abolirse la pena capital.
9. El error judicial, que acaece con relativa frecuencia, resulta irreparable si se mata al condenado.
10. La sociedad moderna y postmoderna ve con malos ojos todo lo referente a esta sanción, v. g., la persona del verdugo, la publicidad de la ejecución... (Ya en los siglos XVI y XVII se incoa la teoría del delito continuado para evitar la pena de muerte a los autores del tercer hurto: *latro famosus*).
11. Las penas corporales van desapareciendo con aprobación universal. La de muerte es el último islote de este continente paulatinamente más hundido.
12. La muerte del delincuente, dado el valor impar de toda persona, produce grandes males y pérdidas a muchos conciudadanos, sin beneficio notable a nadie.

VI.2. Comentario de algunos argumentos

Paralelamente a lo expuesto antes respecto a los argumentos retencionistas, vamos a comentar ahora los motivos principales abolicionistas.

A — Si por *prevención primaria* se entienden las técnicas y los controles que influyen en la mayoría de los ciudadanos para que no cometan delitos (en nuestro caso, delitos graves), opinamos que la pena capital no posee fuerza intimidativa verdaderamente eficaz, pues así lo demuestran valiosos estudios sociológicos y psicológicos, y serias investigaciones sobre la personalidad de los delincuentes más peligrosos.

No pocos criminólogos⁽⁸⁵⁾ han llevado a cabo trabajos de campo sobre esta tema. Han cuantificado el volumen de la criminalidad grave

(85) CARLOS LANDECHO, "Reflexión criminológica sobre la pena de muerte", en *Razón y Fe*, Madrid, 1970, p. 467: El análisis de las investigaciones realizadas por criminólogos de excepción durante las dos últimas décadas lleva a la conclusión de que la aplicación de la pena de muerte no tiene argumentos positivos a su favor: ni su intimidación es mayor que la de otras penas ni contribuye a un menor peligro de las víctimas.

en países donde está abolida, de hecho o de derecho, la pena capital, la han comparado con la criminalidad grave en países similares en cuanto a su economía, costumbres, historia, etc., pero donde la pena capital está vigente, y han llegado a la conclusión de que se cometen tantos o más delitos en estos últimos países (86).

Un número mayor de estudiosos opina que quizás no se pruebe esa conclusión, pero que ciertamente carece de seriedad científica la conclusión contraria. En este sentido se expresan W.C. BAILEY, BADAU y numerosos colegas (87).

Otros investigadores reconocen que esta argumentación resulta muy difícil o imposible pues las circunstancias geográficas, políticas, sociales, históricas etc. son tan poco iguales que impiden la comparación objetiva de los datos sobre el volumen de la criminalidad y sobre los factores realmente intimidantes.

Muchas publicaciones criminológicas consideran que no hay una relación significativa entre la delincuencia y la pena de muerte, y según ellas la evolución del carácter y la extensión de los delitos violentos contra las personas depende principalmente de las condiciones económicas y sociales de una comunidad determinada y de la dinámica del sistema de valores morales de esa comunidad en un momento histórico concreto. El que la sociedad de que se trate recurra o no a la pena de muerte o que la haya abolido, no influye (o influye muy poco) en dicha evolución. Suponer que la institución de la pena de muerte contribuye a reducir la delincuencia, es tan erróneo como pensar que su abolición puede fomentarla (88).

En pocas palabras, contra lo que afirman algunos partidarios de la pena capital a los que nos hemos referido en el capítulo anterior, los trabajos estadísticos sobre esta cuestión prueban que la pena de muerte no posee fuerza intimidativa o, al menos, no prueban que la posee.

Desde otra perspectiva, algunos especialistas insisten en que la aplicación de la pena de muerte, en vez de intimidar, fomenta la delincuencia; se convierte en uno de los factores etiológicos de la violencia criminal. Pues los ciudadanos, al ver que la autoridad no respeta la vida de los

(86) E. A. FATTAH, "The preventive mechanisms of the death penalty: a discussion", en *Crimcare Journal*, 1985, pp. 109 ss.

B. FORST, "Capital punishment and deterrence: conflicting evidence?", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, n.º 3 (1983), pp. 927-942.

(87) W. C. BAILEY, "Disaggregation in deterrence and death penalty research: the case of murder in Chicago", en *The Journal of Criminal ...* (1983), pp. 827-859. HUGO ADAM BEDAU, "Gregg v. Georgia and the "New" Death Penalty", en *Criminal Justice Ethics*, Verano, 1985, pp. 3 ss.

(88) ROBERT BADINTER, "Francia. Abolición de la pena capital: la experiencia francesa", en *Naciones Unidas. Boletín sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, n.º 11, Viena, diciembre 1984, p. 20.

delinquentes, se dejan llevar por la tendencia mimética y ellos se consideran también legitimados para matar a sus enemigos, a los que "delinquen" contra ellos.

El estudio monográfico de R. PATERNOSTER subraya esta fuerza provocativa, criminógena, que él y algunos otros denominan "*brutalization effect*", o "*Counterdeterrence balance*" (89).

B — La *prevención secundaria* puede lograrse más eficazmente si se abole la pena de muerte pues algunas personas que viven en ambientes de alta criminalidad y están en trance de "pasar al acto" delictivo, que se encuentran tentados de cometer un delito grave (por ejemplo ciertos fanáticos políticos y/o pseudoreligiosos), ante la perspectiva de alcanzar la gloria de morir con la aureola de mártires, se animan a llevar a cabo su acción delictiva.

Por otra parte, todavía sigue vigente la observación de FERRI cuando escribe que los delinquentes, además de ser generalmente de poca sensibilidad moral, también son de poca previsión: "Lo studio della psicologia criminale... ha offerto una serie di dati... che credo si debbano riunire sotto due fondamentali anomalie... e cioè nella insensibilità morale e nella imprevidenza... imprevidenza determinata da una deficiente forza di associazione delle idee, e rivelantesi pur essa in manifestazioni diverse, le quali tutte concorrono a far mancare l'ultima repulsione dal delitto, che sarebbe appunto la previsione delle conseguenze dolorose a cui questo conduce" (90).

Según el resumen de *Amnesty International* de 1987, las ejecuciones capitales contribuyen a aumentar el número de asesinatos — *Killings increase after executions* — en los Estados Unidos. Este resumen transcribe el testimonio de Andrei Sakharov, hasta hace poco prisionero de conciencia en la URSS: "La pena capital es una institución salvaje e inmoral que socaba los fundamentos éticos y legales de la sociedad. Rechazo la idea de que posea algún efecto intimidante en los posibles futuros criminales. Estoy convencido de lo contrario: la violencia engendra solo violencia" (91).

C — Respecto a la *prevención terciaria* parece claro el poco vigor argumental de quienes se apoyan en ésta para abogar en favor de la pena capital. Aunque sea innegable que el delincuente si muere ajusticiado no cometerá más delitos, sin embargo, tal afirmación adolece de ingenuidad, pues aunque él no cometa más crímenes, puede (y creemos que suele) suceder que otras personas se animen a cometerlos por el "ejemplo" del

(89) R. PATERNOSTER, "Race and victim and location of crime: the decision to seek the death penalty in South Carolina", en *The Journal of Criminal...* (1983), pp. 754-785.

(90) FERRI, *Sociologia Criminale*, Torino, 1929, n. 10.

(91) AMNESTY INTERNATIONAL, *USA the Death Penalty*, Londres, Briefing, 1987, pp. 18 ss.

ejecutado. Esto acontece mayormente, como hemos indicado, en ciertas clases de delitos, como los de móvil político y pseudoreligioso, por el halo de heroísmo que acompaña al condenado.

Los delincuentes no dejan de infringir la ley por estar admitida la pena capital pues ellos opinan *que no van a ser detenidos* por la policía; o, aunque lo fueran, no llegarían a ser condenados a pena tan grave; y menos aún a ser ejecutados. Además, los rasgos de su personalidad (en esto coinciden desde Ferri hasta J. Pinatel) les impiden impresionarse por el miedo a la muerte.

Si manejamos un concepto completo y global de prevención especial o terciaria, diremos que ella pretende, no tanto la evitación de los delitos, sino principalmente que el delincuente se repersonalice, de manera que no reincida sino que, al contrario, colabore con la sociedad, aunque él siga "diferente". La prevención especial busca, además de la meta negativa (ausencia de futuros delitos), un fin positivo: la resocialización del antiguo delincuente. Así, concluiremos que la prevención especial exige la abolición de la pena de muerte, pues sólo puede repersonalizarse el delincuente que vive. Nunca el ejecutado.

Dentro de esta dirección, el Derecho penal internacional contemporáneo brinda un argumento en favor de la abolición, pues los tratados de extradición cuando regulan los requisitos para la entrega de delincuentes condenados a muerte suelen exigir que no se ejecute tal sentencia. Así, el número 6.º del art. 4.º de nuestra ley de 1985 establece que, no se concederá la extradición cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada... (92).

CHERIF BASSIOUNI en su Código Penal Internacional no admite la pena de muerte (93).

D — Otro argumento contra la pena de muerte brota de su propia finalidad sustancial (la pena de muerte pretende y consigue matar a personas) y de la moderna ciencia victimológica.

Según algunos retencionistas la pena de muerte restablece el orden jurídico y da satisfacción a las víctimas. Pero, no parece admisible ese restablecimiento del orden jurídico, tal como ellos lo entienden, estático

(92) RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª edición revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Madrid, 1985, pp. 249 s.

BUENO ARUS, "Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español", en *Anuario de Derecho Penal*, fasc. I (1981), pp. 399 ss.

CHERIF BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order*, Nueva York, ed. Oceana Publications Inc., 1974, pp. 359-60, 459-63.

(93) CHERIF BASSIOUNI, *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Traducido por J. L. de la CUESTA ARZAMENDI, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 229 ss.

o retrotrayente; ni esa satisfacción a las víctimas. Ese instinto de venganza no puede encontrar acogida en la cosmovisión legal, como explica y prueba RENÉ GIRARD (94).

El Derecho Penal no pretende que el orden jurídico de hoy se retrotraiga y retroceda al de ayer. Si la interpretación jurídica debe ser progresiva, como afirma la doctrina y el Código Civil español (art. 3.1.), mucho más la sanción debe mirar a superar la situación y el orden jurídico pasado. Quien mata no crea progreso.

Además, la víctima no tiene derecho a que para satisfacer su instinto de venganza se mate a personas. Al contrario. La autoridad debe ayudar a apagar y/o superar ese instinto tan vergonzoso, tan reprochable, tan poco humano. La autoridad debe darle a la víctima la satisfacción de reconocerle como persona que ha sido victimizada, es decir, sufre y creante. Su misión solidaria le obliga a no responder a la acción criminal mortal victimizante con otra reacción del mismo signo, sino con la creación configurante del nuevo orden de mañana. La autoridad no debe olvidar que la persona es por naturaleza especialmente autocreadora y heterocreadora, también en y desde el dolor que injustamente la han inferido. Lo contrario sería negar a la víctima y al delincuente su androgénesis, su dignidad y su derecho fundamental de vivir y convivir. Sería confundir la muerte, el cese, del animal con el morir de la persona.

En la actualidad, incluso los defensores de la pena suprema reconocen que no debe permitirse aumentar innecesariamente los sufrimientos del delincuente, que no deben fomentarse sentimientos de venganza, ni demagógicos; que debe respetarse la dignidad del condenado.

Quienes apoyan la sanción capital en la necesidad de expiación, quienes siguen manteniendo las teorías penales absolutas *quia peccatum est* frente al *ne peccetur*, porque ha delinquido frente al *para que no delinca*, olvidan algo probado y admitido por muchos desde años ha (95): "como todo castigo es un mal y el mal jamás es apetecible por sí mismo, así tampoco puede ser fin de sí mismo, sino medio tan solo para la consecución de un fin"... para el logro del bien público. Por lo tanto, los jueces no pueden buscar la meta de destruir una vida humana, pues ello produce, sin duda, un mal pues priva a la sociedad de una persona, que siempre contiene un valor.

Los jueces sólo conseguirán mayor aprecio de los ciudadanos si éstos ven en ellos no al posible verdugo que puede matar sino al defensor del débil. El delincuente siempre es débil y, a veces, en algún sentido, más débil que la víctima (96). Donde se admita la pena de muerte, el pueblo

(94) R. GIRARD, "Culture "primitive", judaísmo, cristianesimo", en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 75 ss.

(95) CATHREIN, *Principios Fundamentales de Derecho Penal. Estudio Filosófico-Jurídico*, trad. de J. M. S. de Tejada, Barcelona, G. Gili, 1911, p. 201.

(96) PLATON: "Siempre el que comete injusticia es más desgraciado que el que la sufre", *Gorgias* 479e.

mirará a los jueces con temor, pero no con respeto. Y, hablando de los jueces, pasamos al argumento del error judicial.

Como atinadamente indica HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ⁽⁹⁷⁾, la justicia penal es indudablemente falible y está en constante riesgo de cometer errores que abocan en equivocaciones, a veces, de extraordinaria magnitud; ninguna ley, por drástica que sea, debe cerrar los caminos legales para una enmienda del siempre posible error por parte de los Tribunales, lo contrario, entrañaría una gravísima e intolerante injuria a los derechos inconculcables que protegen la libertad humana. La experiencia y los estudios del jurista colombiano, en este campo, le conducen a concluir que la pena de muerte debe proscribirse de los ordenamientos jurídicos de todo país que se precie de organizar su conjunto institucional sobre el profundo respeto del Estado de Derecho, ya que la ejecución de dicha pena deja fuera la posible reivindicación del Estado de inocencia ante los hechos nuevos que la demuestran, con lo cual, el condenado, la familia, la sociedad, y la propia Administración de Justicia, quedarían privados del noble acto judicial en que se reconociera un error para devolver así, a todos ellos, la tranquilizadora paz perturbada con la condena injusta.

Respecto a la argumentación en favor del mantenimiento de la pena de muerte que se funda en la anteriormente expuesta *Rechtsverwirkungstheorie* (al comentar las posturas en favor de la pena capital) me limito aquí a rechazar esa teoría desde varios puntos de vista. Principalmente porque los jueces no juzgan en nombre (ni según la ley) de Dios, ni están capacitados para un reproche ético tan radical, y porque la pena no es expiación en sentido ontológico. Los especialistas demuestran que la autoridad vicaria de los jueces carece de fundamento tanto en la exégesis actual de los pasajes neotestamentarios que suelen aducirse en ese sentido, como en las diversas cosmovisiones cristianas sobre el Estado y la autoridad. La moral católica no permite al tribunal humano un juicio de culpabilidad interna ético-religiosa, *de internis neque Ecclesia*, y en este sentido KARL RAHNER reitera que el delito no exige intrínsecamente la pena⁽⁹⁸⁾.

El mensaje evangélico (más o menos fielmente transmitido por las iglesias) fermenta históricamente, aunque no directamente, los conceptos y los sentimientos básicos del penalista (del Derecho Penal), del criminólogo (de la Criminología) y de los controles sociales. En concreto, hoy aquí postula que la pena sea útil, digna y necesaria al bien común y al bien

(97) HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ, *Derecho Procesal Penal*, Bogotá, ed. Temis, 1982, pp. 131 ss.

H. A. BEDAU y M. L. RADELET, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, Mediford, Gainesville, Tufts University and the University of Florida, 1985, pp. 20 ss.

(98) KARL RAHNER, "Schuld-Verantwortung-Strafe", em *Schuld-Verantwortung-Strafe*, preparado por E. Frey, Zürich, 1964.

KARL PETERS, "Glaube und Strafrecht", en *Gedanken zur Strafrechtsreform*, Schöningh, 1966, pp. 39-56.

particular de los ciudadanos en los que incide. Exige que evite por una parte la retribución vindicativa, y logre, por otra, la revalorización comunitaria del Derecho (no de la Justicia absoluta) y la reinserción social de los delincuentes, sin menoscabo de su dignidad y de sus derechos. Estos requisitos, que no cumple el castigo capital, piden y esperan del cristiano la actitud abolicionista. La obligación de la sociedad a mostrarse solidaria con el delincuente por ser también hombre, y la responsabilidad de la misma sociedad en la génesis y evolución de la delincuencia excluyen la aplicación de la pena capital. Cuando la aplica, el propio Estado se coloca en el plano de la defensa personal anárquica. La Comisión Justicia y Paz, de Estados Unidos, en su estudio del año 1976 sobre la Iglesia y la pena de muerte concluyó: "Todos estos puntos (teóricos y pastorales) convergen hacia una actitud pastoral que ha de ser la siguiente: hay que preconizar la abolición de la pena de muerte por los valores éticos que están en juego y por la falta de argumentos decisivos en contra" (99).

Poco antes, el año 1975, veintiocho jesuitas (entre ellos Hilton Rivet y James R. Stormes) capellanes, consejeros y psicólogos en prisiones norteamericanas, reunidos en Nueva Orleans, en la Conferencia de Jesuitas sobre Problemas Penales ("Jesuit Conference on Criminal Justice"), formularon la siguiente conclusión "respecto a la pena capital: seguimos oponiéndonos a la pena de muerte como intrínsecamente mala. La ejecución forma parte de matar que no sólo destruye la vida humana sino que también rebaja y brutaliza a los que la ejecutan. Además de su carácter inmoral, es desigual en su aplicación, costosa en recursos humanos, financieros y legales, y dudosa en su efectividad. La ejecución es una barrera para la investigación en favor de alternativas eficaces".

En el mismo sentido, ya en la década de los años 60, se habían manifestado otros jesuitas como J. Vernet y Marcel Marcotte (100).

En pocas palabras, como escribe ELÍAS NEUMAN (101), "La pena de muerte es un asesinato frío y legal, una connivencia nefasta entre la ley, el juez y el verdugo para descargar como antaño el oprobio de los autotitulados decentes, en día y hora predeterminados".

(99) ANTONIO BERISTAIN, "Capital Punishment and Catholicism", en *International Journal of Criminology and Penology*, 5, 1977, pp. 321-335. M. HONECKER, "La pena de muerte en la teología evangélica", en *Concilium*, 1978, pp. 707 ss. F. COMPAGNONI, "Pena de muerte y tortura en la tradición católica", en *Concilium*, 1978, pp. 689 ss. PIERRE DELOOZ, "La mort et l'au-delà", en *Pro mundi vita: Dossiers*, Bruselas, 4/1985, pp. 2-22.

(100) ANTONIO BERISTAIN, "La cárcel como factor de configuración social (Observaciones de algunos jesuitas)", en *Documentación Jurídica*, n° 17, enero-marzo 1978, pp. 174 ss.

MARCEL MARCOTTE, "Libération de l'homme et respect de la vie", en *Relations*, n° 360, Montreal, mayo 1971, p. 132.

(101) ELIAS NEUMAN, en Barbero Santos, *Pena de Muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. XVIII.

Concluyo este capítulo con una breve lista de algunas de las muchas personas que se han colocado en el bloque contrario a la pena de muerte. Podemos recordar, entre otros mil, a la mayoría de los penalistas de nuestros días en España. También en Alemania: Jescheck, Maihofer, Noll, Roxin, Schultz...; en Italia: Bettiol, Canelutti, Del Vecchio, L. Pettoello Mantovani, Pisapia...; en Francia: Marc Ancel, Picca, Leauté, Stefani, Levasseur, Merle, Vitu, Reynald Ottenhof...; en otros países: Elías Neuman (que a finales de 1959 promovió la campaña contra la ejecución de Chessman). También son abolicionistas: Koestler, Camus, Unamuno, Correia, Gersac, Heleno Claudio Fragoso, Cornil, Mendonza Troconis, A. Quirós Cuarón etc. (102).

VII. *La pena de muerte en tiempos de guerra*

Como antes hemos indicado, muchos países han abolido la pena de muerte en circunstancias normales, pero la mantienen durante la guerra. Olvidan los versos tan prudentes de Cicerón: "cedant arma togae". Así, nuestra Constitución española de 1978, en su art. 15, dice: "queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". El texto aprobado en el pleno del Senado el día 26 de septiembre de 1978 decía "en tiempos de guerra"; posteriormente el texto definitivo queda modificado por Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado que cambia *en* por *para*. No considero que la nueva formulación altere el sentido de la frase (103).

De modo semejante se expresan otras Constituciones. Por ejemplo, la italiana de 1947, en su art. 27, 3.º, establece que no se admite la pena de muerte más que en los casos previstos en las leyes militares de guerra. "Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra".

No pocos teóricos que rechazan la pena de muerte en general para todos los delitos en tiempos de paz, sin embargo, la admiten en el Derecho Penal Militar para los delitos graves en tiempos de guerra, por diversos

(102) De muchos más informan algunos especialistas, cfr. MARINO BARBERO, CUELLO CALON, C. GARCIA VALDEZ, *No a la pena...* pp. 105 ss., 201 ss.

En las II Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho Penal, celebradas en Barcelona, los días 28 y 29 de mayo de 1974, así como en las III Jornadas, celebradas en Santiago de Compostela, los días 28, 29 y 30 de mayo de 1975, todos los asistentes se manifestaron unánimes en favor de la abolición de la pena de muerte. La conclusión IV de Barcelona dice: "De forma particular, se propone la abolición de la pena de muerte". Puede verse el texto de todas las conclusiones, en ANTONIO BERISTAIN, *Crisis del Derecho Represivo*, Madrid, Edicusa, 1977, pp. 110 ss.

(103) Pueden verse varias matizaciones en FELIPE HIGUERA GUIMERA, *La Previsión Constitucional de la Pena de Muerte (Comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978)*, Barcelona, ed. Bosch, 1980, pp. 58 ss.

motivos. Recordemos, al menos, a CARRARA, KARL BARTH, FROSALI, JIMENEZ DE ASUA, CH. HELFER, RODRIGUEZ DEVESA etc. (104).

Hoy, los argumentos más sólidos para admitir la pena capital en circunstancias bélicas se pueden resumir en pocas líneas: la guerra es un hecho internacional que reúne los supuestos básicos del estado de necesidad; durante la guerra ante eventuales graves desórdenes internos brotan situaciones necesitantes que legitiman excepcionalmente la pena capital (105).

Especial concepción formula RAUL ZAFFARONI, según el cual la llamada pena de muerte ha perdido el carácter de pena en el Derecho Penal Militar porque ha eliminado todo efecto preventivo especial resocializador. Sin embargo, "la muerte que se ejecuta en el ámbito jurídico-militar en tiempo de guerra, si bien no tiene el carácter de una pena, puede tratarse de un supuesto de inculpabilidad regulado legalmente. Por supuesto que únicamente hallará su explicación y límite dentro del ámbito de la necesidad inculicante. Dicho con otras palabras, se trata de un *derecho penal militar de excepción que se funda en la necesidad terribleísima*" (106).

VII.1. *La pena de muerte en el Derecho Penal Militar español*

La reciente reforma de la legislación penal militar bosquejada en los Pactos de la Moncloa, en los Acuerdos sobre el programa de actuación jurídica y política aprobados el 27 de octubre de 1977 (que resultaba necesaria desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978), ofrece una nueva regulación acerca de la pena de muerte en el Código Penal Militar, en el Código de Justicia Militar y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

El proyecto de Código Penal Militar, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 12 de noviembre de 1984 (Serie A, número 123-I), fué debatido en el Pleno del Congreso (Diario de Sesiones n.º 217, pp. 9.961-9.982) el 13 de junio de 1985. Los Diputados A. Monforte Arregui (GPV) y J. M. Bandrés Molet (EE,GM) pidieron la abolición total de la pena de muerte. Pocas fechas después,

(104) RAUL ALBERTO FROSALI, "Sulla pena di morte in generale e nel Diritto penale comune italiano", en *Estudios Penales en Homenaje al P. Julián Pereda*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, pp. 390 s.

J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 10ª edición, revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Madrid, 1986, p. 900 (con bibliografía).

CARRARA, *Programa del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*, ed. Giusti, Lucca, 1875, párrafo 661.

(105) CHRISTIAN HELFER, *sub voce* Todesstrafe, en *Handwörterbuch für Kriminologie*, 2ª ed. T. III, Berlin, 1975, p. 348.

(106) R. RAUL ZAFFARONI, *Derecho Penal Militar*, Buenos Aires, ed. Ariel, 1980, pp. 61 s., 79 ss., 83.

IDEM, *Derecho Penal*, tomo V, p. 109.

los días 22 y 23 de octubre de 1985, tuvo lugar el debate en el Pleno del Senado (Diario de Sesiones, nums. 137 y 138, pp. 6.427-6.510) con intervenciones también en pro de la abolición total de la pena de muerte formuladas por los senadores Vendrell y Durán (C. al S.), Renovaes Vivanco (SNV), Fernández Piñar y Afán Rivera (PCE,GM). Ninguna de estas enmiendas prosperaron. El 1.º de junio de 1986 entró en vigor el nuevo *Código Penal Militar* promulgado como Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y publicado en el BOE, n.º 196, de 11 de diciembre del mismo año (107).

Su artículo 25 dispone que "La pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera". Anteriormente, el art. 14 establece qué debe entenderse por el término "en tiempo de guerra". Según el Código, "comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de la guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas".

A continuación, el art. 29 determina que la pena de muerte llevará consigo la accesoria de inhabilitación absoluta, y el art. 45 establece, para los delitos que se hallan castigados con la pena de muerte, el plazo de prescripción a los 20 años.

Según este Código Penal Militar se puede imponer la pena de muerte en múltiples — excesivos — supuestos: delitos de traición (arts. 49 y 50), espionaje (art. 52), delitos contra las leyes y usos de guerra (arts. 70, 71 y 76), rebelión (art. 79), delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar que causan lesiones graves o muerte (arts. 85 y 86), atentado contra autoridad militar igualmente con resultado de muerte o lesiones graves (art. 87), lo mismo en el delito de sedición (art. 91), maltrato a superior, con los mismos resultados, o insultos (art. 98), desobediencia (art. 102), abuso de autoridad con resultado de muerte (art. 104), cobardía (arts. 107, 109, 111), delitos contra los deberes del mando (art. 130), abandono o de un servicio de armas o transmisiones (art. 144), abandono del puesto por centinela (art. 146), o incumplir sus obligaciones con grave daño para el servicio (art. 147), delitos contra la integridad del buque de guerra o aeronave militar (art. 165) (108).

(107) FELIPE HIGUERA GUIMERA, "La nueva reforma e innovación del Derecho Penal Militar español", en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Madrid, 1986, pp. 371 ss.

NICOLAS GARCIA RIVAS, "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, pp. 347 ss.

(108) Más información en GARCIA RIVAS, "La reinstauración..." pp. 349 ss.

El legislador ha rebasado el marco constitucional y ha olvidado que la pena de muerte únicamente puede establecerse (a tenor de la Constitución) para proteger un determinado bien jurídico, sólo para delitos muy graves que guarden relación directa con una situación bélica y que precisamente afecten la buena marcha de las operaciones bélicas militares (109).

A tenor de los artículos 74-76 del *Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares* aprobado por Real Decreto 3.331/1978, de 22 de diciembre, tan pronto como sea firme la sentencia "se trasladará al reo a una celda o departamento aislado del que no pueda salir sino para el pasco reglamentario... será objeto de una vigilancia especial, adoptándose todas aquellas prevenciones útiles para evitar que atente contra su vida o pueda evadirse... El Capellán de la prisión visitará asiduamente al condenado, si éste lo desca. Si solicita asistencia espiritual de otro sacerdote o ministro de otra religión, se le complacerá en lo posible...".

En cuanto a la manera de ejecutarse la pena de muerte, el art. 871 del nuevo Código de Justicia Militar (*Ley Orgánica 9/1980*, de 6 de noviembre, BOE n.º 280, de 12 de noviembre) ordena sea "mediante fusilamiento y sin publicidad". Por otra parte, una de las modificaciones introducidas en el citado Código de Justicia Militar suprime el ritual público y solemne de la degradación que establecía el antiguo y derogado art. 879: "Cuando a la pena de muerte deba preceder la degradación militar, el sentenciado irá vestido de uniforme completo, llevando su espada, si fuese oficial, uno de los soldados de la escolta.

Colocado el reo en el centro del cuadro frente a la bandera o estandarte, dispondrá el Juez instructor que el oficial sentenciado ciña la espada, e inmediatamente después que un sargento le despoje de ella, haciendo además de romperla y arrojarla al suelo. Asimismo, le irá despojando de todas las insignias y condecoraciones.

El Instructor pronunciará previamente esta fórmula: *Despojad a...* (el nombre del sentenciado) *de sus armas, insignias y condecoraciones, de cuyo uso la Ley le declara indigno; la Ley lo degrada por haberse él degradado a sí mismo*".

Ya en el siglo pasado se criticaba con horror y estremecimiento la legislación militar española respecto a la pena de muerte (110).

(109) MARIA JOSE AÑON ROIG/JAVIER DE LUCAS Y MARTIN/ERNESTO JAIME VIDAL GIL, "Notas sobre una legislación amenazante", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29 (1986), pp. 285 ss.

FELIPE HIGUERA GUIMERA, *La Previsión Constitucional...* pp. 78 ss.
IDEM, *El Real Decreto-Ley n.º 45/78, que sustituyó la pena de muerte: problemas y soluciones*, Barcelona, ed. Bosch, 1983.

(110) MANUEL TORRES CAMPOS, *La Pena de Muerte y su Aplicación en España*, Madrid, F. Góngora y Cia. Editores, 1979, pp. 43 s.

VIII. *Abolicionismo total*

Un grupo cada día mayor de filósofos, teólogos, literatos, criminólogos, artistas, sociólogos y penalistas (en el cual me incluyo) considera más justa, en nuestra sociedad actual, la respuesta abolicionista total (no absoluta) incluso en el Derecho Penal Militar y en tiempos de guerra. Así, por ejemplo, opinan en España Marino Barbero, Berdugo, Beristain, Cobo del Rosal, García Valdés, Gimbernat Ordeig, entre otros muchos. Mantienen idéntica postura en el extranjero Marc Ancel, Bassiouni, Bedau, Jeschek, Elías Neuman y muchos más que estigmatizan como ilícita la pena de muerte también en casos de estado de necesidad y de guerra.

En España sólo una minoría de los ciudadanos pretende que la abolición constitucional de la pena de muerte se amplie de manera que comprenda también los tiempos de guerra. Una muestra de esta opinión puede verse en el hecho de que el Informe Anual de la Asociación pro Derechos Humanos de España (diciembre 1986) no se manifiesta en este sentido. No habla en favor de la abolición total, ni en sus recomendaciones a los Poderes públicos ⁽¹¹¹⁾.

JESCHECK, en su informe a la Gran Comisión para la reforma del Código Penal alemán en el año 1959, declara inadmisibles la pena de muerte incluso en tiempo de guerra. Niega la fuerza intimidante de que hablan los retencionistas y recuerda que "el motivo más profundo contra la pena de muerte es que todo hombre hasta su último minuto está llamado a participar en la gracia de Dios", y este argumento vale también en caso de guerra ⁽¹¹²⁾.

Algo de esto, desde otra perspectiva, indica GARCIA SABEL: La muerte es el acabamiento de los males físicos y es también el alborear de vivencias transmudanas. Que luego estas vivencias se cumplan o no, es algo que nosotros, los científicos, desde esta ribera, no podemos asegurar. Pero que la ilusión de la tras-vida ilumina intensamente el minuto último del hombre, eso no puede ser negado ⁽¹¹³⁾.

Eminentes juristas que han luchado en la guerra manifiestan su desacuerdo con el argumento en favor de la sanción capital para mantener la moral bélica de los militares, pues, como ellos dicen, poca moral tiene un ejército que actúa por temor a la pena de muerte. Los militares, por sus características personales y por las circunstancias bélicas, son menos aptos para intimidarse.

(111) Asociación pro Derechos Humanos de España, *Informe Anual. Derechos Humanos en España 1986*, Madrid (diciembre 1986), pp. 87 ss.

(112) HANS-HEINRICH JESCHECK, en su informe a la Gran Comisión para la reforma del Código Penal alemán, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. 11, Bonn, Beratungen zur Todesstrafe, 1959, p. 36.

(113) DOMINGO GARCIA SABEL, "Antrópología de la muerte", en *Boletín Informativo*, 166, Madrid, Fundación J. March, enero 1987, p. 31.

Según el catedrático de Friburgo⁽¹¹⁴⁾, la pena capital debe quedar abolida también en situaciones de supuestos de estado de necesidad y/o de guerra. Únicamente si se produjera un completo quebrantamiento del orden público (por ejemplo, después de una explosión atómica) y sólo quedara la pena de muerte para posibilitar en el caos general la supervivencia de por lo menos una parte de la población podría recurrirse a ella, pero este supuesto de ninguna manera podría ser regulado por el legislador porque entonces la construcción de un nuevo orden estatal debería comenzar bajo unos presupuestos en principio desconocidos ("doch ist das kein Fall, für den der Gesetzgeber Vorsorge treffen könnte"). Esta ejecución no sería, pues, la sanción de que nosotros hablamos.

Cuando proponemos el abolicionismo total negamos la excepción legal en los tiempos de guerra, pero, no pretendemos absolutizar nuestra respuesta. Somos conscientes de los límites y del relativismo inherente a la ciencia penal, como a todas las ciencias. Dejamos, pues, como Jescheck y tantos otros, una puerta abierta a la muerte "supra-jurídica" (por denominar de alguna manera aquella situación que rebasa nuestras circunstancias científico-jurídicas presentes)⁽¹¹⁵⁾.

También se manifiesta contra la pena de muerte en todo caso MANUEL DE IRUJO, como lo afirma repetidas veces y con noble estilo. Sus Memorias en el Ministerio de Justicia, de Madrid⁽¹¹⁶⁾, patentizan al abolicionista también en tiempos de la guerra civil española, porque él "alienta emociones cristianas y democráticas, estima que la vida es el primer derecho del hombre, y reputa que su respeto y garantía constituye singular obligación en una sociedad humana digna de este nombre".

Estos motivos siguen manteniendo validez también en tiempos de guerra y para los militares. . . Mejor dicho, más y especialmente en tiempos de guerra y para los militares, pues si alguien debe considerarse desautorizado para imponer la pena de muerte, es precisamente un tribunal militar

(114) HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch*, 1ª ed., p. 500, y con algunas nuevas matizaciones en la 3ª ed., p. 613. Hay traducción en castellano de la 3ª ed., vol. II, pp. 1.054 ss. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981. En sentido parecido, ALT, *Das Problem des Todesstrafe*, 1960, pp. 163 ss.

(115) MANUEL GARCIA DONCEL, "Las creencias del científico. Aproximación epistemológica", en *Asociación Internacional de Estudios Médico-Psicológicos y Religiosos (X Congreso Internacional)*, Barcelona, 22-27 julio 1986, pp. 1 ss. WINFRIED HASSEMER, "Hermenéutica y Derecho", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, n° 25 (1985), pp. 63-85. RAYMONDIS, "Epistemologie et recherche", en *Memoria del VI Congreso Internacional de Criminología*, vol. I, Madrid, ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1973, pp. 473 ss. ALBERTO S. MILLAN, "Presupuesto epistemológico de la criminología", en *Memoria del VI Congreso Internacional...*, pp. 509 ss.

(116) MANUEL DE IRUJO, *Un Vasco en el Ministerio de Justicia*, Memorias 1, Buenos Aires, Ekin, 1976, pp. 88 ss. Puede verse el anexo III al final del libro.

y en tiempo de guerra, ya que dada la formación y la profesión principal de quienes componen esos tribunales, y dado el contexto socio-político y la situación en que intervienen, resulta el tribunal menos apto y menos capacitado para atender y entender con justicia al momento de valorar los hechos y de dictar su sentencia contra una persona que muchas veces será condenada como delincuente político.

Atinadamente escribe UNAMUNO ⁽¹¹⁷⁾ que “el bien juzgar exige, ante todo y sobre todo, independencia de criterio, y la disciplina jerárquica, así como el detestable y dañosísimo espíritu de cuerpo, ahoga toda independencia de él. . . Hay, además, algo acaso más delicado que juzgar, y es enjuiciar. Para enjuiciar hace falta más práctica, más tino, más inteligencia especial, más tradición técnica que para juzgar. Lo difícil no es fallar un proceso sino llevarlo a cabo”. “Y es muy fácil, facilísimo, que quien está educado para mandar y obedecer como en la milicia se manda y se obedece, se vea inducido, por la fuerza del hábito, a aplicar al enjuiciamiento de supuestos delitos, procedimientos y métodos que no son los más adecuados para obtener la verdad de los hechos”.

Las circunstancias personales y cívicas en que actúan los tribunales bélicos contribuyen a que la serenidad y la imparcialidad brillen por su ausencia. Sus condiciones sociales y temporales le prestan a mortales e irremediables errores.

Otro de los argumentos que abogan en nuestros días por la abolición total — dentro de la relatividad que imponen los límites de la filosofía de las ciencias — se apoya en que el derecho a la vida es un derecho *no graduable*. Mientras que los otros derechos fundamentales (la libertad ideológica, la intimidad personal, el derecho a la educación etc.) pueden darse en mayor o menor grado, en cambio, el derecho a la vida no admite esta graduación; o el delincuente lo tiene o no lo tiene, *tertium non datur*, no existen términos medios ⁽¹¹⁸⁾. Se trata del valor más noble. Es un problema de cualidad sagrada, de “sanctity of life”, donde no se discute sobre la cantidad.

No cabe mantener hoy la sanción aniquilante acudiendo a las circunstancias (genéricas) de estado de necesidad y/o de legítima defensa en casos extremos. Tanto el fundamento como el fin de la legítima defensa y del estado de necesidad difieren del fundamento y quizás también del fin de la pena de muerte. Aquellas circunstancias eximentes de justificación y/o

(117) MIGUEL DE UNAMUNO, “La patria y el ejército”, en *IDEM*, *Obras Completas*, tomo III, Madrid, 1968, pp. 843 ss.

(118) M. CHERI.. BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, Illinois, ed. Charles C. Thomas, Springfield, 1978, pp. 42 ss., 120 ss.

M. BARBERO, “La pena de muerte en la Constitución”, en *Sistema*, mayo 1981, pp. 52 s.

de exculpabilidad, según los casos, se basan (dicho muy resumidamente) en la incapacidad excepcional de la ley y de la autoridad, para alcanzar sus metas "normales", en la no motivabilidad de la norma para el caso concreto etc., y pretenden que el mal inevitable sea el menor posible. En cambio, la pena capital se basa en la ley de la fuerza y del poder de la coerción bruta. Quizás la finalidad de las tres instituciones sea la misma dentro de algunas teorías: las que opinan que la pena de muerte pretende un mal menor (recordemos la argumentación formulada por Sto. Tomás de Aquino, Alfonso de Castro etc., del miembro canceroso, corrompido, que amenaza a todo el organismo).

A la luz de lo hasta aquí expuesto puede concluirse que el artículo 15 de la Constitución española se contradice a sí mismo al establecer en su primer párrafo el derecho a la vida para todos, sin excepción, mientras que en el párrafo segundo permite que las autoridades judiciales priven de la vida a ciertas personas en determinadas circunstancias.

Debe equipararse la prohibición incondicional de la pena de muerte con la prohibición de la tortura o del genocidio. No parece, en cambio, totalmente equiparable con la prohibición de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues éstos, según la doctrina que considero más acertada, son grados menores que la tortura. Esta sí debe prohibirse siempre y sin excepciones. No exigen tanta "absolutes" y severidad, en cambio, algunos tratos crueles, inhumanos y degradantes⁽¹¹⁹⁾. No olvidemos que nuestros conceptos, nuestras aproximaciones a la realidad son frutos de experiencias humanas unitarias pero cambiantes y dinámicas.

En última instancia la exigencia ética tiene aquí algo decisivo que decir. Podemos recordar la opinión de K. Barth y de los obispos de EE.UU. Estos concluyen su documento urgiéndonos a considerar que "los condenados a muerte están, como nosotros todos, entre los pecadores a quienes el Hijo del Hombre vino a salvar (:who, like us, are among those sinners whom the Son of Man came to save). Y sus últimas palabras ofrecen el argumento más definitivo: "contemplemos a Cristo crucificado que nos da el supremo ejemplo de perdón y del triunfo del amor compasivo" (120). Esta nueva dimensión integradora y armónica del delito con la victimación, con la pena y con la indulgencia encuentra confirmación, desde otra perspectiva, en la física moderna y algunos misticismos: "las teorías y modelos principales de la Física moderna llevan a una visión del mundo que es internamente consistente y que está en perfecta armonía

(119) ANGEL TORIO, "La prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes", en *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, IV Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, pp. 103 ss.

(120) U. S. BISHOPS, "Statement on Capital Punishment", en *Origins NC Documentary Service*, 27 noviembre 1980, vol. 10, n.º 24, pp. 373 ss.

con las visiones del misticismo oriental" (FRITJOF CAPRA, *El TAO de la Física*, Una exploración de los paralelos entre la física moderna y el misticismo oriental, Madrid, Luis Carcamo editor, 1984, p. 345).

Como conclusión de todo lo indicado opinamos que el elemental derecho — en tantos países cada día más y más estimado — a la vida, a la muerte y al morir cotidiano propios exige la abolición del castigo capital que, al desacralizar, desmitificar, profanar y envilecer el morir y la muerte, niega (o intenta negar) frontalmente ese tan noble derecho-quehacer constitutivo y definitivo constante de cada persona, como explican, por ejemplo Heidegger y Unamuno; consideramos inadmisibles hoy y para siempre (un siempre científico-relativo) el castigo capital, pues, recordando las orientaciones epistemológicas marcadas por el Maestro de Padua, opinamos que en nuestro campo jurídico-criminológico los valores del espíritu, los derechos de la persona, priman sobre cualquier argumentación lógica: "Siamo, qui, ad un primato della cultura più che della logica" ⁽¹²¹⁾.

IX. *Anexo*

PROTOCOLO N.º 6 (RESPECTO A LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE) AL CONVENIO EUROPEU PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (20 mayo 1952), BOE., 10-10-1979 y 10-5-1982.

Los Estados miembros del Consejo de Europa, firmantes del Presente Protocolo al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante denominado "el Convenio").

Considerando que la evolución experimentada en muchos Estados miembros del Consejo de Europa manifiestan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte;

Han convenido en lo que sigue:

Artículo 1

La pena de muerte debe ser abolida. Nadie puede ser condenado a tal pena ni ejecutado.

(121) G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, 12ª edición, Padova, Cedam, 1986, pp. 15, 838.

Artículo 2

Un Estado puede prever en su legislación la pena de muerte para los actos cometidos en tiempo de guerra o en peligro inminente de guerra; tal pena no será aplicada más que en los casos previstos por esta legislación y de acuerdo con sus disposiciones. Este Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las disposiciones correspondientes de la legislación al efecto.

Artículo 3

No se autoriza derogación alguna a las disposiciones del presente Protocolo a tenor del artículo 15 del Convenio.

Artículo 4

No se admite reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo a tenor del artículo 64 del Convenio.

Artículo 5

1. Todo Estado puede, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación, señalar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Todo Estado puede, en cualquier otro momento posterior, por una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, extender la aplicación del presente Protocolo a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Protocolo entrará en vigor, respecto a ese territorio, el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración hecha en virtud de los dos párrafos precedentes podrá ser retirada, en lo que concierne a cualquier territorio designado en esta declaración, por notificación dirigida al Secretario General. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Artículo 6

Los Estados Partes consideran los artículos 1 al 5 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio, y todas las disposiciones del Convenio se aplican en consecuencia.

Artículo 7

El presente Protocolo está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, firmantes del Convenio. Será sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Un Estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber simultánea o anteriormente ratificado el Convenio. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación serán depositados ante el Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 8

1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha en la cual cinco Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado su consentimiento en estar vinculados por el Protocolo conforme a las disposiciones del artículo 7.

2. Para todo miembro que manifieste posteriormente su consentimiento en quedar vinculado por el Protocolo, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha del depósito del instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

Artículo 9

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo:

- a. cualquier firma;
- b. el depósito de todo instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación;
- c. toda fecha de entrada en vigor del presente Protocolo conforme a los artículos 5 y 8;
- d. cualquier otro acto, notificación o comunicación que tenga relación con este Protocolo.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a este efecto, han firmado el presente Protocolo.

Estrasburgo, 28 de abril de 1983.

As cláusulas contratuais gerais, a proteção ao consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO
Professor de Direito Civil na Faculdade de
Direito da UFRJ e na PUC/RJ

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *As cláusulas contratuais gerais. Conceito e razão de ser.* 3. *Principais características.* 4. *Vantagens e desvantagens das cláusulas contratuais gerais.* 5. *Notícia histórica e direito comparado.* 6. *Natureza jurídica.* 7. *Conteúdo jurídico.* 8. *O controle das cláusulas contratuais gerais.* 9. *A proteção ao consumidor nos contratos de adesão.* 10. *A proteção do consumidor brasileiro.* 11. *A novel legislação portuguesa. Aspectos formais e materiais.*

1. *Introdução*

Dentre as funções que atualmente se reconhecem no direito contemporâneo, perspectiva-se, com crescente relevo e nitidez, a de viabilizar o funcionamento do sistema de produção e distribuição de bens e serviços entre os membros de determinada comunidade⁽¹⁾.

No exercício de tal função, oferece o direito à economia as regras e institutos necessários à disciplina do mercado, permitindo que se organize, com eficácia jurídica, o sistema de produção e distribuição dos bens indispensáveis à sobrevivência e desenvolvimento do grupo societário. Inter-relacionam-se, assim, os sistemas econômico e jurídico, cada qual com os seus valores e a sua racionalidade específica, mas integrados de

(1) NORBERTO BOBBIO, *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 106; GIOVANNI TARELLO, in *La Teoria Generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 344.

modo causal e determinante, de tal modo que as operações econômicas encontram no direito as formulações indispensáveis à validade e eficácia jurídica.

Entre essas fórmulas sobressai o contrato, tradicional instrumento da distribuição, circulação e troca de bens e serviços, que se constitui ainda na principal fonte de obrigações, relações jurídicas de natureza patrimonial. Expressão histórica e doutrinária do princípio da autonomia privada, poder que o ordenamento jurídico reconhece aos particulares de disciplinar, com eficácia jurídica, os seus interesses, tem o contrato, como elemento constitutivo essencial, o consentimento ou acordo das partes, resultante da integração das vontades distintas (2).

O princípio da autonomia privada é também expressão de um princípio maior e universal, o da liberdade, que, em matéria contratual, se realiza em manifestações diversas, tais como a liberdade de contratar, a liberdade de escolher a outra parte do contrato, a liberdade de fixar o conteúdo, a forma e o modo de extinção do contrato. Como efeito dessa liberdade, e ainda da igualdade que deve existir entre as partes, o conteúdo do contrato, vale dizer, os direitos e obrigações dele emergentes, deve resultar da prévia discussão, do livre acordo de vontade que se exprime no consentimento.

A experiência jurídica deste século tem mostrado, porém, que a liberdade e a igualdade no contrato são conceitos mais formais do que reais, e que as exigências da economia liberal, tendente à concentração, à acumulação de capital e ao consumo de massa, têm conduzido ao surgimento de um novo tipo de contrato, cujo conteúdo é fixado unilateralmente, limitando-se uma parte a aderir às cláusulas padronizadas que a outra estabelece sem a tradicional e prévia discussão. É o chamado *contrato de adesão*, *standard-verträgen*, *standard contract*, na doutrina francesa, na doutrina alemã e anglo-saxônica, contratos esses que resultam da adesão pelos interessados-adquirentes a cláusulas gerais estabelecidas de modo unilateral e preponderante (3).

É próprio da economia capitalista, nos seus últimos estágios, um regime de produção e consumo de massa. Isso é possível graças à racionalização do processo produtivo, levando ao consumo em grande escala, e à disponibilidade de instrumental técnico-jurídico que a economia exige do direito. Nesse particular, têm especial importância as chamadas cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos que, simplificando o mecanismo contratual, facilitam a contratação e o consumo em massa.

(2) ORLANDO GOMES. *Contratos*, 11.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 49; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 7.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, vol. III, n.º 187.

(3) A expressão contrato de adesão deve-se a SALEILLES, in *De la Déclaration de Volonté. Contribution à l'Étude de l'Acte Juridique dans le Code Civil Allemand*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1929, p. 129.

Essas cláusulas resultam, assim, do processo de racionalização que as condições do mercado exigem da economia e do direito.

As cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão são aspectos distintos de uma nova realidade, a do contrato cujo conteúdo é prefixado apenas por uma das partes, como instrumento necessário ao funcionamento da economia massificada. Sua nota característica é a superação do processo clássico de contratação, sem a discussão prévia do conteúdo a estabelecer. Ora, tal experiência suscita dois problemas para o direito, o da eficácia jurídica desse novo processo de contratação e o da tutela da parte mais fraca, o contratante aderente⁽⁴⁾, integrando-se tais questões em uma problemática maior e de atualíssima importância, que é a da proteção ao consumidor de produtos finais, a parte desprovida de liberdade de escolha na prática diuturna dos contratos de massa.

As transformações da economia alteram, assim, a fisionomia tradicional do contrato e a sua própria natureza jurídica⁽⁵⁾, restringindo o exercício da autonomia privada e atenuando o princípio da igualdade das partes.

Tudo isso resulta ou conduz, em um verdadeiro processo de interação dialética, à intervenção do Estado, que, privando o contrato de seu matiz individualista, passa a considerá-lo como instrumento de realização da justiça social. Reveste-o de um espírito de socialidade⁽⁶⁾, como expressão de interesses gerais, e protege a sua dimensão social⁽⁷⁾ por meio de normas jurídicas especiais destinadas à disciplina do mercado e à tutela da parte contratual mais fraca.

No âmbito dessa temática, cabe especial relevo para a nova lei portuguesa sobre as cláusulas contratuais gerais, o Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985.

2. As cláusulas contratuais gerais. Conceito e razão de ser

As cláusulas contratuais gerais, também chamadas “condições gerais dos contratos”, “condições uniformes de contrato”, “predisposição de cláusulas uniformes” ou ainda de “contratos-standard”, são as disposições que uma pessoa, física ou jurídica, estabelece de modo unilateral e uniforme,

(4) MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 178.

(5) FRANCESCO MESSINEO, *Il Contratto in Genere*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 80.

(6) MESSINEO, *op. cit.*, p. 29.

(7) KARL LARENZ, *Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 4. Auflage, München Verlag C. H. Beck, 1975, p. 49/50.

para o fim de regular futuras relações jurídicas contratuais que venha a constituir⁽⁸⁾.

Essas cláusulas serão o conteúdo básico dos futuros contratos, com plena eficácia jurídica, desde que a outra parte, normalmente um cliente do predisponente, as aceite. Sua função é, portanto, a de normativizar, a de fixar as regras disciplinadoras dos contratos, estabelecendo direitos e obrigações.

Quem as estabelece chama-se "predisponente" e quem as aceita, constituindo assim o vínculo contratual, diz-se "aceitante" ou "aderente".

O predisponente é, de regra, mas não necessariamente, um empresário, que formula, de modo unilateral, predeterminado e acentuadamente rígido, o conteúdo dos contratos resultantes da adesão a tais cláusulas. Mas estas podem ainda resultar de recomendação ou imposição de um grupo de empresas, como, por exemplo, as condições gerais estabelecidas pela IATA⁽⁹⁾, ou criadas bilateralmente por duas categorias de interessados na relação contratual prevista, ou, ainda, da intervenção de um terceiro, neutro e mediador. E podem ainda resultar do recurso a cláusulas já consagradas, como as cláusulas de estilo, na prática usual dos negócios. No seu aspecto formal, as cláusulas gerais constam do instrumento-proposta do contrato, ou de anúncios, ou de catálogos etc.

A expressão "cláusulas contratuais gerais" é própria do direito alemão e do direito português⁽¹⁰⁾. O direito italiano prefere a denominação de

(8) A lei alemã para a regulamentação do regime para as condições gerais dos contratos (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), de 9 de dezembro de 1976, define assim as condições gerais dos contratos no seu § 1.º: "Condições gerais de contratos são todas as condições contratuais preestabelecidas para um número múltiplo de contratos, as quais uma das partes contraentes (predisponente) apresenta à outra parte contraente no momento da conclusão de um contrato. Não é relevante que as cláusulas constituam uma parte componente do contrato externamente separada dele ou constem do próprio documento contratual, nem a sua extensão, o tipo de impressão empregado e a forma do contrato. Não se está em presença de condições gerais de contratos na medida em que as condições contratuais forem negociadas ponto por ponto entre as partes." Cf. KARL LARENZ, op. cit., p. 486; C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile — Il Contratto*, Ristampa, Milano, Giuffrè, 1987, p. 340; ANTEO GENOVESE, Condizioni generali di contratto, *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1961, p. 802; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 176; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1986 p. 255; M. GARCIA AMIGO, *Condiciones Generales de los Contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 132.

(9) GARCIA AMIGO, op. cit., p. 144.

(10) Lei alemã para a regulamentação do regime das condições gerais dos contratos, de 9 de dezembro de 1976, cap. 1.º, e art. 1.º da lei portuguesa sobre a matéria, o Decreto-Lei nº 446, de 25 de outubro de 1985.

“condições gerais dos contratos”⁽¹¹⁾, enquanto que o direito francês, considerando a matéria por outro ângulo, o do contrato que resulta da aceitação de tais cláusulas, estuda-a sob a denominação de contrato de adesão, definido, por isso mesmo, como “um contrato-tipo que é redigido unilateralmente por uma das partes e ao qual a outra adere sem possibilidade real de o modificar”⁽¹²⁾. No direito brasileiro, o tema não foi ainda tratado de modo específico, tendo sido objeto de alguns trabalhos sob o ângulo do contrato de adesão⁽¹³⁾. Há, portanto, uma correspondência entre o processo econômico e o jurídico. À produção em série corresponde uma contratação em massa; à uniformidade do processo econômico corresponde uma identidade dos esquemas contratuais⁽¹⁴⁾. A standardização do contrato é, assim, inevitável aspecto da mecanização da vida moderna⁽¹⁵⁾. É por isso que as cláusulas contratuais gerais, ou condições gerais dos contratos, servem, precisamente, aos setores mais dinâmicos da economia, onde a produção em série se torna possível graças ao consumo de massa assegurado pela rápida contratação, como se verifica nos setores dos transportes, seguros privados, serviços bancários, fornecimento de mercadorias, vendas imobiliárias em grande escala, contratos de trabalho em série, hospedagem, armazéns gerais de depósito, garagem, locação de veículos, assinatura de revistas, contratos de publicidade, espetáculos públicos, apostas, loterias etc. As cláusulas contratuais gerais são assim manifestação típica do direito da economia moderna, marcada pela produção sistemática e regular para um grande público⁽¹⁶⁾, mas têm também função social: só com elas se tornam possíveis as grandes fábricas e as grandes empresas produtoras de bens e serviços, que precisam de considerável mão-de-obra, grande número de empregados.

A importância do estudo de tal matéria reside, portanto, não só na frequência de sua utilização nos mais importantes setores da economia moderna, como também, e como decorrência disso, nos problemas de ordem teórica e prática que suscitam. De ordem teórica no que diz respeito à sua

(11) Código Civil italiano, art. 1.341.

(12) JACQUES GHESTIN, *Les Obligations. Le Contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 51.

(13) ORLANDO GOMES, *Contrato de Adesão*, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972; CLEDON FONSECA, *Contrato de Adesão*, in *Revista Forense*, vol. 116, Rio de Janeiro, 1948, p. 303; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 197.

(14) M. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 14.

(15) W. FRIEDMANN, *Law and Social Change in Contemporary Britain*, tradução de F. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 45.

(16) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 13.

natureza jurídica, às limitações que impõem à liberdade contratual, e de natureza prática no tocante à solução das controvérsias decorrentes, na sua maioria, da existência de cláusulas abusivas, ou leoninas, e que exigem do direito a proteção jurídica da parte aderente, geralmente a mais fraca, que também se apresenta, costumeiramente, como um simples consumidor.

3. Principais características

Caracterizam-se as cláusulas contratuais gerais por sua *predeterminação, uniformidade e unilateralidade*. Predeterminação no sentido de que são uma "preventiva formulação de um conteúdo negocial uniforme de uma série de contratos futuros" (17). A parte que as predispõe vai utilizá-las de modo permanente e inflexível, como regulamento futuro, integrando-as no conteúdo do contrato. Uniformidade no tocante às futuras relações contratuais, cujo conteúdo, idêntico, será imposto aos aderentes, os consumidores. Em face das exigências do processo econômico, seria impraticável utilizar-se o tradicional método de contratação, com discussão prévia do conteúdo negocial (18).

Unilateralidade, como aspecto também dominante, indicando que a redação de tais cláusulas é obra de uma só parte, o predisponente, limitando-se a outra a aderir sem discutir o conteúdo contratual, vale dizer, os direitos e as obrigações, o que pode acarretar para o aderente uma situação jurídica de inferioridade ou desigualdade. Assim sendo, desaparece a liberdade contratual no que se refere ao conteúdo negocial (19).

Da uniformidade que as cláusulas contratuais devem ter, decorre uma certa rigidez ou imutabilidade, o que se justifica pela exigência de facilidade e rapidez na sua utilização, que é precisamente uma de suas mais importantes vantagens.

A esses aspectos poderíamos incluir um outro, o da generalidade, no sentido de que tais cláusulas se destinam a um número indeterminado de hipóteses contratuais, uma "multiplicidade prospectiva de contratações futuras" (20), compreendendo também a abstração, vale dizer, tais cláusulas não visam um caso concreto, um contratante individual, mas um número indeterminado de hipóteses de fato que a vida econômica diária faz surgir.

(17) ANTEO GENOVESE, *op. cit.* p. 802.

(18) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 9.

(19) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 28.

(20) GENOVESE, *op. cit.*, p. 803.

4. *Vantagens e desvantagens das cláusulas contratuais gerais*

A doutrina que se tem apurado em torno desta importante matéria ressalta as vantagens e os inconvenientes que surgem da utilização, inevitável, nos tempos modernos da sociedade de consumo, das cláusulas contratuais gerais.

Como vantagens, assinala-se a “possibilidade de uma delimitação detalhada e quase perfeita das prestações devidas, oferecendo uma regulamentação pormenorizada da relação contratual de que se trate” (21), com o que se tem maior segurança no processo de intercâmbio de bens e de serviços; simplificação do processo formativo dos contratos; rapidez e eficiência na conclusão dos negócios; facilidade na contratação entre pessoas que se encontram distantes; maior facilidade para o comércio e a produção em geral; maior eficiência da função jurisdicional, já que os casos a julgar implicam na incidência, geralmente, das mesmas normas jurídicas; a situação de igualdade dos aderentes em face da empresa predisponente; a facilidade de contratação não só entre pessoas como também entre categorias profissionais (22). Como principais inconvenientes apontam-se: o desequilíbrio entre as partes, já que a redação unilateral por uma delas, com a simples adesão da outra, implica na redução da liberdade contratual da aderente; possível limitação da responsabilidade do predisponente; a eventual inserção de cláusulas ininteligíveis ou ambíguas, com letra tão pequena que o aderente não consegue ler; a possibilidade de eliminação de concorrência quando se formam cartéis entre os ofertantes etc.

Não obstante esses inconvenientes, as vantagens de tal figura são incontestáveis, tornando imprescindível a adoção dessas cláusulas nos mecanismos de contratação da economia moderna, tanto na venda de produtos como na prestação de serviços em série. E os maiores perigos que sua utilização pode originar, nomeadamente a formação de cartéis ou monopólios, com as empresas predisponentes dominando o mercado, ou, ainda, o desfavorecimento da parte mais fraca, que é o consumidor, tudo isso pode ser evitado, ou diminuído por um controle efetivo do Estado sobre a criação, validade e eficácia de tais cláusulas. Os abusos decorrem não da própria natureza das cláusulas contratuais gerais, mas de sua indevida utilização (23).

5. *Notícia histórica e direito comparado*

Pode-se dizer que a figura jurídica das cláusulas contratuais gerais é utilizável em todos os sistemas jurídicos contemporâneos, de qualquer

(21) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 60.

(22) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 24.

(23) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 27.

natureza ideológica, em face da internacionalização da economia de consumo em massa. Nem todos os países a adotaram, porém, e os que a incluíram no seu ordenamento não procederam de igual modo. Alguns sistemas desconhecem-na, noutros está prevista no Código Civil ou em legislação especial. Os países que não a contemplam resolvem-lhe os conflitos pela aplicação das normas do Código Civil e do Código Comercial.

As cláusulas contratuais gerais estão expressamente disciplinadas nos códigos italiano, etíope, holandês, soviético, e em leis extravagantes da Alemanha Oriental, de Israel, da Alemanha Ocidental e, mais recentemente, de Portugal.

O Código Civil italiano foi o primeiro a disciplinar a matéria, o que fez nos seus artigos 1.341 e 1.342 (24). Com tais dispositivos, o legislador, que distingue os contratos privados tradicionais, formados pela discussão prévia do conteúdo respectivo, dos contratos que se formam pela adesão a cláusulas contratuais gerais, pretende assegurar "uma contratualidade efetiva e funcional, não somente estrutural e formal" (25), exigindo a aprovação por escrito das cláusulas mais onerosas com o fim de restabelecer a igualdade entre as partes. Quanto à interpretação, em caso de dúvida, opera-se em favor da parte aderente considerada a mais fraca, vale dizer, o contrato é interpretado em favor da parte que se obriga, e contra a que o predispõe.

A proteção do aderente limita-se, porém, à necessidade da sua aprovação, por escrito, das cláusulas onerosas ou leoninas, o que faz presumir o conhecimento do conteúdo de tais cláusulas, e à transferência do ônus da prova para o predisponente. Não proíbe, todavia, expressamente, como fazem sistemas legais mais recentes, a existência de cláusulas prejudiciais vexatórias, ou gravosas.

O Código Civil etíope, de 1960, já trata a matéria de um modo mais sistematizado, distinguindo três categorias de cláusulas contratuais gerais: a) as que se destinam a contratos administrativos; b) as dos contratos privados que devem ser aprovados pela administração pública; e c) as dos

(24) Código Civil italiano, art. 1.341. *Condições Gerais de Contrato*. — As condições gerais de contrato predispostas por um dos contratantes são eficazes em relação à outra, desde que no momento da conclusão do contrato esse as conhecia ou devia conhecer, usando de diligência comum. De qualquer modo, não têm efeito se não forem especificamente aprovadas por escrito as condições que estabelecem, a favor daquele que as predispõe, limitações de responsabilidade, faculdade de rescindir o contrato ou de suspender-lhe a execução, ou, então, estabelecem, à custa do outro contratante, decadência, limitações à faculdade de opor exceções, restrições à liberdade contratual nas relações com terceiros, prorrogação tácita ou renovação do contrato, cláusula compromissória ou derrogações da competência da autoridade judiciária.

(25) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 39.

contratos privados que dispensam a aprovação administrativa. No primeiro caso, as cláusulas são redigidas pela administração pública; no segundo, a respectiva eficácia depende da aprovação, embora as cláusulas sejam redigidas pelos particulares, e no terceiro é preciso apenas que o aderente aprove as cláusulas redigidas pela parte que as predispõe. Quanto à interpretação, realiza-se em favor do aderente⁽²⁶⁾.

O Código Civil holandês disciplina a matéria de modo original, publicizando-a pela necessidade da intervenção governamental. "A força obrigatória das relações traçadas no âmbito do instituto passa a ter sua causa geradora no decreto real que aprova o respectivo regulamento"⁽²⁷⁾. Quem elabora as cláusulas contratuais gerais não são os contratantes mas uma Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça. Aprovadas tais cláusulas por um decreto real, devem todos submeter-se ao disposto nesse regulamento no tocante à elaboração e aplicação das cláusulas.

O Código Civil russo, de 1964, disciplina a matéria debaixo de um princípio fundamental, o de que a economia obedece à direção do Estado, o qual, socializando os meios de produção, faz desaparecer a empresa privada e, assim, o problema dos contratos de adesão a cláusulas contratuais gerais. Estas não são formuladas pelas partes contratantes mas estabelecidas, de modo imperativo, pela administração estatal. As cláusulas passam a ser verdadeiras normas jurídicas de procedência administrativa⁽²⁸⁾.

Na Alemanha Oriental a matéria rege-se por lei especial, de 11 de dezembro de 1956, segundo a qual é da competência da administração pública regulamentar a redação das cláusulas contratuais, o que se justifica em face do regime estatal da economia e da conseqüente inexistência da empresa privada.

A Lei israelita n.º 5.725, de 1964, é a que, entre todos os diplomas legais referidos, melhor tratou da matéria⁽²⁹⁾.

Essa lei começa por estabelecer algumas definições, adotando o termo *contrato uniforme* para aquele destinado ao fornecimento de bens ou serviços, cujas cláusulas, em sua totalidade ou em parte, tenham sido predispostas pela pessoa que fornecerá o bem ou o serviço, com o fim de

(26) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 130.

(27) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 54; ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 131.

(28) A lei soviética disciplina os contratos de: a) fornecimento; b) obtenção dos produtos nos *Kolkozes*; c) mútuo com garantia de penhor; d) locação de móveis; e) locação de imóveis e hospedagem; f) transporte de mercadorias ou de pessoas; g) seguros; h) abertura de crédito. Cf. ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 146.

(29) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 133.

determinar o conteúdo de uma pluralidade de contratos entre o fornecedor e seus clientes. Rejeita assim a denominação de contrato de adesão, própria da doutrina francesa, denominação essa mais ampla e imprecisa⁽³⁰⁾. E estabelece duas espécies de controle, um, *preventivo*, realizado administrativamente por uma comissão especial de três membros, nomeada pelo Ministério da Justiça, cumprindo-lhe examinar, aprovando ou não, o texto das cláusulas contratuais gerais, desde que solicitado pela empresa interessada na aprovação do regulamento, e um controle *a posteriori*, em que os tribunais têm o poder especial de rever as cláusulas dos contratos uniformes, mediante provocação do cliente prejudicado. O controle judicial independe da prévia aprovação administrativa e pode levar à anulação ou modificação da cláusula objeto da controvérsia.

É, contudo, na Alemanha Ocidental que surge a penúltima lei sobre a matéria, a lei sobre o regime das condições gerais dos negócios⁽³¹⁾. Esse diploma visa expressamente limitar a liberdade na formulação de cláusulas contratuais gerais, tentando evitar o abuso no exercício dos direitos subjetivos do predisponente. E, para tanto, indica os requisitos necessários que tais cláusulas devem ter, para que possam inserir-se em contratos futuros, assim como proíbe a inserção de determinadas cláusulas que elenca minuciosamente. O controle sobre tais cláusulas é da competência dos tribunais que exercem uma fiscalização preventiva contra as cláusulas abusivas, podendo determinar às empresas que se abstenham de utilizá-las em contratos concretos.

A lei mais recente é a portuguesa que a seguir apreciaremos.

6. *Natureza jurídica*

O problema da natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais, que se tem posto em via doutrinária no debate entre os normativistas e os contratualistas, vale dizer, entre as teorias que consideram as cláusulas contratuais gerais como verdadeiras normas jurídicas e as que as consideram como matéria puramente contratual, está hoje superado. Para a grande maioria dos juristas, com apoio do direito positivo que disciplinou a matéria, a começar pelo Código Civil italiano, as cláusulas gerais têm natureza contratual. Tais disposições são eficazes, produzem efeitos jurídicos não porque a lei o determina, "mas porque o aderente aceitou o regulamento da parte predisponente"⁽³²⁾. Já a concepção normativa, cul-

(30) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 60.

(31) *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB-Gesetz), de 9 de dezembro de 1976, em vigor a partir de 1.º de abril de 1977.

(32) BIANCA, *op. cit.*, p. 343.

tivada por alguns setores da doutrina alemã do período anterior à Segunda Guerra Mundial, defendia a tese de que tais cláusulas constituem direito objetivo criado pela própria realidade econômica⁽³³⁾, com sua eficácia dependendo, porém, da manifestação de vontade da parte interessada em criar uma relação jurídica concreta. Para outros setores da doutrina francesa, na mesma linha de raciocínio, das cláusulas gerais dotadas de normatividade jurídica, "o predisponente exprime uma vontade unilateral que dita a sua lei não mais a um indivíduo mas a uma coletividade indeterminada" (34).

Essa teoria está hoje diminuída em face da concepção contratual das cláusulas gerais, não obstante se reconheça que tal matéria entra no âmbito da autonomia privada, poder jurídico que o direito reconhece aos particulares para regularem as suas relações da forma que melhor lhes convier, nos limites do ordenamento jurídico.

A inclusão das cláusulas contratuais gerais no direito contratual sujeita-as à disciplina desse campo, aplicando-se-lhes, portanto, as disposições quanto à incapacidade e aos vícios de vontade. Mas não pode ignorar que o predisponente, geralmente um empresário, exercita um poder de fato em face dos consumidores que utilizam os bens e os serviços da empresa ofertante. E no exercício desse poder, "o predisponente disciplina unilateral e uniformemente "as relações que concretamente vai estabelecer", "valendo-se de um regulamento que apresenta aspectos de generalidade e de abstração", típicos da norma jurídica estatal⁽³⁵⁾. A existência e o exercício de tal poder é que justificam o controle das cláusulas contratuais gerais, nas suas diversas modalidades, visando eliminar a desigualdade material entre as partes e proteger, em última instância, o consumidor.

7. Conteúdo jurídico

Sendo a matéria de natureza contratual, e situando-se no âmbito dos requisitos de formação e de validade dos contratos, sua importância existe apenas nos quadrantes da economia liberal, que reconhece a validade do princípio da autonomia da vontade nas suas múltiplas facetas: liberdade

(33) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 106. A concepção normativa das cláusulas contratuais gerais apóia-se no fato de não haver uma discussão prévia, entre as partes, sobre o conteúdo do contrato, e na forma abstrata dessas cláusulas, que se apresentam como regras, destinadas a regular um número indefinido de casos. CARBONNIER, *Droit Civil, les Obligations*, 9.^a ed., Paris, P.U.F., 1956, p. 69.

(34) BIANCA, *op. cit.*, p. 342.

(35) BIANCA, *op. cit.*, p. 344.

para contratar e para escolher a parte, o conteúdo e a forma do contrato. A fixação das cláusulas contratuais gerais configura, porém, um verdadeiro atentado à livre discussão entre as partes, estabelecendo um verdadeiro projeto de lei contratual, "formulado, preventivamente e de forma geral e abstrata", por uma das partes do futuro negócio, geralmente a mais forte.

A preocupação do direito civil com tal figura demonstra uma das vertentes do processo evolutivo deste direito, que é a presença ou a preocupação do "componente social" do direito dos contratos⁽³⁶⁾, expressa e materializada, precisamente, no controle judicial das cláusulas contratuais gerais, visto que, no âmbito de sua autonomia privada, pode o predisponente estabelecer as cláusulas contratuais de seu interesse para as futuras relações jurídicas concretas que venha a estabelecer com os seus consumidores.

Quanto ao seu aspecto formal, tais cláusulas apresentam-se como regras especiais ou, consoante a importância que possam vir a ter na sua aplicação concreta ou material, em detalhada regulamentação, descendo à previsão dos mais ínfimos detalhes. No aspecto material, podem dispor acerca dos elementos essenciais, acidentais ou naturais dos futuros negócios jurídicos, como também sobre o lugar, o tempo e as demais condições de cumprimento da prestação, assim como de suas respectivas garantias.

De forma casuística, poderíamos indicar as hipóteses mais frequentes de tais cláusulas:

a) *As que fixam o foro jurisdicional competente.* É cláusula que obrigatoriamente faz parte de todas as modalidades e que, de regra, indica o foro da sede da empresa predisponente como o competente para dirimir as controvérsias, porventura existentes.

b) *As limitativas da responsabilidade do predisponente.* Em caso de inadimplemento, ou cumprimento defeituoso, "sob o nome direto de limitação da responsabilidade, ou indiretamente sob a forma de garantia, a parte predisponente costuma limitar a sua responsabilidade, limitação essa válida desde que não ofenda a ordem pública e os bons costumes". A cláusula de não indenizar, ou limitativa de responsabilidade, é frequentíssima em matéria de contrato de transporte⁽³⁷⁾.

c) *As referentes aos prazos de prescrição ou decadência.* Embora em princípio perfeitamente válidas, devem ser vistas com reservas as que "estabelecem, sob pena de perda do direito de garantia, o ônus do aderente

(36) LARENZ, *op. cit.*, p. 50.

(37) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Cláusulas de Não Indenizar*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 165.

de denunciar os vícios da coisa mediante uma determinada forma, ou que limitam o prazo dentro do qual a denúncia deve ser feita" (38).

d) *As referentes à faculdade de resilição ou resolução ou de suspensão do contrato.* Eventualmente o predisponente "atribui-se uma faculdade de recesso ou de suspensão que por lei não lhe compete" (39).

e) *As referentes, nos contratos de seguro, aos riscos objeto de cobertura.* São cláusulas de redação extremamente técnica, de difícil compreensão não só para o aderente mas também para os próprios advogados chamados à sua interpretação.

8. O controle das cláusulas contratuais gerais

A utilização prática das cláusulas contratuais gerais, no exercício da autonomia privada das partes predisponente e aderente, tem revelado, contudo, uma série de abusos e de injustiças. Foi a necessidade de coibi-las e o desejo de encontrar a justa solução para os conflitos de interesses que fizeram surgir as construções técnico-doutrinárias e legislativas em torno dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais.

Surgem, assim, diversos processos ou meios de controle, de natureza administrativa, legislativa e judicial.

Controle administrativo é aquele que, conforme a própria denominação indica, se realiza por meio de órgãos da administração pública. Neste caso, o controle é preventivo, consistindo na valoração dos direitos e obrigações nascidos da adesão às cláusulas contratuais gerais, visando proteger a parte mais fraca. Esse controle pode realizar-se de modos diversos: ou a própria administração formula diretamente as cláusulas, como nos casos dos contratos de trabalho, ou homologa as cláusulas redigidas pelos interessados, ou seus sindicatos, como no caso das tarifas de transportes, ou, ainda, limitando-se a aprovar as cláusulas que lhe são apresentadas, como no caso dos seguros. A aprovação administrativa significa, apenas, que tais cláusulas são conformes ao direito, mas não as isenta da apreciação judicial, no caso de conflito de interesses. Não são, portanto, vinculativas para o juiz.

O controle administrativo é utilizado na Suécia e na Inglaterra, por meio de órgãos públicos especiais, o *Consumer Ombudsman* e o *Director General of Fair Trading Office*. Na Suécia, o *Consumer Ombudsman* faz um controle preventivo de verificação, podendo eliminar ou modificar as

(38) BIANCA, *op. cit.*, p. 355.

(39) BIANCA, *op. cit.*, p. 354.

cláusulas que importam em desequilíbrio abusivo entre as posições contratuais. No caso de persistir a utilização de tais cláusulas, pode esse órgão, assim como associações representativas de classe, recorrer ao chamado Tribunal do Mercado, órgão especial de controle jurisdicional.

Na Inglaterra, o *Director General* é órgão governamental, com legitimidade para instituir *codes of practice* às associações profissionais da categoria. Tais *codes* constituem um modelo de regulamentação contratual, a cuja observância não estão, porém, adstritos os empresários. Assim como na Suécia, o *Director General* pode recorrer a um tribunal especial, a *Restrictive Practices Court*, para fazer cessar a prática abusiva de cláusulas desaprovadas.

No que diz respeito às limitações da autonomia contratual, uma lei de 1977, o *Unfair Contract Terms Act*, proíbe as cláusulas exonerativas da responsabilidade em favor do empresário ou predisponente e aquelas que lhe permitam variar o conteúdo do contrato ou de recusar a prestação, salvo em casos excepcionais e razoáveis.

A legislação israelense, a primeira, aliás, a instituir o controle substancial das cláusulas contratuais gerais, adota um sistema misto, um controle prévio de natureza administrativa e um *a posteriori*, de caráter judicial.

O controle legislativo, não excludente das outras formas de controle, realiza-se através da "previsão normativa dos limites impostos ao predisponente na fixação das cláusulas contratuais gerais, limites esses estabelecidos em relação aos vários tipos de contrato, mediante atos normativos específicos" (40). Como exemplo, temos a Lei francesa n.º 78/23, de 10 de janeiro de 1978, que delega ao Conselho de Estado o controle sobre cláusulas abusivas nos contratos entre empresários ou não empresários e consumidores. Esse Conselho pode vetar, limitar ou regulamentar as cláusulas estabelecidas com abuso de poder econômico, e que conferem ao predisponente vantagens excessivas. Pretende-se, desse modo, restituir ao consumidor uma liberdade de contratar de que havia sido privado, quer pela técnica do contrato de adesão, quer pelo método agressivo da comercialização dos produtos (41).

Temos ainda a lei portuguesa, Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985, que disciplina a existência, validade e eficácia das cláusulas contratuais gerais, que apreciaremos a seguir.

(40) BIANCA, *op. cit.*, p. 372.

(41) PHILIPPE MALINVAUD, La protection du consommateur en droit français, in *Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, n.º 5, 1986, p. 45.

A outra forma de controle é a *judicial*, segundo a qual é da competência do juiz a declaração de invalidade das cláusulas abusivas. Esta forma de controle é superior às demais, pois atribui ao Judiciário o julgamento de mérito sobre as cláusulas excessivas, onerosas para o consumidor, além de poder impedir a ulterior utilização de tais cláusulas pelo mesmo predisponente.

De modo sintético, podemos dizer que o controle judicial pode fazer-se mediante exame prévio das cláusulas a estabelecer, ou revisando as já fixadas, ou ainda interpretando a vontade contratual (42).

9. A proteção do consumidor nos contratos de adesão

É com a multiplicação dos contratos de adesão a cláusulas contratuais gerais, e, conseqüentemente, com a verificação dos abusos cometidos, que surge o movimento de proteção ao consumidor, a parte mais fraca, no exercício da liberdade de contratação (43).

Tal posição de inferioridade nasce da circunstância de que o consentimento do aderente é *pouco esclarecido* e até *constrangido* (44). Pouco esclarecido porque geralmente o consumidor não tem discernimento para apreciar a medida exata das obrigações que lhe competem, pela simples leitura dos documentos contratuais que lhe são apresentados. Constrangido porque, *não havendo possibilidade de discussão das cláusulas impostas*, o consumidor não tem outra escolha que não seja aceitar ou recusar em bloco. O

(42) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 179.

(43) A proteção ao consumidor é um tema de grande importância no direito contemporâneo, refletindo a preocupação da ordem jurídica com a defesa da parte mais fraca nos contratos, constatada a desigualdade material entre as partes do contrato. A organização das fontes produtoras, a publicidade, a capacidade de racionalização operacional, como ocorre no caso de concentração de empresas, torna os fornecedores de bens e serviços muito mais fortes do que os consumidores dos produtos finais, fazendo nascer a crença na necessidade de reconhecimento dos direitos do consumidor, como o "direito à segurança, à informação, à escolha, a ser ouvido".

Dentre os vários problemas que são objeto da defesa do consumidor, os mais importantes são o da sua defesa contra produtos defeituosos e de perigo, a defesa contra publicidade enganosa, a defesa contra preços muito elevados e a consagração dos direitos individuais do consumidor.

A defesa contra as práticas desleais de comércio consiste precisamente na proteção do consumidor contra as cláusulas contratuais gerais ilícitas. Cf. EIKE VON HIPPEL, Defesa do consumidor, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 273, Lisboa, 1978, pp. 5 e segs.

(44) MALINVAUD, *op. cit.*, p. 41.

princípio da autonomia da vontade torna-se irrealizável no contexto econômico que não lhe permite um normal funcionamento.

Em face disso, e perante a contestação de que o direito comum, especialmente a teoria dos vícios do consentimento, é impotente para a solução dos conflitos que inevitavelmente surgem, torna-se imprescindível uma legislação especial capaz de disciplinar os contratos de adesão a cláusulas contratuais gerais previamente estabelecidas, protegendo o consumidor.

A intervenção do legislador manifesta-se em duas direções: uma, no sentido de criar uma proteção contra os abusos em geral; outra, para estabelecer uma proteção específica dos consumidores.

No direito comparado e no direito brasileiro encontram-se exemplos da primeira hipótese, leis que se destinam a impedir, de modo geral, os abusos contratuais, constituindo-se em matéria de ordem pública econômica, como a referente a juros, a cláusula penal, a preços no atacado e no varejo, a promessa de venda de imóveis loteados ou não, a ensino por correspondência, a vendas diretas a domicílio, contratos de seguro e de capitalização, a leis do inquilinato etc.

A proteção específica do consumidor em si mesmo compreende uma série de disposições legais destinadas a restituir-lhe a liberdade de contratar em sua plenitude, liberdade essa que lhe havia sido reduzida pela técnica do contrato de adesão ou pela política agressiva de comercialização dos produtos (45).

Deve-se, todavia, definir o que seja consumidor. Com base no direito comparado, podemos defini-lo como sendo "aquele que adquire bens para satisfazer as suas necessidades e as de sua família". As necessidades são as particulares, não as profissionais, e os bens são adquiridos de pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, profissionalmente, uma atividade econômica (46).

A proteção ao consumidor pode ser *a priori*, que deve ser o objetivo principal a ser atingido, e pode realizar-se mediante um adequado sistema de informação ao público em geral e à parte aderente em particular, com o fim de esclarecer sobre as regras do mercado e a qualidade dos bens de consumo.

Entra aí a regulamentação da publicidade e dos sistemas de informação comercial e industrial, assim como a obrigatoriedade de referências

(45) Idem, *ibidem*.

(46) A Lei portuguesa n.º 29, de 22 de agosto de 1981, a lei de defesa do consumidor, assim define, no seu art. 2.º, o que seja consumidor: "Para os efeitos da presente lei, considera-se consumidor todo aquele a que sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou coletiva que exerça, com caráter profissional, uma atividade econômica."

especiais quanto às marcas, ao controle de qualidade, aos riscos de utilização etc.

No tocante à proteção do consumidor, no direito comparado, especificamente, neste caso, o direito francês, o legislador procura defender o consumidor contra si mesmo, contra a sua pressa, estabelecendo prazos de reflexão antes do acordo (venda de imóvel, crédito imobiliário) e a faculdade de arrependimento sem qualquer ônus (corretagem financeira, subscrição de planos de poupança). E quanto à defesa do consumidor contra a outra parte, que abusa do poder econômico ou da inserção de cláusulas leoninas, em uma verdadeira violência econômica que o direito comum não consegue reprimir, é mister que o legislador disponha, em lei especial, a interdição de cláusulas abusivas, como as de não-responsabilidade, as de não-garantia, as de fixação de competência territorial em favor do predisponente, as de indexação ou correção monetária, as cláusulas penais excessivas etc.

A proteção ao consumidor é, assim, objeto de direito especial, ao lado do direito comum, cuja teoria dos vícios do consentimento é incapaz de responder aos problemas do dia-a-dia. Surge um outro vício, o da violência econômica, consubstanciado nas cláusulas abusivas, objeto de nova legislação.

10. A proteção do consumidor brasileiro

O movimento de defesa do consumidor no Brasil tem início nos fins da década de 70, tendo-se estruturado em diversas entidades, associações de consumidores, comissões de defesa, de natureza municipal, estadual e federal, e institutos de controle de produção e comercialização. Entre várias medidas de natureza legal, como disposições constitucionais, leis de economia popular, de repressão ao abuso do poder econômico, à usura, uma de grande significado foi a compilação dos textos legais realizada pelo Ministério da Indústria e do Comércio e pelo Ministério da Justiça, ordenando as relações de consumo em setores específicos, como medida preliminar ao conhecimento da legislação brasileira sobre o consumo. Temos, então, grupos de textos e normas, a saber: 1) saúde e vigilância sanitária; 2) pesos e medidas, normalização e qualidade dos produtos; 3) economia popular, usura e abuso do poder econômico; 4) preços e abastecimento; 5) comercialização e publicidade; 6) defesa do consumidor no mercado financeiro; 7) defesa do consumidor no mercado de seguros; 8) defesa do consumidor no mercado previdenciário; 9) defesa do consumidor no mercado imobiliário; 10) serviços públicos e turísticos (47).

(47) Cf. "Relações de Consumo", coleção de textos legais — Cons. de Desnv. Comercial — MIC — Fundação Petrônio Portella — MJ, T. IV; Brasília, DF, 1983.

Em toda essa legislação inexistente um corpo sistematizado de normas reguladoras da adesão a cláusulas contratuais gerais, embora surjam dispositivos esparsos que configuram um controle administrativo de certas relações jurídicas. Suprindo essa lacuna, é o Poder Judiciário que tem sido chamado a exercer o seu controle, o que tem feito sabiamente com base na boa fé e nos princípios da ordem pública, sendo certa, porém, a conveniência, senão a necessidade, de uma lei específica que discipline a adesão a cláusulas contratuais gerais como a recente lei portuguesa sobre a matéria (48).

11. *A novel legislação portuguesa sobre a matéria. Aspectos formais e materiais*

Com o fim de prover o sistema jurídico português de um instrumento legislativo que possibilitasse o combate ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor, em moldes mais específicos e efetivos do que os permitidos pelo Código Civil, o Governo português, por iniciativa do seu Ministério da Justiça, elaborou um diploma legal especificamente sobre a matéria das cláusulas contratuais gerais, o Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985 (49).

(48) São exemplos do controle judicial brasileiro as seguintes Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

596 — As disposições do Decreto n.º 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

498 — Compete à Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular.

121 — É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convenionada.

489 — A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos.

161 — Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar.

166 — É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Dec.-Lei n.º 58, de 10-12-37.

167 — Não se aplica o regime do Dec.-Lei n.º 58, de 10-12-37, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro.

168 — Para os efeitos do compromisso de compra e venda no curso da ação.

187 — A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

(49) Foi seu autor o Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, com a colaboração do Doutor Antônio Menezes Cordeiro e do Dr. José Eduardo Tavares de Souza, este na parte processual. A iniciativa foi do Ministro da Justiça, Dr. Mário Raposo.

Esse decreto, à semelhança de outros diplomas congêneres das nações ocidentais, em especial, a lei alemã de 9 de dezembro de 1976, e seguindo as diretrizes sobre a matéria emanada pelo Conselho da Europa, reúne, de modo sistemático e unitário, os preceitos reguladores das cláusulas contratuais gerais, ao longo de oito capítulos, com trinta e seis artigos, contendo normas sobre a existência, validade e eficácia de cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos singulares, com especificação das que são absoluta ou relativamente proibidas, e ainda disposições processuais e normas de conflito.

O Capítulo I, das disposições gerais, reúne as normas que estabelecem as características, a forma, a extensão, o conteúdo, a autoria e o âmbito de aplicação material do novo decreto. Não definindo propriamente no art. 1.º o que sejam as cláusulas contratuais gerais, enuncia todavia três características fundamentais, a pré-elaboração, a rigidez e a indeterminação dos proponentes e dos destinatários, distinguindo as cláusulas contratuais gerais dos contratos que com elas se formam, por meio da respectiva adesão. Limitando o seu âmbito de aplicação, estabelece o art. 3.º não se aplicar o referido diploma a cláusulas típicas aprovadas pelo legislador, a cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal, a cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada, a contratos submetidos a normas de direito público, a atos de direito de família ou direito das sucessões, a cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

O Capítulo II disciplina a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares. O respectivo art. 4.º determina que se consideram incluídas nos contratos as cláusulas contratuais gerais porventura inseridas nas respectivas propostas. Aceitas, as cláusulas, nelas inseridas, integram os contratos celebrados. O art. 5.º impõe à parte proponente o dever de comunicar aos aderentes, que se limitem a subscrevê-las ou aceitá-las, o exato conteúdo das cláusulas contratuais, para que delas tenham perfeito conhecimento e não sejam surpreendidos com disposições inéditas. O art. 6.º, complementando, obriga à prestação de todos os esclarecimentos necessários à formação de uma vontade contratual livre e consciente.

A sanção para o descumprimento do dever de comunicar e de informar é a exclusão das cláusulas, mantendo-se as demais, com aplicação, nessa matéria, das normas supletivas e de integração do Código Civil português, ou, ainda, sua própria nulidade no caso de se configurar indeterminação insuprível de aspectos essenciais do contrato ou um desequilíbrio nas prestações flagrantemente contrário ao princípio da boa fé (arts. 8.º e 9.º).

O art. 7.º estabelece a prevalência de cláusulas que sejam especificamente acordadas, sobre quaisquer outras cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes.

O Capítulo III estabelece que as cláusulas contratuais gerais se interpretam de acordo com as regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos, dentro do contexto de cada contrato. No caso de cláusulas ambíguas, vale o sentido que lhes atribuiria um aderente normal, se colocado na situação de um aderente real. Em caso de dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente (arts. 10.º e 11.º).

O Capítulo IV dedica-se à validade das cláusulas contratuais gerais, estabelecendo a nulidade das cláusulas proibidas pelo próprio diploma legal. Tal nulidade pode, todavia, não afetar o contrato *in totum*, facultado ao aderente optar pela sua manutenção, vigorando, no tocante à parte afetada, as normas supletivas sobre a matéria (art. 13.º), admitida a redução do negócio jurídico (art. 14.º).

O Capítulo V exprime o principal objetivo do legislador, que é o de proibir, absoluta ou relativamente, as cláusulas injustas, inconvenientes ou inadequadas (arts. 15.º a 19.º). O princípio geral é de que são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé (art. 16.º), entendida aqui no sentido objetivo, isto é, como norma de conduta, fixando-se diretivas que permitam ao intérprete a concretização desse princípio e que, basicamente, são a necessidade de proteger-se a confiança suscitada e o objetivo visado especificamente pelas partes (art. 17.º).

Nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, são cláusulas absolutamente proibidas, vale dizer, não podem em qualquer circunstância incluir-se nos contratos celebrados, as chamadas cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade (art. 18.º, *a, b, c e d*), as cláusulas que confirmam a quem as predisponha a faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato (art. 18.º, *e*), as que excluem ou limitem a exceção de contrato não cumprido, a resolução por inadimplemento, o direito de retenção, as faculdades de compensação ou de consignação (art. 18.º, *f, g, h, i*), assim como as que estabeleçam obrigações perpétuas ou termo resolutivo fixado potestativamente pelo predisponente (art. 18.º, *j*), e, finalmente, as que consagrem, a favor de quem as predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da outra parte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial (art. 18.º, *l*).

São cláusulas relativamente proibidas, isto é, inadmissíveis em determinados contratos, as que: *a*) estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para a aceitação ou rejeição de propostas; *b*) estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para o cumprimento, sem mora, das obrigações assumidas; *c*) consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir; *d*) imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em fatos para tal insuficientes; *e*) façam depender a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos serviços prestados, injustificadamente, do não recurso a ter-

ceiros; f) coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis; g) estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem; h) remetam para o direito estrangeiro, quando os inconvenientes causados a uma das partes não sejam compensados por interesses sérios e objetivos da outra; i) consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações, sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas; j) limitem, sem justificação, a faculdade de interpelar (art. 19.º).

No âmbito das relações com consumidores finais, são cláusulas absolutamente proibidas as que: a) limitem ou de qualquer modo alterem obrigações assumidas, na contratação, diretamente por quem as predisponha ou pelo seu representante; b) confirmem, de modo direto ou indireto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos; c) permitam a não correspondência entre as prestações a efetuar e as indicações, especificações ou amostras feitas ou exibidas na contratação; d) atestem conhecimentos das partes relativas ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais; e) alterem as regras respeitantes ao ônus da prova; f) alterem as regras respeitantes à distribuição do risco (art. 20.º). E são cláusulas relativamente proibidas, vale dizer, sua validade depende do contexto contratual em que se estabelecerem, as que: a) prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia; b) permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção; c) limitem a responsabilidade de quem as predisponha, por vício da prestação, a reparações ou a indenizações pecuniárias predeterminadas; d) permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazos manifestamente curtos, ou, para além desse limite, elevações exageradas, sem prejuízo do que dispõe o art. 437.º do Código Civil; e) impeçam a denúncia imediata do contrato quando as elevações dos preços a justifiquem; f) afastem, injustificadamente, as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos para denúncia dos vícios da prestação; g) impeçam, injustificadamente, reparações ou fornecimentos por terceiros; h) imponham antecipações de cumprimento exageradas; i) estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas em face do valor a assegurar; j) fixem locais, horários ou modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes; l) exijam, para a prática de atos na vigência do contrato, formalidades que a lei não prevê ou vinculem as partes a comportamentos supérfluos, para o exercício dos seus direitos contratuais (art. 22.º).

O Capítulo VI contém disposições de natureza processual referentes tanto à declaração de nulidade das cláusulas contratuais gerais já inseridas em contrato, como à ação inibitória, ação destinada a impedir a utiliza-

ção de cláusulas proibidas, antes mesmo de sua inclusão nos contratos (arts. 23.º e 24.º).

A tutela jurisdicional desdobra-se, assim, em duas perspectivas: nulidade para as cláusulas proibidas já integrantes de contrato, e proibição de uso (inibição) para cláusulas ainda a serem utilizadas. A ação inibitória é, portanto, uma ação que estabelece uma obrigação negativa, a de não utilizar certas cláusulas contratuais proibidas.

Têm legitimidade ativa exclusiva para a propositura da *ação inibitória*: a) associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva; b) associações sindicais, profissionais ou de interesses econômicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições; c) Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando o entenda, mediante solicitação de qualquer interessado. Tais entidades atuam em nome próprio embora defendendo direito alheio, o de eventuais consumidores suscetíveis de serem afetados pelas cláusulas cuja proibição se pede (art. 25.º).

Finalmente, no Capítulo VII, sobre normas de conflitos, estatuem-se os limites territoriais de aplicação da lei, dispondo-se aplicar a lei aos contratos regidos pela lei portuguesa, e aos contratos celebrados a partir de propostas ou solicitações feitas ao público em Portugal, quando o aderente resida habitualmente nesse país e nele tenha emitido a sua declaração de vontade (art. 33.º). Quanto às questões de direito intertemporal, o diploma não tem efeito retroativo, respeitando os contratos celebrados antes de sua vigência, embora aplicando-se às cláusulas contratuais já existentes (art. 34.º).

A ação inibitória é proposta: a) contra quem, predispondo cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos; b) contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros (art. 26.º).

Tribunal competente é, em princípio, o da comarca onde se localiza o centro da atividade principal do demandado. Secundariamente, o local de sua residência ou sede, ou o local da proposta (art. 27.º).

Este o aspecto formal, em suas linhas gerais, do Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985, o novel diploma legal português sobre essa importante matéria.

No seu aspecto material, corresponde esse estatuto à finalidade que se lhe havia consignado, a de criar e sistematizar normas reguladoras das relações e problemas específicos que a utilização de cláusulas contratuais suscita. Como instrumento de combate ao abuso do poder econômico, e de proteção ao direito do consumidor, o novo diploma estabelece um elenco de cláusulas iníquas, proibindo a sua utilização de modo absoluto ou relativo, tendo sempre em vista o princípio supremo na matéria contratual que é o da boa fé, considerado, objetivamente, como princípio normativo.

Delineamentos históricos do processo civil romano

SÍLVIO MEIRA

Professor Catedrático de Direito Romano.
Membro do "Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano" da Universidade de Sassari, Itália

SUMÁRIO

- Introdução
- As ações da lei (1.^a fase)
- O processo formular. Sua origem. As Leis Aebutia e Juliae Judiciárias. Partes da fórmula. Meios processuais complementares (2.^a fase)
 - Meios processuais complementares. Interditos. Estipulações pretorianas. Imissões de posse. Restituições por inteiro
 - Execução da sentença
- O processo extraordinário. "Extra ordinem cognito." Confronto com o processo formular. Magistratura. Curso da ação, sentença e execução. "Appellatio" (3.^a fase)
 - Execução

Introdução

Os assuntos a tratar se relacionam com um dos aspectos mais importantes do direito romano e que em nosso país não tem merecido a atenção dos doutrinadores nem dos programas curriculares: o direito processual civil. Basta salientar que a nossa literatura romanista se exaure quase toda no direito civil — no que foram gigantes os romanos, na expressão de Jhering — com algumas incursões pelo direito criminal. Esquecem-se outros departamentos, como o direito tributário, o comercial, o administrativo e o processual.

Não poderei dizer muito no curto tempo reservado a uma conferência, em que apenas aspectos gerais devem ser tratados, mas farei o possível para apresentar os delineamentos mais altos e mais nítidos dessa verdadeira cordilheira, que é o direito de Roma, em seus treze séculos de formação e evolução, desde a Fundação da Cidade, em 754 a.C., até Justiniano, no século VI da era cristã.

Em tantas centúrias de constante evolover, não é possível apresentar um quadro definitivo do conjunto de normas e princípios, sempre esbatidos pelo tempo, pelas forças dos acontecimentos sociais, pelos costumes, pelo atrito permanente com outros povos e outras culturas.

Esse é um aspecto para o qual rogo a vossa atenção: muitos estudiosos em nosso país tratam o direito romano como se fosse uma construção monolítica, uniforme, cristalizada no tempo, quando, pelo contrário, se trata de formação lenta, gradual, sujeita a intempéries de toda natureza. Uma gestação em que novas formas se criaram, por força das necessidades do meio ambiente. Um instituto qualquer, uma lei, um *senatusconsulto*, uma *oratio principis*, um edito, pode ser examinado em seu tempo, em interpretação sincrônica com os fatos políticos, fornecendo vasto material para muitas teses. Há vários direitos romanos e isso o assinalam os mais conspícuos romanistas, entre eles KOSCHAKER, esse admirável autor do *Europa und das Roemische Recht*, e ALBERTARIO, esmiuçador da obra legislativa de Justiniano. Há um direito primitivo, misto ainda de justiça privada e intervenção estatal, dos primeiros tempos da realeza em que as fontes indicam as chamadas *leges regiae* e um certo *jus papirianum*, referidos por POMPÔNIO, em fragmento constante do *Digesto* (D.I.II, 2). Uma época em que os reis podiam tudo, concentravam poderes totais, eram administradores, chefes militares e legisladores. . . *initio civitatis hujus constat, reges omnem potestatem habuisse* (Pomp. D.1.2. — De origine juris et omn. magistratum, 2. 14). Esse é um período de um direito duro, cruel mesmo, em que o *paterfamilias* tudo impõe sobre filhos, mulher, netos e bisnetos, se os havia, considerada a família uma verdadeira unidade militar, numerosa e aguerrida, pronta para a luta. Foi essa organização familiar e gentilícia (as *gentes* no sentido mais amplo) que deu força àquele povo e lhe permitiu expandir-se para todas as direções, submetendo e subjugando os vizinhos itálicos e mais tarde os povos do Norte da África, do Oriente Médio e do Ocidente europeu.

Há um direito republicano, ou melhor, da época republicana, em que as liberdades foram asseguradas, os cônsules bipartiram os antigos poderes do rei (entidade que passou a ser odiada) e muitas magistraturas surgiram, com maior ou menor poder (*imperium*), com maiores ou menores atribuições (*jurisdictio*), como os pretores urbanos, os pretores peregrinos para as causas com estrangeiros, os questores, os tribunais, os triunviratos, os decenviratos e os centunviratos, os recuperadores e tantas outras instituições, que fizeram da república uma das mais férteis fases da história polí-

tica daquele povo. As assembléias populares (*Comitia curiata e centuriata, concilia plebis*) se reuniam a céu aberto, cada qual com suas atribuições; o Senado repartia com outras magistraturas a gestão da coisa pública, na guerra e na paz (*Senatus populusque romanus*). A luta entre as ordens sociais, que hoje chamaríamos *classes*, o patriciado e a plebe, um verdadeiro caldo de cultura da liberdade, em que, dia a dia, pouco a pouco, *paulatim*, a massa plebéia reivindicava direitos, assumia novos postos, conquistava magistraturas (com Tibério Coruncanio, o Pontificado Máximo), conseguindo dar valor de lei aos plebiscitos (*Lex Hortensia*), até atingir o patamar da estrutura social, igualando-se em direitos e prerrogativas. Essa foi uma fase fecunda em que se criou, a lado do velho direito tradicional, o *jus civile* rígido e autoritário, um outro direito, admirável construção jurídica, com bases filosóficas e morais, o chamado *jus honorarium*, ou direito pretoriano, nascido do entrevero do foro, *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*, no dizer de PAPINIANO (D. 1.1.7) ou, no conceito de MARCIANO (D. 1.1.8), *viva vox est juris civilis*.

Como em todas as sociedades humanas o embate entre a liberdade e o despotismo se fez presente, por muitas vezes, na história romana e assim é que surge o Império, didaticamente dividido em duas fases: o Principado, instituído por Augusto (27 a.C.), e o Dominato, a partir do Imperador Diocleciano (284 da era cristã).

O direito teria que sofrer os reflexos das mutações estatais. Quer o direito civil — substantivo, que hoje chamamos *material* — quer o processual, adjetivo, que denominamos, hodiernamente, *formal*, tiveram que amoldar-se a novas estruturas, com outras forças poderosas repercutindo em sua gestação, como o pensamento grego e o Cristianismo.

Além desses direitos romanos da época histórica, que cobre cerca de treze séculos, há outros, os que resultaram da projeção da obra legislativa de Justiniano, os sistematizados posteriormente pelos glosadores e comentaristas, o que se fez vigente na Europa, como direito comum (*jus commune*), especialmente na Alemanha, ao qual FREDERICO CARLOS VON SAVIGNY, o excelso jurisconsulto de Frankfurt, da escola histórica, dedicou sua monumental obra (1840) *System des Heutigen Roemischen Rechts* (Sistema do Direito Romano Atual), traduzido magistralmente para o italiano por Scialoja (1886) e para o castelhano por J. Messia y M. Poley (1878). Aquele mesmo direito, no qual RUDOLF VON JHERING encontrou um espírito vivificador, pairando sobre a legislação de muitos povos, um espírito sempre presente (*Geist des Roemischen Rechts*, tão enaltecido por CLÓVIS BEVILACQUA em *Juristas Filósofos*), talvez aquele mesmo espírito que inspirou MONTESQUIEU (1748) no *De L'esprit des Lois*, e GRAVINA e VICO e tantos mais.

Cabe-me apreciar, tão-somente (e já é muito), o processo civil romano na sua fase histórica de povo vivo, em plena ebulição. Para fins didáticos

a matéria se desenvolve em três etapas sucessivas, mas que não são estanques: 1) as ações da lei (*Legis actiones*), 1.ª fase; 2) o processo por fórmulas ou formular, 2.ª fase; 3) o processo extraordinário (*extra ordinem*), 3.ª fase.

Dentro desses limites discorrerei, limitado pelo tempo e pelo espaço, esses dois imbatíveis inimigos do homem.

* * *

1.ª fase. As Ações da Lei

Um dos mais interessantes aspectos da história jurídica romana é o da chamada *ação da lei*, aquele em que, como a própria expressão indica, os dois direitos — o substantivo e o adjetivo — se concentravam nos dispositivos legais. E como eram várias as ações, cada qual com uma finalidade, dá-se-lhe a denominação plural *Legis Actiones*. A esse tempo, ainda não havia a distinção entre direito civil e direito processual, ambos se identificavam, fundidos no corpo legal. A palavra *actio* dava o sentido exato daquele que age, que aciona a Justiça, que lhe dá movimento. É o autor, palavra que deriva do verbo *ago, egi, actum, agere*, que significa agir, pôr para a frente, dar andamento. Sendo esses procedimentos judiciais derivados da lei, cita-se como fonte primária de todas elas, ou pelo menos das principais, a Lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C., também chamada lei decenviral, por ter sido elaborada por dois decenviratos, o primeiro de maior significação — que preparara as dez primeiras sob a presidência de Ápio Cláudio.

O período de aplicação dessas *legis actiones* se estende desde a fundação até o sétimo século, aproximadamente, muito embora, como se verá adiante, as fases não sejam estanques.

O processo era todo oral. A esse tempo as leis eram inscritas em mármore, bronze ou madeira, discordando os investigadores quanto à matéria exata em que se gravaram as Leis das XII Tábuas, que tiveram vigência por cerca de um milênio (Ver meu livro *A Lei das XII Tábuas — Fonte do Direito Público e Privado*, Rio, Forense, 1961).

Tratando-se de uma etapa da civilização muito antiga, as fontes de estudo escasseiam, de forma que se torna difícil uma recomposição integral de tudo o que se fazia em defesa dos direitos perante o juiz. Mesmo assim, textos e fragmentos encontrados nas obras de GAIO (ad legem 12 tabularum), incorporados ao *Digesto* de JUSTINIANO e nas *Institutas* do mesmo GAIO, forneceram elementos para a recomposição de cinco ações da lei. Esses fragmentos, somados ou confrontados com outros extraídos de vários escritos de CÍCERO (*De Officiis, de Legibus, de Oratore, De Inventione*, e de numerosas orações ciceronianas), deram melhor fisionomia àquelas ações restauradas. TITO LÍVIO, AULO GÉLIO (*Noites Áticas*), MACROBIO (*As Saturnais*), apresentam outras tantas referências que completam as de outros escritores. As reconstituições se fizeram nos séculos XVI e

XVII e delas a mais aproximada, a meu ver, é a do jurisconsulto francês JACQUES GODEFROY (Jacobus Gothofredus) e vai transcrita no livro de minha autoria sobre o assunto.

Da Lei das XII Tábuas se extraíram textos e fragmentos sobre CINCO ações da lei, assim enumerados: 1) SACRAMENTUM ou *legis actio per sacramentum*; 2) JUDICIS POSTULATIO ou *legis actio per postulationem*, também chamada simplesmente POSTULATIO; 3) CONDICTIO ou *legis actio per conductionem*; 4) MANUS INJECTIO ou *legis actio per manus injectionem*; 5) PIGNORIS CAPIO ou *legis actio per pignoris capionem*.

As duas últimas são de natureza executiva, uma pessoal, outra real.

As três primeiras se faziam para a defesa de direitos de toda natureza, cada qual com suas características próprias.

Procurarei dar uma noção geral de cada uma.

A primeira — SACRAMENTUM —, pela sua própria denominação, revela ser um resquício do direito sacral, misto de religião e *jus* laico. As palavras derivadas da raiz SACER são muitas na história romana. SACER tanto era sagrado, como execrado. Fala-se também em *JUS SACRUM*, em que a religião pagã imprimira seus traços mais fortes.

Sacramentum, nas mais remotas origens, seria um juramento de natureza religiosa, mas com conseqüências obrigacionais, e assim o registra MONIER no seu *Petit Vocabulaire de Droit Romain*. De juramento transformou-se numa espécie de aposta sacramental, com valor econômico-financeiro de 50 ou 500 asses (a moeda da época), de conformidade com o valor da causa.

O sentido de “aposta” é indicado por V. ARANGIO-RUIZ, à falta de outra palavra mais expressiva, sem perder o caráter sagrado, tanto assim que a quantia depositada pela parte que perdia a questão se revertia em favor do culto pagão.

Esse tipo de ação tanto se aplicava *in rem* (a. real) como *in personam* (a. pessoal). Cobria, assim, grande área no campo do direito processual, tornando-se genérica, com aplicação a qualquer tipo de direito a pleitear. Destinava-se, especificamente, a fazer valerem direitos do *paterfamilias* sobre as pessoas e bens submetidos a seu poder (*reivindicações*, quanto à coisa própria); ações sobre *jura in re aliena*; sobre a *patria potestas*, mulheres, filhos, dependentes em geral e *dominica potestas*, sobre escravos.

Como ação pessoal se destinava à cobrança de dívidas nos contratos verbais, numa época em que prevalecia a oralidade nas obrigações, através das *sponsiones*; idem de créditos provenientes de delitos, como no *furtum nec manifestum*, em casos de *injuria*, corte furtivo de árvores e ainda contra o tutor que fraudasse o tutelado.

Ações pessoais e reais encontravam abrigo no *sacramentum*, que se desenvolvia de forma original, típica desses tempos um tanto pitorescos.

As melhores informações se encontram nas *Institutas* de GAIO, livro IV, XIII e seguintes, que não posso reproduzir na íntegra, por falta de tempo e de espaço.

Basta que repita tratar-se de uma ação genérica. Perigosa para os litigantes de má fé porque, comprovada esta, perdiam o valor da "aposta" para o culto ou para o erário (de acordo com a época) e ainda deveria o vencido oferecer fiadores. Com o correr do tempo o valor do *sacramentum* passou a ser entregue ao que vencia a demanda e não ao culto ou ao erário. Diz ainda GAIO que o valor do *sacramentum* era de cinquenta ou quinhentos asses, o primeiro para as ações de valor inferior a quinhentos asses e o segundo para as causas superiores a mil asses.

É interessante notar, no entanto, que, quando a causa tivesse por objeto a liberdade de um homem, numa época em que o escravo era considerado *coisa* (*res mancipi*), o valor do juramento ou da aposta não seria jamais superior a cinquenta asses, a fim de facilitar o pleito. Cabe aqui reproduzir um comentário de GAIO: "Mas, nas demandas em torno da liberdade de um homem escravo, estabeleceu a lei o *sacramentum* de cinquenta asses, mesmo que superior fosse o valor desse homem (escravo), protegendo, assim, a liberdade e evitando onerar os *adsertores*", isto é, os defensores da causa da liberdade. Era esta a chamada *causa liberalis*, aquela em que estava em jogo a liberdade de um homem, quer escravo, quer suposto escravo. A *manumissio* se fazia, nos primeiros tempos, pela ação *sacramentum*, através da *manumissão vindicta*, com a presença de um *adsertor libertatis*. Havia a *vindicatio in libertatem*, quando alguém tentava libertar um escravo e a *vindicatio in servitute*, em sentido contrário, quando se pleitejava como escravo um homem livre ou aparentemente livre. Na cerimônia sacramental o *adsertor* colocava uma varinha (*vindicta*), símbolo do poder, sobre a cabeça do escravo e pronunciava as palavras reivindicatórias que, não sendo contestadas, importavam na *addictio*, na concessão da liberdade. O *adsertor* representava assim o escravo, em nome da liberdade, exceção ao princípio geral, nas ações da lei, que não admitiam representação. Em todas as causas a presença das partes era indispensável. Como o escravo era "coisa" e não "pessoa", havia necessidade de alguém que falasse, não apenas em seu nome, mas em nome da entidade mais alta — A LIBERDADE —, e essa figura original era o *adsertor libertatis*. Cabe aqui um comentário. Nesses tempos de direito duro a liberdade está sempre presente, e ela, vez por outra, emergirá num trabalho desta natureza. Isso demonstra que, apesar dos tempos, a liberdade era um sentimento sempre presente no coração dos homens. Leia-se TITO LIVIO e ver-se-á como toda a história daquele povo se desenvolve em torno do tema da liberdade, do homem-indivíduo e do homem-social, do homem perante o senhor (*dominus*), do homem como categoria social, plebeu, perante o patriciado.

Reproduzo as próprias palavras de GAIO, quanto ao *sacramentum*: “Sed si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur...”

Apresentadas as partes ao magistrado, estabeleceu a Lei Pinaria que seria fixado um prazo de trinta dias para a nomeação do juiz. Antes dessa lei a nomeação era imediata. Fixavam então as partes mais três dias a fim de comparecerem à presença do juiz (*comperendinum diem*), perante o qual o autor fazia uma exposição de sua pretensão, uma espécie de “resumo da causa”, que GAIO denomina *causae collectio*.

Nas questões em que se demandavam bens, quando se achavam em jogo direitos reais sobre coisas, especialmente *res mancipi* e *nec mancipi*, usavam-se palavras sacramentais. Sendo objeto da causa um escravo, o reivindicante tocava o escravo com a vara (*vindicta*) e pronunciava as seguintes palavras: “Afirmo que este homem me pertence pelo direito quiritário, segundo sua condição, assim como disse, toquei-o com esta vara (*vindicta*)”. A parte contrária, que também pleiteava o mesmo escravo (ou outra coisa móvel ou semovente, para usar linguagem atual), dizia e fazia a mesma coisa, isto é, pronunciava iguais palavras e tocava no escravo. Eram atitudes e maneiras sacramentais de reivindicar, gestos de reivindicação. A própria palavra reivindicar, de onde se geraram outras, como reivindicação, provém da vara *vindicta*, símbolo do poder.

Depois de ambas as partes pronunciarem aquelas palavras e tocarem na coisa reivindicada, o juiz exclamava: “Larguem ambos o homem” (ou a coisa). Em latim: *mittite ambo hominem, e as partes obedeciam*.

Segue-se então uma cena verdadeiramente teatral, própria da época. Talvez por isso é que autores teatrais como PLAUTO e TERÊNCIO constituem também fonte de investigação do direito romano antigo.

O primeiro reivindicante novamente falava, dirigindo-se ao segundo: “Quero que digas a que título reivindicas”. O outro respondia: “usando de meu direito coloquei sobre ele a varinha” (*vindictam imposui*). O primeiro replicava: “como tu vindicaste sem direito, eu te desafio para um *sacramentum* de quinhentos asses”. O adversário respondia: “E eu igualmente”. Encerrado esse diálogo solene, o pretor concedia a posse provisória da coisa a um dos litigantes, ordenado-lhe que oferecesse caução à parte contrária pelo processo e pelo objeto da reivindicação (*principal* e frutos). Além dessa caução unilateral, exigia de ambas as partes o valor do *sacramentum*, de cinquenta ou quinhentos asses, conforme a causa, e que, afinal, seria destinado ao erário público. Servia-se, nessa oportunidade, de uma vara a título de lança, segundo informa GAIO, como símbolo do domínio, e essa é a razão por que uma lança é fixada em terra perante o tribunal dos centúviro. Eis as palavras latinas do próprio GAIO: “*festuca autem utebantur quasi hastae loco signum quodam justí domínii*” (G. IV.16). A palavra *festuca*, designativa de vara, substituíra a *vindicta*, de igual sentido.

Se a coisa litigiosa não pudesse ser transportada à presença do juiz, pela sua natureza, como uma coluna, um navio, um rebanho, tomava-se uma parte dela que simbolicamente fazia as vezes da coisa toda, um pedaço, uma ovelha, um objeto qualquer que simbolizasse o bem litigioso. O mesmo ocorria nas ações reais, da qual se retirava um fragmento para levar à presença do juiz e o processo de reivindicação se desenrolava como se a coisa inteira estivesse presente: por exemplo, de uma propriedade territorial tomava-se um pouco de terra, de uma edificação, uma telha.

Quanto à segunda ação da lei mencionada, a *postulatio*, era utilizada para reclamar o objeto de um contrato verbal, uma estipulação. Palavras sacramentais também se faziam necessárias, o autor exclamando: "Declaro que, em virtude de tua promessa (*sponsio*), me deves pagar dez mil sestércios. Pergunto se confirmas ou negas".

Como se pode observar, tratava-se de contratos verbais, geralmente envolvendo pagamento de quantias certas. O réu contestava, negando a dívida. O demandante então exclamava: "Desde que negas, eu te peço, ó pretor, que designes um juiz ou um árbitro".

Nesse gênero de ação podia o réu negar sem se expor a penalidade. E não apenas para cobrança de dívidas. Também se aplicou essa ação na partilha de heranças e, ainda, segundo a Lei Licínia, para a divisão de bens comuns. Essa, a razão por que o demandante pedia a nomeação de um juiz ou de um árbitro.

Tendes observado que ora falo em magistrado (pretor), ora em juiz, entidades totalmente diferentes, em sua natureza e finalidade. Não podemos aplicar ao direito romano conceitos modernos em que magistrado é sinônimo de juiz. Magistrados, àquele tempo, e dependendo da época, eram os cônsules, os pretores, urbano e peregrino, os edis, curuis e plebeus, os censores, os questores e um número considerável de outros que foram criados à proporção que Roma se expandia territorial e politicamente. A instância, ao contrário do que ocorre modernamente, era plana, rasa, não havia superposições como no sistema posterior e no atual. Ela, a instância, se desenvolvia em duas fases, a 1.^a *in jure*, isto é, perante o magistrado, geralmente o pretor; a 2.^a *in judicio*, vale dizer, o juiz, aquele que iria julgar a causa. O pretor não julgava, o pretor apenas preparava, iniciava, era aquilo que hoje em dia se chama um "preparador".

Ouvia as partes. O processo era totalmente oral. Nada se escrevia nessa 1.^a fase das *legis actiones*. Demandante e demandado, conforme já foi explicado, desempenhavam papéis verdadeiramente teatrais em presença do pretor, defendendo cada qual seu direito. O magistrado apenas preside ao ato, devendo então *dare judicem*, isto é, nomear o juiz, *dicere vindicias*, vale dizer, conceder a posse provisória da coisa litigiosa e *addire rem*, adjudicar a coisa ao demandante quando o réu não se defendia. Não era um julgamento, uma sentença, mas uma adjudicação.

É bem verdade que, pela antiguidade dos fatos e raridade das fontes, nem sempre os romanistas estão de acordo quanto ao papel desempenhado pelo magistrado na *legis actio*. Para GIRARD (Paul Frédéric), o eminente romanista francês, o magistrado nada mais era do que uma testemunha solene do ato. Outros, como WLASSAK, CUQ e GIFFARD, pensam de forma diferente, uma vez que o papel desempenhado pelo magistrado não poderia ser de todo nulo, porquanto dispunha do poder de denegar a ação (*denegare legis actionem*), quando houvesse repetição de pedido anterior. Não deixava de ser um ato decisório.

Na 2.^a fase, *in judicio*, ou *apud judicem*, havia grande liberdade para apresentação de provas e alegações de toda ordem. Desenrolava-se na presença do Juiz (*judex unus*), aquele que deveria proferir a sentença. A dedução oral das razões da parte, chamada *causae collectio*, se fazia na presença do juiz; faziam-se depoimentos orais de testemunhas. Como os atos escritos eram raros, salienta MONIER o relevantíssimo papel desempenhado pela prova testemunhal, mas, "em direito, todos os meios de prova são admitidos e o juiz dispõe de inteira liberdade na apreciação dos fatos invocados pelos litigantes".

Era, na verdade, um sistema prático, racional, sem escritos burocráticos, e que bem poderia servir de padrão para os tempos modernos, em que as causas demoram anos (algumas vão a um século sem serem julgadas, como a ação do Amazonas contra a União proposta por Rui Barbosa no início desta centúria e até hoje não julgada, e os catorze volumes do processo desaparecidos, sem explicação razoável).

Encerrada a instrução, o juiz deveria proferir a sentença até o pôr-do-sol, salvo se as provas e debates não houvessem terminado, nem o juiz formado a sua convicção. Adiar-se-ia para outro dia. Nenhum ato judicial se praticaria depois do pôr-do-sol. A Lei das XII Tábuas trazia preceito expresso a respeito: *sol occasus, suprema tempestas esto* (Tab. I).

O juiz tinha ampla liberdade de ouvir testemunhas, ouvir confissões e juramentos. Apesar de ser oral o processo, havia imenso rigor nos depoimentos. Penas severíssimas recaíam sobre a testemunha que faltasse à verdade.

Findava com a sentença a função do juiz, na fase *in judicio*.

A condenação poderia ser em dinheiro ou na própria coisa nas ações reivindicatórias (*ad ipsam rem*). Sendo em valor monetário, a sua execução se fazia por meio de outro tipo de ação da lei: a *manus injectio*, que estudarei logo mais.

Como se pode verificar pelo exposto, a instância se dividia em duas fases do mesmo nível: uma perante o magistrado ou magistrados, se se tratasse de um tribunal, outra na presença do juiz.

E a escolha do juiz, como se fazia? Este não era — como nos tempos atuais — um funcionário público, mas uma pessoa independente, de boa reputação, muitas vezes um senador. Além do *judex*, havia também a figura do *arbiter*. O primeiro, afirma G. BRY (*Principes de D. Romain*, vol. 1, p. 146), se limitava a julgar as questões de direito estrito, chamadas *lites*; o segundo tinha como competência pretensões recíprocas sujeitas a conciliação. Diríamos, usando linguagem moderna, que a atribuição do *judex* era de natureza contenciosa; a do *arbiter*, graciosa e conciliatória, não em *lites*, mas em *jurgia*. “Mais l'arbiter n'est qu'une variété du judex”, di-lo ainda BRY. Questões havia, no entanto, que excediam a competência do *judex unus* e a do *arbiter*, devendo ser submetidas a um tribunal. Assim, por exemplo, nas causas entre romanos e peregrinos, principalmente depois das guerras, em que havia pretensões de toda ordem na recuperação de bens, submetidas a um tribunal chamado dos *recuperatores*. Há dúvidas entre os romanistas quanto à competência total desse tribunal, perante o qual o processo era sumário e que mudou de configuração com o passar dos anos. Não posso esgotar esta matéria por ser vasta e contraditória.

Pretendo agora responder à pergunta acima formulada: — Como se escolhia o juiz da causa, depois que se encerrava a missão do Pretor?

Duas hipóteses surgem: 1) a indicação do juiz pelas partes, mediante acordo; e 2) a nomeação direta pelo magistrado.

É racional que, sendo os litigantes concordes, o magistrado deve aceitar a indicação do *judex unus* por eles escolhido. Havia um mútuo consenso que não seria lícito contrariar. Não havendo acordo, o demandante poderia indicar um juiz, não a seu livre alvedrio, mas retirado da lista previamente organizada e constante do *album judicum*. Teria o autor o direito de escolher um nome, submetido à aprovação da parte contrária, que o poderia aceitar ou recusar. Sendo a lista numerosa, a escolha continuaria, até que ambas as partes acertassem na escolha. A recusa total do réu em aceitar um dos nomes da lista (*album*) importaria em ser considerado ausente, *indefensus*, revel. É conveniente salientar que esses critérios não foram uniformes no período das *legis actiones* e no subsequente do processo formular. E perante os *recuperatores* também a escolha se fazia através de uma lista tirada à sorte pelo magistrado e consulta das partes sobre os nomes. (vd. CÍCERO, *De oratore*, 2,65, 70).

Pergunta-se: que nomes deveriam figurar no *album judicum*? Nos primeiros tempos tinham preferência os senadores; mais tarde, com as transformações sociais e fortalecimento da categoria dos cavaleiros, estes passaram também a figurar.

Uma certa *Lex Aurelia* do ano 70 a. C., do final, portanto, do período republicano, instituiu três decúrias com juízes extraídos das categorias de senadores, cavaleiros e tribunos do erário, estes últimos depois excluídos por Júlio César. Augusto teria acrescentado uma quarta decúria e Calígula, uma quinta. Por estes exemplos se verifica quanto é movediço o terreno em

que repousam tais instituições, sujeitas a modificações a toda hora, tornando-se, por isso, difícil uma síntese que expresse tantas fisionomias novas. Refere BRY (ob. cit., p. 147) que sob Augusto cada decúria continha mil membros (SUETÔNIO, *Aug.* 32, CÍCERO, *De officiis*, 3.10.19).

Tais juízes exerciam suas atividades de acordo com a sua investidura, isto é, se eram individuais (*judex unus*) ou colegiados, em órgãos coletivos, triunviratos, decúrias, centunviratos.

O juiz singular tinha assento no *comitium* ou no *forum*, a céu aberto, em audiência pública, que se encerrava com o pôr-do-sol. O ano judiciário se dividia em duas partes, a do inverno, *menses hiberni*, e a do verão, *menses aestivi*. Todo o ano judiciário se denominava *rerum actus*.

É conveniente observar que a primeira fase da instância *in jure* era mais rígida, necessária a presença das partes. Na fase *in judicio*, o juiz dispunha de maior liberdade para apuração dos fatos e promoção das provas, e quanto à presença das partes, se o autor não comparecesse até meio-dia, perdia automaticamente a questão, por força de preceito constante da Lei das XII Tábuas: 1. 10: *post meridiem praesenti stlitem addicito*, isto é fazia-se a adjudicação a favor da parte presente (estando a outra ausente).

Apresentadas essas noções gerais a respeito da marcha da ação perante o pretor, *in jure*, e o juiz, *Judex unus*, até a sentença, torna-se oportuno dizer algo sobre as três restantes ações da lei: a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio*.

Condictio, do verbo *condicere*, que significava citar alguém para responder a uma ação, no antigo latim. O demandante citava o réu para comparecer a Juízo, para designação de um juiz, no trigésimo dia. Aplicava-se esse tipo de ação à cobrança de dívidas. Teria sido instituída pelas leis Sília e Calpurnia, pela primeira para a cobrança de uma certa importância em dinheiro, pela segunda para qualquer outro valor determinado.

Pergunta-se, com razão: para que serviria essa ação se os demandantes já dispunham da ação *sacramentum* e da *postulatio*, anteriormente estudadas? A questão é controvertida entre os romanistas.

Os fragmentos das *Institutas* de GAIO referentes a essas ações apresentavam lacunas, que por muitos séculos mantiveram os intérpretes em dúvidas e equívocos. Já neste século foram encontrados fragmentos das *Institutas Gaianas* no Egito, em papiro oriundo de Oxhyrhynchos, e que tomaram o n.º 1.182 e através deles algumas novas luzes se projetaram sobre as ações *sacramentum* e *postulatio*, graças a estudos de V. ARANGIO RUIZ (*Papiri Graeci e Latini*, pub. della Società Italiana, lib. Int. Treves, Firenze, 1935).

Tive oportunidade de consultar pessoalmente essa preciosa obra na biblioteca do Instituto de Direito Romano da Universidade de Roma, na década de sessenta. Salienta ARANGIO RUIZ que a distância entre a

sacramentum e a *postulatio* não era tão grande quanto se julgava. Esta última se aplicava juízos divisórios. A *postulatio* parecia ser tão genérica quanto a *sacramentum*. Cada uma servira a um tipo de litígio. A *sacramentum*, aos litígios entre o MEU e o TEU, ou DE SER OU NÃO SER TEU DEVEDOR POR UMA QUANTIA OU COISA DETERMINADA; a *postulatio* se referia aos processos em que estão em jogo o QUANTO e o COMO, além dos processos divisórios já assinalados (ob. cit., p. 42).

Dada a complexidade dessa matéria, parece inoportuno avançar no exame de tantas minúcias.

As duas últimas ações da lei, *manus injectio* e *pignoris capio* são de natureza executiva, conforme já foi salientado.

Elas completam as três primeiras.

Sobre a primeira, a Lei das XII Tábuas traz vários preceitos esclarecedores e interessantíssimos. As *Institutas* de GAIO completam-na. Toda a tábua primeira apresenta o desenrolar da ação *in jure* e *in judicio*.

Assim está: *si in jus vocat, ito*, isto é, se o demandante chama a Juízo o réu, este deve ir. 2. *Ni it*, se não vai, *antestamino*, junta testemunhas. Já salientei o valor imenso das testemunhas no antiqüíssimo direito, quando nada se escrevia e a palavra merecia fé. As penas de falso testemunho eram terríveis. Depois de tomar testemunhas *Igitur en capito*, vale dizer, o autor poderia agarrar o réu. 3. *Se calvitur pedemve estrict*, se resiste ou quer fugir *manum endo jacito*, isto é, lança a mão sobre ele. 4. *Si morbus aevitas-ve vitium escit*, se uma doença ou a velhice o impede de andar, o demandante lhe forneça um cavalo, uma alimária para transporte. 5. *Si nolet*, se recusa (esse transporte) *arceram ne sternito*, que lhe forneça uma carroça e, se a recusa, que lhe dê uma forrada (coberta). Este último dispositivo, com versões diferentes em reconstituições, se lê em AULIO GÉLIO, liv. 20, c.l. 6. *Si en siet qui in jus vocatum vindicti, mittito*. Se alguém se apresenta como fiador, que seja solto o demandado. 7. *Assiduo vindex assiduus esto*. *Vindex* é a figura do fiador. Só o rico poderá ser fiador do rico (*assiduus*, o que tem muitos asses, dinheiro). *Proletario quoi, qui volet vindex esto*, quanto ao pobre qualquer pessoa pode servir de fiador. 8. *Endo via rem uti pacunto, rato*. Se as partes entram em acordo em caminho, a causa está encerrada. 9. *Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito*. Se não entram em acordo, a causa é levada (ao pretor) no comício ou no foro antes do meio-dia *quum perorant ambo praesentes*. Ambas as partes devem estar presentes. 10. *Post meridiem, praesenti silitem addicito*. Depois do meio-dia se faça a adjudicação a favor da parte presente (estando a outra ausente). 11. *Sol occasus, suprema tempestas esto*. O pôr-do-sol será o termo final da audiência.

A tábua II traz preceitos sobre os julgamentos e os furtos. A tábua III, sobre OS DIREITOS DE CRÉDITO.

GAIO completa os preceitos das XII Tábuas e esclarece que o réu que não apresentasse fiador era levado à casa do autor e posto a ferros. Aplicava-se, assim, a *Manus Injunctio*, preferencialmente à execução de sentenças, tanto assim que GAIO reproduz as palavras que o autor deveria pronunciar: "já que foi julgado que me deves dez mil sestércios e tu não os pagaste, faço a *manus injunctio* por causa desses dez mil sestércios". Com o decorrer do tempo, essa ação foi aplicada a outras hipóteses, a favor do fiador contra o afiançado (pela Lei Publilia), caso não fosse ressarcido em seis meses. Aplicou-se também contra o que exigia mais do que o devido ao fiador (Lei *Furia de sponsu*). Uma Lei Marcia admitiu-a contra os credores usurários para devolução dos juros indevidos e uma Lei *Furia testamentaria* contra o que recebesse mais de 1.000 asses de legado em *causa mortis*.

Todos esses preceitos e práticas se abrandaram com o tempo, sofrendo atenuações. Não cabe referir todos os casos para não estender por demais esta exposição.

A última ação da lei a *pignoris capio*, di-lo GAIO, tanto surgiu dos costumes, quanto da lei. Pelos costumes nos casos em que militares reclamavam o pagamento de seu soldo, o *aes militare*; ou sobre quantias destinadas à compra de cavalos (*aes equestre*) ou para forragens destinadas aos animais (*aes hordiarum*).

Além desses casos oriundos dos costumes, a Lei das XII Tábuas incorporou a *pignoris capio* aos seus preceitos para variados casos contra o que adquiriu uma vítima para sacrifícios, sem ter pago o preço respectivo; contra o que deixasse de pagar o aluguel do animal de carga. Mais tarde, a lei censória a admitiu contra os proprietários de terras para cobrança de tributos. Há controvérsias entre os próprios juriconsultos romanos antigos a respeito da natureza dessa ação, assinaladas por GAIO. Nela não intervinha o pretor e até na ausência da parte contrária, porquanto recaía sobre bens e não sobre pessoas. E podia efetivar-se mesmo em dia *nefasto*, quando os demais atos judiciais eram vedados.

Pelo exposto, verifica-se que todas essas cinco ações da lei eram muito rígidas e com o tempo tornaram-se impopulares, conforme o assinala GAIO, I. IV, XXX: "No entanto, todas essas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco impopulares, por causa da minúcia exagerada dos antigos que criaram esses direitos, de tal forma que o menor erro importava em perda da demanda". Assim, por exemplo, se o autor demandasse por árvores cortadas por terceiros, deveria usar a palavra *arbores*. Se falasse em *vites* (no caso de vinhas), perdia a questão. Esse formalismo exagerado tornou impopulares essas ações, substituídas paulatinamente pelas Leis Ebéucia e Júlias Judiciárias. Mesmo assim, excepcionalmente, continuaram a ser aplicadas mesmo na vigência do processo por fórmulas, subsequente, em casos especiais, nos casos de dano eventual e em julgamentos proferidos pelo tribunal dos centúviro. A ação, neste último caso, se iniciava perante

o pretor urbano ou peregrino, como na ação de sacramento, passando, na fase *in iudicio*, àquele tribunal.

Durante muitos séculos as ações da lei foram aplicadas no meio romano, em plena república. Roma crescia, expandia-se, possuía vocação para império e com o aumento da população, o excesso de causas a resolver, o intercâmbio com estrangeiros, o seu direito processual civil teria que atender às novas necessidades sociais.

Surge, então, a 2.^a fase, a do processo *formular* ou *por fórmulas*, em que a total oralidade anterior passa a ser alterada por fórmulas escritas e novas formas de proceder judicialmente.

Essas duas primeiras fases — a das *ações da lei* e a do *processo por fórmulas* — cabem na denominação genérica de *ordo iudiciorum privatorum*.

Passo agora ao estudo do processo formular.

O processo formular. Sua origem. As leis Aebutia e Júlias Judiciárias. Partes da fórmula. Meios processuais complementares. (2.^a Fase)

O processo por fórmulas, também chamado "formular" (que alguns poucos autores, erroneamente, chamam "formulário", surgiu ao fim da república e se consolidou em duas etapas. A primeira com a Lei Ebúcia (*aebutia*) e a segunda com as Leis Júlias Judiciárias.

A Lei Ebúcia é de data incerta. Localiza-se, segundo GIRARD (*Mélanges de Droit Romain*, I, p. 108), entre os anos 605 e 628 da Fundação, vale dizer, entre 149 e 126, a.C.

Ela não substituiu totalmente o processo das ações da lei, tão arraigado estava o uso deste nas tradições romanas. Abriu caminho, todavia, para uma nova e fecunda fase, graças à atuação do pretor e demais magistrados. Conforme já foi salientado, as ações que vinham do regímen anterior, a *manus injectio* e a *pignoris capio*, continuaram a ser utilizadas, especialmente perante o tribunal dos centúviro.

Há discrepância entre romanistas eminentes quanto à substituição total das *legis actiones* pelas fórmulas, substituição parcial e convivência dos dois sistemas (Ver MONIER, I, 185; JOBBÉ DUVAL, *Mélanges Cornil*, I, 1926, p. 517).

O tribunal dos centúviro — que teriam continuado no uso das ações da lei — era presidido por um pretor especial, denominado *praetor hastarius*. A palavra *hastarius* vem de *hasta*, a lança, símbolo do poder, a que já me referi anteriormente. Dividia-se em seções, a que davam igualmente o nome de *hastae*, decorrente do uso da fixação da lança simbólica ao solo (GAIO, IV, 16; PLÍNIO, Ep. V, 21, VI, 33).

O número de membros desse centunvirato variou com o tempo, sendo certo que sob Trajano eram 180 (cento e oitenta). Discordam os romanistas

quanto à competência específica. Para GIFFARD, ele se limitava às questões sobre sucessões. MONIER acha que os centúviro possuíam competência mais ampla, em ações reais, embora sem exclusividade, ficando a critério das partes escolher entre o *judex unus* e os centúviro.

LENEL defende a tese de que a competência desse tribunal não ia além das causas de valor até cem mil sestércios (OTTO LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 3.^a ed., p. 428).

MONIER aventava a hipótese de que fosse esse tribunal integrado por cento e cinco membros, à razão de três por tribo, sendo acrescido mais tarde até o limite já indicado de cento e oitenta e cinco sob o Imperador Trajano.

CÍCERO parece estar com a razão quando afirma que cabia a esse tribunal a apreciação das questões relativas à propriedade, sucessões ou ao estado das pessoas (*De Oratore*, I, 38, e *Pro Cecina*, 18).

O certo é que o centúvirato continuou na prática das ações da lei mesmo depois da vigência da Lei Ebúcia.

A Lei Ebúcia realizou uma revolução no sistema processual, que antes era todo oral, pois passou a exigir a redação de uma fórmula, em que as pretensões das partes viessem sintetizadas.

No sistema anterior, o demandado, ao negar a pretensão do autor, apresentava testemunhas, chamando-se a essa fase do processo *litis contestatio*. Contestava com provas testemunhais, orais. A partir da Lei Ebúcia, os atos sacramentais complicados e as palavras solenes foram abolidos ou, pelo menos, reduzidos, deixando-se o antigo formalismo por uma providência mais prática: a pequena peça escrita a que se chamava "fórmula". A instância continuou a ser plana, isto é, *in jure* (perante o pretor) e *in judicio*, perante o *judex*. O primeiro era o preparador e o segundo o julgador, exatamente como no processo das ações da lei. O que inovou foi a fórmula escrita, preparada com mil cuidados, e justamente essa fase passou a receber a denominação de *litis contestatio*. Tão importante era essa fórmula que LAGRANGE a considera "la clef du Droit Romain", isto é, a chave que abriu novas portas e alargou os horizontes jurisprudenciais, com o desenvolvimento do direito honorário. Os futuros compiladores e codificadores haveriam de utilizá-las nas suas reconstituições, especialmente no campo das obrigações, das ações, e das exceções (Ver LAGRANGE, *M. de D. Romain*, 13.^a ed., p. 526).

Todos os atos processuais referentes a *in jus vocatio*, que vinha do passado, foram preservados. O demandante devia levar o demandado à presença do pretor, em Roma, e do Presidente das Províncias, mais tarde na fase imperial. Nas cidades itálicas fora de Roma exerciam essa atividade os duúviro.

Preservaram-se, portanto, muitas práticas anteriores, inclusive a condução do réu à força, *oborto collo*. A recusa do réu constituía delicto, sujeito a punição por multa.

Se durante o dia não terminasse a audiência, seria designado outro, mediante a garantia do *vadimonium*, compromisso, mediante fiadores, os *vades*, sujeitos a multa em dinheiro. Povo prático, os romanos resolviam muitos problemas — até de ordem moral — com o pagamento em dinheiro, certos estavam de que, para muitos seres humanos, a bolsa dói mais do que o coração. E estavam certos. Esses fiadores, *vades*, já eram previstos na vetusta Lei das XII Tábuas, que falava também em *subvades*, admitindo-se a hipótese de haver fiadores dos fiadores.

Em face do magistrado, o autor expunha a sua pretensão e indicava qual a “fórmula da ação” que desejava propor. Essa fase chamava-se *editio actionis*. Era a escolha do tipo de procedimento processual adequado, de conformidade com a natureza do pedido. As fórmulas estavam expostas, escritas em letras negras sobre fundo branco, no chamado “álbum” (“álbum” devido à brancura da peça, possivelmente de madeira pintada, em que se gravavam). Eram as fórmulas previamente escritas de acordo com as especificações próprias nas numerosas hipóteses que poderiam surgir na vida real. O autor poderia, ele mesmo, indicar no “álbum” a ação que preferia. Essa escolha deveria ser rigorosamente certa, porquanto, se fosse errada, o autor perderia a questão. Assim, se se tratasse de um caso de compra e venda e o autor designasse fórmula referente a outra ação, punha em perigo o seu direito. Poderia — antes da *litis contestatio* — mudar o tipo de ação. Acredito que, nesse passo, as partes fossem auxiliadas pelo pretor, a fim de bem escolherem a fórmula adequada. O ato de pedir ao magistrado a fórmula, com redação adequada, chamava-se *postulatio actionis*. O pretor dispunha do poder de *dare* ou *denegare actionem* (Ver SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano*, p. 210).

Até esse ponto o papel do demandado era passivo, não podia opor-se à escolha da fórmula e da ação, *editio* e *postulatio*, que se passava entre o autor e o magistrado. Poderia — o réu —, e isso é um tanto controverso, impugnar o tipo de ação escolhido. Cabia-lhe, em sua defesa, solicitar a inclusão de exceções (*exceptiones*) na fórmula. Essa é a origem histórica das exceções como matéria de defesa.

O pretor dispunha de poder para negar tanto a ação como a exceção, quando sem base jurídica. Esse poder — decorrente da *jurisdictio* (de *jus*, direito + *dicere*, dizer o direito) — deu ao magistrado romano uma grande autoridade como órgão criador e inovador. Se o réu nada impugnava e confessava, isto é, reconhecia o direito do autor, essa confissão valia como sentença, passando-se à execução. *Confessores in jure pro judicatis haberi placet*, isto é, os que confessavam estavam julgados. Se a confissão se limitava ao direito do autor, com impugnação do valor, surgia um outro tipo de ação, a “confessoria”, em que se devia decidir a respeito do mon-

tante da condenação: *judex non rei judicandae, sed aestimandae datur* (D.9.2. — ad leg. Aquilia, 25, § 2). A essa altura a questão já se desenvolvia em sua segunda fase, perante o juiz.

Fixados perante o magistrado (pretor) os prós e os contras do autor e réu, passava-se, então, ainda na 1.^a fase, à redação definitiva da fórmula de acordo com o modelo escolhido, redação essa para cada caso, de acordo com as alegações, com os pedidos e exceções respectivos. Escolhia-se, então, o juiz (*judex unus*) ao qual seriam remetidas as partes, para julgamento final. *Judicem sumere*, era o ato de indicação do juiz, pelas partes, que poderiam estar de acordo ou não quanto ao nome.

Já tratamos desta matéria anteriormente, mas é conveniente dizer algo mais nesta 2.^a fase do processo por fórmulas, em que novas práticas se acrescentaram às que vinham do sistema das *legis actiones*. O magistrado também podia indicar nomes, aceitos ou recusados pelas partes (*judicem recusare* ou *rejicere*). Já dissemos anteriormente que, se as partes não chegavam a acordo, o magistrado designava o juiz. Em certa época, porém, passou-se à escolha mediante “sorteio”, o que colocava à vontade não apenas os litigantes mas o próprio pretor. Este, no entanto, é que investia em seus novos poderes aquele que deveria ser o julgador, *judicem addicere*.

Na fórmula se incluía o nome do juiz escolhido ou designado e se resumiam os direitos alegados pelas partes. Instituiu-se o juiz (*judicium constitutum*); *acceptum*; *lis inchoata*, passando-se à *litis contestatio*.

Uma das matérias de maior significação jurídica era, sem dúvida, a *litis contestatio*, que importava, com a aceitação da fórmula redigida pelo magistrado, em um verdadeiro *contrato*, uma novação, que substituiu tudo o que se pretendia, ou que se poderia pretender fora do escrito.

A “fórmula” passava a dominar o processo. Nada se poderia decidir fora dela. Julgo — e esta é uma opinião pessoal — que a redação da fórmula surgiu da própria incerteza do julgador diante de casos que vinham do magistrado, com provas testemunhais, mas sem um roteiro a seguir. A fórmula passou a ser esse roteiro. Uma camisa de força da qual as partes não podiam mais se libertar.

Com o correr do tempo essas fórmulas padronizadas foram incluídas no edito do magistrado, elaborado por ocasião de sua investidura. Eram fórmulas *edictales*, decorrentes do *jus edicendi*. *Do, dico, addico*, dou, digo, adjudico, dos verbos *dare* (dar), *dicere* (dizer), *addicere* (adjudicar), eram as palavras usadas e que concentravam todos os poderes, *dar judicem*, dar ou nomear o juiz, dizer o direito, adjudicar bens, patrimônios, valores.

As fórmulas se constituíam de partes essenciais e partes acessórias. Eram essenciais: 1) *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio*. O uso das expressões latinas se faz necessário porquanto nem sempre a tradução corresponde integralmente ao sentido exato. Na *demonstratio* o ma-

gistrado registrava a pretensão do autor, sinteticamente, sem palavras rebarbativas. GAIO (I. IV, 39 a 44) reproduz o texto de uma *demonstratio*: "Aulus Agério vendeu um escravo a Numério Negídio." Se se tratasse de depósito, a *demonstratio* diria: "Tendo Aulus Agério depositado um escravo em casa de Numério Negídio." Sabe-se, por essas poucas palavras, que se trata de uma ação em torno da venda de um escravo ou de um depósito (que poderia ser de outro bem qualquer).

Na *intentio* se expõe sucintamente a pretensão do autor: "se parece (ao juiz) que Numério Negídio deve pagar mil sestércios a Aulo Agério" ou ainda "tudo o que parecer (ao juiz) que Numério Negídio deva dar ou fazer a favor de Aulo Agério" ou ainda "se parece (ao juiz) que o escravo é de Aulo Agério pelo direito dos quirites."

Completa-se, assim, o raciocínio. A questão tinha por objeto a venda ou o depósito de um escravo ou de qualquer outro bem. O juiz deveria mandar pagar o preço ou uma indenização, conforme o caso, ou fazer algo mais: devolver o escravo, prestar serviços etc.

Na *adjudicatio*, fase intermediária, o juiz poderia adjudicar o bem litigioso a uma das partes: "juiz, adjudica a Tício quanto lhe deva ser adjudicado".

Na *condemnatio* se dava ao juiz a faculdade de "absolver" ou "condenar", nos estreitos limites da fórmula: "Juiz, condena Numério Negídio a pagar dez mil sestércios a Aulo Agério; se te parecer que não deve pagar, absolve." Outro texto final: "Juiz, condena Numério Negídio a pagar a Aulo Agério até dez mil sestércios".

Nem todas as fórmulas traziam uniformemente essas partes, dependendo do tipo de ação. A *demonstratio* vinha logo depois da nomeação do Juiz *N. Judex Esto*. A *intentio* poderia ser *in rem*, *in personam*, *in jus*, *in factum*, conforme fosse o objeto da demanda: uma coisa, um direito pessoal, um direito, um fato concreto. A *adjudicatio* se usava com maior freqüência nas ações *familiae erciscundae* (partilha de herança), *communi dividundo* (divisão da coisa comum); *finium regundorum* (fixação de limites entre propriedades). A *condemnatio* poderia ser em quantia certa (*certae pecuniae*); deixar a critério do juiz a fixação (*incertae pecuniae*); ou limitar a um máximo, até dez, até cem etc.

Reproduzo a fórmula acima referida na íntegra: *N... Judex esto. Quod Aulus Agerius Numério Negídio homo vendidit, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium x millia dare oportere, judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium x millia condemna; si non paret, absolve.*

Essa é uma fórmula padrão, com as quatro partes intactas.

Mas, além dessas partes essenciais, havia as acessórias: 1) as *praescriptiones*; 2) *exceptiones*; 3) *réplicas*, "dúplicas" e *tréplicas*.

Prescrições, exceções, réplicas, “dúlicas” e trélicas não eram obrigatórias, surgiam eventualmente, em face do caso real.

Este é um dos aspectos mais fecundos do direito romano, no qual não posso me deter, para não alongar esta exposição, bastando salientar que as *prescrições* eram inscritas no início da fórmula com a finalidade de limitar o pedido a uma questão fundamental, impedindo que a condenação recaísse sobre valores mais amplos. Exemplo: em se tratando de prestações vencidas e vincendas, ou de parte de dívida, a *praescriptio* previa que o autor pleiteava não o total, mas parte da dívida. Era uma forma de restringir e fixar melhor a intenção do autor (GAIO, IV, 130).

As exceções também constituem vasto material para estudo. As apresentadas em defesa do réu surgiram das prescrições, porquanto estas, inicialmente, poderiam ser inscritas não apenas com relação ao pedido do autor como também às pretensões do réu. Transformaram-se em exceções.

Considerável número de exceções surgiram, algumas em virtude de coação contra o réu (*Exceptio quod metus causa*); outras em razão de dolo (*Exceptio doli mali*); ou em virtude de violação de lei ou *senatusconsulto*; várias em razão de pacto anterior não respeitado (*Exceptio pactum conventum*); ou de coisa julgada (*Exceptio res judicata*); ou de alegação já feita anteriormente em juízo (*Exceptio res in iudicium deducta*). Essas eram as chamadas “Exceções peremptórias”, que não se confundiam com as “dilatatórias”, (*litis dividuae*), demanda dividida, em que se pede uma parte da coisa e depois o restante; a *exceptio litis residuae*, demanda separada, quando há um autor de várias ações contra o mesmo réu; e a *exceptio cognitória*, contra o que age através de representante (*cognitor*) ou indique alguém que não tenha condições de representação.

Estudarei mais adiante a representação em juízo.

Quanto às réplicas, “dúlicas” e trélicas remeto os interessados ao texto das *Institutas* de GAIO, IV, 126 e seguintes, salientando apenas que as réplicas tinham por finalidade defender-se o autor contra exceções do réu quando improcedentes. O autor deveria intervir novamente e o fazia através das “réplicas” (*replicatio*). Mais uma vez o réu poderia intervir por meio de uma “dúlica” (*duplicatio*), sujeita a uma “trélica” (*treplicatio*) do autor (GAIO, IV, 127, 128).

Representação em juízo — No processo das ações da lei, a representação, em princípio, era vedada. As partes deveriam comparecer pessoalmente. Sob o processo formular alteram-se os critérios, admitindo-se a representação através da figura do *cognitor*. Essa é uma das diferenças entre os dois sistemas processuais, sendo que, no mais antigo, só em casos especialíssimos se admitia representação quando houvesse um interesse público ou coletivo a resguardar ou estivesse em perigo a liberdade, e ainda para defesa dos direitos de um tutelado ou de um ausente, especialmente em casos de furto. Dizia-se, então, que essa representação se exercia *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* e decorria de uma importante lei republicana a *lex hostília*.

Com o sistema formular as partes poderiam apresentar representantes, *cognitores*, com maior incidência ao tempo do Império. O *Cognitor* tomava as vezes do litigante, era o *dominus litis*, o senhor da causa. Por esse motivo, a decisão ou sentença recaía sobre o *dominus litis*. Há controvérsias entre os romanistas quanto à extensão dos efeitos da sentença sobre o representante (ver GIRARD, ob. cit., p. 99; IGLESIAS, D.R., p. 190; ARAN-GIO RUIZ, ob. cit., p. 90).

GAIO é muito explícito a respeito, quando escreve:

"... podemos agora observar ser lícito acionar (*agere*) não só em nosso nome como em nome alheio, como quando acionamos na qualidade de *cognitor*, de procurador, de tutor ou curador de outrem; no entanto, outrora, ao tempo das ações da lei (*legis actiones*), não era lícito agir em nome alheio, salvo em certos casos."

Indica, então, GAIO a maneira de nomear-se um *cognitor*: *nam actor cognitorem dat: quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do; Adversarius ita: quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi Publium Mevium cognitorem do.*

Vale dizer:

"Desde que pleiteio uma propriedade territorial, dou-te para essa causa a Lúcio Tício como representante. A parte contrária respondia: desde que pleiteias de mim uma propriedade territorial, dou-te para esta causa Públio Mévio como representante (*cognitor*)."

O procurador (*procurator*) era mais o administrador de patrimônios e que representava em juízo as pessoas de seus representados, mandantes.

Para maior garantia, exigiam-se também cauções dos representantes e representados: *cautio ratam rem dominum habiturum e cautio iudicatum solvi.*

SCIALOJA refere, além do *cognitor* e do *procurator*, outras pessoas que poderiam comparecer para defesa das partes em litígio, embora sem as vinculações e obrigações daqueles. Tais eram os *oratores*, os *patroni* e os *advocati*. Os *oratores* eram os que falavam, peroravam e não se confundiam com os advogados. Com o correr dos anos, o *advocatus* passou a ser um profissional remunerado. Uma Lei Cincia de *Donationibus* do ano 204 a.C. proibiu a concessão de pagamentos aos *oratores*. Mais tarde, o Imperador Augusto confirmou essa proibição e tudo fez a fim de evitar que os advogados fossem remunerados. Já o Imperador Cláudio permitiu que se remunerasse modicamente, com justiça, o trabalho do *orator*, e Nero tornou obrigatório o pagamento do serviço profissional do *orator*. Instituiu-se até um processo extraordinário para cobrança desses pagamentos.

Somente no fim do Império é que os profissionais — *advocati* — se aglutinaram em *collegia*, órgãos de classe, com a finalidade de defesa dos seus interesses.

Até o século II da Era Cristã essa profissão não era remunerada ostensivamente. A remuneração, a partir desse século, encontrava, porém, restrições quanto a excessos, como, por exemplo, no *pactum de quota litis*, participação no valor da causa; no *palmario*, pacto de pagar somente quando vencesse a questão; *redemptio*, substituição do advogado à parte que representa, tomando-lhe o lugar e assumindo o risco pelo êxito ou perda da causa.

Há no Código de Justiniano várias constituições com referência expressa aos *collegia* de advogados. Diz SCIALOJA: "A existência desses *collegia* nos explica haver no código, freqüentemente, constituições destinadas aos advogados de tal ou qual lugar; vão dirigidas ao *collegium*. Os advogados, assim ordenados, vicram a ser uma das corporações mais poderosas de seu tempo e foram tidos em grandíssima honra; da mesma forma que muitos exerciam em geral profissões liberais, gozavam de muitos privilégios, estavam isentos de prestações pessoais e também de algumas patrimoniais. No Código há constituições em que se louva muito essa profissão, de onde se conclui que os advogados do período da decadência constituíam uma classe bem considerada" (ob. cit., p. 204). Veja-se no Código, 2,8,4: "Laudabile vitaeque hominum necessarium advocacionis officium maxime principibus praemii saperet remunerari" (Ver mais C. 2,7 — *de advocatis diversorum judiciorum* e 8 — *de advocatis diversorum judicum*).

Nas Províncias romanas o processo formular foi aplicado pelos respectivos governadores, auxiliados pelos juízes, recuperadores e juízes pedâneos. Os governadores fixavam nos editos as normas a serem obedecidas. Cada província constituía um distrito, com um centro oficial. O Governador tanto poderia deslocar-se para centros de reunião, como delegar poderes a juízes de sua confiança (Ver EMILE PERSON, *Essai sur l'Administration des Provinces Romaines sous la République*, E. Thorin, Paris, 1878, p. 300).

O processo formular teve aplicação até o III século da era cristã, na primeira fase do Império, o Principado. A partir de Diocleciano, com a instituição do Dominato, houve uma total transformação na estrutura política, com repercussão na vida social e jurídica, nos direitos e na sua proteção judicial.

Numerosas foram as ações que surgiram na marcha trepidante da expansão romana. Posso indicar pelo menos vinte tipos de ações diferentes, cada qual adaptada uma circunstância e a um momento histórico: ações pessoais, reais, civis, pretorianas ou honorárias, fictícias, diretas, úteis, *in jus*, *in factum*, prejudiciais, simples, em dobro, em triplo, em quádruplo, de direito estrito, de boa fé, arbitrárias, perpétuas, temporárias, *rei persecuendae*, *poenae persecuendae* e *mixtae*.

Meios processuais complementares. Interditos. Estipulações pretorianas.

Imissões de posse. Restituições por inteiro.

Um dos mais altos aspectos da história jurídica romana (e da Humanidade) é o referente aos meios processuais complementares.

Fala-se até hoje em interditos, imissões de posse e outras medidas para defesa de direitos, sem se atentar, muitas vezes, para a sua origem remota, através da atuação do magistrado romano.

Foram justamente o pretor, urbano ou peregrino, o edil e os governadores de províncias que enriqueceram a Jurisprudência romana com a invenção de novos meios processuais, até hoje consagrados.

Surgiu, assim, o direito pretoriano, também chamado honorário, que, no dizer de Marciano, era a *viva vox juris civilis* (D.I.I.8), e na palavra de Papiniano *ad honorem praetorum sic nominatum* (D.I.I.7). Tão grande é a contribuição dos magistrados romanos para a criação do direito, que Salvo Juliano resolveu, ao tempo do Imperador Adriano, organizar a famosa compilação, o *Edictum Perpetuum*, reconstituído no século XIX pelo gênio de OTTO LENEL, na Alemanha (*Das Edictum Perpetuum*).

O pretor, diante da crueza do antigo *jus civile*, alterou, inovou, criou um direito novo, mais humano, de acordo com a realidade social de cada época. Foi assim que surgiram os interditos, que GAIO bem estereotipou nas seguintes palavras: "Toda vez que o pretor ordena a exibição ou a restituição de um bem, expede um decreto; quando, porém, determina se faça ou não se faça alguma coisa, expede um *interdito*."

Os interditos poderiam ser classificados em proibitórios, restituitórios e exhibitórios. É a classificação apontada por GAIO (IV, 140 e segs.), mas outras existem: *Adipiscendae possessionis*; *retinendae possessionis*, *reciperandae possessionis*. Uma terceira classificação é admitida: interditos singulares e dúplices. Entre os *adipiscendae possessionis* indicam-se o *quorum bonorum*, ao comprador; o *sectorium*, a favor do arrematante de bens públicos; o *salvianum*. Entre os *retinendae possessionis* e os *reciperandae possessionis*, o *uti possidetis*, para bens imóveis e o *utrubi*, para bens móveis.

Vale reproduzir a fórmula do interdito *uti possidetis*: *uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* (proibo que se faça violência de forma a deixardes de possuir como agora possuis).

As estipulações pretorianas tinham por finalidade salvaguardar interesses de terceiros, como os menores sob tutela ou assegurar a marcha regular do processo. Através da *stipulatio*, contrato verbal, as partes ofereciam cauções para cumprimento da sentença. As estipulações poderiam ser *pretorianas*, perante o pretor; *judiciárias*, perante o juiz; *convencionais* e *comuns*, exigidas estas pelo magistrado e pelo juiz.

A *missio in possessionem* era medida rápida e violenta em que se determinava a entrega de todos os bens ou parte deles a um dos litigantes. Poderia ocorrer em diversas fases do processo. ULPIANO (D. XLII, 4) assinala que em vários casos poderia ocorrer a *missio in possessionem*: *rei servandae causa*; *legatorum servandorum gratia*; *ventris nomine*, e ainda em casos de dano iminente (*damnum infectum*).

A *restitutio in integrum* se efetivava para proteção dos menores de 25 anos, em negócios ruinosos; nas obrigações efetivadas sob coação (*metus*), ou havendo dolo, erro, ausência da parte interessada a serviço da república, incapacidade da parte (*capitis diminutio*), venda dolosa; e até em casos não especificados, em que parecesse ao juiz conveniente a restituição por inteiro.

Os magistrados romanos, insurgindo-se contra a rigidez do antigo direito quirritário — o *jus civile* dos antepassados —, formalista e cruel, o amenizaram, por inspirações de ordem filosófica (o estoicismo) e acredito que, também, bafejados pelos novos sentimentos que o Cristianismo trouxe ao mundo. Criaram assim um novo e formidável direito — chamado pretoriano ou honorário.

EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Não é fácil sintetizar, numa exposição desta natureza, todas as transformações por que passou o processo executório, numa sociedade em constante ebulição, como o foi a romana.

Vinham do passado a *manus injectio* e a *pignoris capio*, já estudadas. Tinham origens remotas. Provinham de uma época em que o processo era oral. Durante o processo formular continuaram a ser aplicadas, mas a pouco e pouco foram substituídas por outros meios mais expeditos e menos formais. Assim é que, nas sentenças que condenavam a um pagamento, para sua execução, criou-se um tipo de ação especial, que substituiu a antiga *manus injectio*, a chamada *actio judicati*.

Por se tratar de meio executório, ela transcorria apenas na fase *in jure*, perante o magistrado, e para sua instauração dava-se o prazo de trinta dias. Ao réu que tentava obstruir a execução, usando de má fé, impunha-se a condenação no dobro do valor da sentença em via de execução e, assim mesmo, ainda deveria fornecer cauções à execução da segunda sentença, a *satisfatio judicatum solvi*, referida por GAIO IV, 25. Não pagando, ficava o réu exposto a dois procedimentos: a execução pessoal ou a venda total de seus bens (Ver MONIER, ob. cit. p. 204).

A execução sobre a pessoa era prioritária, segundo o Editto. *Mise en première ligne*, di-lo MONIER. O magistrado determina ao autor que conduza o réu para a casa dele (autor), colocando-o em prisão — DUCI JUBERE. Essa medida violenta foi atenuada ao tempo do Imperador Augusto, que permitiu fizesse o réu uma cessão de bens (*Cessio bonorum*), a fim de fugir ao vexame da prisão. Essa cessão de bens a favor do credor ou credores abrangia todo o patrimônio. Evitava-se, também, com essa providência, a venda dos bens do executado. A venda trazia consigo uma outra penalidade terrível: a *infâmia*. Uma outra medida, a favor do devedor, a fim de evitar que sua pessoa fosse objeto de execução, consistia no benefício de competência. Através desse *beneficium competentiae*, os devedores, cujos bens não fossem suficientes para liquidação total, poderiam evitar a prisão realizando a cessão de bens a favor dos credores.

Convém, no entanto, lembrar, que essa execução sobre a pessoa atravessou quase todo o período republicano, agitando as massas populares contra os credores desalmados, que acorrentavam os devedores insolvíveis. Um dos episódios mais impressionantes é relatado por TITO LIVIO (*Hist. Rom* — VIII, 28) e referido por CÍCERO (*De Rep.* II, 34) e VARRÃO (*De Lingua Latina*, VII, 105). Um certo credor L. Papírio acorrentou a C. Publílio, cujo corpo respondia por dívidas paternas. O jovem é acorrentado e seviciado com varas. Com o corpo ensangüentado, consegue Publílio fugir e se apresenta na cidade, em deplorável estado. A multidão cresce para ouvi-lo, e se desloca do Fórum para o Senado. A proporção que chegavam os senadores, era-lhes apresentado o devedor vilipendiado. “Nesse dia, diz TITO LIVIO, foi quebrado, pela violência e o sentimento torpe de um homem, o mais forte vínculo da fé pública. Os cônsules receberam ordem de propor ao povo uma lei em virtude da qual nenhum cidadão, a não ser por crime e aguardando a condenação, pudesse ser mantido em cadeias e ferros: os bens, e não o corpo do devedor, responderiam por sua dívida. Foram postos em liberdade os presos por dívidas e se proibiu, daí por diante, a prisão de qualquer devedor” (Ver Sílvio Meira, *Novos e Velhos Temas de Direito*, Rio, Forense, 1973, p. 73).

Assim surgiu a *Lex Poetelia papiria de nexis*, a lei que aboliu o *nexum*, isto é, a prisão por dívidas. Há controvérsias quanto à sua data exata, atribuindo-se, com base em TITO LIVIO, o ano 428 da Fundação, em pleno período republicano ou de 326 (MOMMSEN) ou ainda 441 a.C. (VARRÃO). Era uma *lex rogata* do período entre a invasão gaulesa (390 a.C.) e a 1.ª guerra púnica (264 a.C.).

Alguns autores defendem a tese de que essa lei não aboliu o *nexum* propriamente, apenas proibiu o aprisionamento da pessoa do devedor.

A História Romana apresenta, assim, um vasto painel, no qual se podem estudar temas relevantes para a humanidade, entre eles o da evolução do processo executório, que passava da pessoa para os bens do devedor.

A cessão de bens, já referida, vem mencionada em GAIO, I, III, 78: “Vendem-se os bens dos que fazem a sua cessão de conformidade com a Lei Júlia e os dos condenados em parte pela Lei das XII Tábuas e em parte pelo edito do Pretor.”

A execução direta sobre o patrimônio, sem cessão, consistia na venda em bloco de todos os bens. É a *venditio bonorum* (GAIO, III, 79, 80).

A *venditio bonorum* passava por três fases: 1) *missio in possessionem* decretada pelo magistrado, nomeando-se um curador (*curator bonorum*). São publicadas *proscriptiones* e convidados todos os credores do réu à habilitação. 2) É nomeado um síndico (*magister bonorum*), que deve efetivar a venda do patrimônio, mediante um inventário geral. 3) Liquidação. O comprador do patrimônio, *bonorum emptor*, substitui o antigo proprietário (devedor). Torna-se proprietário pretoriano. Ainda nessa fase, a fim de evitar que o executado ficasse totalmente desprovido de bens e pudesse ser

novamente executado por saldos, foi-lhe concedido o “benefício de competência”, pelo qual só pagaria aquilo que pudesse.

Por esta visão panorâmica, pode-se verificar quanto os romanos foram minuciosos na estruturação de sua ordem legal, prevendo, nos mínimos detalhes, aspectos admiráveis, em que se fazia sempre presente o amor à liberdade, à ordem e à disciplina social.

O processo extraordinário. “Extra ordinem cognitio”. Confronto com o processo formular. Magistratura. Curso da ação, sentença e execução “appellatio”. (3.ª fase)

Já tive oportunidade de explicar que as duas primeiras fases do Processo Civil Romano, a das “ações da lei” e a das “fórmulas”, integravam a *ordo judiciorum privatorum*. O processo era oral, começando a ser escrito na segunda fase, em virtude da fórmula que condensava as pretensões das partes. A Justiça era gratuita, os próprios defensores (*oratores, advocati*) no início também não eram remunerados, só passando a sê-lo no Principado, mais precisamente ao tempo de Nero.

Com a instituição do Dominato — 2.º período do Império — que sucedeu ao Principado, que fora implantado por Augusto no ano 27 a.C., uma terrível concentração de poderes nas mãos do imperante se refletiu sobre todas as instituições. O Principado, sob o aspecto da Jurisprudência, fora uma época áurea. Nele viveram grandes figuras de juriconsultos, como GAIO, PAULO, ULPIANO, PAPINIANO, sendo o último notável juriconsulto dessa época histórica MODESTINO.

Com o Dominato, vale dizer a partir de Diocleciano (284 a 305) as coisas mudaram. O Poder imperial absorveu numerosas magistraturas. O direito estatizou-se. Não mais surgiram grandes juriconsultos, apenas compiladores e codificadores. Essa será a fase de grandes códigos, como o Gregoriano (295), o Hermogeniano (324), o Teodosiano (439). A elaboração das leis, que na República coubera às assembleias populares, bem como os plebiscitos, com força de lei, foram substituídos, no Principado, por *orationes* do Imperador, com a participação legislativa do Senado (que na República não tivera tais atribuições); e no Dominato mais ainda se concentrou nas mãos do imperante o poder de editar leis, através de suas Constituições, que enchem séculos de História.

A organização judiciária passou a ser estatal, totalmente estatal. As duas fases — *in jure* e *in judicio* — que tão bons resultados deram nos períodos anteriores, foram unificadas. Deixou de existir a dualidade magistrado-juiz. Fundiram-se as duas entidades em uma só: o juiz, com as denominações decorrentes do exercício do respectivo cargo na hierarquia administrativa: *Imperator, Praefectus Urbi, Praeses* (Governador das Províncias); *Rector, Iudex Pedaneus, Defensor Civitatis* (funcionário municipal), *duumviri jure dicundo* e muitas outras mais.

Não se redigiam mais fórmulas, uma vez que a instância se unificara. Mas se escalonara também, com a possibilidade de recursos para instâncias

superiores, na imensa hierarquia imperial, que tinha no seu mais alto posto e como recurso supremo, através da *appellatio* — o Imperador todo-poderoso. Imperador que absorvia poderes administrativos, militares, judiciários, religiosos, na mais dura autocracia que se pode imaginar. Sua megalomania chegou ao ponto de se divinizar, se igualar aos deuses, divinização essa, aliás, que já vinha do Principado e se exacerbou ainda mais ao tempo do Dominato. A própria palavra Dominato provém de *dominus* o Senhor, o Deus pagão, respeitado, obedecido e venerado. Talvez não erre se afirmar — com certa audácia — que alguns imperadores do Dominato foram precursores das ditaduras que ensangüentaram e ainda ensangüentam o mundo neste século XX.

Em conseqüência disso tudo o processo se estatizou também. Os juízes passaram a ser funcionários públicos, remunerados. A profissão de advogado se consolidou através da organização de entidades de classe, os *collegia*, já referidos anteriormente.

Já tive também oportunidade de dizer que as fases históricas do sistema processual romano não foram estanques. Conviveram por algum tempo no período de transição e essa convivência se operou também no formular com a chamada *cognitio extraordinaria*, embrião da última etapa do processo extraordinário.

Como o processo formular se desenvolvia em duas etapas — *in jure* e *in iudicio* — e às vezes havia necessidade de resolver urgentemente problemas relacionados com *fideicomissos*, cobrança de honorários profissionais, curatelados contra curadores e outros mais (GAIO D.5. — De cur. 27. 10 — Neratius, D. 5, 27, 9), em tais casos o magistrado (geralmente o pretor), em vez de enviar as partes ao juiz (*Judex Unus*) julgava logo, proferia sentença, atendendo à urgência e ao interesse público a salvaguardar. Era, assim, um processo em que não funcionava o *judex unus*; e em que o pretor se transformava em juiz. A partir dessa época já começam a se confundir as designações, antes autônomas, de juiz e magistrado. A ação, dado o seu rito sumário perante o magistrado, recebia a denominação de *persecutio*. Lembro que a própria definição de *jus persequendi in iudicio quod sibi debetur alude*, pelo uso desse vocábulo *persequendi*, às *persecutiones*.

Essa prática deu assim origem à *ordo judiciorum extra ordinem*, extraordinária, fora dos padrões comuns e tradicionais, surgida da experiência de todos os dias, a que poderia também chamar *ordo judiciorum publicorum* em oposição à *ordo judiciorum privatorum*, dos regimens anteriores.

Dada a prontidão com que se resolviam as contendas, essa prática extraordinária foi a pouco e pouco tomando terreno ao processo por fórmulas, estendendo-se a sua utilização aos territórios itálicos e às Províncias. O processo extraordinário foi substituindo ao processo ordinário, acabando por suplantá-lo ao fim do Império. No ano 294 da Era Cristã o Imperador Diocleciano concedeu poderes aos governadores de províncias para julgarem casos judiciais e, quando não o pudessem, delegassem poderes ao cha-

mado juiz pedâneo (*judex pedaneus*), de categoria inferior. A própria palavra *pedaneus*, de *pes*, *pedis* (o pé) está a indicar a sua hierarquia subalterna. Discordam os romanistas quanto à origem dessa designação, entendendo alguns que tais juizes acompanhavam os Governadores e decidiam em pé, não sentavam, não dispunham de cadeiras ou cátedras para exercício de sua função. Os governadores muitas vezes organizavam viagens pelo território proucial e com a finalidade de fazer justiça, e é bem possível que nessa oportunidade os pedâneos exercessem suas missões judicantes. Outros pensam que a denominação provém da categoria inferior, subalterna, desses juizes, na hierarquia oficial, pois seriam, para essa hierarquia, como o pé é para o corpo, a sua base inferior. A verdade é que os juizes pedâneos não se confundiam com outros magistrados — juizes integrantes da organização judiciária. Eles julgavam no lugar do Governador, quando este não podia fazê-lo pessoalmente (Código, De ped. jud. 2,3,3).

Toda a ação tinha curso perante tais juizes, desde a propositura até a execução final. Desapareceu a figura do antigo *judex unus*. A Constituição constante do Código de Justiniano 3,3, acima referida, assim preceituava: “Convém que naquelas causas em que, por não poderem eles próprios tomar conhecimento, designavam antes juizes pedâneos, delas conheçam os governadores, mas de forma que possam nomear juizes, se por motivo de trabalhos públicos ou pela multidão de causas, não puderem conhecer todos os negócios dessa espécie.”

Havendo acúmulo de causas e em se tratando de um regime autocrático, os governadores dispunham assim de força para nomeação de outros juizes com a finalidade de processar e julgar.

Uma outra Constituição, esta do Imperador Juliano (C.3.3.5) prescrevia: “Alguns negócios existem em que é supérfluo pleitear junto ao governador, e por essa razão concedemos aos presidentes o poder de nomear juizes pedâneos, ou seja, que tomem conhecimento dos negócios de menor significação.”

Dada a controvérsia entre os romanistas, parece-me que o texto citado de Juliano esclarece bem que tais pedâneos julgavam pequenas causas (a fim de não tomar tempo ao governador) e sua decisão seria de plano, com uma instrução muito simplificada. É estranho, mesmo, que tantas divergências existam entre os estudiosos dessa matéria, quando tais juizes existiram na última etapa histórica, bem mais perto de nosso século. Reproduzo, a respeito, um trecho de ZIMMERN, no seu *Traité des Actions*: “Alguns autores pensavam que se chamavam a esses juizes pedâneos, porque eles julgavam de pé; outros, ao contrário, por que eles sentavam em *subsellia*, aos pés do magistrado; outros enfim, porque eles julgavam de plano. TIGERSTRÖEM pensa que se utilizou, para designá-los, a denominação da parte inferior do corpo, para indicar que eram *humiliores*.” Tais juizes exerciam seu mister nas Províncias, não em Roma.

Em Roma havia o *praefectus urbi* (também instituído em Constantinopla, com a divisão do Império). O Imperador era a última instância, em

casos de recursos (*appellationes*) e em certas questões muito graves dispunha de competência originária.

Marcha da ação — Tinha início pela *denuntiatio litis*, no Baixo Império. Realizada a citação do réu, este dispunha do prazo de quatro meses para apresentar defesa (Cod. Theodosiano, 2.4.2). Essa citação se fazia através de um magistrado especial (Constituição de Constantino de 322). O longo prazo de quatro meses era suprimido em alguns casos em que não houvesse uma *denuntiatio* prévia (Cod. Theodosiano II,4,6).

Se o réu não comparece, aplica-se-lhe o processo por revelia (*contumácia*) e a causa é julgada sem a sua presença.

Sob o Imperador Justiniano a *litis denuntiatio* foi substituída pelo *libellus conventionis*, exposição escrita em que o autor expunha suas pretensões, sendo citado o réu a comparecer no dia fixado. Esse libelo seria elaborado em quatro ou cinco exemplares. A defesa do réu deveria ser feita em 10 (dez) dias, depois dilatados para 20 (vinte). Os atos iniciais de citação não mais realizados pelo demandante e sim por funcionários próprios, oficiais de justiça, *executores*. No dia da audiência devem as partes estar presentes. Em falta do autor, não prossegue a ação, devendo satisfazer as despesas do processo. Pode ser condenado a pagar uma indenização ao demandado.

É permitida a representação das partes por procuradores. A falta do réu não impede o prosseguimento da ação. Feitas três citações ao *contumax*, a instância se instala e tem curso normal a ação, como se as partes estivessem presentes. Segundo BRY (ob. cit., p. 192) mesmo na falta do autor não deixaria de prosseguir a ação, o que me parece estranho. Invoca esse autor preceitos de PAULO (*Sentenças*, 5,5 a 6 (7); D. 68-73 De jud. 5. 1.; C.J. 13,3,1 Nov. 112).

Assim como o *libellus conventionis* era escrito, a defesa do réu deveria ser apresentada no prazo de dez dias e se chamava *libellus contradictionis*.

No dia da audiência, se comparecessem ambas as partes, autor e réu faziam as suas exposições, *narratio* e *contradictio*. Esse é o momento da *litis contestatio*, a qual não tem mais as mesmas características do processo formular, porquanto não importa em novação e não extingue os direitos do autor, *ipso jure*.

O processo torna-se cada vez menos oral e mais escrito. A prova testemunhal, que no passado desempenhara papel relevante, não tem mais a mesma força. A partir de Constantino, o depoimento de uma só testemunha não tem nenhum valor (C. 4,2, De test. 9).

A sentença é escrita, lida publicamente e registrada em cartório.

Ao contrário do processo formular, a sentença não deve obrigatoriamente condenar em dinheiro. O juiz pode, também, condenar o autor. Estes dois aspectos são totalmente opostos à prática formular.

Jusjurandum de calumnia — Era um juramento exigido das partes e dos advogados de que procederiam com boa fé, segundo Constituição de Constantino 2 (*De jurejur. propti calumn.*).

Os advogados apresentariam defesas das partes, a *postulatio* e a *contradictio*. As provas eram as mesmas do processo formular e mais as que surgiram durante o Baixo Império: testemunhas, documentos (instrumenta), presunções *juris tantum* e *juris et de jure*; confissão (*Confessio*), verificações *in loco*.

Proferida a sentença, caberiam recursos. Neste passo também o processo extraordinário se diferencia do formular. Neste não havia instância superior. No extraordinário cabiam recursos. Três espécies de recursos podem ser indicados: a *appellatio* (apelação); a *in integrum restitutio* e a súplica ao Imperador.

Não só a parte interessada dispunha do direito de interpor recurso. O próprio magistrado, em casos graves ou duvidosos, poderia solicitar a manifestação do Imperador através de uma *consultatio ante sententiam* em relatório (*relatio*) minucioso, com exposição da causa e seus incidentes.

O Imperador e o Prefeito do Pretório eram as autoridades máximas, as instâncias superiores. Depois da divisão do Império (Ocidente e Oriente), os respectivos imperantes estavam na mais alta hierarquia judiciária. Para alcançá-los, as partes deveriam apelar sempre para o magistrado imediatamente superior, podendo fazê-lo até o máximo de três vezes.

A apelação deveria ser interposta no prazo de três dias úteis ou de dez contínuos. Podia ser verbal ou por escrito, mediante os chamados *libelli appellatori*.

Antes de encaminhar a apelação à instância superior, o magistrado devia redigir relatórios das demandas, denominados *litterae dimissoriae* ou *libelli dimissorii*, a serem entregues às próprias partes interessadas. A apelação tinha efeito suspensivo.

O magistrado superior, a quem era dirigida a apelação, não deveria limitar-se à apreciação do recurso e relatório do magistrado inferior. Dispunha de poderes para renovar provas, realizar diligências de toda natureza, investigar à vontade e ouvir as alegações das partes.

Os prazos para decisão pela instância superior nem sempre se mantiveram uniformes. O máximo permitido era de dois anos, findos os quais encerrava-se a instância e procedia-se à execução da sentença da instância inferior.

O apelante temerário era castigado severamente. Pagaria as custas em quádruplo. Ao tempo do Imperador Constantino, era o temerário desterrado pelo prazo de dois anos, ficando seus bens sujeitos a confisco. Poderia ainda ser condenado a trabalhos forçados, se se tratasse de pessoa pobre, sem bens que pudessem ser confiscados (Cod. Teod. 1.5.3).

Justiniano aboliu as penas severas impostas pelo imperador Constantino, reduzindo-as a penas pecuniárias.

Além da apelação, cabia a *restitutio in integrum* quando ficasse comprovado ter havido coação, dolo ou erro. A *restitutio in integrum*, de origem pretoriana do período republicano, manteve-se através dos séculos, como medida altamente saneadora.

Finalmente, admitia-se a *actio judicati* para execução da sentença, mas contra ela podia o réu opor a *infinitio*, a negativa, desde que fosse nula a sentença. Tal *actio judicati* provinha do processo formular, com a diferença que, sob o regime do sistema extraordinário, deixou de existir a *revocatio induplum*, a condenação em dobro.

Execução

A execução se fazia através dos oficiais públicos, *manu militari*.

Os bens do executado poderiam ser objeto de penhora, pelo *pignus ex causa judicati captum*.

Havendo muitos credores, fazia-se a *distractio bonorum*, com a venda de bens suficientes para liquidação das dívidas. Não se confundia essa *distractio bonorum* com a antiga *venditio bonorum* do período formular, por ter esta caráter geral, abrangendo a venda de todo o patrimônio. Na *distractio* vendiam-se apenas os suficientes à liquidação.

Se o devedor não dispunha de bens, poderia ser preso em prisões públicas. Seria, talvez, um resquício da velha *manus injectio*, dos processos das ações da lei. GIFFARD assim o entende ao escrever: "Existe ainda, no Baixo Império, uma coerção sobre a pessoa, último traço da *manus injectio*" (*Précis de D. Romain*, p. 168).

Pela exposição sucinta da matéria chega-se à evidência de que o direito romano, em matéria processual, forneceu valiosíssimos elementos para o direito mundial. O sistema extraordinário do fim do Império, de natureza estatal, influenciou o direito canônico e, através deste, repercutiu nas legislações dos povos ocidentais.

Muitas ações e medidas cautelares ainda existem, e tiveram sua origem remota na atuação dos magistrados romanos da república. A doutrina se abebera, ainda hoje, nas matrizes deixadas pelos juriconsultos romanos. Muitos institutos, apresentados como novos, já existiam na Roma republicana e na imperial. Só os que se aprofundam na análise de toda a sistemática romana serão capazes de identificar os filões de onde proveio tanta sabedoria.

Eu não diria que no direito romano estão as raízes da árvore imensa do direito ocidental. Ele é a própria árvore. E mais do que as raízes, nele se acham os troncos mais vigorosos, exuberantes de seiva.

O destinatário do sistema brasileiro de patentes

NUNO TOMAZ PIRES DE CARVALHO

Advogado do Serviço Jurídico da Usiminas.
Doutorando em Direito Econômico na Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

1. *INTRODUÇÃO.* 1.1. *Objetivo do trabalho.* 1.2. *Plano.*

2. *CONCEITOS PRELIMINARES.* 2.1. *O sistema de patentes: instrumento de política econômica.* 2.2. *Sistema nacional e sistema internacional de patentes.* 2.3. *Direitos do inventor.* 2.4. *Invenção.*

3. *O INVENTOR.* 3.1. *O inventor na ficção popular.* 3.2. *Perda de importância do inventor isolado.* 3.3. *Inovações tecnológicas.* 3.4. *O inventor nos países comunistas.*

4. *O INVENTOR E O SISTEMA DE PATENTES.* 4.1. *O sistema de patentes e a função de incentivo à invenção.* 4.2. *O sistema adapta-se à realização dessa função?* 4.3. *As quatro fases de evolução do sistema* 4.4. *A parte veneziana, de 19 de março de 1474.* 4.5. *O "Statute of Monopolies".* 4.6. *Do inventor-artesão ao inventor-empregado, passando pelo inventor associado ao capital.* 4.7. *Enquadramento do inventor na atividade empresarial planejada. Reflexos no sistema de patentes.* 4.8. *A evolução do sistema de patentes — relação com a mudança dos seus destinatários.*

5. *O INVENTOR BRASILEIRO E O SISTEMA BRASILEIRO DE PATENTES.*

6. *OBSERVAÇÕES FINAIS.* 6.1. *A atitude de ignorar o inventor isolado é deliberada.* 6.2. *No ordenamento jurídico brasileiro, não é só o sistema de patentes que ignora o inventor isolado.* 6.3. *O sistema de patentes tem como principal função o incentivo à inovação. Por isso se impõe ao titular da patente a sua exploração.* 6.4. *O sistema brasileiro de patentes à luz da Constituição: por um lado, em face do § 24 do art. 153, o sistema não é um direito premial; mas, por outro, em face do art. 160, o sistema não podia deixar de se destinar preferencialmente ao inovador.* 6.5. *O texto aprovado pela Constituinte.*

BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

1.1. *Objetivo do trabalho*

O requerimento e a expedição da patente provocam o surgimento de várias relações jurídicas, cada uma com seus respectivos pólos. No processo administrativo, a relação forma-se entre a Administração e o requerente. Uma vez expedida a carta-patente, a relação jurídica vinga entre o titular e o resto da comunidade, que fica adstrita à obrigação de *non facere*. Se o titular da patente a licencia ou a cede, outras relações se formam.

Mas, apesar de a existência dessas relações ficar subjacente ao que vai ser dito neste trabalho, pelo que elas têm de impositivo e, portanto, de valor econômico e jurídico, não é com elas que aqui me preocupo.

Quando falo em destinatário do sistema de patentes, refiro-me à pessoa que, por melhor poder usar o sistema em proveito próprio — e da comunidade —, está no centro das preocupações do legislador. Deve-se distinguir, entretanto, a figura do destinatário da do usuário. Usuário é aquele que usa o sistema, requerendo patentes. Destinatário é aquele para quem o sistema foi feito. Se, no sistema de patentes de invenção, essas figuras coincidem, na do sistema de modelos de utilidade, usuário e destinatário são figuras distintas, como se verá.

Muitos pensam ainda que esse destinatário é o inventor isolado. Entretanto, “a justificação funcional do instituto foi, originalmente, o incentivo à atividade inventiva como fator de progresso material da coletividade. Até o presente século, essa atividade inventiva tinha existência autônoma, não integrada à organização empresarial. (...) Mas corra-se a lista das grandes invenções industriais do século XX e ter-se-á grande dificuldade em encontrar alguma que tenha medrado fora do âmbito empresarial. (...) O fato novo, responsável pela grande transformação da atividade produtiva, na era contemporânea, é justamente a organização e a programação do progresso tecnológico, como função da empresa, pública ou privada. (...) O privilégio deixou, por conseguinte, de ser um prêmio ao inventor isolado, para se transformar em garantia da amortização dos investimentos empresariais no setor da pesquisa e do desenvolvimento” (1).

COMPARATO coloca aí a questão do destinatário do sistema de patentes de forma muito precisa. Apesar de partir de uma premissa discutida, sobretudo pelos representantes das entidades que congregam os inventores independentes, é inegável (e isso será mostrado no trabalho) que os legisladores se preocupam muito mais em adequar o sistema às

(1) COMPARATO, Fábio Konder. “A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, nº 47 (nova série), jul./set. 1982, pp. 44-45.

empresas do que à pessoa (física) do inventor. Ou, como afirmam HIANCE e PLASSERAUD: "(...) dans un système économique qui donne à l'inventeur la possibilité d'exploiter lui-même son brevet, ou dans lequel, ce qui est la règle, les entreprises sont les principales titulaires de brevets, le droit exclusif d'exploiter et l'avantage qu'il procure dans la concurrence restent un stimulant considérable. Il s'exerce non plus sur l'inventeur mais sur l'entreprise et c'est lui qui constitue à l'heure actuelle l'aspect le plus efficace du brevet" (2).

É certo que a atividade inventiva continua sendo o que era: um esforço marcadamente criativo e individual, seja na oficina desarrumada do fundo de um quintal, seja no sofisticado laboratório de uma grande empresa. Simplesmente, o legislador preferiu ignorar isso. O tratamento legal que hoje se dá à patente já não parte do pressuposto de que ela é um incentivo ou uma recompensa ao inventor, mas sim um ativo que se incorpora à atividade produtiva e negocial da empresa.

Inventar é pouco. Inventar não basta. A invenção surge naturalmente, ou no espírito ousado de um determinado indivíduo, por compulsão íntima, ou em cumprimento de uma tarefa funcional, por necessidade estrita de sobrevivência da empresa no mercado competitivo. Mas da invenção até ao mercado vai uma grande e onerosa distância, e tanto maior e mais onerosa quanto aquela for revolucionária e complexa. Então, o legislador preocupou-se em, de alguma forma, ajudar o empresário (sim, o empresário, pois o inventor isolado, enquanto assim permanecer, não pode atender o mercado) a percorrer essa distância. E fê-lo, "garantindo-lhe a amortização nos investimentos" necessários para isso: promoção do produto, financiamento, desenvolvimento (no que toca à adaptação da invenção às necessidades do mercado), propaganda etc. A patente, enfim, é um instrumento que o legislador pôs à disposição dos donos dos meios de produção — os capitalistas e o Estado.

Pois bem. O que eu tento definir aqui é até que ponto o legislador mudou o sistema de patentes para adaptá-lo ao novo destinatário e como essa mudança é detectável no perfil legislativo.

Outro ponto com que eu me preocupo é o de tentar saber se o sistema brasileiro de patentes, virado para a realidade de um país ainda insuficientemente industrializado, onde grande parte do setor produtivo permanece artesanal, seguiu essa tendência de deixar de lado a figura do inventor independente, para se voltar para os interesses da empresa.

1.2. Plano

Em primeiro lugar, eu fixo alguns conceitos preliminares. Depois, traço o perfil do inventor para, em seguida, relacioná-lo com o sistema de

(2) HIANCE, Martine e PLASSERAUD, Yves, *Brevets et Sous-Développement — La Protection des Inventions dans le Tiers-Monde*. Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 20.

patentes, em sua evolução histórica. À frente, foco esse mesmo relacionamento, mas agora com o sistema especificamente vigente no Brasil. E, à maneira de conclusão, teço algumas observações finais que a mim me pareceram pertinentes para uma análise final e sintética do tema.

2. CONCEITOS PRELIMINARES

2.1. O sistema de patentes: instrumento de política econômica

A expressão *sistema de patentes* é aqui utilizada com o sentido de conjunto de princípios jurídicos e de política econômica bem como de normas jurídicas que regulam a aquisição, o exercício e a perda dos direitos do inventor.

Ao falar em “conjunto de princípios jurídicos e de política econômica”, eu não quis estabelecer uma dicotomia conceitual, mas tão-somente didática. Na verdade, os princípios de política econômica que norteiam o sistema de patentes são também jurídicos, porque constam expressa ou implicitamente de leis e decorrem do texto da Constituição Federal.

Com efeito, o artigo 153 da Constituição dispõe o seguinte: “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, nos termos seguintes: (§ 24) A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização (...).”

Até aqui, na verdade, nada mais há do que a garantia de direitos individuais. E o artigo 5.º da Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971 (que instituiu o Código da Propriedade Industrial), não reflete senão isso: “Ao autor de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código.”

Onde está então a caracterização do sistema de patentes enquanto instrumento de política econômica?

Em primeiro lugar, vejamos a norma fundamental que esteia o ordenamento jurídico-econômico. Trata-se do artigo 160 da Constituição, assim dispondo: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III — função social da propriedade; V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

Antes de prosseguir, detenhamo-nos um pouco nos alicerces constitucionais da ordem econômica.

Estão ali claramente definidos os fins: o desenvolvimento nacional e a justiça social. Ou, para falar menos sinteticamente: o ordenamento jurídico

deve contribuir para aumentar a riqueza do país e para reparti-la. Uma norma que não vise a fazê-lo é como um edifício sem alicerces. Ou uma norma que pretenda um só dos objetivos e esqueça o outro é como um edifício com alicerces só de um lado — ele vai ruir da mesma forma.

Mas o constituinte não deixou ao arbítrio do legislador ordinário a fixação de parâmetros para a consecução daqueles dois fins. Pelo contrário, apontou-lhe caminhos, amarrou-o a estacas bem fincadas no chão. Esses caminhos, essas estacas, são os princípios constitucionais enumerados de I a VI (acima só transcrevi os três aplicáveis diretamente ao sistema de patentes).

Assim, nenhum legislador pode esquecer-se de atribuir uma função social ao direito do inventor sobre a sua invenção (direito esse que legalmente é definido como de propriedade) ⁽³⁾. E por função social entende-se a adequação do instituto aos fins constitucionalmente propostos. Mas note-se que a funcionalidade não é atributo da propriedade, e sim o inverso, como lembra BEZERRA FALCÃO ⁽⁴⁾. Dessa forma, o legislador só adotará o instituto da propriedade onde este exercer a sua função.

Por outro lado, o sistema de patentes há de ser legislado de forma a converter-se em instrumento de repressão ao abuso do poder econômico. Em termos simplificados, abuso do poder econômico é o processo pelo qual determinado agente econômico se subtrai às atividades de concorrência mediante o emprego (legalmente definido como abusivo) de suas próprias forças. É o contrário da concorrência desleal, pois esta pressupõe o emprego, pelo agente, das forças dos concorrentes.

Por fim, qualquer iniciativa em matéria de patentes tem que partir da necessidade de expandir as oportunidades de emprego produtivo, isto é, deve levar ao investimento de capitais de risco.

Não se deve esquecer, entretanto, que os princípios enunciados compõem uma *ordem*, um conjunto *ordenado*; isto significa que aqueles preceitos

(3) Esse direito é legalmente definido como sendo de propriedade (art. 5º, *caput*, da Lei n.º 5.772/71), mas não constitucionalmente. "O constituinte assegurou: um *privilegio temporário* sobre a utilização dos inventos; a *propriedade* sobre as marcas; a *exclusividade* sobre o nome comercial. Ora, como não há palavras inúteis na lei, seria até o caso de se pensar que o constituinte reservou ao legislador ordinário poderes para definir a natureza desses direitos; afinal, o *privilegio* (que significa tão-somente favor exclusivo) tanto pode significar propriedade como qualquer outro instituto que, de algum modo, por mais tênue que seja, preserve a exclusividade (como, por exemplo, o certificado de invenção tal como adotado pela lei mexicana de patentes)" (CARVALHO, Nuno T. P. de. "O sistema de patentes: um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento", *Revista de Informação Legislativa*, a. 19 n. 76 out./dez. 1982, p. 224, e *Rev. de Dir. Merc.*, jul./set. 1983, p. 60).

(4) FALCÃO, Raimundo Bezerra. "A função social da propriedade", *Rev. de Dir. Público*, 55/56, p. 312.

supralegais não são excludentes nem antagônicos. Eles são harmoniosos, por definição, e portanto devem ser adotados coletiva e simultaneamente. Então, não basta que o titular da patente seja induzido à sua exploração (para expansão das oportunidades de emprego), se essa exploração conduz, por hipótese, ao domínio do mercado. Compare-se o disposto nos artigos 49 e 9.º do Código da Propriedade Industrial. Se o primeiro obedece aos princípios dos incisos III e VI, o segundo previne o domínio do mercado ao proibir o patenteamento em determinadas áreas tecnológicas onde o empresariado nacional não oferece competitividade.

O que se insere na Constituição são pontos de partida. É a ideologia que informa toda a organização social. Por conseguinte, ela informa as leis infraconstitucionais. Isso significa que as normas jurídicas elaboradas para colocar em prática a ideologia constitucional devem ajustar-se a esta. A isto chama-se de princípio da *economicidade*, definido por WASHINGTON ALBINO DE SOUZA como "uma linha de maior vantagem nas decisões da política econômica" (5).

Cabe aqui uma ressalva. Por *maior vantagem* não se entenda um mero critério de conveniência por parte dos executores das medidas de política econômica. A fixação desse critério, pelo uso de poderes discricionários, pode até prevalecer na elaboração das normas infralegais. Mas a *maior vantagem* é apurada pelo legislador e fixada em lei. Afinal, o princípio da economicidade exprime-se na melhor adequação das leis à Constituição. Assim se ultrapassa a crítica de HAYEK, quando ele se refere à intervenção do Estado no domínio econômico (6).

No plano infraconstitucional, o sistema de patentes tem suas diretrizes fixadas em diversos diplomas legais, de forma a adequá-lo (aí está o princípio da economicidade) aos objetivos adotados na ideologia constitucional. Vejamos alguns desses diplomas.

Em primeiro lugar, a lei que criou o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia encarregada, entre outras atribuições, de examinar os pedidos de patente e de expedir as cartas patente, não lhe atribuiu meras funções cartoriais. O INPI não é um simples órgão de registros públicos. A ele foi consignada a "finalidade *principal* de executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica" (Lei n.º 5.648, de 11-12-70, art. 2.º, *caput*). Além disso, reservou-se competência ao Instituto para adotar, "com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de

(5) SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 32.

(6) HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. São Paulo, Visão, 1983, p. 269, nota 2: "(...) a interferência na esfera protegida do indivíduo seria permitida somente quando prevista pelas normas gerais da lei e jamais com base apenas na conveniência".

estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes" (art. 2.º, parágrafo único).

Em segundo lugar, o I Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Lei n.º 5.727, de 4-11-71) adjetivou de *imprescindível* a adoção de uma política de absorção de tecnologia; e expressou que "levam a esse objetivo a regulamentação dos processos de absorção de tecnologia, até mesmo com uso da tributação sobre remessas de forma diferenciada; a política de patentes, no País e no exterior; a política em relação à empresa estrangeira, que deve ser induzida a acelerar sua contribuição ao progresso tecnológico, dotando também de orçamento de pesquisa sua subsidiária no País; (...)" (I PND, Capítulo IV).

Em terceiro lugar, o Código da Propriedade Industrial, instituído pela já citada Lei n.º 5.772, de 21-12-71, contém aqui e acolá regras de implementação desses objetivos (7): o art. 22, que determina a ampla divulgação dos privilégios concedidos (disseminação de tecnologia); os arts. 29 e 30, que impõem restrições à liberdade de negociar licenças e cessões de patentes; os arts. 35 e 49, que exigem que o titular introduza as invenções patenteadas no mercado nacional.

Pronto. Aí está o conteúdo da expressão *sistema de patentes*: um conjunto de medidas legislativas específicas de política econômica que, pelo princípio da economicidade, visa pôr em prática a ideologia constitucionalmente adotada.

2.2. Sistema nacional e sistema internacional de patentes

O sistema de patentes tem acepção nacional e internacional. Internacionalmente, o sistema interno articula-se com os sistemas de países estrangeiros através de tratados internacionais, nomeadamente a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883, já revista seis vezes, a qual, em janeiro de 1984, congregava 93 países (8).

Essa Convenção, conhecida como Convenção da União de Paris (CUP) — porque institui uma união administrativa entre os Estados que a ratificaram —, ou, mais simplesmente, como Convenção de Paris, contém duas espécies distintas de dispositivos: uns são meramente administrativos, regulando a organização e o funcionamento da União e outros aspectos adjetivos,

(7) Hoje há uma corrente doutrinária que caracteriza as normas contidas nas Leis do Plano como normas-objetivo, tentando assim superar a tradicional conceituação de norma jurídica enquanto provida de coercitividade. Entretanto, a meu ver, essa caracterização é muito discutível. Objetivos a serem seguidos forçosamente — até mesmo pela lógica da edificação da ordem jurídica — são os consignados na Constituição. Tudo o mais é apenas *meio* para se atingir aqueles objetivos. A fixação pelo I PND de uma "política de patentes" visando a absorção de tecnologia não é um fim em si mesmo. Os fins são o desenvolvimento nacional e a justiça social.

(8) Cf. *La Propriété Industrielle*, 1984, pp. 6/8.

tais como os procedimentos de revisão, de adesão etc.; outros são substanciais e referem-se à legislação sobre propriedade industrial. Quanto a estes últimos, há duas subespécies: aqueles dispositivos que subordinam as legislações internas de cada país — igualdade de tratamento, prioridade e independência das patentes, por exemplo; e aqueles que, inversamente, se subordinam à legislação interna dos países contratantes. Enquanto a primeira subespécie é uniformizante, a segunda não o é, pois permite que, dentro dos parâmetros ajustados, cada país formule as suas leis internas como entender mais conveniente⁽⁹⁾.

A supremacia da CUP sobre os demais tratados internacionais que versam a propriedade industrial resulta de várias circunstâncias de fato e de direito: em primeiro lugar, foi o primeiro acordo a ser celebrado; em segundo lugar, é o que reúne o maior número de países contratantes, dos três blocos (industrializado, socialista e do Terceiro Mundo); em terceiro lugar, nele se dispõe que “Fica entendido que os países da União se reservam o direito de, separadamente, celebrar entre eles acordos particulares para a proteção da propriedade industrial, contanto que esses acordos não contrariem as disposições da presente Convenção” (art. 19 do texto de Estocolmo, de 1967, Decreto n.º 75.572/75); e, em quarto lugar, o grupo *ad hoc* de peritos governamentais para a revisão da Convenção, por ocasião da segunda sessão, realizada em Genebra, em dezembro de 1975, assentou na seguinte declaração de princípios: “La révision de la Convention de Paris devrait tendre à contribuer à l'établissement d'un nouvel ordre économique mondial dans lequel la justice sociale prévaudrait et les inégalités économiques entre les nations seraient réduites”⁽¹⁰⁾.

Dessa forma, a CUP subordina os tratados que os seus membros venham a celebrar entre si aos seus princípios, o que a coloca numa posição de ascendência no sistema internacional de patentes. Além disso, a integração da revisão da CUP num esforço para o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional dá-lhe uma dimensão política mais nítida, fazendo com que ela seja incluída em pautas de discussões com maior amplitude. A CUP deixa assim de ser assunto limitado aos plenários dos especialistas em patentes.

A articulação internacional dos sistemas nacionais de patentes é feita através da possibilidade de uma mesma invenção ser protegida em vários países, o que tem importantes repercussões nos fluxos internacionais de capitais e de tecnologia e, evidentemente, no comércio internacional.

(9) Na parte administrativa da Convenção, o Brasil rege-se pelo texto da última revisão, a de Estocolmo, de 1967 (Decreto n.º 75.572, de 8-4-75). Quanto aos dispositivos substanciais, o Brasil adere ao texto da revisão de Haia, de 1925 (Decreto n.º 19.058, de 31-12-29).

(10) *Vers une Erosion du Droit des Brevets d'Invention? — Nairobi 1981. Paris, Librairies Techniques, 1982, p. 81 (anexo I).*

Mais tarde voltarei ao sistema internacional de patentes. Agora o que importa referir é que o sistema de patentes não se limita ao âmbito nacional.

2.3. *Direitos do inventor*

Direitos do inventor são direitos morais (nomeadamente, o do reconhecimento da autoria) e direitos patrimoniais.

O direito moral é geralmente tido como personalíssimo e irrenunciável. Assim, o inventor não pode aliená-lo e o seu nome deve constar forçosamente da carta patente. Entretanto, essa *idéia tem vindo a ser ultrapassada* em algumas legislações que permitem que o inventor renuncie ao direito de ser mencionado na patente. É o caso da lei mexicana de 1978, que, no § 2.º do art. 12, dispõe que “O inventor tem direito de ser mencionado na patente ou de opor-se a essa menção”; é também o caso da lei sudanesa, de 1971 (o art. 19 diz que da patente constará o nome e o endereço do inventor se este tiver requerido a sua menção); da lei suíça, de 1976 (o art. 6.º permite a renúncia, mas considera sem efeito a que tiver sido feita antecipadamente); da lei iugoslava, de 1981 (o art. 77 admite a juntada de declaração “indicando que o inventor não deseja ser mencionado no pedido”); da lei francesa, de 1978 (“O inventor, assalariado ou não, é mencionado como tal na patente; ele pode igualmente opor-se a essa menção” — art. 4.º).

Os direitos patrimoniais são aqueles cujo exercício produz efeitos de ordem material, aumentando o patrimônio dos seus titulares. Esses direitos são reconhecidos⁽¹¹⁾ e protegidos pelas cartas patentes, pelos certificados de inventor, ou outros títulos.

(11) Utilizo o adjetivo verbal “reconhecidos” para fugir à velha questão de saber se a patente atribui ou declara os direitos do inventor. GAMA CERQUEIRA opina pela natureza declaratória da patente (*Tratado da Propriedade Industrial*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1946, p. 225), erigindo esta como “essencial ao aperfeiçoamento do direito do inventor”, não podendo “ser substituída ou suprida por qualquer outro meio de prova”. E usa dois argumentos para sustentar a sua tese: em primeiro lugar, a patente é expedida com ressalva à novidade e aos direitos de terceiros; e, em segundo lugar, o inventor, antes de requerer a patente, pode ceder e transferir a invenção (*ibidem*, no texto e na nota nº 23). Mas, na verdade, esses argumentos não sustentam a opinião: se o Governo emite a carta patente com ressalvas é porque o requisito da novidade é absoluto — no tempo, no espaço e quanto aos meios de prova —, pelo que nenhum órgão oficial poderá afirmar, com total certeza, que determinada invenção é nova; além disso, o que o inventor, antes de requerer a patente, pode ceder é o direito de requerê-la — a invenção, em si mesma, não estando ainda patenteada (ou depositada), poderia, quando muito, ser objeto de contrato de *know-how*. Por outro lado, fica um pouco difícil imaginar a patente como documento meramente declaratório de propriedade em face das restrições à patenteabilidade do art. 9º do Código; com efeito, se não se pode patentear uma invenção referente a produto farmacêutico, por exemplo, então, o inventor não é proprietário dessa invenção — ele pode, no máximo, através do sigilo, adquirir sobre ela uma indisponibilidade de fato. Convenhamos que soaria falso alegar que, nesse caso, a lei não nega o direito de propriedade, mas tão-somente a conformação da prova respectiva. O que o legislador quis aí foi, precisamente, evitar a formação do direito de propriedade, numa medida preventiva de abuso do poder económico.

Já vimos que o legislador brasileiro definiu os direitos patrimoniais do inventor como sendo de propriedade⁽¹²⁾. A Constituição, no art. 153, § 24, refere-se a "privilégio temporário para utilização dos inventos industriais"; e o art. 5.º do Código, ao uso exclusivo da invenção.

Essa utilização exclusiva, como se está a ver, significa a prática de determinados atos econômicos pelo titular da patente com a conseqüente proibição a terceiros de os praticarem.

Que atos são esses?

Sem entrar nos detalhes de cada legislação, pois há divergências de país para país (até na redação das leis), pode-se afirmar que, de modo geral, ao titular da patente se concede o direito de praticar com exclusividade nove tipos de atos econômicos.

Para as invenções de produto, são eles:

- fabricar o produto;
- usar o produto;
- vender o produto;
- importar o produto.

Para as invenções de processo, são:

- usar o processo;
- fabricar o produto obtido diretamente através do processo;
- usar o produto obtido diretamente através do processo;
- vender o produto obtido diretamente através do processo;
- importar o produto obtido diretamente através do processo⁽¹³⁾.

(12) Os efeitos patrimoniais dos títulos concedidos aos inventores colocam-se em três grandes linhas de orientação legislativa:

— uma, adotada nos países capitalistas, outorga direitos de propriedade aos titulares; o título emitido é a carta patente;

— outra, adotada em alguns países comunistas, outorga direitos de crédito ao inventor e direitos de propriedade ao Estado; o título emitido é o certificado de invenção;

— a terceira, seguida em países de economia mista (casos do México e da Argélia), segue um sistema misto, segundo o qual o titular não pode impedir que terceiros explorem o seu invento desde que estes lhes paguem *royalties*; o título emitido é o certificado de inventor.

Mas, evidentemente, essas três linhas conhecem exceções. Assim, na China (Lei de 12 de março de 1984, que entrou em vigor a 1º de abril de 1985) e na Hungria (Lei nº II, de 1969, alterada pelo Decreto-Lei nº 5, de 1983), expedem-se patentes conferindo direitos de propriedade. Também na União Soviética, em alguns casos, podem ser expedidas cartas patentes (sistema esse seguido no Vietname). Além disso, o certificado de inventor do México (onde ainda é um instituto subsidiário da patente) é uma adaptação da "patente econômica" da República Democrática Alemã, país onde ela convive com as patentes comuns.

(13) *Legal Training Course on Patents*, public. OMPI nº 626, Genebra, 1981, conferências 8-10, p. 7.

No Brasil, o Código da Propriedade Industrial não define, não enumera e nem exemplifica os atos que o titular da patente pode praticar com exclusividade. Quem o faz é o Decreto-Lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945, cujos dispositivos penais especiais foram expressamente mantidos em vigor pela Lei n.º 5.772/71, art. 128 (14).

Nos termos do art. 169, constitui violação de privilégio de invenção:

— para as patentes de produto, fabricá-lo, importá-lo, vendê-lo, expô-lo à venda, ocultá-lo ou recebê-lo, para o fim de vendê-lo;

— para as patentes de processo ou de meio, usar o processo ou o meio, ou importar, vender, expor à venda, ocultar ou receber, para o fim de vender, produto fabricado com o emprego do processo ou do meio (15) (16).

(14) O objetivo do art. 128 foi superar a questão da inexistência de repressão penal aos atos de contrafação de patentes, questão essa que foi suscitada pela pura e simples eliminação da parte penal especial do Código de 45 pelos Códigos de 67 e de 69. Provocado o Judiciário, o Supremo Tribunal Federal entendeu estarem esses dispositivos em vigor, por não terem sido revogados. Contrariamente ao que parece, a questão levantada não era tão exdrúxula assim, pois há países (como, por exemplo, os Estados Unidos), onde a legislação não tipifica como crime a contrafação de patentes, mas apenas como ilícito civil.

(15) A terminologia usada no Decreto-Lei n.º 7.903 não é muito feliz no que se refere ao meio. Para GAMA CERQUEIRA (*Tratado*, vol. II, tomo I, parte II), invenções de meios são aquelas "que têm por objeto um meio para se obter um produto ou um resultado industrial" (p. 60). Esse meio pode ser um agente químico, um órgão mecânico ou um processo (p. 336). Portanto, o meio ou é produto ou é processo. Se é processo, os terceiros não poderão usá-lo. Mas se é produto (caso dos equipamentos industriais), os terceiros poderão usá-lo — ao contrário da maioria das legislações estrangeiras, a lei brasileira não veda o uso, por terceiros, de produto patenteado — mas não fabricá-lo. Isto, em termos de lei penal. Mas como o ilícito civil não está definido, cabe aos tribunais precisar em que é que consiste efetivamente a violação do direito de uso exclusivo. E, dependendo dos casos, poder-se-á incluir a figura do uso do produto como ofensa à exclusividade do titular.

(16) Fugiria ao objeto deste trabalho examinar detalhadamente o conteúdo de cada um dos atos enumerados pelo art. 169 do Decreto-Lei n.º 7.903. Entretanto, cabe lembrar que há quem discuta se a importação consistiria em violação, porque se o produto for fabricado no estrangeiro não se pode falar, certamente, em contrafação de uma patente concedida no Brasil, dada a territorialidade de seus efeitos (nesse sentido, ver o art. 28 do Decreto n.º 85, do Peru — KRESALJA R., B., "La propriété industrielle au Pérou", *La Propriété Industrielle*, 1983, p. 172). Essa visão parece-me um pouco forçada, por três razões: em primeiro lugar, é evidente que a fabricação, no estrangeiro, não viola, por si só, a patente brasileira — mas há violação no momento em que o produto entra em território nacional, quer ele se destine à comercialização, quer ele se destine ao consumo pelo importador; em segundo lugar, a tese simplesmente retiraria toda a eficácia ao sistema de patentes, permitindo de forma clara a fuga ao regime de exclusividade; e, por fim, se um dos pontos fundamentais do sistema brasileiro de patentes é o que impõe ao titular o ônus de explorar a invenção (arts. 33 e 49 do Código), então aquele ponto de vista, a vingar, desencorajaria o titular de fazê-lo, pois, para isso, ele tem que investir capitais (e, portanto, que correr risco), enquanto que os seus concorrentes poderiam, de forma cômoda (e altamente lesiva aos interesses brasileiros), importar o produto.

Esses são os direitos que assistem ao titular da carta patente — que, como se verá, não coincide necessariamente com o inventor.

Um outro direito concedido ao inventor — ou aos que a ele são legalmente equiparados — é o de requerer a patente ao órgão administrativo competente. Trata-se de um direito subjetivo público.

2.4. Invenção

Há um último conceito a ser fixado: o da própria invenção.

A Lei n.º 5.772/71 exime-se de definir invenção. Mas fixa-lhe os requisitos de patenteabilidade: novidade, suscetibilidade de aplicação industrial, criatividade. O Ato Normativo n.º 17, de 11-5-76, do INPI, diz:

“Considera-se invenção o resultado de atividade inventiva constituindo algo que: a) esteja revestido do requisito da novidade; b) para um técnico especializado no assunto, não seja uma decorrência evidente do estado da técnica; c) não seja uma concepção puramente teórica; d) seja suscetível de utilização industrial.” Ou, em articulação mais simples, “a invenção (...) é uma solução nova, criativa e prática para um problema técnico” (17).

A invenção é aqui tomada como uma mera idéia criativa, distinguindo-se, portanto — e seguindo a sugestão de SCHUMPETER (18) —, da noção de inovação, a qual consiste na introdução da invenção no ciclo produtivo industrial. A invenção cabe aos inventores; a inovação, aos empresários.

Tome-se a invenção do motor movido a álcool, por exemplo. E, por um momento, ignorem-se as circunstâncias concretas que possam ter envolvido essa invenção.

Num primeiro momento, e constatada a necessidade desse motor, houve que se conhecer os problemas técnicos decorrentes da introdução do álcool na câmara de combustão e da sua circulação dentro do motor (questões ligadas ao desempenho e à corrosão). Uma vez detectados esses problemas, surge a pergunta: como resolvê-los? É aí que surge o inventor sugerindo as alterações a introduzir no motor convencional, de modo a solucionar os problemas. Depois, passa-se à fase do projeto, depois à dos testes e, finalmente, à da fabricação. O motor está pronto. E então? Então surge um novo problema: será que o motorista, habituado a dirigir automóveis movidos a gasolina, vai aceitar a idéia do motor a álcool? Há que fazer pesquisa de mercado, a publicidade, instalar serviços de assistência técnica ao usuário

(17) CARVALHO, Nuno T. P. de. “Anotações ao Código da Propriedade Industrial — arts. 1º a 58 (patentes)”, *Revista de Informação Legislativa*, a. 21 n. 83 abr./jun. 1984, p. 257.

(18) OSER, Jacob e BLANCHFIEL, William. *História do Pensamento Económico*. São Paulo, Atlas, 1983, pp. 410 e ss.

do novo motor, montar uma rede de distribuidores não só dos automóveis mas também do próprio combustível etc.

Nesse caso, o inventor surge apenas em um fugaz momento: o da solução dos problemas técnicos, o da concepção praticável: "It is therefore the formation in the mind of the inventor of a definite and permanent idea of the complete and operative invention as it is thereafter to be applied in practice that constitutes an available conception within the meaning of the patent law" (19). Toda a atividade restante — e que se distingue profundamente daquela — pertence aos empresários.

3. O INVENTOR

3.1. O inventor na ficção popular

Na imaginação popular, o inventor é tido como uma pessoa meio louca, alheio a tudo e a todos, que se fecha no porão da sua casa, em meio a infernais engenhocas, criando máquinas que ninguém (e muitas vezes, nem ele mesmo) sabe para que servem. A consolidação dessa figura deu-se, a nível de cultura de massas, no Professor Pardal, célebre criação de Walt Disney, cujas invenções geralmente funcionam mas raramente dão certo. . .

Sem querer fazer doutrina sociológica, parece-me que três características fundamentais desse inventor, visto pela ficção popular, podem ser apontadas:

— ele inventa por um impulso íntimo irresistível, à maneira dos artistas; pobre ou rico, ele consome parte de ou toda a sua renda em seus inventos;

— ele não vive de suas invenções; inventar é, para ele, um *hobby*;

— e se inventar é, para ele, um *hobby*, é porque as suas invenções raramente são introduzidas no mercado, seja porque ele não dispõe de recursos para explorar seus inventos em economia de escala, seja porque os empresários não se interessam em comprar-lhe as invenções.

É por isso que o inventor é considerado geralmente como um tipo — ainda que inofensivo — de louco (e, invariavelmente, ele mesmo se diz um "incompreendido"): um indivíduo cheio de sonhos, consumindo o tempo e a esperança para criar invenções que não interessam ao mercado. A atividade deste inventor é olhada com simpatia pelo povo porque é poética (pois persegue desinteressadamente um ideal) e bela (em razão desse idealismo). Mas é inútil (daí a conotação de desequilíbrio emocional).

(19) A frase é extraída de decisão da Court of Customs and Patent Appeals, citada em CHOATE, Robert A., *Patent Law, Trade Secrets, Copyrights, Trademarks — Cases and Materials*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973, p. 107.

Essa aproximação entre a atividade inventiva e a criação artística tem muito a ver com a realidade subjetiva dos inventores reais. Nisso, a ficção popular acertou.

Eis a opinião de VANNEVAR BUSH, um grande inventor norte-americano e mentor de programas oficiais de pesquisa nos Estados Unidos, onde foi consultor dos Presidentes Roosevelt e Truman:

"An invention has some of the characteristics of a poem. Standing alone, by itself, it has no value; that is, no value of a financial sort. This does not mean that inventions — or poems — have no value. It is said that a poet may derive real joy out of making a poem, even if it is never published, even if he does not recite it to his friends, even if it is not a very good poem. No doubt one has to be a poet to understand it. In the same way an inventor can derive real satisfaction out of making an invention, even if he never expects to make a nickel out of it, even if he knows it is a bit foolish, provided he feels it involves ingenuity and insight. An inventor invents because he cannot help it, and also because he gets quiet fun out of doing so. Sometimes he even makes money at it, but not by himself. One has to be an inventor to understand this." (20).

3.2. Perda de importância do inventor isolado

A análise feita, quer a partir do que chamei de ficção popular, quer por BUSH, incide evidentemente sobre o inventor individual, o inventor isolado. Mas a sua relevância — se acaso existe — como agente econômico só se nota nos sistemas econômicos de características predominantemente artesanais — e, portanto, pré-industriais.

Assim, o fulcro da atividade inventiva residiu durante muito tempo no inventor individual. Ainda nos primórdios da Revolução Industrial, é possível identificar os autores das principais invenções. Exemplificando (21):

- primeira máquina de semear — Jethro Tull (inglês) — 1701;
- fabricação do ácido sulfúrico industrial em pequena escala — Joshua Ward (inglês) — 1736;
- fabricação do aço fundido — Huntsman (inglês) — 1739;
- pára-raios — Franklin (norte-americano) — 1752;
- cronômetro — Le Roy (francês) — 1763;

(20) BUSH, Vannevar. "Of inventions and inventors". *Research Management*, julho/1971, p. 29.

(21) ASHTON, T. S., *A Revolução Industrial*, 4ª ed., Lisboa, Publicações Europa-América, s/d, pp. 197 a 201.

— primeira solução para uma máquina a vapor — James Watt (inglês) — 1767;

— linhas de caminho de ferro — John Cur (inglês) — 1777.

Mas com o surgimento do capitalismo, como sistema econômico generalizado — isto é, como estrutura ideológica das relações econômicas dentro de uma dada sociedade —, as organizações industriais passaram a necessitar de mecanismos de controle sobre a oferta e a demanda; e um desses mecanismos é, precisamente, o da inovação. A organização industrial não interessava a dependência das iniciativas individuais em matéria de invenção; os avanços técnicos foram incorporados a estratégias empresariais, isto é, ao planejamento empresarial. A solução, portanto, era trazer o inventor para dentro da empresa, torná-lo empregado, e submeter o seu espírito criador às iniciativas da organização.

A História Contemporânea é fértil em exemplos. Se a co-autoria do telefone é atribuída a Bell, já os satélites de telecomunicações não têm autor definido. Assim também se discute se o inventor do avião foi Santos Dumont (ou os irmãos Wright), sobre a autoria da espaçonave Columbia não há dúvida de que não se pode apontar ninguém especificamente, mas sim uma organização governamental norte-americana (a NASA).

Estas observações tornam-se mais evidentes se nos lembrarmos da análise que se faz do capitalismo monopolista, dentro do qual as empresas — fora do regime de concorrência — podem decidir com antecedência (isto é, por meio de planejamento) que avanços técnicos realizar e quando introduzi-los no mercado, retardando, assim, a inovação — e acumulando-a.

Essa acumulação de capital tecnológico (a que os marxistas chamaram de acumulação intensiva, em contraste com a de bens de capital, chamada de extensiva) só foi possível em razão da criação dos grupos de P&D (Pesquisa e Desenvolvimento), atuando nos laboratórios das grandes empresas industriais ou em empresas e institutos universitários de pesquisa.

Com isto, o inventor individual teve sua importância econômica ultrapassada. Claro que ele não desapareceu. Mas, precisamente como ele não se enquadra na atividade empresarial, a sua importância maior ficou restringida aos países e/ou aos setores de produção predominantemente artesanal.

3.3. Inovações tecnológicas

As afirmações acima não são incontroversas. Muitos autores insistem em sustentar a relevante importância do inventor individual ainda nos dias de hoje. Por exemplo, ZACHARIASSEN diz:

"Until recently it has been assumed, both by laymen and by governments, that in this era of highly sophisticated technology the bulk of new inventions in general and of significant inventions in particular are the results of teamwork between scores of — chiefly anonymous — scientists and engineers in large futuristic development laboratories of huge corporations.

However, a number of studies made during the past twenty years do not seem to bear out this assumption. On the contrary, the general conclusion of these studies is that in several major fields the main initiative has come from independent inventors and smaller industrial firms, and in the latter case the inventor has quite often been the entrepreneur-manager himself."

Em seguida, o autor cita bibliografia que atesta essa opinião (22).

E HAUSSER diz:

"Le sentiment d'un manque de compréhension et de bienveillance s'empare tôt ou tard de tout inventeur, indépendamment du domaine où il exerce ses talents. Ces sensations sont particulièrement ressenties par les inventeurs indépendants qui ou bien peuvent exploiter dans leur propre entreprise les inventions nées dans leur cercle, ou bien sont tributaires de l'exploitation de leurs inventions par des tiers. Il est caractéristique de désigner ce cercle numériquement important d'inventeurs, d'une façon erronée et trompeuse qui, cependant, ne soulève en général aucune contestation, par le terme quelque peu péjoratif de 'petits inventeurs'. Néanmoins, il est scientifiquement prouvé que de ce cercle d'inventeurs indépendants et des petites et moyennes entreprises émanent de nouvelles idées techniques extrêmement précieuses."

Também, em seguida, o autor cita vários estudos que corroboram suas afirmações (23).

Evidentemente, não nego a validade dessas opiniões. O que eu nego é a influência direta do inventor independente sobre o mercado. É que, por um lado, os dois autores citados tratam da mesma forma o inventor isolado e a pequena empresa. Ora, a meu ver, são duas figuras distintas. Não é por ser de reduzidas dimensões que a pequena empresa não deixa de obedecer a um determinado tipo de organização nem de adotar modalidades (ainda que fluidas) de planejamento. Por outro lado, as duas citações feitas referem-se aos inventores (e às pequenas empresas) enquanto

(22) ZACHARIASSEN, J. "Encouragement of inventiveness and innovation in developing countries", *World Symposium on the Importance of the Patente System to Developing Countries*, publ. OMPI n° 638 (E), Genebra, 1977, p. 238.

(23) HAUSSER, E., "L'inventeur: le parent pauvre de la nation?". *La Propriété Industrielle*, 1981, pp. 28/29.

autores de invenções. Como vimos, a invenção é uma coisa e a inovação é outra. A invenção, por si só, não tem importância econômica enquanto não for complementada pela atividade (empresarial) de inovação. E esta, como se viu, cabe ao empresário. E por quê? LABINI explica:

“As inovações tecnológicas reduzem os custos reduzindo os coeficientes de produção. Ora, como observou Schumpeter, a maior parte das inovações — e certamente as mais importantes — implicam a construção de novas unidades produtivas ou de novos equipamentos.” (24)

Aí está. Raramente o inventor independente dispõe de meios próprios ou tem acesso a financiamentos para a inovação. E quando pode fazê-la, ele tem que integrar-se na estrutura empresarial — ou em empresa individual ou em sociedade.

Portanto, já não é o inventor individual que vai atuar no mercado, mas sim o empresário.

Além disso, e voltando ao aspecto específico da invenção, parece-me que nessa polêmica (como, aliás, na maioria delas) a posição acertada é a intermediária — isto é, os grupos de P&D ocuparam, na verdade, o espaço econômico dos inventores isolados, mas isso não significa que a importância destes tenha desaparecido por inteiro. E a razão disso é mais ou menos óbvia: as empresas que dispõem de laboratórios de pesquisa orientam os esforços destes enquanto suportes às atividades industriais e comerciais daquelas. Assim, raramente é desses laboratórios que saem as invenções revolucionárias, uma vez que aqueles estão comprometidos com os problemas correntes que possam surgir nas atividades operacionais rotineiras. Aliás, num grande número de vezes, as invenções revolucionárias que tivessem sido desenvolvidas em empresas poderiam até ser de aplicação inviável, já que elas poderiam ter como conseqüência a completa reformulação de equipamentos e de processos produtivos. O seu aproveitamento dependeria então da agilidade administrativa e da disponibilidade de capital.

O inventor isolado não está comprometido com esse tipo de problemas. Ele pode dar livre curso à sua imaginação. É esta que o motiva, e não a necessidade de apresentar lucros à assembléia de acionistas.

3.4. *O inventor nos países comunistas*

Nos países comunistas, o panorama não é muito diferente, ainda que por outras razões.

Aí o Estado é o agente econômico por excelência, o que impossibilita (ou dificulta) a atuação criadora do inventor isolado.

(24) LABINI, Paolo Sylos. *Oligopólio e Progresso Técnico*. São Paulo, Abril Cultural, 1984, p. 74.

Isso está muito claro nas seguintes proposições de MAKSAREV:

“Les inventions représentent une catégorie importante de la richesse nationale; elles furent donc déclarées propriété de l'État, ce qui en faisait les inventions eux-mêmes furent placés sous la protection de la loi. Ainsi, les résultats les plus importants de la création technique incarnés dans les inventions ont cessé d'être un objet d'achat et de vente et un moyen d'enrichissement individuel. Ils sont devenus une catégorie de la propriété socialiste, mise au service de la société toute entière.” E, mais adiante: “En ce moment, les citoyens soviétiques protègent leurs inventions seulement au moyen de certificats d'inventeur, puisque cette forme de protection constitue la meilleure défense des droits et des privilèges des inventeurs. Il est à noter que, pendant les années 1974, 1975 et 1976, pas un inventeur soviétique n'a cherché à obtenir un brevet en son nom.”

E ainda:

“Le perfectionnement du mécanisme conduisant à la création et à l'application d'inventions nouvelles se fait dans les conditions favorables inhérentes à une économie planifiée. Le nombre d'inventions accidentelles, sporadiques, va en diminuant; on rencontre de moins en moins souvent des inventeurs isolés.” (25)

SZANTÓ, referindo-se à inovação planejada na Hungria, diz que:

“Les inventions éminemment originales sont généralement une question de chance mais certains facteurs peuvent en faciliter la réalisation. Sans négliger les inventions réalisées par des chercheurs isolés, on peut dire que le réseau national de recherche doit être considéré comme la principale source active d'innovation dans un pays.” (26)

E, por fim, também na República Democrática Alemã a importância do inventor isolado foi conscientemente reduzida, conforme as seguintes colocações de HEMMERLING:

“Ainsi, les conditions sont-elles réunies dans notre société socialiste pour que les inventions ne soient pas le simple résultat de l'ambition scientifique, de la passion ou de la pression d'équipes isolées ou de chercheurs individuels, et pour que les inventions ne soient pas laissées au hasard. Le fait que près de 77% des

(25) MAKSAREV, Y. E. “L'essor de l'activité inventive en Union Soviétique”. *La Propriété Industrielle*, 1978, pp. 154/155, 156 e 157.

(26) SZANTÓ, B. “Aspects théoriques et pratiques de l'innovation planifiée en Hongrie”, *La Propriété Industrielle*, 1982, p. 323.

4.200 demandes de brevet déposées annuellement par les entreprises de notre pays sont l'aboutissement de projets planifiés de recherche et de développement met en évidence le lien étroit qu'il y a entre le progrès de la science et de la technologie, d'une part, et l'activité inventive, de l'autre." (27)

Então, se nos países capitalistas a importância econômica do inventor é ultrapassada por circunstâncias de mercado, nos países socialistas ela é deliberadamente reduzida através de uma atividade planejada de pesquisa e desenvolvimento, que atribui estas funções a órgãos estatais.

Vamos ver agora até que ponto é que o sistema de patentes atende os interesses dos inventores independentes.

4. O INVENTOR E O SISTEMA DE PATENTES

4.1. O sistema de patentes e a função de incentivo à invenção

De acordo com a maioria das obras publicadas sobre o sistema de patentes, a primeira função deste é incentivar a atividade inventiva.

Por exemplo, como consta do já citado *Legal Training Course on Patents*:

"It follows from the above considerations that it should be the aim of the State to encourage its citizens to make inventions and its entities to help workers to make inventions.

A good patent law does just that, that is, it gives the said encouragement." (28)

ALBERT CHAVANNE e JEAN-JACQUES BURST afirmam:

"Des travaux plus récents ont montré que le brevet est essentiellement un mécanisme juridique d'incitation à la recherche-développement par le monopole d'exploitation qu'il confère." (29)

Esta opinião não é recente. Já GAMA CERQUEIRA tinha defendido a validade do sistema de patentes com base em argumentos análogos (30). E, antes dele, DI FRANCO também tinha correlacionado as patentes com o trabalho intelectual criativo:

(27) HEMMERLING, J. "L'évolution de l'activité inventive en République démocratique allemande". *La Propriété Industrielle*, 1979, p. 49.

(28) *Legal Training Course on Patents*, cit., conferência 2, p. 3.

(29) CHAVANNE, Albert e BURST, Jean-Jacques. *Droit de la Propriété Industrielle*. 2ª ed., Paris, Dalloz, 1980, p. 18.

(30) CERQUEIRA, João da Gama, ob. cit., pp. 208 e ss.

“La giustificazione del monopolio garantito con gl'istituti in esame si rinviene, di solito, nel criterio politico di assicurare un giusto corrispettivo al lavoro intellettuale, in modo da stimolare il progresso in ogni campo di attività: industriale, letteraria, artistica.” (31)

4.2. O sistema adapta-se à realização dessa função?

Ora, se o sistema de patentes visa atender ao interesse dos inventores e se, historicamente, como se viu, eles criavam artesanalmente, então seria natural que as normas jurídicas vigentes se amoldassem a essas circunstâncias. Por outras palavras: seria de se esperar que a configuração ideológica e normativa dos primeiros — e dos atuais, pelo menos nos países subdesenvolvidos — sistemas de patentes fosse determinada pelo fato de os inventores se inserirem num sistema artesanal de produção tecnológica (32).

Vejamos se isso é verdade.

4.3. As quatro fases de evolução do sistema

Desde os seus primórdios até aos dias de hoje, os sistemas de patentes — como qualquer outro complexo normativo — têm evoluído, ao sabor dos fatos sociais, políticos e econômicos.

Três são as fases históricas dessa evolução, encontrando-se agora o sistema em mutação para uma quarta (33):

- 1.ª fase — privilégios feudais (séc. XII — séc. XVIII);
- 2.ª fase — liberalismo econômico (séc. XVIII — séc. XIX);
- 3.ª fase — internacionalização (séc. XIX — séc. XX);
- 4.ª fase — adequação do sistema às necessidades de uma nova ordem econômica internacional.

A primeira fase caracterizou-se pela concessão arbitrária (no sentido que o direito administrativo dá ao termo, isto é, sem respaldo legal) de privilégios que “visavam apenas a instalação de indústrias de exportação

(31) FRANCO, Luigi di. *Trattato della Proprietà Industriale*. Milão, Soc. Editrice Libreria, 1933, p. 6.

(32) Evidentemente, quando falo em *produção*, refliro-me ao fato econômico que corresponde ao “esforço no sentido de obter bens capazes de satisfazer necessidades, mediante meios raros” (SOUZA, Washington Peluso Albino de, ob. cit., p. 465). Portanto, em sendo a tecnologia um bem econômico — na medida em que é escasso e satisfaz necessidades —, a sua obtenção consiste num ato de produção. Aliás, é por isso que o direito econômico enquadra a geração tecnológica no Instituto Econômico da Produção, ao lado da obtenção de bens econômicos materiais.

(33) CARVALHO, Nuno T. P. de. “O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, nº 52 (nova série), out./dez. 1983, p. 35.

e eram concedidos ao artesão introdutor de novas técnicas, independentemente de ter sido ele ou não o inventor dessas técnicas" (34).

Portanto, o objetivo não era recompensar o inventor. "Les anciens privilèges comportaient fréquemment l'obligation d'exploiter rapidement l'invention, dans le territoire pour lequel le droit exclusif était concédé, ce qui correspondait à la logique d'un système où il s'agissait moins de reconnaître les droits de l'inventeur que d'implanter le plus rapidement possible dans le pays, grâce à une exception aux règles corporatives, une activité économique nouvelle" (35).

Ainda nessa primeira fase houve duas tentativas de regulamentação da concessão de privilégios, visando precisamente atenuar a arbitrariedade com que eles eram outorgados. Examinemo-las na ótica dos respectivos destinatários.

4.4. A parte veneziana, de 19 de março de 1474

A *parte veneziana*, de 19 de março de 1474, dizia em seu preâmbulo:

"El Sono in questa cita, ed anche ala zornada per la grandezza et bonta soa concorre homeni da diuerse bande, et accutissimi Ingegneri, apti ad excogitar et trouar varij Ingegnerosi artificij. Et sel fosse prouisto, che le opere et artificij trouade da loro, altri viste che le hauesseno, non poderesso farle, a tuor l'honor suo, simel homeni exercitariano l'ingegno, troueriano, et fariano dele chosse, che seriano de non picola utilità et beneficio al stado nostro" (36).

Portanto, a *parte veneziana* tinha como destinatários aqueles "homens de diversas bandas, e agudíssimo engenho, aptos a pensar e encontrar vários engenhosos artificios". Esses homens eram os artesãos estrangeiros que o governo de Veneza queria atrair para promover qualitativa e quantitativamente a sua produção de manufaturados, visando as exportações, as quais seriam pagas com metais preciosos (a época era pré-mercantilista).

A *parte* dispunha que, mediante comunicação ao *Prouededor de Comum*, ao inventor seria concedido o direito à exclusividade de uso durante dez anos. Apesar de a *parte* especificar que o invento devesse ser "algun nuouo et ingegnoso artificio, non factio perauanti nel dominio nostro", não há qualquer referência a procedimentos de exame, nem quanto à novidade, nem quanto à atividade inventiva. Se algum tipo de exame era feito, deveria sê-lo de ofício.

(34) *Ibidem*.

(35) PLASSERAUD, Yves e SAVIGNON, François. *Paris 1883 — Genèse du Droit Unioniste des Brevets*. Paris, Librairies Techniques, 1983, p. 80.

(36) FRANCESCHELLI, Remo. *Trattato di Diritto Industriale*. Milão, Giuffrè, 1973, reimpressão, 1º vol., p. 319.

Além da referência expressa aos destinatários, dois outros pontos relevam do texto:

— em primeiro lugar, só o inventor era citado como podendo utilizar a invenção e excluir terceiros desse uso; não se fazia referência a eventuais cessionários (mas ela era feita a licenciados: “Siando prohibito a chadaun altro in alguna terra e luogo nostro, far algun altro artificio, ad imagine et similitudine de quello, senza consentimento et licentia del auctor, finno ad anni X” (37);

— em segundo lugar, não havia previsão de outro procedimento administrativo senão o da simples comunicação do invento e de sua autoria ao Provedor.

4.5. O “Statute of Monopolies”

O segundo texto legal dispendo sobre patentes foi o “Statute of Monopolies”, aprovado pelo Parlamento inglês e reconhecido pelo rei Jaime I, em 1623 (ou 1624, segundo alguns autores).

Esse estatuto extinguiu os monopólios e os privilégios, “Provided, nevertheless, and be it declared and enacted: That any declaration before mentioned shall not extend to any letters-patent and grants of privilege, for the term of one and twenty years or under, heretofore made of the sole working of any manner of new manufacture, within this realm, to the true and first inventor of such manufactures (. . .)” (38).

Não se nota nesse texto uma tão nítida identificação de seus destinatários. Mas as patentes seriam apenas concedidas “to the true and first inventor or inventors”. Isto é, o inventor era ainda considerado em sua individualidade e não em suas relações trabalhador-patrão. O que, evidentemente, pressupõe um inventor trabalhando só, com seus próprios recursos.

Pode-se pois concluir que, nesta primeira fase, o “Statute of Monopolies” e a Parte Veneziana tinham como destinatário o inventor independente. Os privilégios, arbitrariamente concedidos, preocupavam-se sobretudo com a introdução de tecnologia estrangeira, independentemente de quem tivesse sido o inventor. Mas os seus destinatários eram também os artesãos.

E — acrescente-se — nem poderia ser de outra forma. Com efeito, recordemo-nos de que as principais unidades manufatureiras dessa época eram as corporações, para as quais o desenvolvimento de novas tecnologias era tido como um procedimento desleal (39). Daí que necessariamente as

(37) *Ibidem*.

(38) CHOATE, Robert A., ob. cit., p. 63.

(39) “Ninguém pode permitir-se prejudicar os outros por processos que o capacitariam a produzir mais depressa e mais barato. O progresso técnico é considerado como uma deslealdade” (PIRENNE, Henri, *História Econômica e Social da Idade Média*, 5ª ed., São Paulo, Mestre Jou, 1978, p. 185).

novas técnicas fossem criadas fora dessas estruturas. Por outro lado, o principal objetivo dos primeiros privilégios era, como já referido, a introdução de tecnologia visando a exportação. Por isso não houve mera coincidência no fato de os primeiros privilégios conhecidos terem sido concedidos pelo rei de Inglaterra a tecelões flamengos que se instalaram naquele país, pois a Inglaterra, que exportava lã e importava tecidos, pretendia passar a exportar os tecidos. Foi por essa razão que, como assinala em outro trabalho (40), as corporações não contestaram essa introdução de novas tecnologias. Afinal, elas não traziam o perigo de servir a atividades concorrentes. Não teria havido, assim, "exceção às regras corporativas", ao contrário do que afirmam PLASSERAUD e SAVIGNON (41).

4.6. *Do inventor-artesão ao inventor-empregado, passando pelo inventor associado ao capital*

Foi com a Revolução Industrial — e com o conseqüente surgimento das relações capitalistas industriais — que apareceram as empresas em sua feição moderna, atraindo para o seu convívio aqueles artífices da tecnologia.

Mas do inventor-artesão até ao inventor-empregado a transição não foi brusca. Houve uma fase intermédia que consistiu na associação (e não ainda na subordinação) inventor-empresa, sem que aquele fosse absorvido por esta.

É a figura do inventor associado ao capitalista, isto é, a daquele que, tendo criado uma invenção, se associa a capitais para explorá-la.

Um dos casos mais notáveis foi o da associação de JAMES WATT, MATTEW BOULTON e JOHN WILKINSON — associação essa que originou a máquina a vapor e a fortuna dos titulares da respectiva carta patente.

A adaptação da legislação a esse fato social novo gerou uma profunda mudança de curso no sistema de patentes.

Se, como se viu, a ênfase da *parte veneziana* e do Estatuto dos Monopólios era dada ao inventor-artesão, a ponto de apenas permitirem a aquisição dos direitos patrimoniais a título originário, as legislações editadas em plena Revolução Industrial vieram admitir a sua aquisição a título derivado — admitindo, portanto, a possibilidade de o inventor transferir os seus direitos de patente para o capitalista; ou, por outras palavras, reconhecendo-se que a utilidade econômica da patente aumentava em razão direta da disponibilidade de capitais, a legislação passou a aceitar que o detentor desses capitais adquirisse, por via derivada, a titularidade da patente.

Essas legislações são a lei americana de patentes, de 1790, e a lei francesa, de 1791.

(40) CARVALHO, Nuno T. P. de, "Anotações...", cit., p. 305.

(41) Ver nota 35.

"(...) ces deux textes marquent ensemble le début de l'ère moderne du brevet et en même temps sa complète intégration à l'ordre social bourgeois et capitaliste (...).

L'élément de cette nouvelle législation qui a été déterminant pour le système social est la disposition de la Loi française abolissant le principe en vigueur jusque-là, selon lequel le brevet ne pouvait être délivré qu'à l'inventeur premier et véritable et était incessible. Le fait d'admettre la cession du brevet et des droits y relatifs a permis aussi d'intégrer les inventions à l'ensemble du processus économique de circulation" (42).

Acrescenta PRETNAR que o papel principal passou a ser destinado ao inventor-empregado.

A meu ver, ainda era um pouco cedo para isso, sobretudo naqueles dois países onde a Revolução Industrial começou depois.

Ali a ênfase ainda era do inventor-artesão que se associava ao capital e lhe vendia os seus direitos de patente. Basta lembrar que, ainda no começo do presente século, mais precisamente entre 1901 e 1906, 81,4% das patentes norte-americanas eram expedidas em nome de pessoas físicas e que, no Canadá, em 1908, os titulares individuais representavam 97% do total dos titulares de patentes (43).

Parece-me que o sistema de patentes só começa a ter o inventor-empregado como principal destinatário (ou, melhor, o empregador desse inventor) quando as empresas passaram a planejar também o seu desenvolvimento técnico. Ora, o planejamento empresarial apenas surgiu no decorrer do presente século (44), coincidindo precisamente com o aparecimento das preocupações dos doutrinadores e dos legisladores com o regime jurídico das invenções de empregados e com o aperfeiçoamento (entenda-se: maior complexidade) dos procedimentos administrativos de concessão de patentes.

4.7. *Enquadramento do inventor na atividade empresarial planejada. Reflexos no sistema de patentes*

Hoje o inventor enquadra-se na atividade planejada da empresa, quer como unidade capitalista, quer como unidade socialista de produção.

Pergunta-se: em que é que o sistema de patentes mudou?

(42) PRETNAR, S. "La protection de la propriété industrielle et l'ordre social", *La Propriété Industrielle*, 1981, p. 135.

(43) REMICHE, Bernard. "Le rôle du système de brevet dans le progrès économique", *Annales de Sciences Économiques Appliquées*, Univ. Cat. de Louvain, vol. 33, nº 2, 1976/1977, p. 102, nota 6.

(44) GALBRAITH, John Kenneth. *O Novo Estado Industrial*. São Paulo, Abril Cultural, 1982.

Em primeiro lugar, a maioria dos sistemas de patentes admite que o requerimento de patente seja feito por quem não é inventor (por exemplo, a lei alemã, de 1980, arts. 6.º e 7.º; a lei australiana, alterada em 1973, art. 54; a lei austríaca, alterada em 1981, art. 4.º; a lei dinamarquesa, alterada em 1978, art. 1.º a lei finlandesa, alterada em 1980, art. 1.º; a lei francesa, alterada em 1978, art. 1.º bis; a lei italiana, alterada em 1979, art. 18; a lei japonesa, alterada em 1978, art. 33; a lei norueguesa, alterada em 1980, art. 1.º; a lei holandesa, alterada em 1978, art. 12-A; a lei inglesa, de 1977, art. 7.º; a lei sueca, alterada em 1980, art. 1.º; a lei suíça, alterada em 1976, art. 3.º). Pressupõem todas estas leis, portanto, que o fruto da atividade criativa do inventor vai ser economicamente utilizado por terceiros (45).

Também as leis dos países socialistas partem desse princípio.

Assim, a lei chinesa dispõe que "O direito de pedir uma patente e o direito decorrente da patente podem ser cedidos" (art. 10). A lei húngara: "Os direitos decorrentes da invenção e da patente — exceção feita aos direitos pessoais do inventor — podem ser transmitidos, cedidos e limitados" (art. 15, § 1.º). A lei soviética: "O direito de obter a patente de invenção assim como o direito exclusivo sobre a invenção baseado na patente podem ser transferidos segundo as modalidades prescritas pela legislação" (Decreto do Conselho de Ministros n.º 584/73, alterado pelo Decreto n.º 1.078/78, art. 30, § 3.º). A lei iugoslava: "O pedido de patente deve incluir (...) o título da invenção e o nome do inventor quando o pedido não é depositado pelo inventor (...)" (Lei de 9 de junho de 1981, art. 77, § 2.º).

PRETNAR explica: "Cette évolution coincide avec la concentration toujours croissant des moyens de production, sans que ce phénomène constitue en lui-même une particularité du capitalisme: la société socialiste ne peut, elle aussi, exploiter ses biens de production que par le moyen de formations d'entreprises" (46).

Em segundo lugar, o sistema, partindo do princípio de que uma grande parte das patentes é concedida para invenções realizadas por emprega-

(45) Os Estados Unidos mantiveram a regra adotada desde 1790 e ainda hoje, no Código dos Estados Unidos da América, título 35 (relativo a patentes), alterado em 1980, pode ler-se em seu art. 115: "O depositante deve declarar sob juramento que ele acredita ser o inventor original e primeiro do processo, da máquina, do artigo manufaturado, da combinação de materiais ou do aperfeiçoamento para o qual ele pede uma patente; (...)." Mas este anacronismo legal é corrigido pelo disposto no art. 152: "A patente pode ser concedida ao cessionário do inventor." Isto é, mesmo nos Estados Unidos, país onde as empresas levaram mais longe os investimentos em pesquisa, se o inventor é o único que pode requerer a patente (a não ser em raríssimos e excepcionais casos), isso não significa que a patente só a ele seja obrigatoriamente concedida. Basta que o inventor assine um termo de transferência de direitos, formalidade essa que é de observância extremamente simples.

(46) PRETNAR, S., *trab. cit.*, p. 135.

dos, dispõe com minúcias sobre os direitos e as obrigações relativos aos inventos surgidos no decorrer da relação de emprego.

Por exemplo: Alemanha (Lei de 25 de junho de 1957, com a alteração mais recente em 27 de junho de 1970); Áustria (arts. 6.º a 9.º); França (art. 1.º ter e Decreto n.º 79.797, de 4 de setembro de 1979); Itália (arts. 23 a 26); Japão (art. 35); Inglaterra (arts. 39 a 43).

E quanto à legislação de países socialistas: China (art. 6.º); Hungria (art. 9.º); União Soviética (arts. 41 e 42).

Em terceiro lugar — e precisamente porque o sistema de patentes tem como maior usuário a grande organização empresarial —, as disposições procedimentais são complexas e sofisticadas, visando assegurar a certeza e a segurança jurídicas da carta patente. Parece-me até que nem podia ser de outra forma, uma vez que, não só do ponto de vista econômico mas também dos pontos de vista contábil e jurídico, a carta patente incorpora-se ao ativo das empresas. Ora, essa conceituação não seria admissível se a patente se constituísse numa garantia de valor discutível, precário. Assim, os atuais procedimentos de patentes comportam práticas de publicação, de exame (diferido ou não), de oposição, de exigências, de recursos, de anulação, de pagamento de anuidades etc. Esses procedimentos tornam-se ainda mais complexos se se levar em conta a instituição de uma fase internacional, criada pelo Patent Cooperation Treaty (PCT), de 1970, antecedendo as fases nacionais, para os depósitos internacionais de pedidos de patentes, com invocação dos dispositivos daquele tratado (47).

4.8. *A evolução do sistema de patentes — relação com a mudança dos seus destinatários*

Ficou dito atrás que a evolução legislativa do sistema de patentes já passou por três fases, encontrando-se agora em mutação para uma quarta.

Não seria certo afirmar que essa evolução corresponde *pari passu* à mudança dos destinatários do sistema. Mas parece-me que não deixa de haver alguma relação recíproca de causa e efeito.

Todo o ordenamento jurídico, melhor ou pior, mais tarde ou mais cedo, acaba por se conformar à realidade social que ele pretende regula-

(47) O PCT foi assinado em Washington, em 1970, e vigorava, em dezembro de 1983, em 33 países. O tratado foi promulgado no Brasil em 31 de maio de 1978, através do Decreto n.º 81.742. O texto tinha sido aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 110, de 30-11-77. Basicamente, o PCT permite o acesso à concessão de patentes em vários países por meio de um único depósito. O pedido submete-se a uma busca de anterioridades (chamada de "pesquisa internacional") e a um exame preliminar internacional. A busca e o exame são feitos por administrações encarregadas, de acordo com a documentação disponível e a capacidade técnica. Após a fase internacional, o pedido de patente tem que percorrer a fase nacional do processo administrativo de concessão em cada país que tiver sido designado pelo requerente, uma vez que o resultado da busca e do exame não vincula a administração nacional.

mentar. Sucede também — e hoje cada vez com maior frequência — que esse ordenamento conforma, por sua vez, a realidade social. É o caso mais nítido das leis de Direito Econômico que, ao porem em prática medidas de política econômica, alteram o ambiente social, político e econômico de um dado país ou de uma dada região (infra ou mesmo supranacional). O sistema de patentes e os seus destinatários não poderiam fugir a essa interação lei-sociedade.

O sistema tem, ao longo do tempo, assumido matizes diferenciados, nos quais as regras de política econômica ganham ora um colorido mais forte, ora um tom mais esbatido. A mudança nesses matizes não deixou, entretanto, de ter repercussões no ambiente social — ou, inversamente, não deixou de constituir uma repercussão dos próprios cambiantes sociais.

Assim, a primeira fase do sistema, a dos privilégios medievais, decorreu durante uma época em que a preocupação fundamental era a da introdução de técnicas estrangeiras nos burgos ou nos reinos onde eles eram concedidos. A figura do inventor, portanto, não era muito importante; importante era a do detentor da tecnologia. Os privilégios eram favores pessoais, situações de exceção legal concedidas *intuitu personae* (por isso o privilégio era concedido através de uma *carta*, isto é, de um documento com destinatário certo e determinado) — daí a sua intransmissibilidade. Em decorrência disso, a carta patente não se integrava à circulação econômica dos bens, pelo que não havia necessidade de se dar certeza ao título jurídico — daí a incipiência (ou mesmo a inexistência) do processo administrativo de concessão.

Na segunda fase, as razões de política econômica passam apenas a conformar o sistema de patentes, mas não a justificar a constituição dos direitos do inventor. Por razões de política econômica, limitam-se esses direitos, mas não se lhes negam. Afinal, o direito do inventor sobre o seu invento seria um direito natural (no fim deste trabalho veremos que no Brasil de hoje, as coisas ainda se passam dentro desse esquema lógico) e, por conseguinte, indiscutível. O inventor nacional passa a ser o destinatário do sistema. Entretanto, em atenção ao conceito liberal de propriedade, os direitos do titular da patente passam a ser transmissíveis, o que permite que os inventores se associem aos capitalistas para industrialização de suas invenções.

A terceira fase, a da internacionalização do sistema, não encontra correspectivo imediato no destinatário, pois ela atendeu apenas aos interesses de alguns países envolvidos na crescente atividade do comércio internacional. Já o sistema se internacionalizara firmemente e ainda surgiam inventores isolados como Siemens, Edison, Nobel, Carlson (a partir de cuja idéia nasceu a Xerox Corporations) e Land (fundador da Polaroid Corporation). Mas se nos lembrarmos — como ficou dito — que, já em pleno século XX, as empresas dos países industrializados começaram a

atrair os inventores para os seus quadros de empregados, passando elas a ser os grandes usuários do sistema, não fica difícil concluir que a gênese das empresas multinacionais deve muito a essa mesma internacionalização do sistema de patentes — afinal, a sua adoção por numerosos países segundo padrões legislativos uniformizados tem sido uma aliciadora garantia de investimentos além-fronteiras.

É por causa disso que o sistema está em mutação para a quarta fase. Os países subdesenvolvidos — que, em razão de uma certa ingenuidade aliada a um relativo desconhecimento da matéria, logo após a descolonização do pós-Guerra, aderiram, sem reservas, ao sistema internacional de patentes, visando obter tecnologia e capitais de risco dos países industrializados — descobriram, na década de 60, que, tal como está delineado, ele não serve para isso, porque para isso não foi feito. O sistema tornou-se num poderoso instrumento das empresas estrangeiras — e estas transferem tecnologia e capitais de acordo com os seus próprios interesses, e não com os dos países subdesenvolvidos que as acolhem. Ora, se o sistema de patentes serve para fortalecer essas empresas, sobretudo no que respeita à formação de reservas de mercado, então há que diminuir a força uniformizadora do sistema, para que os subdesenvolvidos possam nele introduzir modificações — não para mudar os seus destinatários, mas para melhor adequá-lo aos interesses desses países.

Vê-se, assim, que a internacionalização do sistema não foi realizada pensando numa classe especial de destinatários. Mas as restrições que os países subdesenvolvidos nele querem introduzir têm endereço certo: o das empresas estrangeiras (e dentre estas, com maior acentuação, as chamadas multinacionais).

5. O INVENTOR BRASILEIRO E O SISTEMA BRASILEIRO DE PATENTES

O que ficou dito na parte anterior levou em conta uma realidade própria dos países industrializados dos mundos capitalista e socialista, porque é neles que é mais nítida e comum a planificação das atividades de P&D, submetida à estratégia empresarial (ou estatal). Por isso, os exemplos legislativos reportaram-se, sem exceção, a esses países.

Mas será que isso serve para o Brasil — e, por extensão, para os outros países do Terceiro Mundo —, em suas realidades social e jurídica específicas?

É o que vamos ver.

O Brasil não cria tecnologia autóctone em quantidade e qualidade suficientes — esta é a triste realidade. O Brasil ainda é — e será durante um tempo indefinido — um país acentuadamente dependente de tecnologia importada.

Na verdade, a industrialização brasileira tem sido feita de um modo desequilibrado, o que dá origem à convivência de alguns poucos parques industriais modernos com métodos de produção generalizadamente artesanais.

Sendo relativamente restrito o mercado de consumo, as empresas brasileiras não se têm interessado em incorporar aos seus quadros grupos de P&D, com exceção de alguns grupos estatais (SIDERBRÁS, PETROBRÁS, TELEBRÁS etc.) e de empresas multinacionais.

Daí ocorre que o maior número de invenções — e, por conseguinte, de pedidos de patente — seja realizado por inventores isolados (48).

Veja-se o quadro a seguir:

QUADRO I

Pedidos de patentes de invenção depositados por:		
	N.º	%
Nacionais — Pessoas físicas	307	16,55
Nacionais — Pessoas jurídicas	243	13,11
Estrangeiros	1.304	70,34
Total	1.854	100

Fonte: *Revista da Propriedade Industrial* n.ºs 645 a 658 (período de 1.º-3-83 a 31-5-83)

Estes dados referem-se, como assinalado, aos pedidos de patente de invenção, os quais contêm, em tese, avanços tecnológicos dotados de relativa criatividade.

Seria, pois, de se esperar que o sistema brasileiro de patentes, levando em conta que, entre os nacionais, os inventores isolados são os que depositam um maior número de pedidos de patente, de alguma forma se lhes adequasse, não assumindo aqueles contornos de complexidade e de sofisticação já apontados para os sistemas dos países desenvolvidos (capitalistas e socialistas).

(48) Essa afirmação tem valor apenas relativo, pois há um grande número de invenções para as quais a Lei nº 5.772, de 1971, proíbe a expedição de patentes: produtos químicos; produtos alimentícios e farmacêuticos e respectivos processos de obtenção ou modificação; microorganismos; variedades vegetais. Ora, a maior parte dessas invenções necessita de instalações e equipamentos sofisticados, dos quais só a organização empresarial ou estatal pode dispor. No entanto, parece-me que a análise feita não deixa de ter interesse, porque este trabalho examina as figuras do usuário e do destinatário do sistema de patentes, não a do inventor.

Mas a Lei n.º 5.772/71 trilhou outros caminhos.

Em primeiro lugar, o § 2.º do art. 5.º diz que "O privilégio poderá ser requerido pelo autor, (...) ou eventuais cessionários (...)."

Portanto, o Código reconhece, desde logo, a possibilidade de terceiros se sub-rogarem nos direitos patrimoniais dos inventores. E, a exemplo do que dispõe a lei alemã, vai até mais longe: "Para efeito de concessão de patente, presume-se autor o requerente do privilégio" (art. 5.º, § 1.º) (49).

Significa isso que, já desde o início do processo administrativo de concessão de patente, a figura do inventor — e o seu direito a ela — é questão de ordem secundária, puramente incidental. Ou melhor, nem isso, uma vez que o Código retira do INPI a competência para examinar a autoria.

Em segundo lugar, o Código também dedica atenção detalhada ao regime jurídico das invenções de empregados, cuja regulamentação ocupa todo um capítulo (o Capítulo XIV do Título I, arts. 40 a 43).

Portanto, também aqui o legislador reconhece que um bom número de pedidos de patente surge em decorrência do exercício de obrigações funcionais.

Em terceiro lugar, esse Código instituiu um procedimento administrativo de concessão de patentes extremamente complexo, onde se podem contar até 52 (cinquenta e duas) fases (50) pelas quais um pedido poderá passar.

E, por fim, não se dá nenhum tratamento preferencial ao inventor isolado. Com efeito, em alguns países — sobretudo nos industrializados —, permite-se que o inventor que tenha dificuldades para enfrentar o ônus financeiro do processo administrativo, ou deixe de pagar as retribuições ou, pelo menos, não o faça durante um certo período. São exemplos de países que atribuem essa preferência: a Alemanha (art. 18), a Áustria (art. 171), a Dinamarca (concede moratória), a Finlândia (art. 42), a França (Decreto 79.822, art. 105) e a Itália (art. 51).

(49) Lei alemã de 1980, art. 7º, § 1º: "A fim de que o exame de fundo do pedido não seja retardado pelo estabelecimento da identidade do inventor, o depositante será considerado, durante o processo perante a repartição de patentes, como tendo legitimidade para requerer a expedição da patente." Em sentido contrário, a lei sueca, de 1967, alterada em 1983, art. 17, § 2º: "Se um litígio relativo ao direito legítimo sobre a invenção estiver em julgamento nos tribunais, o pedido de patente pode ser suspenso até que o litígio seja definitivamente solucionado pelo Judiciário."

(50) Estão aí computadas fases necessárias — como as de depósito, exame, deferimento e notificação para expedição da carta patente — e eventuais — exigências formais, arquivamentos, exigências técnicas, oposições, contestações, recursos etc.

A consequência dessas circunstâncias legais é óbvia, como dramaticamente exposto no seguinte quadro:

QUADRO II

Patentes de invenção expedidas para:		
	N.º	%
Nacionais — Pessoas físicas	65	3,2
Nacionais — Pessoas jurídicas	109	5,3
Estrangeiros	1.869	91,5
Total	2.043	100

Fonte: *Revista da Propriedade Industrial* n.º 702 a 723 (período de 3-4-84 a 28-8-84)

A simples comparação do Quadro II com o Quadro I dispensa argumentos muito elaborados para demonstrar que o sistema brasileiro de patentes não tem como destinatário o inventor isolado. Na verdade, se ele é responsável por 16,55% dos depósitos, ele apenas recebe 3,2% das cartas patentes de invenção. Não fosse sabermos disso, ficaríamos com uma certa perplexidade perante a inadequação do sistema — destinado ele também às organizações empresariais — à configuração daqueles que, em princípio (e levando-se em conta que o sistema de produção, no Brasil, ainda é acentuatamente artesanal), deveriam ser os seus destinatários.

Há, no entanto, contemporizações.

Por um lado, o Código manteve uma figura (completamente ultrapassada nas modernas legislações quer dos países industrializados, quer do Terceiro Mundo) que preserva a associação inventor/capitalista — trata-se da invenção mista (art. 52), cujo regime torna o empregado um sócio do empregador na divisão dos lucros decorrentes da exploração do invento por aquele desenvolvido, com utilização de dados e meios deste⁽⁵¹⁾.

Outra contemporização é a da adoção do modelo de utilidade definido pelo art. 10 como “toda disposição ou forma nova obtida ou introduzida em objetos conhecidos desde que se prestem a um trabalho ou uso prático”. É a pequena invenção, dotada de menor criatividade e com

(51) Mas a contemporização é relativa. Com efeito, o próprio art. 42 admite estipulações em contrário. E, como seria de se esperar, raras vezes os empregadores deixam de exigir a adoção dessas estipulações.

menor conteúdo tecnológico, pois se destina tão-somente a dar “melhor utilização à função” (art. 10, § 2.º) a que aqueles objetos se destinam.

A contemporização consiste no fato de que um dos requisitos da patenteabilidade é a existência da atividade inventiva, o “inventive step”: “The expression ‘inventive step’ conveys the idea that it is not enough that the claimed invention be new, that is, different from what exists in the state of the art, but that this difference must have two characteristics: it must be *inventive*, that is, the result of a creative idea and it must be a *step*, that is, it must be noticeable. A step is a noticeable distance. There must be a clearly noticeable distance between the state of the art and the claimed invention. Figuratively speaking, they cannot be side by side as two persons who walk together. There must be a difference. One person must be ahead of the other, at least one step, so that one can see clearly that they are not together. The claimed invention must, on the road leading to technical progress, be at least one step ahead of the state of the art” (52).

Ora, se para essas “pequenas invenções” se exigisse o mesmo grau de criatividade que se espera de uma invenção, poucos pedidos de patente de modelo de utilidade passariam pelo crivo do exame técnico.

O modelo de utilidade destina-se principalmente — mas não só — aos setores econômicos de uso intensivo de mão-de-obra, isto é, à produção artesanal (53).

Veja-se, a seguir, o quadro:

QUADRO III

Pedidos de patentes de modelos de utilidade depositados por:		
	N.º	%
Nacionais — Pessoas físicas	267	64,65
Nacionais — Pessoas jurídicas	137	33,17
Estrangeiros	9	2,18
Total	413	100

Fonte: *Revista da Propriedade Industrial* n.º 645 a 658 (período de 1.º-3-83 a 31-5-83)

(52) *Legal Training Course on Patents*, ob. cit., conferências 6 e 7, p. 14.

(53) BARBOSA, A. L. Figueira. *Apontamentos para um estudo sobre tipos de patentes*. Fund. Getúlio Vargas, EIAP, 1983.

O Quadro III é eloquente: o modelo de utilidade tem como usuário principal o inventor independente.

Mas também aqui a contemporização é apenas relativa. Com efeito, apesar de as anuidades para manutenção dos direitos de patentes de modelo de utilidade serem mais baixas do que as relativas às patentes de invenção, e apesar de o exame técnico ser menos rigoroso quanto ao aspecto da criatividade, o procedimento administrativo para a concessão da patente de modelo de utilidade é comum ao da patente de invenção.

Assim, se é "fácil" criar um modelo de utilidade, não sendo necessários conhecimentos técnicos profundos nem sofisticados equipamentos de laboratório, é "difícil" obter a respectiva carta patente.

O que ocorre é que o inventor isolado, além de ser bastante onerado no acompanhamento do processo administrativo, realiza invenções economicamente pouco importantes.

A conseqüência disso é que ele requer muitas patentes mas, desiludido, desiste de obtê-las, como mostra o seguinte quadro:

QUADRO IV

Pedidos de patentes de modelos de utilidade arquivados por falta de exame (art. 18, § 2.º):		
	N.º	%
Nacionais — Pessoas físicas	243	74,31
Nacionais — Pessoas jurídicas	77	23,54
Estrangeiros	7	2,15
Total	327	100

Fonte: *Revista da Propriedade Industrial* n.ºs 645 a 658 (período de 1.º-3-83 a 31-5-83)

Portanto, se os inventores isolados representaram, no 2.º trimestre de 1983, 54,65% dos requerentes de pedidos de patentes de modelos de utilidade divulgados pela *Revista da Propriedade Industrial*, esses mesmos inventores, naquele período, deixaram de requerer o exame em 74,31% dos casos! (54)

(54) O sistema brasileiro de patentes adota o exame diferido, ou seja, o exame técnico só é feito a pedido do depositante ou de terceiro, no prazo de 24 meses, contados da data da publicação. Esse mesmo sistema é seguido pela Alemanha, pelo Japão e, muito recentemente, pela Austrália, entre outros países.

E o resultado é este:

QUADRO V

Patentes de Modelo de Utilidade expedidas para:		
	N.º	%
Nacionais — Pessoas físicas	70	48,9
Nacionais — Pessoas jurídicas	65	45,5
Estrangeiros	8	5,6
Total	143	100

Fonte: *Revista da Propriedade Industrial* n.º 702 a 723 (período de 3-4-84 a 28-8-84)

Vê-se por aí que a percentagem de patentes de modelo de utilidade expedidas para os inventores isolados nacionais decai muito, se comparada com a dos depósitos⁽⁵⁵⁾.

O que nos leva a pensar se o legislador não previa que o instituto criado para favorecer a criação técnica artesanal estaria longe de corresponder às expectativas do inventor isolado. Mas à frente se verá que o legislador não deve estar decepcionado, pois o modelo de utilidade foi introduzido no Código de 1971, não tendo por destinatário esse inventor.

6. OBSERVAÇÕES FINAIS

6.1. *A atitude de ignorar o inventor isolado é deliberada*

Recentemente, de 21 a 24 de maio de 1984, reuniu-se uma Conferência internacional sobre a situação dos inventores, promovida pela OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) e pela FIAI (Federação Inter-

(55) O modelo de utilidade é adotado por algumas (mas poucas) outras legislações: a alemã, a francesa e a japonesa, por exemplo. A lei alemã prevê um exame limitado aos aspectos formais, o que leva a que a expedição do certificado seja feita num período de três meses (RUIFANG, Chen, "The utility model system and its benefits for China — some deliberations based on German and Japanese legislation, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 14, nº 4, 1983, p. 498). Também a lei francesa se restringe a impor um exame meramente formal — para os certificados de utilidade não se expedem os "avis documentaires" (CHAVANNE, Albert e BURST, Jean-Jacques, ob. cit., p. 105). Mas no Japão seguiu-se orientação diversa, sendo os modelos de utilidade submetidos a um processo administrativo semelhante ao das patentes de invenção. O resultado disso é o seguinte: em 1978 foram depositados 183.731 pedidos de modelo de utilidade, mas só houve 111.039 requerimentos de exame; em 1979, os pedidos foram 185.455 e os requerimentos de exame foram 100.569; e, em 1980, houve 191.785 depósitos e apenas 106.861 petições de exame ("Introduction to industrial property system", Tóquio, setembro de 1981, ed. mimeografada de The Japanese Patent Office, The Japan International Cooperation Agency e The Japan Institut of Invention and Innovation).

nacional das Associações dos Inventores). Nessa conferência, "De nombreux participants ont estimé que toutes les législations sur les brevets devraient exiger qu'une demande de brevet soit déposée par l'inventeur lui-même, que le délai de protection conféré par le brevet dans de nombreux pays est excessivement court, et qu'il conviendrait de réduire le coût et la complexité de la procédure en matière de brevets, dans l'intérêt de l'inventeur indépendant" (56).

Ora, como ficou dito, seria natural que essas reclamações fossem feitas em relação à legislação dos países industrializados, uma vez que aí a produção tecnológica não é artesanal e, portanto, a legislação deve levar em conta esse fato.

Vimos, entretanto, que a mesma crítica pode ser feita com relação ao sistema brasileiro de patentes. E a pergunta que normalmente se coloca é: por quê? Será que o legislador brasileiro "legislou mal", deixando de atender, por erro, aos interesses dos inventores independentes, ou será que ele deixou de fazê-lo propositadamente?

A resposta é quase óbvia: a atitude do legislador é propositada. VANNEVAR BUSH, no artigo já citado, diz: "The object of the patent law is not to reward an inventor. Rather, the law aims to encourage venture capital to undertake the often great risks and expenditures necessary to develop an invention and put it on the market" (57). Do Relatório Oficial do Governo Indiano para a revisão da lei de patentes, datado de 1959, consta a seguinte afirmação: "Patent systems are not created in the interest of the inventor but in the interest of national economy. The rules and regulations of the patent systems are not governed by civil or common law, but by political economy" (58).

Vamos ver agora as razões disso.

"Patents have been of great importance to Japan, and it would indeed be tragic if through bitter dialogue patent systems were destroyed, depriving both the developing countries from a major input of technology and also industrialized countries from the rewards of exporting the technology" (59).

TANABE e WEGNER põem a nu um dos grandes objetivos do sistema internacional de patentes: o fluxo internacional de tecnologia.

Com efeito, os países do Terceiro Mundo já superaram o conceito de que a patente serve de incentivo à invenção: "(...) se hoje se extinguir o

(56) *La Propriété Industrielle*, 1984, p. 274.

(57) BUSH, Vannevar, *trab. cit.*, p. 28.

(58) *Apud* VAITSOS, Constantine V., "Patents revisited: their function in developing countries", trabalho apresentado em 1971 ao Secretariado do Mercado Comum Andino, ed. mimeografada, s/d, RJ, Fund. Getúlio Vargas, ETAP.

(59) TANABE, Tetsu e WEGNER, Harold C. *Japanese Patent Law*, Tóquio, AIPPI Japan, 1979, p. 1.

sistema de patentes em metade (ou mais) dos países do Terceiro Mundo, não serão muitos os nacionais desses países a serem prejudicados. A situação é semelhante à de um país desértico que criasse um direito especial sobre exploração e comercialização de água. Se se extinguisse esse direito, ninguém sairia imediatamente prejudicado por absoluta falta de objeto. Os únicos ofendidos seriam os estrangeiros exportadores de água para esse país" (60).

Deste modo, os dados constantes do Quadro II, acima, não revelam uma *disfunção* do sistema brasileiro de patentes, pois o fato de 91,5% das cartas patentes de invenção serem expedidas para estrangeiros não é um resultado meramente consentido: é um resultado desejado.

Na verdade, a articulação do sistema brasileiro de patentes com os sistemas nacionais de outros países, através da Convenção da União de Paris, visa dar "maior facilidade e mais segurança para a transferência de tecnologia; criação de condições ao investimento estrangeiro" (61).

Já o I PND, atrás citado, se referia à política de patentes, no País e no exterior, tendo como objetivo a aceleração e orientação da transferência de tecnologia. Também a Exposição de Motivos da Lei n.º 5.772/71 falava em "proporcionar melhores condições de absorção e adaptação da tecnologia importada".

Ora, para que o Brasil possa ser um parceiro confiável nas relações internacionais atinentes à tecnologia, não poderia deixar de aceder ao sistema internacional, com os ônus decorrentes. E o principal ônus é o da relativa uniformização das legislações de patentes. O que significa que, pelo menos nalguns pontos fundamentais, a lei brasileira tem que seguir padrões legislativos internacionais, iguais aos dos países desenvolvidos — onde o inventor-artesão, como se viu, deixou de ser o destinatário do sistema de patentes.

6.2. *No ordenamento jurídico brasileiro, não é só o sistema de patentes que ignora o inventor isolado*

Por outro lado, o sistema brasileiro de patentes não atende os interesses do inventor isolado e nem poderia fazê-lo, sob pena de destoar de todo o complexo legislativo atinente ao desenvolvimento tecnológico do País, o qual privilegia a organização empresarial, ignorando pura e simplesmente o inventor independente.

Algumas circunstâncias relevam aqui e demonstram bem o afirmado.

Não é por acaso que a legislação tributária brasileira não concede qualquer incentivo fiscal ao pesquisador isolado mas apenas à pessoa jurídica (Regulamento do Imposto de Renda, art. 229; Lei 4.506/64, art. 53). E

(60) CARVALHO, Nuno T. P. de. "O sistema de patentes: um instrumento....", cit., p. 220.

(61) *Idem*, p. 252.

incluem-se aí os esforços de invenção e de inovação, pois também se consideram operacionais as despesas com "administração ou venda" (RIR, *caput* do art. 229).

Não é por acaso também que o III Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PBDCT), aprovado pelo Decreto n.º 85.118, de 3-9-80, aponta como um de seus objetivos "buscar meios de promover as invenções nacionais patenteadas, inclusive pelo financiamento ao desenvolvimento de novos produtos e empreendimentos industriais" (Anexo, Propriedade Industrial).

Ora, os principais órgãos federais de "financiamento ao desenvolvimento" tecnológico são o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), ambas entidades empresas públicas, a primeira vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio e a segunda, à Secretaria do Planejamento da Presidência da República.

No estatuto do BNDES (aprovado pelo Decreto n.º 73.713/74) lê-se que o banco poderá atuar "como agente da União, Estados e Municípios, assim como de entidades autárquicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e organizações privadas" (art. 7.º). É o estatuto da FINEP (aprovado pelo Decreto n.º 75.472/75) dispõe que "Para atingir a sua finalidade poderá a FINEP conceder a pessoas jurídicas brasileiras, de direito público ou privado, financiamento sob a forma de mútuo, de abertura de crédito, ou, ainda, de participação no capital social respectivo" (art. 4.º, I).

Ou seja, ao inventor isolado estão vedados recursos governamentais para as suas atividades de pesquisa aplicada. Esses recursos estão legalmente destinados às pessoas jurídicas. Ou, para ser mais claro: atividade do inventor independente, enquanto tal, é irrelevante para o ordenamento jurídico brasileiro. Tudo se passa como se ele não existisse.

Além disso, se o sistema de patentes fosse destinado à pessoa física, não seria necessária, a criação, em alguns países, de agências governamentais que auxiliam o inventor independente a usar o sistema. É o caso, no Japão, do Instituto Japonês para a Invenção e a Inovação⁽⁶²⁾; no Egito, da Agência de Desenvolvimento das Inovações⁽⁶³⁾; nas Filipinas, da Comissão dos Inventores Filipinos⁽⁶⁴⁾; e, no Brasil (mais precisamente, no Estado de São Paulo), do Serviço Estadual de Assistência aos Inventores.

Com algumas diferenças (mais de forma do que de fundo), essas entidades auxiliam o inventor isolado no acompanhamento dos processos de

(62) Ver RAHN, Guntram, "The role of industrial property in economic development: the japanese experience", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 14, n.º 4/1987, p. 470.

(63) *La Propriété Industrielle*, 1976, p. 302.

(64) Essa Comissão foi criada pela Lei n.º 3.850, de 1964, alterada pelo Decreto n.º 1.423, de 1978.

pedidos de patente; servem de intermediários na obtenção de créditos para o aperfeiçoamento das invenções; e orientam o inventor na busca de mercado para as suas invenções.

O incentivo ao inventor independente está sendo cada vez mais realizado através de meios complementares, pela instituição de medalhas, de feiras nacionais e internacionais, de concursos etc. Quanto ao sistema de patentes, ele está fora de cogitação como meio de incentivo ao inventor.

Claro que se o legislador quisesse — e esqueçamo-nos por um momento da vinculação internacional do sistema de patentes —, ele poderia adotar mecanismos legais de apoio ao inventor independente, facilitando a concessão da patente para as invenções de sua autoria. Mas, nesse caso, não se poderia evitar que ele intervisse no processo administrativo como um mero “testa de ferro” de organizações empresariais interessadas em se beneficiar dessas facilidades, pois condicionar estas à intransmissibilidade do direito seria reduzir praticamente a zero a utilidade econômica da patente.

O legislador brasileiro não o fez. Pelo contrário, afirmou expressamente que o sistema de patentes se destina à empresa. Veja-se, para afastar quaisquer dúvidas, o que afirma a Exposição de Motivos do Código:

“Constitui inovação importante considerar como privilegiável o modelo de utilidade por representar forte estímulo ao pequeno e médio industrial nacional.”

Aí está: até o modelo de utilidade é estímulo ao “pequeno e médio industrial nacional”. Não ao inventor isolado. Daí que, como disse atrás, a instituição do modelo de utilidade não passe de uma relativa contemporização do sistema em face do interesse do inventor independente.

6.3. *O sistema de patentes tem como principal função o incentivo à inovação. Por isso se impõe ao titular da patente o ônus da exploração*

Num excelente trabalho, HAFSTAD, então dirigente das atividades de pesquisa da General Motors, diz o seguinte: “In my personal opinion: much of the current controversy about our patent system arises because this recognition of the distinction between invention and innovation is at odds with popular American folklore and mythology, and the hopes and dreams of individual inventors. (...) As the American dream has it, based on conditions a century ago, the lone basement or backyard inventor gets a simple, novel, but revolutionary idea, like putting a wiggle in the hairpin wire, gets a patent, and his fortune is made. In such simple cases invention and innovation are synonymous. In this day and age, however, especially for industrial applications based on modern science, most inventions involve much more sophisticated ideas. It is not so much that the inventive process itself has changed, as that the innovation component of the over-all process is assuming a continually increasing role. Invention is still absolutely essential,

for this triggers the rest of the process, but we now need at least equal incentive for the innovation in addition" (65).

É isso o que o sistema de patentes faz: ele dirige-se ao inovador, não ao inventor.

Por isso é que há uma preocupação generalizada com a necessidade de se induzir o titular da patente à exploração do seu objeto. Essa preocupação reflete-se na Convenção da União de Paris, art. V, § 2.º: "(...) cada um dos países contratantes terá a faculdade de adotar medidas legislativas necessárias à prevenção dos abusos que puderem resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, por exemplo, por falta de uso" (66).

São exemplos de países que impõem a exploração do objeto da patente:

África:

Países da OAPI (Organização Africana da Propriedade Intelectual): Camarões, República Centro-Africana, Congo, Gabão, Costa do Marfim, Mauritânia, Níger, Senegal, Togo e Benin; além deles, África do Sul, Argélia, Egito, Líbia, Malawi, Marrocos, Nigéria, Sudão, Tunísia, Zâmbia e Zimbábwe.

América:

(do Norte): Canadá e México; (Central e Antilhas): Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Guatemala, Nicarágua, Panamá; (do Sul): Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

Ásia:

Irã, Iraque, Jordânia, Líbano, Israel, Turquia, Síria, Filipinas, Índia, Japão, China, Coreia (do Sul), Paquistão, Singapura, Tailândia e Taiwan.

Europa:

Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Islândia, Inglaterra, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Mônaco, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça, República Federal da Alemanha, Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia, República Democrática Alemã e Tchecoslováquia.

Oceania:

Austrália e Nova Zelândia.

A lista não esgota, evidentemente, os países que impõem a exploração do objeto da patente. Mas dá uma idéia bastante nítida de que um número expressivo de sistemas parte do princípio de que a patente contempla não a invenção, mas a inovação. Portanto, se o produto não é colocado no mercado é porque o titular não exerceu a atividade para a qual (ou em

(65) HAFSTAD, Lawrence R. "Lay comments on the proposed patent law", *Research Management*, março/1969, pp. 110-111.

(66) A redação é da revisão da Haia, de 1925.

razão da qual) a patente lhe foi concedida. As sanções para a falta de exploração variam de uma legislação para outra, mas a fundamentação é a mesma.

Se o destinatário do sistema fosse o inventor, então não se justificaria aquela exigência. A simples existência da invenção e a conseqüente divulgação, através do registro público, já justificariam, por si sós, a patente.

O que decorre daí?

Acontece que, se o inventor isolado não se associar a capitais (através do licenciamento da patente) ou não vender os seus direitos, o objeto da patente não será explorado por falta de recursos — e o inventor fica sujeito às sanções legais (dependendo dos países, poderá até perder os seus direitos patrimoniais, via anulação, revogação ou caducidade).

6.4. *O sistema brasileiro de patentes à luz da Constituição: por um lado, em face do § 24 do art. 153, o sistema não é um direito premial; mas, por outro, em face do art. 160, o sistema não podia deixar de se destinar preferencialmente ao inovador*

Cabe agora uma observação final.

A função direta e imediata do sistema de patentes é garantir a inovação, enquanto atividade empresarial. E, como tentei mostrar, a lei brasileira segue o mesmo critério, dirigindo-se ao inovador como principal destinatário.

Poderia então cogitar-se que, em face da redação do § 24 do art. 153 da Constituição Federal, todo o sistema brasileiro de patentes estaria eivado de inconstitucionalidade.

Com efeito, dispõe-se aí que “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização (...)”. Então, a Constituição teria determinado ao legislador que elegeesse o autor de inventos como principal destinatário da lei a ser elaborada. E, assim, a complexidade do procedimento administrativo, a exigência da exploração, a imposição de anuidades e de retribuições, entre outras medidas, ao afastarem o inventor da utilização do sistema, ofenderiam o preceito constitucional. A garantia individual, o direito fundamental, não poderiam ser preteridos em favor da sua transformação em ativo de empresa. Preocupar-se o legislador ordinário com o inovador seria predestinar a faculdade (ou, mais rigorosamente, o comando) que o constituinte lhe determinou. A referência do texto constitucional à utilização do privilégio seria uma mera definição do direito, não uma imposição de uso (onde implicitamente estaria referido o inovador). O que significaria que o privilégio alcançaria tão-somente a utilização econômica da invenção, e não outras regalias, tais como benefícios fiscais, recompensas em dinheiro, honrarias etc.

Entretanto, o raciocínio serve apenas para descaracterizar o sistema de patentes enquanto direito premial, mas não para feri-lo de inconstitucionalidade, como um todo.

Vale a pena determo-nos um pouco sobre isso.

A norma jurídica do sistema de patentes tem por objeto a valoração de uma conduta, embasada numa regra jurídica, e incorpora-se numa lei-preceito de comando.

Num quadro, exemplificando:

QUADRO VI

	Objeto	Conteúdo	Mensagem
	Realidade	O que é	"as invenções contribuem para o desenvolvimento econômico"
Regra de direito			
Norma jurídica	Valoração	O que deve ser	"as invenções devem ser incentivadas"
Lei	Comando	O que tem que ser	"ao inventor será concedido um privilégio temporário"

Assim, o legislador parte de um conhecimento (experimental ou empírico) da realidade social: as invenções contribuem para o desenvolvimento econômico (regra).

Ora, se o efeito das invenções é positivo, então a sua criação deve ser incentivada (norma).

A partir daí, o legislador institui o comando legal: ao inventor que o pedir, será concedido um privilégio temporário (lei) — o preceito é, portanto, dirigido à Administração Pública (que *tem que* conceder o privilégio, uma vez observadas as condições estabelecidas) e à sociedade (que *tem que* respeitar a exclusividade do direito concedido ao inventor).

Mas à lei de nível constitucional cabe absorver aquelas normas fundamentais que têm marcado conteúdo ideológico. Isto é, não se pode admitir a existência de uma norma fundamental de mera validade. Quando os constituintes norte-americanos se reúnem para estabelecer os preceitos básicos da propriedade, por exemplo, eles estão de antemão adstritos a definir um regime para a propriedade *privada*. A norma fundamental não é, afinal, hipotética e meramente autorizativa; ela é regra de valoração do modo coletivo de sentir da sociedade que escolhe aqueles constituintes; portanto, a norma fundamental antecipa-se ao conteúdo dos preceitos que eles vão apenas formalizar.

Assim, logo na aferição da regra jurídica, o legislador submete-se aos valores ideológicos. Então, em determinando a Constituição que um dos objetivos da ordem jurídico-econômica é o desenvolvimento (art. 160), deve o legislador ater-se àquelas regras que levam à sua realização. É, pois, assimilável como regra que "as invenções contribuem para o desenvolvimento

econômico”, e não que “as invenções aumentam os lucros dos capitalistas”, porque — ainda que isso seja verdade — o conteúdo ideológico da lei constitucional não é o de favorecer um setor da sociedade mas sim o de promover o desenvolvimento econômico harmonioso e integrado (isto é, obedecendo ao princípio da justiça social, também ele expresso no art. 160).

Entretanto, se a patente não leva a um monopólio de produção, ela gera um monopólio de método de produção⁽⁶⁷⁾, e, por conseguinte, permite que, em certos casos, o seu titular atue no mercado em condições monopolísticas, o que afeta profundamente o ideal liberal da livre concorrência. Ora, se a patente é, nesse sentido, um *mal*, não importaria indagar se ela é um mal maior ou menor. Já que o que está em jogo é a própria organização econômica e jurídica do mercado, não interessaria a qualificação gradativa do mal, mas a sua própria existência. Foi este tipo de argumento que levou a Holanda, em 1869, a revogar a sua lei de patentes (instituída em 1809 e reintroduzida em 1912)⁽⁶⁸⁾.

Por outro lado, e em consequência disso, o sistema de patentes deixaria de perseguir um *justo* que lhe fosse intrínseco. O justo estaria nos fins a perseguir. Portanto, aí também o legislador estaria autorizado a eliminar o sistema de patentes, se entendesse haver outros meios mais eficazes de atingir o desenvolvimento econômico. Poderia o legislador, por exemplo, preferir incentivar a acumulação extensiva de capital, prejudicando a acumulação intensiva, em formulação de uma política de pleno emprego.

Ou, ainda, se a eficácia fosse o *leitmotiv* do sistema de patentes, não haveria obstáculos a que o legislador brasileiro promovesse os inventores de outras formas, atrás referidas: adoção de prêmios em dinheiro, recompensas honoríficas etc.

Acontece, no entanto, que, em face do texto do § 24 do art. 153 da Constituição Federal, não foram deixadas opções para o legislador ordinário. O constituinte brasileiro, respeitando a ideologia liberal, consagrou o respeito ao direito patrimonial do inventor como *garantia individual*. Preserva-se, dessa forma, o interesse do cidadão-inventor, não importando em que é que a sociedade se vai beneficiar com isso. Mesmo que, por absurdo, aquela regra jurídica, atrás citada, viesse a ser invertida — “as invenções prejudicam o desenvolvimento econômico” —, não poderia o legislador, sob pena de inconstitucionalidade, recusar a concessão de patentes aos autores de inventos.

Portanto, o sistema de patentes não constitui um direito premial.

Imaginemos agora que o legislador, ao compulsar a realidade social do país, aferiu a seguinte regra: “a invenção, por si só, não interfere no

(67) LABINI, Paolo Sylos, ob. e loc. cit.

(68) *O Papel do Sistema de Patentes na Transferência de Tecnologia aos Países em Desenvolvimento*. Trad., adapt. e org. por LUSTOSA, João Augusto. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1971, anexo 1.

desenvolvimento nacional; a inovação, sim, cu porque introduz novos produtos para atender uma demanda insatisfeita, ou porque aperfeiçoa qualitativa e quantitativamente os produtos já existentes, barateando até os custos e, por consequência, fazendo baixar os preços e provocando investimentos, com a consequente geração de demanda de mão-de-obra". Imaginemos ainda que o legislador descobriu que o autor de inventos, enquanto mero autor, não pode inovar — a não ser em casos raros e fortuitos, como o exemplo atrás citado por HAFSTAD —, pelo que não lhe cabe dar função social à propriedade que a patente garante. O que é que esse legislador faria?

Ele faria o que o legislador brasileiro fez: dedicaria a sua atenção ao inovador, porque é este que melhor concorre para o desempenho do princípio constitucional do desenvolvimento nacional. Se o autor dos inventos e o inovador forem a mesma pessoa, tanto melhor. Claro que não se nega ao inventor isolado o direito de requerer patentes: a negativa seria gritantemente inconstitucional. Mas já que a importância econômica desse inventor é insignificante, necessário foi dar relevo ao inovador. O contrário disso é que seria inconstitucional.

6.5. O texto aprovado pela Constituinte

No que toca ao texto do § 33 do art. 6.º (69), tal como aprovado, em primeira votação, pelo Plenário da Constituinte, parece-me oportuno fazer as seguintes considerações:

a) É de se elogiar a relativa clareza do texto agora aprovado, sobretudo se comparado com o texto inicial aprovado pela Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Relator: Senador José Paulo Bisol — PMDB — RS) e reproduzido no Anteprojeto relatado pelo Dep. Bernardo Cabral (70).

Fora os erros aí contidos (erros esses provenientes de um certo desconhecimento da matéria), o texto implicava ainda na incidência em *inconstitucionalidade da Convenção da União de Paris*, ao pôr de lado o princípio da igualdade de tratamento de nacionais e estrangeiros.

O que mais de positivo encontro no presente texto é a superação da ambigüidade (por mim salientada, neste e em outros trabalhos) existente na Constituição em vigor, ao reservar aos inventos tratamento específico

(69) Art. 6º

§ 33. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social do País e o seu desenvolvimento tecnológico e econômico.

(70) Art. 6º

§ 49. A lei assegurará aos autores de inventos industriais o privilégio temporário para a sua utilização, bem como a propriedade das marcas e patentes de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial.

no Capítulo dos Direitos Individuais, ao mesmo tempo em que a Ordem Econômica era submetida a valores de natureza coletiva.

A referência ao interesse social do País e ao seu desenvolvimento tecnológico e econômico ultrapassa, pois, o teor meramente autorizativo, impondo-se, imperativamente, ao legislador ordinário. A natureza instrumental da propriedade industrial surge, assim, inequívoca.

b) Entretanto, em dois pontos, o texto aprovado pelo Plenário poderia ser melhorado.

O primeiro ponto diz respeito, talvez, a uma simples questão de conceituação, ou melhor, de terminologia.

O § 33 começa por dizer que “A lei assegurará aos autores de *inventos industriais* privilégio temporário para sua utilização” e, a seguir, acrescenta: “bem como proteção às *criações industriais*”.

Ora, o invento é uma das espécies das criações industriais (as outras são modelos de utilidades, os modelos e desenhos industriais, os segredos industriais, o *Software*). Portanto, poderia a Constituinte seguir um de dois caminhos:

— ou eliminava a referência expressa aos inventos (o que teria a vantagem de retirar a expressão “privilégio” que, herdada da terminologia medieval, hoje nada significa), limitando-se a assegurar a proteção às criações industriais como um todo, desta forma a redação ficaria assim:

“A lei assegurará a proteção às criações industriais (. . .)”;

— ou, então, adotava o seguinte texto:

“A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às *outras* criações industriais” (grifei a palavra que deveria ser acrescentada).

O segundo ponto diz respeito aos sinais distintivos.

Em primeiro lugar, destoa do conjunto do texto a definição do regime jurídico relativo às marcas. Isto, porque, com relação aos outros institutos, o Constituinte não faz qualquer definição.

Parece-me, portanto, que, para manter o parágrafo coerente, deveria ser eliminada a palavra *propriedade*.

Em segundo lugar, não se justifica, a meu ver, o destaque das marcas e dos nomes comerciais num texto constitucional. Em nome da síntese e da clareza, acredito que o texto ideal seria o seguinte:

“A lei assegurará a proteção às criações industriais e aos signos distintivos, tendo em vista o interesse social do País e o seu desenvolvimento tecnológico e econômico.”

BIBLIOGRAFIA

- ASHTON, T. S. *A Revolução Industrial*. 4ª edição. Lisboa. Publicações Europa-América, s/d.
- BARBOSA, A. L. Figueira. *Apontamentos para um estudo sobre tipos de patente*. Fund. Getúlio Vargas, EIAP, 1983.
- BUSH, Vannevar. "Of inventions and inventors". *Research Management*, julho/71, pp. 27-36.
- CARVALHO, Nuno T. P. de. "O sistema de patentes: um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento". *Revista de Informação Legislativa*, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, pp. 213-258.
- — "Anotações ao Código da Propriedade Industrial (arts. 1.º a 58 — patentes)". *Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n. 82, abr./jun. 1984, pp. 245-332.
- — "O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, n. 52 (nova série), out./dez. 1983, pp. 34-43.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1946.
- CHAVANNE, Albert e BURST, Jean-Jacques. *Droit de la Propriété Industrielle*. 2ª ed., Paris, Dalloz, 1980.
- CHOATE, Robert A. *Patent Law, Trade Secrets, Copyrights, Trademarks — Cases and Materials*. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins." *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, n. 47 (nova série), jul./set. 1982, pp. 41-53.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. "A função social da propriedade". *Revista de Direito Público*, n.ºs 55/56, jul./dez. 1980, pp. 308-320.
- FRANCESCHELLI, Remo. *Trattato di Dritto Industriale*. Milão, Giuffrè, 1973, reimpresão.
- FRANCO, Luigi di. *Trattato della Proprietà Industriale*. Milão, Soc. Editrice Libreria, 1933.
- GALBRAITH, John Kenneth. *O Novo Estado Industrial*. São Paulo, Abril Cultural, 1982.
- HAFSTAD, Lawrence R. "Lay comments on the proposed patent law". *Research Management*, março/1969, pp. 107-121.
- HAUSSER, E. "L'inventeur: le parent pauvre de la nation?", *La Propriété Industrielle*, 1981, pp. 27-33.
- HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. São Paulo, Visão, 1983.
- HEMMERLING, J. "L'évolution de l'activité inventive en République Démocratique Allemande", *La Propriété Industrielle*, 1979, pp. 47-50.
- HIANCE, Martine e PLASSERAUD, Yves. *Brevets et Sous-Développement — La Protection des Inventions dans le Tiers-Monde*. Paris, Librairies Techniques, 1972.
- — "Introduction to industrial property system", Tóquio, set. 1981, ed. mimeografada de The Japanese Patent Office, The Japan International Cooperation Agency e The Japan Institute of Invention and Innovation.

- KRESALJA, R. B. "La propriété industrielle au Pérou", *La Propriété Industrielle*, 1983, pp. 167-179.
- LABINI, Paolo Sylos. *Oligopólio e Progresso Técnico*. São Paulo, Abril Cultural, 1984.
- *Legal Training Course on Patents*, publicação OMPI n.º 628, Genebra, 1981.
- LUSTOSA, João Augusto. *O Papel do Sistema de Patentes na Transferência de Tecnologia aos Países em Desenvolvimento*. Trad., adapt. e org. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1971.
- MAKSAREV, Y. E. "L'essor de l'activité inventive en Union Soviétique" *La Propriété Industrielle*, 1978, pp. 154-162.
- OSER Jacob e BLANCHFIEL, William. *História do Pensamento Econômico*. São Paulo, Atlas, 1983.
- PIRENNE, Henri. *História Econômica e Social da Idade Média*. São Paulo, 5ª ed., Mestre Jou, 1978.
- PLASSERAUD, Yves e SAVIGNON, François. *Paris 1883 — Genèse du Droit Unioniste des Brevets*. Paris, Librairies Techniques, 1983.
- PRETNAR, S. "La protection de la propriété industrielle et l'ordre sociale". *La Propriété Industrielle*, 1981, pp. 129-149.
- RAHN, Guntram. "The role of industrial property in economic development: the Japanese experience". *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 14, n.º 4/1983, pp. 449-492.
- REMICHE, Bernard. "Le rôle du système de brevet dans le progrès économique". *Annales de Sciences Économiques Appliquées*. Univ. Cat. de Louvain, vol. 33, n. 2, 1976/1977, pp. 91-106.
- RUIFANG, Chen. "The utility model system and its benefits for China — some deliberations based on German and Japanese legislation." *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 14, n.º 4, 1983, pp. 493-507.
- SOUZA Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- SZÁNTÓ, B. "Aspects théoriques et pratiques de l'innovation planifiée en Hongrie". *La Propriété Industrielle*, 1982, pp. 322-327.
- TANABE, Tetsu e WEGNER, Harold C. *Japanese Patent Law*. Tóquio, AIPPI Japan, 1979.
- VAITSOS, Constantine V. "Patents revisited: their function in developing countries", trabalho apresentado ao Secretariado do Mercado Comum Andino, ed. mimeografada, s/d, Rio de Janeiro, Fund. Getúlio Vargas. EIAP.
- *Vers une Erosion du Droit des Brevets d'Invention? — Nairobi 1981*. Paris, Librairies Techniques, 1982.
- ZACHARIASSEN, J. "Encouragement of inventiveness and innovation in developing countries". World Symposium on the Importance of the Patent System to Developing Countries, public. OMPI n.º 638 (E). Genebra, 1977, pp. 237-245.
- Fontes de Consulta da legislação estrangeira.
- *Lois et Traités de Propriété Industrielle*, public. OMPI, Genebra.
 - *Manual for the Handling of Applications for Patents, Designs and Trademarks throughout the World*, ed. Octrooibureau Los En Stigter, Amsterdam.

A política de informática e a Lei n.º 7.646, de 18-12-1987

ANTÔNIO CHAVES

Presidente do Instituto Interamericano de
Direito Autoral — IIDA. Conselheiro da
Federação Interamericana de Advogados

S U M A R I O

PARTE I

*Programação Cibernética Brasileira.
Política. Estrutura. Órgãos*

*1. Programação cibernética. Importância, principal-
mente para os países em desenvolvimento. 2. A Política
Nacional de Informática.*

PARTE II

Critérios Legislativos

*3. Vista pelas principais leis estrangeiras. 4. Um
parto doloroso e polémico. 5. Fundamentos da orientação
"oficial". 6. Críticas. 7. A jurisprudência antecipou-se à
lei.*

PARTE III

A Lei nº 7.646, de 18-12-1987

TÍTULO I

Disposições Preliminares

*8. A proclamada liberdade de produção e comerciali-
zação de programas. 9. O regime de proteção é o do di-
reito autoral. Relevância. 10. Vantagens e inconvenientes.*

TÍTULO II

Da Proteção dos Direitos de Autor

11. *Prazo de proteção.* 12. *Proteção independentemente de registro.* 13. *Garantias aos estrangeiros domiciliados no exterior.* 14. *Registro.* 15. *Direitos do criador do software.* 16. *Software criado sem relação de dependência.* 17. *Modificações tecnológicas e derivações.*

TÍTULO III

Do Cadastro

18. *Cadastro. Indispensabilidade, para a comercialização.* 19. *Empresas "não nacionais".* 20. *Similaridade de programas.* 21. *Cadastramento de programa a empresas não nacionais.*

TÍTULO IV

Da Quota de Contribuição (Remissão)

TÍTULO V

Da Comercialização

22. *Obrigações do titular dos direitos.* 23. *Regras que regem os contratos de licença ou cessão.* 24. *Responsabilidade do titular dos direitos de comercialização.* 25. *Reserva de comercialização a empresas nacionais.* 26. *Aprovação e averbação a atos e contratos.* 27. *Licença de importação ou internamento.*

TÍTULO VI

Disposições Gerais

28. *Transferência de tecnologia. Averbação dos contratos. Pagamento de royalties.* 29. *Incentivos fiscais.* 30. *Ações de nulidade de registro. Sigilo.*

TÍTULO VII

Das Sanções e Penalidades

31. *Violações ao direito de autor do software. Comercialização de programas estrangeiros não cadastrados.* 32. *Ação penal.* 33. *Ações cíveis.*

TÍTULO VIII

Das Prescrições

34. *Prescrição. O prazo é de cinco anos.* 35. *Balanço da lei. Perspectivas.*

PARTE I — Programação cibernética brasileira. Política. Estrutura. Órgãos

1. Programação cibernética. Importância, principalmente para os países em desenvolvimento

Foi apenas pouco antes da década de 50 que surgiu o primeiro enorme, pesadíssimo e desajeitado computador: o ENIAC, que contava com 18 mil válvulas de 16 tipos diferentes, tinha 30 metros de largura por três de altura, consumindo 140 Kw.

Lembrando o fato, acentua ENRICO CARITA (“Já estamos no futuro”, in *Evolução da Comunicação*, um dos ensaios coordenados por GIOVANNI GIOVANNIN, trad., Rio, Nova Fronteira, 1987, p. 287) ter-se tornado a difusão dos computadores um fenômeno imponente, a tal ponto que chega a transformar profundamente a sociedade industrializada só com o advento da eletrônica.

“O mercado mundial dos circuitos integrados desenvolveu-se nos anos 70 com taxas de aumento médio de 35% ao ano, até alcançar, em 1980, os 6 bilhões de dólares. São 100 milhões os microprocessadores (ou microcomputadores) que se estima tenham sido fabricados em 1980, contra pouco mais de 2 milhões em 1976. Paralelamente ao desenvolvimento do mercado, ocorreu uma diminuição, da mesma ordem de grandeza, do custo por unidade de função.”

Para calcular a contribuição dos computadores à difusão do conhecimento, é bastante considerar — lembra GEORGES KOUMANTOS — que as bibliotecas do mundo inteiro poderiam ser contidas na memória de um computador e tornadas assim acessíveis a todos por meio de terminais ligados ao computador por fio, cabo, ondas hertzianas ou satélites, e isto a velocidades miraculosas.

“Um *mass medium* inteiramente novo está para nascer. Somente os livros e as revistas tornam-se assim um luxo ultrapassado e embaraçoso; um só exemplar basta à divulgação universal de seu conteúdo, devidamente memorizado num computador. Mas qual será então a sorte dos autores e dos editores?”

Enumera os problemas de direito de autor provocados pelos computadores que foram objeto de estudos no plano internacional: criações artísticas produzidas com a ajuda de computadores, programas como objeto de proteção, proteção dos autores quando suas obras são memorizadas por um computador, unicamente este último se relacionando ao ordenador como *mass medium* do futuro, futuro esse que de resto já começou.

Em discurso divulgado pelo *Diário do Congresso Nacional*, II, de 17-10-1986, o Senador NIVALDO MACHADO lembra:

“O desenvolvimento da indústria da informática no Brasil começou a partir de necessidades militares. Todo o equipamento bélico moderno assenta a sua eficiência na computação eletrônica.

Deste modo, para a produção de armamentos eficazes no País, era necessário termos o domínio dessa tecnologia e a capacidade de fabricação em território nacional. Isto, por sua vez, gerou a necessidade de um mercado de computadores, de modo que os empresários brasileiros se sentissem motivados a investir nesse segmento da economia.

Esse foi, sem dúvida, um dos fatores determinantes do nascimento da reserva de mercado, o que fez com que a indústria da informática fosse criada a reboque da indústria bélica e à sombra de mecanismos de proteção contra a forte concorrência estrangeira”.

E diz mais:

“O fim da reserva de mercado tem data marcada. E sabem-no, particularmente, esses empresários nacionais do setor. Sabem eles mais que isso ainda: não precisam ser alertados para o fato de que, ao fim da reserva de mercado, terão que dispor de produtos altamente competitivos para a forte concorrência que terão de enfrentar das multinacionais do setor”.

Em seguida, refere o Senador NIVALDO MACHADO darem conta dados da SEI que o número de profissionais de nível superior empregado pela indústria nacional de computadores, na área de desenvolvimento de *hardware* e de *software*, cresceu de 1.083, em 1982, para 1.177, em 1983, e 1.874 no ano seguinte, atingindo 2.623 em 1985. E acrescenta:

“Em pesquisa e desenvolvimento somavam Cr\$ 135 bilhões (cerca de 6,75 milhões de dólares) os investimentos da indústria nacional, já em 1984, efetivamente aplicados no desenvolvimento de novos produtos e/ou na melhoria de produtos existentes. Esse dispêndio representava, nesse ano, 10,8% do total da comercialização do segmento de processamento de dados de uso geral de 64 fabricantes, com um crescimento de 1% sobre o ano anterior. Isto demonstra, claramente, que já começava, nessa época, mesmo antes da aprovação da Lei de Informática pelo Congresso, a se formar uma massa crítica de conhecimentos na indústria nacional, com os empresários brasileiros aplicando significativamente, para os nossos padrões, em pesquisa e desenvolvimento, elemento-chave desse ramo de atividades.

A título de referência, vale lembrar que a IBM, o gigante do setor, investia, já em 1977, na sua sede, nos EUA, um pouco mais de 2 bilhões de dólares só no campo da pesquisa e desenvolvimento. Esse dado serve para ilustrar o poder econômico das forças que lutam hoje contra a reserva de mercado.”

A confirmar a importância não apenas econômica, mas também de política nacional da cibernética, revela correspondência de Paris de REALI

JUNIOR, para *O Estado de S. Paulo*, de 6-11-1986, "País quer supercomputador; EUA negam" — que nosso País estava negociando a compra dos supercomputadores Cray, mas a conclusão do negócio dependia do sinal verde do governo norte-americano, que não o concedeu até agora, por se tratar de exportações tecnológicas altamente estratégicas.

O Cray-2 veio à luz em junho de 1985, custava cerca de US\$ 7,5 milhões e borbulha enquanto está funcionando, efeito provocado pelo calor gerado por seus 240.000 *chips* no líquido sintético (fluorinert) que circula em seus circuitos de refrigeração interna. "Um microcomputador convencional, como os similares nacionais do IBM-PC, tem uma capacidade de memória residente da ordem de 250 mil *bytes*, ou seja, 250 mil unidades de informação com até 8 caracteres cada. A memória do Cray-2 vai a 2 bilhões de *bytes*, e seus quatro processadores, que operam simultaneamente, são capazes de realizar 1,2 milhão de operações aritméticas por segundo."

No âmbito internacional, o estudo dos problemas jurídicos que levanta, indispensável para uma boa adequação do programa a uma proteção legal eficiente, não conta com mais de trinta anos, graças, principalmente, aos esforços da OMPI e da UNESCO.

Lembra, com efeito HERIBERTO SCHIRO terem sido as Nações Unidas que, em consequência do informe de seu Secretário-Geral sobre a aplicação da tecnologia dos computadores ao desenvolvimento (Documento E/4.800), de 20-5-1970, decidiram confiar ao Bureau Internacional da Organização Mundial da Propriedade Intelectual o preparo de um estudo sobre a forma de proteção jurídica que se poderia conceder aos programas de computadores, bem como sobre as possibilidades existentes em matéria de acordos internacionais, com vistas a facilitar o acesso dos países em desenvolvimento à informação sobre o suporte lógico.

O Departamento Internacional da OMPI convocou então um Grupo Consultivo de Expertos não Governamentais que a assessoraram em seu trabalho, em reuniões sucessivas.

A importância peculiar para o nosso País foi bem explicada por RUBENS DORIA PORTO, Secretário de Informática, mencionado por HENRIQUE ALONSO em "Brasil, la informática como test", *Clarín*, Buenos Aires, 25-10-1986, encaminhado, como resulta mais expressivamente no texto original,

"a "definir el régimen jurídico del *software*". Es una prioridad — decía — "pues nadie dentro del Brasil va a invertir en la producción de *software* corriendo el riesgo de ser pirateado y perder en poco tiempo su inversión". Un proyecto en tal sentido fue enviado recientemente al Congreso. Recordaba, al mismo tiempo, que solamente tres países en el mundo "retienen más del 50% de su propio mercado de informática: Estados Unidos,

Japón y ahora el Brasil". Ello explica — por la excepcionalidad de la situación — las polémicas que la misma levanta.

En cuanto a los resultados de la política de informática, los resumió en estos conceptos: "Ha crecido entre el 20 y el 25 por ciento en los últimos años. Hace ocho años había en el Brasil una media docena de empresas en el sector. Hoy ellas llegan a casi 300. Y todo lo que no puede ser producido en el país es importado". Agregó que para 1993 "habrá un parque industrial consolidado" y varios productos informáticos brasileños estarán en condición de competir, agresivamente, en el mercado mundial.

La objeción de que se produce a mayor costo no es válida. "Hace cuatro años, en Estados Unidos, una memoria costaba de 10 a 15 dólares. Hoy cuesta 50 centavos de dólar. Es una característica del mercado de informática. En el Brasil estamos pagando un precio diferencial para construir un parque industrial y producir equipamientos competitivos".

2. A Política Nacional de Informática

É objeto da Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, constituída de 48 artigos, muitos dos quais vetados (e que projeto de lei apresentado aos 30-4-1985 pelo Senador VIRGÍLIO TAVORA procura restabelecer), distribuídos em nove títulos.

O Título *Da Política Nacional de Informática* define seu objetivo:

"A capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

I — ação governamental na orientação, coordenação e estímulo das atividades de informática;

II — participação do Estado nos setores produtivos de forma supletiva, quando ditada pelo interesse nacional, e nos casos em que a iniciativa privada nacional não tiver condições de atuar ou por eles não se interessar;

III — intervenção do Estado de modo a assegurar equilibrada proteção à produção nacional de determinadas classes e espécies de bens e serviços bem assim crescente capacitação tecnológica;

IV — proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato;

V — ajuste continuado do processo de informatização às peculiaridades da sociedade brasileira;

VI — orientação de cunho político das atividades de informática, que leve em conta a necessidade de preservar e aprimorar a identidade cultural do País, a natureza estratégica da informática e a influência desta no esforço desenvolvido pela Nação, para alcançar melhores estágios de bem-estar social;

VII — direcionamento de todo o esforço nacional no setor, visando ao atendimento dos programas prioritários do desenvolvimento econômico e social e ao fortalecimento do Poder Nacional, em seus diversos campos de expressão;

VIII — estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

IX — estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas;

X — estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos;

XI — fomento e proteção governamentais dirigidos ao desenvolvimento de tecnologia nacional e ao fortalecimento econômico-financeiro e comercial da empresa nacional, bem como estímulo à redução de custos dos produtos e serviços, assegurando-lhes maior competitividade internacional" (art. 2.º).

O dispositivo seguinte considera

"Atividades de informática aquelas ligadas ao tratamento racional e automático da informação e, especificamente, as de:

I — pesquisa, desenvolvimento, produção, importação e exportação de componentes eletrônicos a semicondutor, optoeletrônicos, bem como dos respectivos insumos de grau eletrônico;

II — pesquisa, importação, exportação, fabricação, comercialização e operação de máquinas, equipamentos e dispositivos baseados em técnica digital com funções técnicas de coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, comutação, recuperação e apresentação da informação, seus respectivos insumos eletrônicos, partes, peças e suporte físico para operação;

III — importação, exportação, produção, operação e comercialização de programas para computadores e máquinas automáticas de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (*software*);

IV — estruturação e exploração de bases de dados;

V — prestação de serviços técnicos de informática.

Os §§ 1.º e 2.º, respectivamente total e parcialmente vetados, soavam:

“§ 1.º — Considera-se computador o equipamento autônomo programável destinado a coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, recuperação, processamento e apresentação da informação.

§ 2.º — A estruturação, a exploração de bancos de dados e as normas para a conclusão de acordos de acesso a bancos de dados localizados no País e no Exterior serão regulados por lei específica”.

Resultaram, pois:

“§ 1.º — (Vetado).

§ 2.º — A estruturação, a exploração de bancos de dados (vetado) serão reguladas por lei específica.”

PARTE II — Critérios Legislativos

5. Vista pelas principais leis estrangeiras

Na verificação de que a proteção ao *software* deve seguir, com adaptações que se fazem indispensáveis, os princípios atinentes à regulamentação do direito de autor, dois caminhos se abrem ao legislador nacional: o mais fácil e cômodo de modificações da lei básica, e o mais dificultoso e polêmico de um diploma específico.

O primeiro critério tem sido seguido pela generalidade dos países adiantados na matéria.

Assim, na *Alemanha Federal*, a “Lei de modificação de disposições no âmbito do Direito de Autor, de 24-6-1985”, limita-se a modificar o art. 2.º, § 1.º, n.º 1, da Lei de 9-9-1965, para dar-lhe a seguinte redação:

“1. As obras literárias, tais como os escritos e discursos, e ainda os programas para o processamento de dados;”

E os arts. 53 e 54:

“Art. 53 — Reproduções para o uso privado e outros tipos de uso pessoal:

.....
Outrossim a reprodução de um programa para o processamento de dados (art. 2.º, § 1.º, n.º 1) ou de partes essenciais do mesmo será permitida somente com o consentimento do titular do direito em cada caso.”

Na *Austrália*, a Lei de reformas à lei de Direitos de Autor de 1984 modificou o art. 10 da Lei de 1968, para acrescentar diversas definições e introduzir modificações em outros dispositivos.

Nos *Estados Unidos*, a Lei n.º 96.517, de 12-12-1980, acrescentou ao art. 101 do título 17 do Código um novo parágrafo.

Nas *Filipinas*, o Decreto Presidencial n.º 49, de 14-11-1972, limitou-se a introduzir, no rol das obras protegidas, os programas de computação.

A *França* fez acréscimos, pela Lei n.º 85.660, de 3-7-1985, à Lei n.º 57.298, de 11-3-1957.

Na *Hungria*, Decreto do Ministro da Cultura, n.º 15, de 12-7-1985, completou o Decreto n.º 9, de 29-12-1969.

Na *Índia*, a Lei de Direitos de Autor (Modificação) n.º 65, de 14-9-1984, completou o conceito de compilações com o de programas de computação.

No *Japão*, a Lei Modificatória é a de n.º 62, de 10-6-1985, e no *Reino Unido*, a lei de emenda é de 16-7-1985.

Patente o desconforto que resulta, para o aplicador da lei, de todas essas modificações, introduzindo um hibridismo de normas, algumas vezes, mais próprias à atividade industrial do que às criações literárias e artísticas, diferentes como são ou deveriam ser os critérios relativos às versões, adaptações, peculiaridades relativas à infração e respectiva repressão, o mesmo ocorrendo com relação à venda, locação e transferência, prazo de duração, tratamento de obras estrangeiras, extensão e prazo de duração, retribuição, conceitos de tradução, arranjo, transformação ou adaptação, direitos do titular e do proprietário da cópia, registro do *software* e dos respectivos contratos.

Na verdade, tudo isso aumenta os méritos do legislador brasileiro, pioneiro na promulgação de uma lei específica, que, com todos os seus defeitos e senões, constitui um feito histórico, pois outro não pode ser o caminho compatível com uma política global de informática, que por essa forma completa e harmoniza.

4. *Um parto doloroso e polêmico*

O Projeto do Governo, foi objeto de intensos e prolongados debates, principalmente no Senado, como dão idéia as discussões travadas na 77.ª sessão de 12-11-1987, cuja transcrição ocupou as pp. 2.847—2.863 do DCN, II, de 13-11-1987, e, na seguinte, do dia 18, pp. 2.934—2.960 do mesmo Diário do dia ulterior e, ainda, do dia 19, pp. 3.010 a 3.018 do dia subsequente.

Nem faltou a convocação, pelo Senador JOÃO MENEZES, relator da Comissão de Constituição e Justiça, para exposições e debates, de técni-

cos e representantes de empresas e associações dos mais variados setores da informática:

- a) Dr. Edison Dytz, Presidente da Dytz Informática e ex-Secretário da SEI;
- b) Embaixador João Batista Pinheiro;
- c) Dr. Josué Soutto Maior Mussalém, Presidente da Sucesu Nacional e do Instituto de Informática da Fundação Joaquim Nabuco;
- d) Dr. Jorge Johannpeter Gerdau, Presidente da Gerdau Serviços de Informática;
- e) Dr. Francisco Rego Ramalho, Presidente da Assespro;
- f) Dr. Peter Dirk Siemens, Presidente de honra da Associação Brasileira de Propriedade Industrial — ABPI;
- g) Dr. Celso Furiane, Diretor da TENPO;
- h) Dr. Celso Barroso Cordeiro, Presidente da Associação Brasileira das Empresas de *Software* — ABES; e
- i) Dr. Américo Rodrigues Filho, Subsecretário Industrial da Secretaria Especial de Informática — SEI.

Foram oferecidos, além de inúmeras emendas, dois substitutivos, um do senador NELSON WEDEKIN, e outro dos senadores IRAPUAN COSTA JÚNIOR e SALDANHA DERZY (*DCN*, II, 13-11-1987, pp. 2.859—2.862).

Também o primeiro fez várias reuniões, rodadas de negociações e entendimentos, por não considerar correto ater-se simplesmente a votar o projeto como tinha vindo da Câmara.

Nem faltaram protestos contra o regime de tramitação de urgência urgentíssima, — verdadeira cesariana! — como o do Senador EDSON LOBÃO (*DCN*, I, 13-2-1987, p. 2.862):

“Um projeto desta importância, de tamanha significação, não deveria nunca ser votado em regime de extrema urgência. É indispensável maior cuidado, no exame de matéria de transcendental importância para a vida do povo brasileiro.

O que estamos aqui decidindo, sem dúvida nenhuma, é o destino das novas gerações brasileiras, muito mais do que das máquinas que estão sendo construídas neste País.

Vamos formar gerações de brasileiros, que estarão à altura das gerações de outros países, ou vamos formar brasileiros, daqui por diante, que terão 50 anos de atraso, tal seja o erro que posamos ou não cometer no exame e na votação desta matéria. Eis

por que peço a V. Ex.^a que suspenda a votação, para que se possa, então, numa nova sessão deste Senado, examinar melhor a questão.”

Encerrada a discussão no Senado, fechou-se um círculo na história da informática brasileira, iniciado com a votação da Lei n.º 7.232, de 29-10-1984.

Em sessão conjunta do Senado e da Câmara dos Deputados, de 4 de dezembro de 1987 (DCN, I, do dia seguinte, pp. 3.768—3.775), com aprovação de emendas e rejeição de outras, foi finalmente alcançada a redação final, que, com vetos do Presidente da República a vários dispositivos, resultou na Lei n.º 7.646, de 18-12-1987, que “dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País e dá outras providências”.

5. *Fundamentos da orientação “oficial”*

Pareceu prudente ao Ministro de Estado da Ciência e da Tecnologia, RENATO ARCHER e ao Consultor-Geral da República SEPULVEDA PERTENCE, na Exposição de Motivos n.º 40, de 5-12-1986 (DCN, I, de 16-6-1987, p. 1.978), “nesta etapa do desenvolvimento tecnológico brasileiro, acompanhar a tendência mundial de tutelar os programas segundo regime adaptado à regência legal das obras imateriais, paralelas dos direitos autorais, não obstante a circunstância de ser ele obra eminentemente utilitária e de servir, não raramente, de veículo indissociável de tecnologias de aplicação final, passíveis, em certos casos, de privilegiabilidade”.

E prossegue a Exposição de Motivos:

“Seguramente, essa tendência de adoção do regime derivado do direito autorai, no momento, à falta de ato internacional específico, poderá com o tempo ser revista, de sorte a se obter mais adequada proteção para tais propriedades. E põe-se fim imediato, inclusive através de tipificações penais, à prática de desvios no dever de probidade que a todo país civilizado cumpre na convivência internacional, e onde o Brasil firmou, no governo de Vossa Excelência, bases amplas de respeito e credibilidade.

Decorre desse fato o anexo anteprojeto, que propõe solução adaptada aos direitos autorais, sem incluí-la na lei especial. Cuidou-se de evitar, no entanto, a rápida obsolescência dessa solução, submetendo à disciplina legal os referidos programas, ainda quando projetados, desenvolvidos e elaborados de forma automatizada. Releva notar que a proposta atende às recomendações do Conselho Nacional de Informática e Automação, através do Parecer n.º 1/86, de 26 de agosto de 1986, e que foram juridicamente adequadas à disciplina do direito autorai, sem que este incida, por inteiro, no regime de tutela instituído pelo projeto.

Protegendo os programas para computadores e os titulares de seus direitos, independentemente de sua origem ou nacionalidade, bem assim sem quaisquer formalidades, o anexo anteprojeto torna explícitas e efetivas as mais extensas garantias aos usuários como contrapartida necessária dos direitos que a sociedade brasileira está outorgando a seus titulares.

Esses programas, ademais, são componentes imateriais dos sistemas de tratamento da informação. Por esse motivo, é imprescindível que o Estado discipline, segundo os interesses de seu desenvolvimento econômico e tecnológico, as operações de importação e circulação de programas, atendidas as prescrições da legislação atinente à informática (Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, e Plano Nacional de Informática e Automação (Planin), aprovado pela Lei n.º 7.463, de 27 de abril de 1986), bem assim as operações relativas a tecnologia em geral.

Incentiva, ainda, o projeto o desenvolvimento da pesquisa e da capacitação nacional, em contrapartida da abertura comercial que propicia às empresas brasileiras.

Assim é que, seja pela tutela adequada dos direitos de propriedade do autor dos programas, seja pela simplificação dos procedimentos administrativos, estabelecem-se condições favoráveis ao internamento e à criação, no País, desse produto tecnológico, de importância relevante às atividades científicas e produtivas internas, assegurando-se os direitos de comercialização às empresas nacionais, mediante o pagamento dos devidos direitos aos titulares estrangeiros. Não se impede, porém, a comercialização por empresas estrangeiras dos programas típicos de equipamentos por elas produzidos no País ou utilizáveis por computadores do mesmo porte."

O Senador Carlos Chiarelli (DCN, II, 19-11-1987, p. 2.939), revelou perfeita compreensão da matéria ao lembrar:

"Toda discussão se circunscreve, quando se fala em elaborar uma lei sobre *software*, na verdade: trata-se da básica proteção ao direito autoral, que ganha um contorno novo por se tratar de um direito autoral sobre matéria absolutamente moderna, sobre a alma das ferramentas dos tempos atuais e dos tempos futuros, sobre a criatividade humana inserida nas grandes máquinas que, de certa maneira, têm capacidade criativa, repetitiva e até mesmo projetiva.

Essa é a lei que estamos votando. É a lei do direito autoral dos tempos atuais, que tem uma característica peculiar e aí, talvez, a necessidade de certas incursões dubitativas no campo jurí-

dico, que motivaram algumas ponderações de eminentes colegas nossos. A lei é sobre direito autoral, mas é também sobre estratégia, fórmula e regramento de atividade comercial.

O programa de computador, o *software*, na verdade, merece proteção como algo que se exprime em função da criatividade da pessoa no campo do direito autoral, mas é um bem claramente destinado, em circunstâncias usuais ou majoritárias, a um processo de valia clara material, na condição de bem econômico ao mercado comercial. É por isso que a lei tem essa quase tipicidade híbrida; é fundamentalmente uma lei de dupla abrangência. Não pode ser apenas enfocada sob a óptica histórica do direito autoral — *ainda que também o seja* — e não pode ser comparada a uma regra do Código Comercial, como um bem comercial, como um bem econômico, destinado à comercialização, como o tínhamos e o temos como decorrência da tradição das regras comerciais. Esta é a nova característica.

Por isso que nós — e neste particular, Sr. Presidente — enfatizamos essa manifestação. O Brasil está tomando uma iniciativa extremamente ousada, ainda que absolutamente necessária e indispensável. Estamos nos atrevendo, corajosamente, mas, indispensavelmente, a reger o *software*. Muitos e muitos países que o empregam, ou por temor ou por expectativa das mudanças que são normais nesse processo arrojado e célebre do mundo do processamento de dados, preferem deixar, de certa forma, livre ou ao sabor das circunstâncias, essa mecânica que induz o mundo da informática.

Nós, por razões inclusive de necessidade estratégica; nós, em razão de uma indústria nascente e um processo crescente de criatividade no mundo dos programas; nós, pela nossa condição de País do Terceiro Mundo mas, ao mesmo tempo, País inserido, de maneira valiosa, no mercado mundial da Informática, temos a necessidade de tomar essa iniciativa e correr o risco de tomar essa iniciativa. A decisão que hoje o Senado está tomando é das de maior repercussão que já tenha tomado nos últimos tempos. Basta que se olhe a repercussão, o significado, a importância não apenas do mercado de *software*, que é pelo menos quatro vezes maior do que o mercado de equipamentos, *mainframe*, de máquinas. Veja-se só essa correlação; veja-se a importância estratégica para o Brasil de estar habilitado e em condições de disputar esse mercado; veja-se a significação do nosso desenvolvimento tecnológico e da capacitação dos nossos recursos humanos. O Brasil precisa regular a matéria, mas veja que o Brasil, ao regulá-la, está tendo com ela necessários intercâmbios, mais ou menos conflitantes e conflitivos, com nações com as quais mantém intercâmbio comercial.

Estamos decidindo soberanamente sobre essa matéria. As circunstâncias históricas nos deram um hiato que foi preenchido por fatos da maior importância. Começamos a discutir esta matéria, na semana passada, aqui em Plenário, e entre aquela sessão e a de hoje, que é a da decisão, da deliberação, tivemos a adoção, pelo Governo dos Estados Unidos, de medidas de retaliação. Por quê? Razões decorrentes de interesses que se chocam no campo comercial da nossa política de proteção aos programas de computador e pela política das empresas multinacionais, com capitais basicamente sediados nos Estados Unidos."

6. Críticas

Ao projeto não foram poupadas censuras.

Os próprios usuários temiam que, a ser aprovado, ficasse o País como que isolado do resto do mundo, sem poder acompanhar os progressos que se realizam cada vez mais rapidamente.

Aponta-se a contradição entre o prazo de proteção de 25 anos e o prazo de validade de cadastramento exigido pela SEI, de 3 anos, e que somente a critério desta poderá ser renovado.

O órgão de imprensa mais prestigioso da América Latina, *O Estado de S. Paulo*, em sua edição de 20-10-1987, p. 3, em editorial "Projeto absurdo, contrário aos interesses do País", não concordava com que o cadastramento ficasse condicionado à inexistência de programa funcionalmente equivalente.

"Existem, ninguém ignora, vários programas de processamento de texto. Os mais conhecidos são o *Magic Window* e o *Word Star*, de origem americana; e o *Carta Certa*, brasileiro, servindo todos à mesma finalidade. Quem faz uso de programas diversos para elaboração de textos pode considerar a existência de semelhanças entre os três, sem entretanto jurar, como os xenófobos da SEI, que o *cadastro* de um único levaria à dispensa dos restantes.

Quem leu Camões não fica *dispensado* de ler Shakespeare. Vale notar que, aprovado pelo Senado o projeto odioso que justifica esta nota, a *dispensa* equivaleria, de fato, a uma proibição."

O Presidente da Associação dos Exportadores Brasileiros, NORBERTO INGO ZADROZNY, em entrevista à imprensa, de 3-9-1986, manifestou que "as restrições impostas pela Secretaria Especial de Informática às importações de máquinas equipadas com componentes eletrônicos estão dificultando a modernização e ampliação de diversos setores industriais. Além da demora na aprovação de importações, os industriais brasileiros são às vezes forçados a comprar equipamentos de qualidade inferior no mercado nacional, pagando preços cinco vezes mais elevados do que pagariam normalmente por uma máquina importada, de qualidade superior.

O presidente da AEB sugeriu a liberação de importações de máquinas que tenham componentes eletrônicos, respeitados alguns limites que poderiam ser fixados pelo Governo. Na sua opinião, quando o valor do componente eletrônico não superasse, por exemplo, 15% do preço total do produto importado, não deveria haver restrições."

Não há como negar os aspectos positivos que o projeto do Governo apresentava, destacadamente a coragem de emanar uma lei específica para a matéria e o benefício que proporciona aos autores de programas e aos produtores nacionais, enfrentando pressões de toda ordem.

Não podia, nestas condições, deixar de desagradar distribuidores e representantes de produtos estrangeiros.

As maiores objeções visam ao excesso de poderes que permaneceu na SEI e ao reconhecimento da similaridade de produtos estrangeiros.

As esperanças dirigem-se à regulamentação da lei, última etapa do processo evolutivo, que venha atenuar alguns aspectos perniciosos.

7. A jurisprudência antecipou-se à lei

Com seis meses de antecedência, a magistratura do Estado de São Paulo, que é um dos centros mais importantes de produção de computadores eletrônicos, teve que enfrentar o problema da opção pela regulamentação do *software* pelos princípios do direito de autor, num caso particularmente curioso em que se discutiu não só essa questão, como também determinados aspectos envolvendo o próprio *hardware*, cuja proteção não existe na legislação brasileira, e, finalmente, o amparo a ser eventualmente dispensado aos manuais de instrução.

Sinclair Research Limited, sociedade comercial inglesa, domiciliada em Cambridge e com escritório em Londres, Inglaterra, especializada no estudo, planejamento e construção de computadores, tendo iniciado em março de 1980 a comercialização de microcomputadores, designados "Sinclair ZX 80", apresentou, em março de 1981, uma versão modificada, denominada "Sinclair ZX 81". Simultaneamente, mandou imprimir prospectos que continham as instruções para o manuseio e uso dos aparelhos, bem como a respectiva reprodução fotográfica dos mesmos, diagrama dos circuitos etc.

Alegando que Microdigital Eletrônica Ltda., Filcres Importação e Representações Ltda. passaram a reproduzir esses aparelhos, vendendo-os em grande escala, não respeitando os direitos de criação da autora e que se tratava de cópia integral do aparelho, não abrangendo apenas a respectiva programação e respectivo circuito eletrônico (*software*), mas o teclado, onde cada tecla contém, além da letra ou algarismo, um símbolo específico, objetivando facilitar o operador, moveu-lhes, bem como à Editelle Editora Técnica Eletrônica Ltda., responsável pela publicação denominada *Nova Eletrônica*, que inseriu no seu número 59 (janeiro de 1982) cópia foto-

gráfica do microcomputador e o respectivo diagrama, como de fabricação das rés acima, idênticos ao criado pela autora, ação ordinária à qual deu o valor de Cz\$ 1.200.000,00, visando sua condenação para "se absterem. no prazo de 30 dias, de violar por qualquer meio o direito autoral da promotente sobre os microcomputadores "Sinclair ZX 80" e "Sinclair ZX 81", abstando-se de fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito e anunciar microcomputadores que importem em violação total ou parcial deles, sob pena de incidirem na multa diária de Cz\$ 30.000,00, corrigida monetariamente, e que para esse efeito lhes fica cominada, além de perdas e danos e demais encargos processuais.

Citada, a ré Microdigital sustentou que a autora é parte ilegítima no feito, visto que, se alguém tem direitos autorais, seria John Grant ou Science of Cambridge Limited, o primeiro como criador do aparelho, cedido posteriormente à segunda; que o circuito eletrônico, teclado e programa (*software*) da autora é diferente da ré contestante. O circuito eletrônico, teclado, funções e programa da autora não se encontram sob a proteção nem da legislação relativa à propriedade industrial, nem dos direitos do autor ou qualquer tratado internacional firmado pelo Brasil; que a documentação técnica e laudo pericial de busca e apreensão trazida aos autos pela autora são referentes ao microcomputador Sinclair ZX 80, ao passo que a mesma embasa suas alegações na tese de que a ora ré reproduz o microcomputador Sinclair ZX 81, modelo totalmente diverso do primeiro; que o *software* básico (ROM) não goza da proteção do Direito de Autor por ser parte integrante do *hardware* do microcomputador; e, finalmente, que o seu *software* encontra-se registrado junto à SEI.

A ré Filcres alega em preliminar a falta de possibilidade jurídica do pedido da autora, pois ela jamais poderia se socorrer do Código de Propriedade Industrial, que nega patente aos sistemas de cálculo, nestes compreendidos os de computação eletrônica. Quanto ao teclado, existe padrão internacional, variando-se apenas adições, resultando daí a semelhança entre o teclado do NEZ 80, da ré Filcres, e o da Sinclair ZX 80 da autora. Essa similaridade prende-se ao padrão de escala mundial, a que obedecem os desenhos, posições das letras, instruções colocadas acima e abaixo destas, tudo a constituir a linguagem universal, conhecida por "basic". Tanto o computador da ré como o da autora usam componentes de fabricação internacional como o circuito integrado (Z 80) de fabricação da empresa americana Zilogue, que o distribui ao mundo inteiro. Essa ré juntou folhas de revistas americanas, inclusive fac-símile de teclado, para comprovar que tais teclados e funções são de domínio público internacional.

A ré Editelle, após apresentar praticamente os argumentos das outras rés, afirma que se limitou a publicar anúncios e artigos sobre os microcomputadores NEZ 80.

Regularmente processado o feito, sobreveio aos 29-5-1985 sentença do Juiz de Direito da 25.^a Vara Cível de São Paulo, Francisco Antônio Rodrigues Gambardella (Proc. n.º 101/83), que, antes de adentrar no

campo da existência de proteção legal ao direito de propriedade, considerou necessário saber se os aparelhos fabricados pelas rés são cópias integrais dos *microcomputadores de fabricação da autora*.

Acolhe as conclusões do laudo do perito judicial:

- “1. O *software* básico é parte da máquina, ou seja, *hardware*.
2. O Sinclair ZX 81 é um aparelho diverso e não uma versão melhorada do ZX 80.
3. Teclados semelhantes àquelas da autora, tanto na sua configuração como no seu desenho, já existiam à época do lançamento dos aparelhos da mesma.
4. Os “ROMs” dos computadores das rés, além de serem circuitos elétricos, são matrizes de elementos finitos, portanto com configurações possíveis também de número finito, e conhecidos, não existindo, pois, novidade.
5. Os conteúdos dos “ROMs” dos aparelhos das rés não são idênticos aos da autora, pois existem diferenças.”

Conclui que a ré Editelle, responsável pela publicação denominada “Nova Eletrônica”, não inseriu em seu número 59 qualquer matéria referente a aparelhos da autora, visto que se limitou a falar de microcomputadores das rés: *impunha-se, assim, a improcedência da ação*.

Como os aparelhos fabricados pelas rés não são cópias dos fabricados pela autora, entendeu desnecessário analisar a controvérsia sobre a legislação de proteção ao direito autoral invocada na inicial e contestada pelas rés.

Julgou, pois, improcedente a ação, condenando a autora a pagar às rés 20% de honorário sobre o valor dado à causa, a serem corrigidos monetariamente a partir da mesma sentença, bem como custas e demais cominações legais.

A Primeira Câmara Civil do TJSP, no entanto, por votação unânime de 27-5-1986, registrado no “Depri”, 5.19, fls. 1.472-1.485, deu provimento parcial à apelação interposta, que tomou o n.º 68.945-1.

Frisou o relator, Des. LUÍS DE MACEDO, que, embora entendesse aquele magistrado “desnecessário analisar a controvérsia sobre a legislação de proteção ao direito autoral invocada na inicial e contestada pelas rés”, tal análise se fazia útil na medida em que, não obstante algumas das conclusões contidas no excelente laudo pericial, os elementos postos à disposição do julgador levam à convicção de que são notáveis certas semelhanças entre os aparelhos das rés e os da autora. A título exemplificativo, faz a comparação do teclado do microcomputador ZX 80, da “Sinclair”, com o do NEZ-80, da “Filcres”; o próprio perito, ao exibir as fotografias de

cada qual, salienta que eles são bem semelhantes. O mesmo se diga da comparação entre os teclados do "Sinclair" ZX 81 e do TK-82C, da Microdigital. Se tais semelhanças — e outras poderiam ser apontadas — constituem ou não ilícito é matéria que fica na dependência do exame da tese de direito colocada nos presentes autos.

Assim, o problema se apresenta exatamente na posição inversa em relação à colocada na sentença: conforme o resultado a que se chegue no exame da matéria sob o ponto de vista jurídico é que interessará a verificação da existência ou não de plágio.

Demonstra, com citas doutrinárias, não ser inédito o tema, defendendo ORLANDO GOMES, ARNOLDO WALD, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO e CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, com uma tradução de artigo de ENGEN ULMER e GERT KOLLE, sobre a matéria ("A proteção jurídica do *software*", Forense, 1985) — a tese de que o Direito Autoral é eficiente e adequado para a proteção dos direitos sobre programas de computador. O primeiro dos juristas pátrios citados, após conceituar o *hardware* como o computador e acessórios, a "máquina computadora", e o *software* como o programa para o processamento de dados, faz um estudo sobre o direito estrangeiro e brasileiro para chegar à conclusão de que "é lícito concluir que a obra do programador de computação pode ser incluída, entre nós, no rol das criações intelectuais protegidas como direitos autorais" (obra citada, p. 14). Do mesmo sentir ARNOLDO WALD: "A proteção legal do *software*, conforme veremos, pode ser adequadamente provida mediante a aplicação de institutos jurídicos já existentes, vinculados ao direito do autor, tal como demonstra a experiência de outros países" (mesma obra, p. 19).

Partindo-se, então, do pressuposto de que o *software* está sob a proteção do Direito de Autor, no Brasil, relê a inicial para chegar à conclusão de que não pretende a apelante a proteção de *softwares*, mas sim de *hardwares*, com a alegada cópia, ou mesmo plágio, dos teclados de seus minicomputadores e das funções de cada uma das teclas.

Ora, o *hardware*, consoante a doutrina dominante, não está sob a proteção do Direito Autoral, sim sob a do Direito de Propriedade Industrial, não tendo feito a apelante prova de que no Brasil possa legitimamente se opor à fabricação de produtos que, segundo diz, são reproduções dos seus. Procurou a apelante contornar esse obstáculo, fazendo menção na inicial ao art. 29 da Lei n.º 5.988, de 1973, que trata especificamente dos direitos autorais. Como visto, no entanto, é flagrante que se há de cogitar, antes, de direitos relativos à propriedade industrial, no que diz com a afirmação de cópias de teclados e de funções das respectivas teclas.

A inicial, porém, vai mais longe e diz que as cópias se estenderam ao "conteúdo das memórias de leitura". E onde colocar esse item — na abrangência do *hardware* ou do *software*?

A questão é eminentemente técnica, cumprindo primeiramente fixar o conceito da expressão. Conforme JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO: "Certos programas básicos, que concretizam funções que mais frequentemente devem ser desempenhados pelo computador, são armazenados na própria máquina, ficando permanentemente integrados nesta. Fala-se por isso na "memória interna" do computador, onde estes programas são gravados. Em inglês fala-se no ROM, como abreviatura de *Read-Only Memory*. Com isto se significa que a instrução gravada no ROM não pode ser deslocada pelo 'utente', tornando-a assim como parte componente do computador" (na obra citada, artigo sob o título "Programa de Computador e Direito Autoral", pp. 49 e seguintes, lendo-se o trecho transcrito na p. 91). E conclui no sentido de que o ROM pode ser copiada "a gravação que nela se encontra pode ser reproduzida" (p. 92).

A seguir-se literalmente esse raciocínio, fica-se com a idéia de que o ROM será antes um *software* que um componente de *hardware*. Aliás, nesse sentido jurisprudência norte-americana e francesa, citada por CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO (na obra citada, artigo sob o título "A proteção jurídica dos programas de computador", pp. 95 e seguintes, interessando sobretudo pp. 111 e 112). No *leading case* junto à Corte Federal de Recursos para o 3.º Circuito, "Apple vs. Franklin", concluiu-se que também os programas operacionais gravados nas pastilhas ROM dos microcomputadores são objeto de direitos autorais, "porquanto são bens intangíveis, criações intelectuais, que se não confundem com o meio físico onde estão gravadas. Nesse caso, o réu defendia fortemente a tese, rejeitada pelo Tribunal, de que os programas operacionais são parte integrante do *hardware* e, como tal, não sujeitos à proteção autoral". No caso francês, o Tribunal de Grande Instância de Paris deu ganho de causa à Apple Computer Inc. em demanda contra a SARL Segimex, decidindo que "não há diferença de natureza entre os programas-produto e os programas operacionais".

No entanto, convincente nos presentes autos foi o perito oficial, que, com base em literatura nacional e estrangeira, destacou: "Uma memória somente de leitura (*Read-Only Memory*) (ROM) é uma memória que podemos ler mas na qual não podemos escrever. Os conteúdos da memória são fixos e inalterados, tendo sido estabelecidos na época da fabricação". Ou: "Um ROM nada mais é que um conversor de código e, como os conversores de código, consiste em um descodificador e em um codificador" (fls. 784 e 787). Ou, ainda: O ROM (em português, "Memória Apenas de Leitura", MAL) "pode ser encarado como uma tabela de valores, onde o método de seleção das posições (endereço) é efetuado de maneira semelhante àquela usada na identificação dos elementos de uma matriz. Assim, ao se considerar uma mesma posição na matriz, sempre será obtido o mesmo valor".

Adotando-se essas explicações de ordem técnica, fica difícil aceitar-se a afirmação de que o “conteúdo das memórias de leitura”, que a apelante identifica com o ROM, seja antes um *software* que um componente do *hardware*. Aliás, prestando depoimento perante um Tribunal inglês, o Sr. Clive Sinclair, diretor da empresa ora apelante, disse, textualmente: “O *hardware* inclui um componente denominado “Read-Only Memory” (ROM) (Memória de Leitura sem Alteração) que é um armazenamento de estado sólido para o “código fonte” que são as instruções de operação do computador” (fls. 62). Mais adiante: “No ZX 80 de minha companhia, a ROM atua como um armazenamento para o código fonte que é, assim, fixado permanentemente no computador. A menos que o ROM seja alterado fisicamente, o código fonte não pode ser removido”. E mais: “O ROM... é uma parte fixa do computador e, por esta razão, a quantidade de informação que pode ser armazenada é limitada por seu tamanho”. Esses trechos do depoimento em questão foram reproduzidos pelo perito oficial, que, servindo-se de lição do Prof. João Antônio Zuffo, da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, salientou que “um ROM é constituído principalmente de uma matriz de elementos finitos. Assim, todas as configurações possíveis desses elementos também seriam finitas e conhecidas, não havendo, portanto, qualquer inovação que justificasse uma matéria propriamente dita”.

Daí as declarações reproduzidas na *Folha de S. Paulo*, de 10-9-83, de que há dois tipos de *software*, os aplicativos (móveis, adicionais) e o básico (integrante do aparelho). Para muitos — destacou-se —, o básico não é mais *software* e sim *hardware*, “parte mecânica indispensável para o funcionamento do computador. Provada a condição de *hardware*, a polêmica passa para a área da propriedade industrial, na qual a Sinclair não tem direito algum, levando-se em conta que o desenho não foi depositado em terras brasileiras”.

Destarte, com os mesmos elementos de convicção de que se serviu o magistrado de primeiro grau, na sentença, mas com diverso — melhor dizendo, inverso — raciocínio, chega-se ao mesmo resultado, ou seja, de improcedência da ação.

Fundamentados votos separados foram expedidos pelo Des. ALVARO LAZZARINI, encarecendo que, embora tudo indique o desejo de que a temática sobre *software* seja submetida a um tratamento legal específico, então ainda inexistente, na lacuna ou obscuridade da Lei do Direito Autoral, nada impedia que se lançasse mão dessa mesma lei. As partes estavam discutindo sobre *software*, quando a ação cuidava de *hardware*, que, ao contrário daquele, é o programa para o processamento de dados. E pelo Des. CÂNDIDO DINAMARCO, frisando que a apelada havia lançado no mercado um computador com três elementos externos portadores de características que o aproximam bastante dos computadores fabricados pela apelante.

Trata-se do teclado, das funções e conteúdo, que indiscutivelmente constituem componentes fixos do *hardware* fabricado por essas empresas. Por outro lado, esses elementos são também a projeção exterior do ROM (*Read-Only Memory*), que é por assim dizer a "alma" do computador, o núcleo que define as funções que ele é capaz de desempenhar e o modo como as desempenhará.

Ora, já tem sido afirmado que, de todo o equipamento e acessório de um computador, somente os programas é que contam com proteção jurídica, não o próprio *hardware*. Aqueles, ditos *softwares*, constituem obras de criação intelectual assimiláveis àquelas a que tradicionalmente se destinam as proteções de direito de autor. Mas o ROM, como elemento fixo, integrante do computador, inalterável porque é um "programa" que só pode ser lido mas no qual nada escreve o usuário, não se define como *software* e por isso não goza de tal proteção.

PARTE III — A Lei 7.646, de 18-12-87

TÍTULO I — Disposições Preliminares

8. A proclamada liberdade de produção e comercialização de programas

Quando forem publicadas estas linhas pela prestigiosa revista que lhes dá agasalho, estará publicado um livro de nossa autoria, em que, após prestarmos esclarecimentos sobre o Conselho Nacional de Informática — CONIN, órgão que, sob o eufemismo de "assessorar o Presidente da República" nesta tarefa, é o que realmente formula dita Política, aludirmos aos órgãos complementares: Fundo Especial de Informática e Automação, Fundação Centro Tecnológico para Informação — CTI e à Secretaria Especial de Informática — SEI, criada pelo Dec. 84.067, de 8-10-1979, com alterações posteriores, que, sob outro eufemismo de "prestar apoio técnico e administrativo ao CONIN", é quem realmente executa, com grande soma de poderes, a Política Nacional de Informática, passaremos a comentar, artigo por artigo a Lei n.º 7.646, e a reproduzir, em apêndice, a Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, que dispõe sobre a aludida Política, da mesma Lei n.º 7.646, de 18-12-1987 e legislação complementar.

Aqui vão trechos dos comentários relativos aos dispositivos fundamentais.

Lei n.º 7.646, de 18-12-1987, que "dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País", constituída de 43 artigos, muitos dos quais, porém, vetados, distribuídos em nove títulos:

I — Disposições Preliminares (arts. 1.º e 2.º);

II — Da Proteção aos Direitos de Autor (arts. 3.º—7.º);

III — Do Cadastro (arts. 8.º—14);

- IV — Da Quota de Contribuição (art. 15);
- V — Da Comercialização (arts. 23-29) (vetados os arts. 20 a 22);
- VI — Disposições Gerais (arts. 30-34);
- VII — Das Sanções e Penalidades (arts. 35-39);
- VIII — Das Prescrições (arts. 40 e 41);
- IX — Disposições Finais (arts. 42 e 43).

Dela vamos extrair alguns dados que nos parecem de particular importância para que possa o leigo entender a luta pela elaboração de um diploma que merece ampla divulgação pelo ineditismo de seus dispositivos, remate de uma evolução que começou com a Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, (46 artigos) que define, em seu art. 2.º (11 itens) a Política Nacional de Informática, cujo objetivo fundamental é “a capacitação nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira”.

Indica, no art. 6.º, a constituição do Conselho Nacional de Informática e Automação, ao qual compete (art. 7.º) assessorar o Presidente da República na formulação da referida política; propor-lhe cada três anos o Plano Nacional de Informática e Automação, além de outros 14 itens, traçando critérios e normas a serem propostos.

Encerra o circuito de providências legislativas a Lei n.º 7.463, de 17-4-1986, que “Dispõe sobre o I Plano Nacional de Informática e Automação — PLANIN”.

A Lei n.º 7.646 começa — art. 1.º — com a proclamação solene: “São livres, no País, a produção e a comercialização de programas de computador, de origem estrangeira ou nacional, assegurada integral proteção aos titulares dos respectivos direitos, nas condições estabelecidas em lei.”

Seria alentadora, se correspondesse à realidade. Mas os dispositivos subseqüentes a desmentem, antes de mais nada, com a reserva de mercado estabelecida no art. 28 e com a exigência de similaridade de que trata o art. 10, ocasionando dificuldades prejudiciais à absorção de tecnologia estrangeira avançada, e discriminação das firmas alienígenas no que respeita à produção e comercialização.

Nem é compatível a alegada liberdade com os poderes que a Secretaria Especial de Informática continua enfeixando em suas mãos.

9. *O regime de proteção é o do direito autoral. Relevância*

O regime de proteção à propriedade intelectual de programas de computador — dispõe o art. 2.º da Lei n.º 7.646 — é o disposto na Lei

n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, com as modificações que esta Lei estabelece para atender as peculiaridades inerentes aos programas de computador.

Os documentos utilizados pelos bancos de dados — expressões por meio de palavras ou de símbolos de fatos e de idéias — são “obras intelectuais”, “criação do espírito”, o resultado de um esforço mental que se concretiza sob forma diferente das demais, como texto da linguagem-fonte, incluindo-se, portanto, entre as obras intelectuais protegidas pelo art. 6.º da Lei n.º 5.988, de 14-12-1973: “criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas”, não passando de exemplificativo o rol que acrescenta.

É, pois, um monopólio, sob forma de direito exclusivo, que se acrescenta aos demais tradicionalmente consagrados, ficando vedadas sua cópia e, na terminologia do item XII do mesmo dispositivo, “as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais”, a não ser com o consentimento do titular.

Reserva o art. 29 ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte, e o dispositivo seguinte coloca na dependência de autorização do autor qualquer forma de utilização, assim como: edição, tradução, adaptação, comunicação ao público, direta ou indireta, e execução, como tal sendo considerada a que se realiza através de um computador.

Veda o art. 32 a reprodução, sem consentimento do autor, e qualquer aproveitamento econômico de uma obra; nestas condições, incidirão nas sanções indicadas nos arts. 122 usque 128 todos da Lei n.º 5.988.

A conclusões semelhantes chega-se através da análise de várias das normas incluídas na Convenção de Berna: arts. 2, als. 1 e 3; 8, 9, 11, 16.

A Convenção Interamericana de Washington inclui, em seu art. IV, n.º 2, no rol das obras a serem protegidas reciprocamente entre os Estados contratantes, as obras de arte feitas principalmente para fins industriais, não ficando a compreensão excluída pelo fato de o n.º 3 desamparar “o aproveitamento industrial da idéia científica”.

Embora a maior parte das formas de *software* seja compatível com a proteção pelo direito de autor, não há concordância no que diz respeito a outras modalidades, que dificilmente se enquadrariam como obras literárias, artísticas ou científicas.

O extraordinário incremento da importância econômica e tecnológica dos microprocessadores dramatizou a necessidade de se obter uma proteção legal adequada para evitar-se sua reprodução não autorizada, muito embora a experiência legal e jurisprudencial a respeito seja muito menor do que a relacionada com os programas de computação.

Define VICTOR CARLOS GARCIA MORENO — *El programa de computación y el derecho de autor internacional* (tese apresentada à 1.ª Mesa-Redonda Internacional Interdisciplinar SOFTWARE Y DERECHO DE AUTOR, Buenos Aires, de 27 a 29-10-1986, 16 págs. mimeografadas) a microplaqueta como

“el entramado general de un circuito electrónico y que de manera íntegra puede considerarse como parte de una computadora, como un ordenador en sí o un circuito igual a cualquier otro. En su aspecto físico, es un pequeño rectángulo delgado del elemento silício que mide unos seis milímetros de lado a lado (.635 cm.).”

Acrescenta que a legislação dos Estados Unidos assegura uma proteção completa aos programas de computação (*computer software*) independente do meio ou forma em que se fixe. Portanto, se um programa está contido num circuito integrado, aquele está protegido. Amparam-se autoralmente, além disso, os diferentes desenhos e planos que serviram para chegar a fabricar um *chip*, mas o circuito integrado, em si, não conta com proteção autoral.

Lembra que os *chips* têm, às vezes, incorporados programas completos, tendo, conseqüentemente, o Congresso dos Estados Unidos conhecido, em 1983, um projeto de reformas (*Semiconductor Chip Protection Act*) à Lei de Direitos de Autor com o objeto de ampliar tais circuitos.

“Pretende-se criar uma nova categoria de obras protegíveis, as “obras mascaradas” (*mask works*), para proteger as microplaquetas em si e evitar sua reprodução ilícita ou não autorizada.

Limita-se a 10 anos a proteção; outorgam-se direitos exclusivos, como o de incorporar a obra numa “máscara” para distribuí-la; usar a obra para manufaturar *chips*; para reproduzir a obra em algo material com a finalidade de constituir parte de um produto circuito e para distribuir ou usar um *chip*; prevêm-se licenças obrigatórias e se prevê a hipótese dos infratores não dolosos ou inocentes.”

Conclui que, na conformidade da opinião que prevaleceu, a legislação autoral não seria a idônea para proteger os circuitos integrados por envolverem funções eminentemente técnicas, considerando-se que, provavelmente, seria melhor procurar a proteção por meio de patente, isto é, através do Convênio de Paris, e não do de Berna, conclusões essas tidas como inteiramente provisórias, sob reserva de aprofundar mais o tema, através de um Comitê de Expertos.

No caso específico do Brasil, não admite a Lei n.º 5.772, de 21-12-71, que instituiu o atual Código de Propriedade Industrial, art. 9.º, letra b, sejam privilegiáveis “os sistemas e programações, os planos ou os esquemas

de escrituração comercial, os cálculos de financiamento, de crédito, de sorteios, de especulação ou de propaganda”.

Levanta-se, assim, a indagação fundamental nesta matéria: qual o melhor critério para a proteção dos programas de computadores: pela propriedade industrial, ou pela lei de direitos autorais?

Nenhum dos dois: devido às suas peculiaridades, misto de ambas as modalidades, o mais plausível era mesmo um diploma legal específico, que atenda às peculiaridades que lhes são próprias.

10. *Vantagens e inconvenientes*

Em confronto à patente — assinala CALVIN N. MOOERS, “*Software de Computação e Copyright*”, Sucesu, Soc. dos Usuários de Computadores e Equipamentos Subsidiários, s. d., 33 págs.) — a proteção de *software* pelo direito de autor apresenta a grande vantagem de ser pouco dispendiosa, muito fácil e mais rápida de conseguir, e é aplicável a quase todos os programas de computação e *software*, e não apenas à ínfima fração de programas que atendem aos requisitos necessários para constituir um novo conceito patenteável.

“*Em comparação ao método de proteção do segredo comercial, o copyright proporciona direitos legais mesmo depois que o software tenha sido vendido a muitos clientes, e esteja sendo amplamente usado.*”

Advirtam-se, ao mesmo passo, os inconvenientes decorrentes dessa proteção específica.

O primeiro será a duração absolutamente incompatível com a natureza e com as necessidades práticas do *software*, principalmente no Brasil: *é correspondente ao período de toda a vida do autor, de toda a vida dos filhos, dos pais ou do cônjuge a quem os direitos patrimoniais tenham sido transmitidos por sucessão mortis causa, e de 60 anos para os demais sucessores do autor, nos termos do art. 42 e seus parágrafos da Lei n.º 5.988.*

Aos percalços de um prazo, a bem dizer, ilimitado somam-se os da insegurança e da necessidade de localizar, depois da morte do autor, os seus eventuais sucessores titulados, para obter o necessário consentimento, o que impede praticamente o seu aproveitamento, atendendo às particularidades da criação intelectual de que estamos discorrendo.

O próprio relatório da OMPI reconhece que a proteção pelo direito de autor arrisca ser de um interesse muito restrito, uma vez que não cobriria senão a cópia (ou os atos similares como a tradução ou a adaptação); em si mesma, a utilização de um programa de aproveitamento de um computador não será impedida pela legislação sobre o direito de autor,

como a confecção de um bolo não constituiria uma violação ao direito de autor da receita.

Considera indispensável que a utilização de um computador seja coberta pelos direitos relativos ao *software*: com efeito, é possível que a legislação sobre o direito de autor ofereça um meio de ação neste caso, uma vez que a utilização de um programa implica provavelmente sempre sua cópia na memória do computador, mas os tribunais põem em risco não considerar esta reprodução interna como suficiente aos fins da legislação sobre o direito de autor.

Não discrepa CALVIN N. MOOERS quando assinala a desvantagem da proteção do direito de autor decorrente da perda do "sigilo" absoluto de qualquer novo método de *software*, visto que o mesmo exige "publicação".

Entretanto, métodos e idéias realmente novos com relação a *software* raramente ocorrem, enquanto que o direito de autor pode proporcionar um amplo escopo de proteção para o texto real de um *software* de computação após a publicação.

Além disso, o direito de autor pode ser vantajosamente usado juntamente com licenças de *software* que exigem a não-revelação de textos ou fitas de programas, conforme é feito pela IBM com seus produtos de programas licenciados.

Finalmente, outras desvantagens da modalidade de proteção do direito de autor é que as obrigações de ordem legal com relação a certas partes do mesmo ainda não foram definidas.

Não exclui, finalmente, à proteção do *software*, a aplicação dos princípios gerais de direito ou a aplicação de qualquer outra lei, como as das patentes, dos direitos de autor ou da concorrência desleal.

Os principais problemas foram discutidos por um Grupo de Trabalho sobre os problemas de direito de autor decorrentes da utilização de computadores, que — na conformidade das recomendações formuladas pelo Comitê executivo da União de Berna e o Comitê intergovernamental de direito de autor e das decisões dos órgãos diretores respectivos da UNESCO e da OMPI — se reuniu em Genebra de 28 a 31-5-1979, tomando como base um relatório preparado pelo Prof. EUGEN ULMER, sobre os problemas de direito de autor decorrentes da utilização de computadores para o acesso às obras, e outro pelo Sr. J. C. RISSET, sobre os problemas de direito de autor decorrentes da utilização de computadores para a criação de obras.

A primeira questão levantada foi a da diferença entre os diversos métodos de utilização de obras protegidas pelo direito de autor, como a dos index, a dos resumos analíticos e a do texto integral.

Reconheceu-se que o método do *texto integral* para a memorização e a recuperação não autorizadas de obras constitui um atentado aos direitos dos titulares de direito de autor, salvo no caso de obras pertencentes a categorias particulares expressamente excluídas pela legislação nacional.

Entendeu o Grupo de Trabalho que, ao contrário, não havia violação quando as indicações costumeiras do autor, do título do editor etc. (*método dos index*) são colocadas em memória no computador.

A questão mais difícil foi a dos *resumos analíticos* destinados à memorização dos computadores. Firmou-se uma distinção entre os casos em que sejam estabelecidos pelo próprio autor, ou por um empregado do editor; e aqueles em que eles são elaborados pelo proprietário do computador ou sob sua responsabilidade.

Foi admitido, no primeiro caso, que não poderia ocorrer violação ao direito de autor sobre a obra de base, uma vez que o resumo era feito pelo próprio autor ou com o seu consentimento.

“Todavia, pode haver um direito de autor relativo ao resumo, e a colocação em memória deste resumo do computador e sua recuperação podem violar este direito se não houve, para realizá-la, permissão do autor do resumo.

No segundo caso, é necessário que seja obtida a autorização do autor do texto integral, visto que resumos substanciais podem influenciar notadamente a venda dos exemplares de uma obra. Insistiu-se, a esse respeito, sobre o fato que o termo “substancial” não se aplica unicamente ao tamanho do resumo e sim muito mais ao seu conteúdo, que às vezes pode dispensar a leitura do texto integral.”

TÍTULO II — Da proteção dos direitos de autor

11. Prazo de proteção

O art. 3.º da Lei n.º 7.646 assegura a tutela dos direitos relativos aos programas de computador, pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos, contado a partir do seu *lançamento* em qualquer país.

O prazo de vigência de que cogitava o art. 23 do Anteprojeto de Lei, de 20-9-1984, seria para garantia dos direitos conferidos ao seu produtor, de dez anos, contados da data de protocolo do requerimento de *registro*, reduzido para dois no caso de *software* para fins de entretenimento.

Cairiam em domínio público, abrindo-se a documentação de caráter técnico em arquivo à inspeção dos interessados, o *software* e suas versões:

a) em relação aos quais tenha expirado o prazo; e

b) cujo pedido de registro tenha sido negado ou arquivado ou cujo registro tenha sido cancelado.

Por solicitação da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional ou do Estado-Maior das Forças Armadas, não seria aberto à inspeção pública, mesmo ao fim do prazo estabelecido neste artigo, o *software* de interesse da segurança nacional, mantendo-se segredo de acordo com o Regulamento de Salvaguarda de Assuntos Sigilosos.

Uma das razões pelas quais a matéria exigia regulamentação por lei específica é justamente essa do prazo, por ser excessivamente longo o que a Lei n.º 5.988 concede: vida toda do autor e de seus parentes até o 2.º grau, mais 60 anos a contar da morte do último.

O Projeto elaborado pela OMPI é mais específico:

"Art. 7.1. *Duração dos direitos.* Os direitos conferidos pela presente lei têm início no momento em que o *software* tiver sido criado.

2.a. Sob reserva da anínea b, os direitos conferidos pela presente lei expiram ao fim de um período de 20 anos calculado a partir da primeira das seguintes datas:

i. data à qual o programa de computador é, com outras finalidades que não as de estudo, experimento ou pesquisa, utilizado pela primeira vez pelo proprietário ou com o seu consentimento, num país qualquer, para comandar o funcionamento de uma máquina capaz de fazer o processamento da informação;

ii. data em que o *software* é pela primeira vez vendido, alugado ou cedido sob licença, num país qualquer, ou oferecido com essas finalidades.

b. Os direitos conferidos pela presente lei não se estendem em caso algum além de um período de 25 anos calculado a partir do momento em que o *software* tiver sido criado."

12. *Proteção independentemente de registro*

Nos termos do art. 3.º, § 1.º, da Lei n.º 7.646, a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro ou cadastramento na Secretaria Especial de Informática — SEI.

Neste ponto, a Lei n.º 7.646 se assemelha à Lei n.º 5.988, que rege os direitos autorais (à qual aliás se mantém ligada por cordão umbilical), que apenas para segurança de seus direitos admite possa o autor da obra intelectual registrá-la.

Tanto assim que o art. 4.º daquela manda que seja o CNDA quem decida em qual órgão deva o registro ocorrer.

Mas essa aparente liberdade, na Lei n.º 7.646, fica muito limitada pelo art. 12, que só concede o cadastramento de programas a empresas

não nacionais que se apliquem a equipamentos produzidos no País ou no exterior aqui comercializados por empresas da mesma categoria.

Diferentemente ainda da Lei n.º 5.988 que, um tanto irracionalmente, de resto, concede o registro gratuito, o art. 14 da Lei n.º 7.646 permite que a SEI cobre emolumentos.

13. *Garantias aos estrangeiros domiciliados no exterior*

Assegura o art. 3.º, § 2.º, da Lei n.º 7.646, os direitos que atribui aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda aos brasileiros e estrangeiros, domiciliados no Brasil, direitos equivalentes, em extensão e duração, aos estabelecidos no *caput* deste artigo.

É o princípio da reciprocidade, que prevalece nas relações de direito internacional privado.

Vê, no entanto, aí, o Senador JOÃO MENEZES, em seu parecer como Relator da Comissão de Constituição e Justiça, algo que deve merecer melhor análise, que são os condicionamentos à apuração do programa funcionalmente equivalente e ao investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico pela empresa nacional que explore e comercialize programas de origem estrangeira.

O problema do programa funcionalmente equivalente traria para o Governo a formação de uma grande estrutura funcional para a análise de cada caso, de custo muito elevado, com baixa confiabilidade por falta de critério ou por deficiência da própria estrutura administrativa.

Considera o Relator:

“Também achamos que seria criada uma pseudoproteção ao produto nacional, pois, programas inovadores que poderiam ter livre acesso ao mercado com uma sensível redução de custo na economia de escala, ficariam internados e aguardando uma decisão por tempo demasiado extenso. Além disso, a equivalência provoca no produto brasileiro o fenômeno da “proteção antecipada”: programas seriam criados internamente, tão logo fossem disponíveis no mercado internacional, gerando a cópia indevida, a pirataria e, ao mesmo tempo, a desvalorização do *software* perante o usuário final. O criador de programas genuinamente nacional seria prejudicado, pois um concorrente, sem grande pesquisa, estaria “produzindo” por caminhos escusos, que devemos combater, um total desequilíbrio no campo do *software*, com graves prejuízos para o mercado nacional.

O Brasil deve, através de uma política de informática, desenvolver um setor produtor forte calcado numa empresa nacional que possa dominar o mercado interno tanto quanto possível, e criar condições para superar as dificuldades tecnológicas; desen-

volver programas e favorecer a formação da competência no setor para competir no mercado internacional em preço e qualidade. Tivemos informações que o produto brasileiro começa a merecer a devida apreciação no mercado internacional pelo seu nível de apresentação.”

14. Registro

Dispõe a Lei n.º 7.646:

“Art. 4.º — Os programas de computador poderão, a critério do autor, ser registrados em órgão a ser designado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, regido pela Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, e reorganizado pelo Decreto n.º 84.252, de 28 de julho de 1979.

§ 1.º — O titular do direito de autor submeterá ao órgão designado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, quando do pedido de registro, os trechos do programa e outros dados que considerar suficientes para caracterizar a criação independente e a identidade do programa de computador.

§ 2.º — Para identificar-se como titular do direito de autor poderá o criador do programa usar de seu nome civil, completo ou abreviado, até por suas iniciais, como previsto no art. 12 da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

§ 3.º — As informações que fundamentam o registro são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, a não ser por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.”

Cumprindo pois ao referido Conselho baixar, com urgência, portaria regulamentando a matéria, traçando as diretrizes.

O problema fundamental será o da organização de serviços adequados tanto no que diz respeito a pessoal técnico, como no do aparelhamento. Não lhe restará outro recurso, pelo menos num primeiro tempo, se não mandar que o registro se processe na Biblioteca Nacional, quanto ao *software* básico, propriamente dito.

Se há quem sustente que esse *software* não tem criatividade, que dizer do derivado ou aplicativo, mera consequência — no dizer de AYRTON FRUGONI DE SOUZA — do *software* básico?

“Deveriam ser apenas remuneráveis como serviço. Exemplos de *softwares* aplicativos: mala direta, folha de pagamento, administração de compra e venda, contabilidade, análise financeira, fluxo de caixa etc. Há também aplicativos destinados a setores mais específicos, como: controle da produção industrial, administração de hotéis etc.

Todo aplicativo se enquadra em um ou mais *softwares* básicos, não sendo, portanto, exemplos de criatividade.”

Sugere-se que a designação do órgão competente para o registro dos programas, pelo CNDA, seja feita em 30 dias a contar da publicação do regulamento da lei.

15. *Direitos do criador de “software”*

O *software* supõe expressão num programa escrito, ou num dos seus elementos, que, através das necessárias adaptações, satisfaça as condições de “alimentar” o computador.

Ou, como diz CALVIN N. MOOERS (op. cit., p. 16):

“Para que possam ser utilizados ou protegidos por *copyright*, terão que ser postos em anotação ou linguagem, em formas concretas de expressão que sejam passíveis de proteção de *copyright* e de infração.

Num programa real, a seqüência e escolha dos algoritmos, manipulações disponíveis etc., compreendidos na expressão do programa, também constituem elementos válidos de expressão. Tais elementos se assemelham aos incidentes do desenvolvimento de uma estória ou novela, cuja escolha e seqüência é protegida por *copyright*. Em suma, qualquer coisa que não a mera “idéia”.”

“Os direitos conferidos pela presente lei” — acrescenta o aludido projeto da OMPI, art. 4.º — “não se estendem às noções sobre as quais o *software* está fundado”.

Como em qualquer outra criação intelectual, os direitos de autor da criação em matéria de *software* separam-se, embora nem sempre nitidamente, em dois grandes setores.

O impropriamente denominado *direito moral* objetiva salvaguardar a personalidade e a boa fama do autor contra manipulações não autorizadas, desdobrando-se numa série de prerrogativas: direito de inédito, de reivindicar a paternidade da obra, à integridade da mesma, direito de arrependimento, de modificar a obra, de acabá-la etc.

Põe em realce JOSÉ ANTÔNIO S. L. FARIA CORREA a delicadeza da matéria, principalmente no tocante à possibilidade de o autor proibir a divulgação da obra e de, à sua conveniência, obstar quaisquer alterações:

“A problemática possui conseqüências econômicas graves. Quanto ao primeiro direito mencionado, seu exercício poderia implicar a paralisação de atividades dependentes da utilização de determinado programa, desaguando em prejuízos ingentes. Quanto ao segundo, seu acionamento emperraria a adaptação dos programas de acordo com as necessidades do usuário.”

Tem-se redargüido que esses inconvenientes poderiam ser contornados pela via contratual, obrigando-se o autor a não se opor a modificações necessárias, nem a exercer seu direito de arrependimento, sob pena de indenização. Essa crítica, no entanto, não lhe parece equacionar devidamente a questão, pois pairaria sempre o risco de ocorrerem litígios, sendo difícil estimar até que ponto as cifras fixadas por contrato dessa natureza a título de indenização realmente compensariam as perdas da outra parte contratante. Além disso, cumpre não esquecer que os direitos morais em causa têm caráter irrenunciável e inalienável, por força de lei, gerando-se, assim, a questão de saber até que ponto uma cláusula contratual dessa ordem seria válida.

Exatamente naquele sentido, decisão do Tribunal Federal da República Federal da Alemanha, de 1984, 15 HC 119, reconhecendo que, na conformidade das disposições vigentes em matéria de emprego de autores, os programadores empregados não podem proibir a seus empregadores o uso dos programas por eles criados no âmbito de seus contratos de trabalho.

Direito pecuniário é o que diz respeito à obtenção, por vias diretas ou indiretas, de quaisquer vantagens patrimoniais que a obra seja capaz de proporcionar, matéria particularmente delicada na regulamentação dos direitos do criador de *software* sob relação de dependência, que é o que mais comumente ocorre.

Autoria e titularidade do programa elaborado sob relação de dependência

Determina a Lei n.º 7.646:

“Art. 5.º — Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador ou contratante de serviços os direitos relativos a programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, servidor ou contratado de serviços seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos contratados.

§ 1.º — Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho, ou serviço prestado, será limitada à remuneração ou ao salário convencional.

§ 2.º — Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, servidor ou contratado de serviços os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação ao contrato de trabalho, vínculo estatutário ou prestação de serviços, e sem utilização de recursos, informações tecnológicas, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante de serviços.”

Proprietário do direito ao *software* é o seu criador, exigindo-se, todavia, um certo grau da aludida originalidade, uma contribuição pessoal de alguma valia, com características próprias ao setor que estamos estudando.

"1. Os direitos conferidos pela presente lei no que concerne o *software* — propunha o art. 2.º do projeto da OMPI já mencionado — "pertencem à pessoa que criou este *software*; todavia, quando o *software* foi criado por um empregado no exercício de suas funções de empregado, estes direitos pertencem, salvo estipulação em contrário, ao empregador.

2. Os direitos conferidos pela presente lei no que diz respeito a este *software* podem ser transferidos em todo ou em parte por contrato. Por ocasião da morte do proprietário, estes direitos se transmitem na conformidade do direito que rege as sucessões testamentárias ou *ab intestato*, segundo o caso."

No caso de obra criada sob relação de emprego, os direitos de autor — dispõe diferentemente o art. 36, *caput*, da Lei n.º 5.988 — pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor, salvo convenção em contrário.

Na conformidade de outras legislações e de acordo com o que propõe o art. 2.º, al. 1. do Projeto de Lei Tipo da OMPI, os direitos de autor pertencerão ao empregador, salvo estipulação em contrário, o que parece mais lógico, embora não completamente satisfatório: pelo menos, dá uma solução mais completa ao problema.

Desenvolvemos amplamente, em *Direito de Autor. Princípios Fundamentais* (Rio, Forense, 1987, 538 págs.), a matéria do direito de autor da pessoa jurídica — obra do assalariado, demonstrando, às pp. 132-162, que, ainda quando a obra se realize às expensas e graças à organização de uma empresa, a criatividade, expressada numa obra, não pode ser relacionada a não ser a uma pessoa física, ou a um grupo de pessoas.

Eis aí outro ponto que exigia tratamento diferenciado, em lei específica, do *software*, tais os embaraços que a aplicação rigorosa do princípio teórico acarretaria, numa matéria em que apenas grandes empresas, a maioria multinacionais, dispõem de quantias fabulosas em pesquisas, e que ficariam completamente desamparadas.

"Os princípios gerais da propriedade do direito de autor" — reconhece também JON A. BAUMGARTEN, *Copyright Protection of Computer Programs* (tese apresentada ao X Contergu, Munich, de 8 a 11-6-1984, *Federal Bar News & Journal*, s/d, pp. 220-225) — "precisavam mesmo ser cuidadosamente revistos em relação ao desenvolvimento de programas. O significado do termo "empregado" não é inteiramente certo em numerosos casos, particularmente aqueles que envolvem premissas trabalhistas ou trabalhos especiais ou arranjos financeiros. E se um trabalho particular oferecido a um empregador para exame ou uso foi criado "para fins de emprego" pode nem sempre ser claro. A orientação se acentua em telecomunicação e a tendência de programadores profissionais em continuar ou iniciar projetos com equipamento caseiro comporão incertezas."

As expressões iniciais do artigo “salvo estipulação em contrário” que deveriam favorecer o empregado, na realidade agem em seu exclusivo detrimento. Qual o empregador que deixará de valer-se desse arbítrio que a lei tão abertamente lhe confere? Que outra alternativa restará ao empregado se não procurar outro empregador, do qual receberá idêntica recusa?

Considera, no entanto, o antigo “General Counsel” do U.S. Copyright Office que bem elaborados acordos podem, em muito, prevenir disputas. “No caso de material de relevante valor ou confidencial, empregados não estáveis e circunstâncias semelhantes, tais contratos podem conter cláusulas relativas a outros meios de direito de propriedade (p. e., obrigações confidenciais; restrições pós-empregatícias, locação de direitos relativos a patentes).

16. “Software” criado sem relação de dependência

E com relação a *software* criado por autores independentes, firmas de *software*, consultores etc.?

Demonstra o especialista norte-americano JON A. BAUMGARTEN que a titularidade pode levantar problemas, uma vez que tais trabalhos não podem ser considerados criados “sob encomenda”, e, na ausência de um contrato escrito provendo (ou interpretado) em contrário, a estrita aplicação de determinadas estipulações da Lei de Direito Autoral pode resultar numa encomenda que proporcione não mais do que determinados direitos não exclusivos em trabalhos criados sob ordem ou comissão por contratantes avulsos, independentemente de quanto tenha sido pago pelo trabalho, na conformidade de jurisprudência que indica:

“17 U.S.C. §§ 201, 204 (a), 101 (definitions of “work made for hire” and “transfer of copyright ownership”). Compare *Childers v. High Society Magazine*, 557 F. Supp. 978, 561 F. Supp. 1374 (S.D.N.Y. 1983) and *Aitken, Hazen, Hoffman, Miller. P.C. v. Empire Construction Co.*, 542 F. Supp. 252 (D. Neb. 1982) with *Peregrine v. Lauren Corp.*, Civ. No. 84-K-1056 (D. Col. filed January 29, 1985), *appeal noted*; and *Aldon Accessories, Ltd. v. Spiegel, Inc.*, 738 F.2d 548 (2d Cir. 1984), cert. den., November 5, 1984.”

Em suma, particularmente numa indústria caracterizada em alguma extensão por consultores, trabalhando especialmente em adaptações e semelhantes, entendimentos relativos à titularidade do direito de autor e/ou restrições no exercício de direitos particulares — ambos com empregados aparentes, contratantes independentes e outros — devem ser previstos.

Os programas criados por empregados ou funcionários do governo, no curso do desempenho de suas obrigações oficiais, não se sujeitam à proteção do direito de autor nos EUA, embora determinados trabalhos governamentais possam obter proteção fora do país.

Programas criados pelo Estado e governos municipais ou estrangeiros estão, todavia, sujeitos do direito de autor nos Estados Unidos: *Building Officials v. Code Technology*, 628 F. 2d 730 (1st Civ. 1980).

“Semelhantermente, programas criados por universidades, companhias privadas e outras sob outorga federal e contratos ficam também subordinados ao *copyright* norte-americano, ressalvada regulamentação específica pelo departamento dos termos da concessão ou do contrato que proveja diferentemente.”

17. *Modificações tecnológicas e derivações*

“Quando estipulado em contrato firmado entre as partes, os direitos sobre as modificações tecnológicas e derivações pertencerão à pessoa autorizada que as fizer e que os exercerá autonomamente.” (art. 6.º da Lei n.º 7.646).

E na ausência de uma autorização expressa por parte do titular do direito de autor, constituirá o aproveitamento de uma obra sua, ou parte dela, violação ao direito de autor, ou será somente a saída do computador que a caracteriza?

Eis aí uma das questões mais importantes discutidas pelo mencionado Grupo de Trabalho, convocado pela OMPI.

Pareceu existir um consentimento bastante amplo em favor da opinião de que a entrada constitui uma reprodução no sentido que à expressão dão as convenções internacionais e as legislações internas. Verificou, por outro lado, o Grupo que entre os interessados permanecem ainda algumas dúvidas a esse respeito, devido à evolução tecnológica rápida na informática e em razão das modalidades de utilização dos bancos de dados.

TÍTULO III — *Do Cadastro*

18. *Cadastro. Indispensabilidade para a comercialização*

Dispõe a Lei n.º 7.646:

“Art. 8.º — Para a comercialização de que trata o art. 1.º desta Lei, fica obrigatório o prévio cadastramento do programa ou conjunto de programas de computador, pela Secretaria Especial de Informática — SEI, que os classificará em diferentes categorias, conforme sejam desenvolvidos no País ou no exterior, em associação ou não entre empresas não nacionais e nacionais, definidas estas pelo art. 12 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, e art. 1.º do Decreto-Lei n.º 2.203, de 27 de dezembro de 1984.

§ 1.º — No que diz respeito à proteção dos direitos do autor, não se estabelecem diferenças entre as categorias referidas

no *caput* deste artigo, as quais serão diversificadas para efeito de financiamentos com recursos públicos, incentivos fiscais, comercialização e remessa de lucros, ou pagamento de direitos aos seus titulares domiciliados no exterior, conforme o caso.

§ 2.º — O cadastramento de que trata este artigo e a aprovação dos atos e contratos referidos nesta Lei, pela Secretaria Especial de Informática — SEI, ficarão condicionados, quando se tratar de programas desenvolvidos por empresas não nacionais, a apuração da inexistência de programa de computador similar, desenvolvido no País, por empresa nacional.

§ 3.º — Além do disposto no *caput* deste artigo, o cadastramento de que trata esta Lei é condição prévia e essencial à:

I — validade e eficácia de quaisquer negócios jurídicos relacionados a programas;

II — produção de efeitos fiscais e cambiais e legitimação de pagamentos, créditos ou remessas correspondentes, quando for o caso, e sem prejuízo de outros requisitos e condições estabelecidos em lei.”

Registro e cadastro, qual a diferença?

O primeiro é apenas para resguardo da proteção da titularidade dos programas de computador, com caráter facultativo, tal qual ocorre com relação às obras literárias, artísticas ou científicas, pela Lei n.º 5.988, que rege os direitos de autor: por isso diz o art. 4.º da Lei n.º 7.646 que os programas de computadores *poderão* ser registrados.

Mas, para a comercialização desses mesmos programas, é *obrigatório*, como se lê no art. 8.º, o cadastro na SEI do programa ou conjunto de programas. E ninguém elabora programas a não ser com a intenção de comercializá-los: pelo menos não é usual.

O CONIN já havia, pela Resolução n.º 002, publicada no *DOU*, de 23-9-1986, instituído o cadastro de programas de computador, “isolada ou coletivamente, nesta hipótese quando constituírem um conjunto de programas destinados a uma aplicação específica” (art. 1.º, § 2.º).

É justamente o cadastramento obrigatório um dos tópicos que tem levantado maiores críticas.

Contraria, sem dúvida, o princípio da inteira liberdade, no País, “da produção e da comercialização dos programas de computador, de origem estrangeira ou nacional, assegurada integral proteção aos titulares dos respectivos direitos”, proclamado no dispositivo inaugural da Lei n.º 7.646.

Atente-se, porém, que ele ressalva, nas últimas palavras: “nas condições estabelecidas em lei”.

É verdade que não se exige cadastro de livro, de obra de arte ou de trabalho científico. Mas foi justamente para evitar qualquer conflito entre os princípios que regem a proteção jurídica do direito de autor que se advogou uma lei específica para o *software*, embora naquele inspirado, que atendesse às suas peculiaridades.

Para o editorial “E o Brasil se fecha ainda mais . . .” de *O Estado de S. Paulo*, de 23-12-1987, p. 3, o art. 8.º da Lei n.º 7.646 contém exigências cuja observância dará margem a conflitos intermináveis:

“Quando do exame dos pedidos de cadastramento de programas de origem externa, os censores da SEI terão liberdade e contarão com o amparo legal para rejeitá-los, de acordo com critérios subjetivos, desde que considerem que existe programa de computador similar desenvolvido no País por empresa nacional.”

19. *Empresas “não nacionais”*

Levanta o art. 8.º, § 2.º da Lei n.º 7.646, mais uma vez, o ainda não definitivamente equacionado problema da distinção entre empresas nacionais e estrangeiras: “o cadastramento de que trata este artigo e a aprovação dos atos e contratos referidos nesta Lei, pela Secretaria Especial de Informática — SEI, ficarão condicionados, quando se tratar de programas desenvolvidos por empresas não nacionais, à apuração da inexistência de programa de computador similar, desenvolvido no País, por empresa nacional”.

As empresas estrangeiras são discriminadas pela Lei de Informática e Automação n.º 7.232, de 29-10-1984, que somente reconhece como nacionais aquelas cujo controle de capital tecnológico e administrativo estejam em forma exclusiva e incondicional nas mãos de residentes no país.

A Lei n.º 4.131, de 3-9-1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior considera (art. 1.º):

“ . . . capitais estrangeiros, para os efeitos dessa lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil, sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Art. 2.º — Ao capital estrangeiro que se investir no País será *dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.*”

20. *Similaridade de programas*

Determina a Lei n.º 7.646:

“Art. 10 — Para os efeitos desta Lei, um programa de computador será considerado similar a outro, quando atender as seguintes condições:

a) ser funcionalmente equivalente, considerando que deve:

I — ser original e desenvolvido independentemente;

II — ter, substancialmente, as mesmas características de desempenho, considerando o tipo de aplicação a que se destina;

III — operar em equipamento similar e em ambiente de processamento similar;

b) observar padrões nacionais estabelecidos, quando pertinentes;

(Foi vetada pelo Presidente da República a alínea seguinte:

c) ter preço não superior à base de cálculo da quota de contribuição de que trata o art. 18 desta Lei, acrescido do valor resultante da aplicação do percentual máximo da quota de contribuição para sua classe sobre este preço).

Finalmente:

d) executar, substancialmente, as mesmas funções, considerando o tipo de aplicação a que se destina e as características do mercado nacional.”

A verificação da existência de similar nacional de funcionamento equivalente — consignaram os Senadores IRAPUAN COSTA JÚNIOR e ROBERTO CAMPOS, justificando a Subemenda n.º 6 — é um pesadelo burocrático e envolve alto grau de subjetividade. São milhares os *softwares* a serem cadastrados, “abrangendo as mais diferentes especializações, como processamento de textos, planilhas eletrônicas, sistemas médicos, agropecuária, física, química, brinquedos, econometria etc.

A se manter a exigência de verificação da similar, ela deveria prevalecer apenas para a concessão de incentivos e financiamentos. Não deveria aplicar-se ao cadastramento que é simples reconhecimento do direito de propriedade autoral.”

A subemenda, acrescentou o último (*DCN*, II, 19-11-1987, p. 2.949), obedecia a uma diferente filosofia que seria por ele favorecida. A saber, que só houvesse verificação de similaridade nacional no caso de o distribuidor solicitar favores, incentivos fiscais, empréstimos favorecidos. O cadastramento não dependeria da verificação de similaridade. Seria meramente o reconhecimento da titularidade do direito de propriedade industrial. O único obstáculo ao cadastramento — na sua concepção e na do

Senador Irapuan Costa Júnior —, o único obstáculo seria a quota de contribuição, isto é, o encargo financeiro que o comprador do *software* estrangeiro pagaria em benefício de um fundo destinado à promoção de desenvolvimento do *software*.

Entretanto, verificaram que manter a exigência de similaridade é uma posição irredutível do PMDB mesmo ao nível do cadastramento e não apenas para a concessão de incentivos. Sendo esta a posição irredutível do PMDB —, e ainda mais irredutível da SEI, que não é famosa por sua flexibilidade — e em resultado das várias negociações a que se procederam, e que visaram limitar um pouquinho o grau de arbítrio na verificação da similaridade, ele retiraria esta emenda.

Mas o problema fundamental consiste em saber: com que critério estabelecer similaridade entre programas de computador?

Tem-se notado não ser difícil definir o que é similar ou não em caso de automóveis, mas não no que diz respeito a uma gama de máquinas operatrizes. E será praticamente impossível aceitar sem contestação uma decisão da SEI sobre a existência de um determinado programa de computador nacional similar ao estrangeiro, dadas as infinitas nuances entre esses programas.

Prevêem-se, portanto, muitas contendas entre o Brasil e outros países, principalmente os Estados Unidos. Teremos muitos casos como o da *Microsoft*, com as represálias previsíveis. Na verdade, será impraticável a exclusão de programas estrangeiros com base na existência de um similar (?) nacional.

Resta, afinal, a esperança de que a lei seja regulamentada segundo uma concepção mais ampla do papel que o programa de computador desempenha na sociedade moderna, repelindo-se a idéia tosca da auto-suficiência num campo em que as inovações mundiais se desenvolvem em ritmo verdadeiramente avassalador. É uma esperança tênue.

Palavras proféticas!

Menos de um mês depois de lançadas em *O Estado de S. Paulo*, de 23-12-1987, noticiava o mesmo matutino, em página inteira, 23, de 21-1-1988, que, em sessão da véspera, que parecia uma do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Informática e Automação — CONIN, numa posição de “flexibilidade”, autorizou a Secretaria Especial de Informática — SEI, permitir à empresa norte-americana *Microsoft*, comercializar no Brasil seu sistema operacional MS-DOS 3.3, esperando assim evitar que o governo norte-americano sobretaxe os produtos brasileiros exportados para aquele país.

O processo, com cerca de 40 páginas, foi distribuído, na própria reunião, a ministros de áreas diferentes, desconhecedores dos aspectos técnicos que envolvem a questão, que votaram com o governo.

Foi contundente o empresário EUGENIO STAUB: "nós já gastamos mais dinheiro com advogados do que os prejuízos que possam advir da importação de *software*".

A reforma parcial da decisão anterior da SEI, que impediu o registro para comercialização no Brasil dos programas de computador da empresa Microsoft foi pedida pelo ministro da Fazenda, MAILSON DA NÓBREGA, que afirmou ter elaborado seu parecer basicamente seguindo a Lei de Informática e a Lei de *Software*, ou seja, obedecendo a "critérios estritamente técnicos", recebendo aprovação da maioria.

"Por ocasião da decisão, a Microsoft já dispunha das versões 3.0, 3.1, 3.2. e 3.3. E já existiam, no mercado, similares para as três primeiras. Porém, inexistia para o quarto modelo." Os trabalhos para a verificação da similaridade entre modelos brasileiros e os da Microsoft de programas de computador foram feitos pela SEI, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e pela Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Universidade de São Paulo.

Segundo estes estudos, o Sisne, "original e independentemente desenvolvido pela Scopus Tecnologia S.A.", tem as mesmas características de desempenho do MS-DOS da Microsoft, os dois operam em equipamentos similares e executam as mesmas funções. Não existe, no entanto, similaridade nacional para a versão do MS-DOS 3.3 do modelo operacional americano. Este, portanto, poderá ser comercializado no Brasil, sob o argumento, apresentado pelas empresas SID-Informática e Polymax Informática, autoras do recurso ao CONIN, de que o sistema MS-DOS poderá levar a "constantes avanços científicos".

Foi assim mantido o veto da SEI à comercialização do MS-DOS 3.2 considerado similar ao Sisne, produzido pela empresa brasileira Scopus.

CLAUDIO MAMMANA, presidente da Associação Brasileira das Indústrias de Computadores Periféricos — Abicom, entende termos pago um preço muito alto.

21. *Cadastramento de programas a empresas não nacionais*

"As empresas não nacionais, o cadastramento será concedido, exclusivamente, a programas de computador que se apliquem a equipamentos produzidos no País ou no exterior, aqui comercializados por empresas desta mesma categoria." (art. 12 da Lei n.º 7.646).

O que se entenda por empresa nacional está indicado na Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática:

"Art. 12 — Para os efeitos desta Lei, empresas nacionais são as pessoas jurídicas constituídas e com sede no País, cujo controle esteja, em caráter permanente, exclusivo e incondicional,

sob a titularidade, direta ou indireta, de pessoas físicas residentes e domiciliadas no País, ou por entidades de direito público interno, entendendo-se controle por:

I — controle decisório — o exercício, de direito e de fato, do poder de eleger administradores da sociedade e de dirigir o funcionamento dos órgãos da empresa;

II — controle tecnológico — o exercício, de direito e de fato, do poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar de tecnologia, de produto e de processo de produção;

III — controle de capital — a detenção, direta ou indireta, da totalidade do capital, com direito efetivo ou potencial de voto, e de, no mínimo, 70% (setenta por cento) do capital social.

§ 1.º — No caso de sociedades anônimas de capital aberto, as ações com direito a voto ou a dividendos fixos ou mínimos deverão corresponder, no mínimo, a 2/3 (dois terços) do capital social e somente poderão ser propriedade, ou ser subscritas ou adquiridas por:

a) pessoas físicas, residentes e domiciliadas no País, ou entes de direito público interno;

b) pessoas jurídicas de direito privado, constituídas e com sede e fero no País, que preencham os requisitos definidos neste artigo para seu enquadramento como empresa nacional;

c) pessoas jurídicas de direito público interno.

§ 2.º — As ações com direito a voto ou dividendos fixos ou mínimos guardarão a forma nominativa.”

TÍTULO IV — Da quota de contribuição

(Cuida do Fundo Especial de Informática e Automação. Finalidade e Constituição)

TÍTULO V — Da comercialização

22. Obrigações do titular dos direitos

Os suportes físicos de programas de computador e respectivas embalagens, assim como os contratos a eles referentes deverão — pelo art. 23 da Lei n.º 7.646 — consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o número de ordem de cadastro, e o prazo de validade técnica da versão comercializada.

O titular dos direitos de comercialização de programas de computador, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, fica obrigado de acordo com o art. 24 — a:

I — divulgar, sem ônus adicional, as correções de eventuais erros;

II — assegurar, aos respectivos usuários, a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa de computador, consideradas as suas especificações e as particularidades do usuário.

Recomenda a Fiesp que se defina de forma mais precisa o escopo dos incisos I e II deste artigo no tocante à divulgação de erros e à prestação de serviços técnicos complementares, de modo a preservar tanto os direitos dos usuários como aqueles dos titulares dos direitos de comercialização de programas de computador.

Sugere que a “divulgação” seja feita por meio de contratos diretos com os usuários ou, na sua impossibilidade, por meio de veículos especializados de divulgação, de grande circulação.

A conceituação de “serviços técnicos complementares” deve abranger os itens: treinamento, manutenção de programa de computador e respectiva documentação técnica e centro de atendimento técnico.

Acrescenta o art. 25:

“O titular dos direitos dos programas de computador, durante o prazo de validade técnica, tratado nos artigos imediatamente anteriores, não poderá retirá-los de circulação comercial, sem a justa indenização de eventuais prejuízos causados a terceiros.”

O prazo de validade técnica — observa a Fiesp — é definido pelo autor do programa ou, quando por este autorizado, pelo titular dos direitos de comercialização, quando do pedido de cadastramento ou da respectiva renovação.

O Título V da Lei n.º 7.646, “Da comercialização”, é composto de sete artigos, uma vez que foram vetados três: os de n.ºs 20, 21 e 22, que rezavam:

“Art. 20 — A cessão a terceiros dos direitos de utilização de programas de computador far-se-á através de Títulos de Uso, que serão documentos comprobatórios da regularidade das respectivas cópias.

§ 1.º — Para a emissão dos Títulos de Uso é necessário o prévio cadastramento do programa de computador.

§ 2.º — Os Títulos de Uso serão emitidos num prazo máximo de 30 (trinta) dias do seu requerimento pelo titular do cadastro.

§ 3.º — Os Títulos de Uso deverão conter a identificação do programa de computador, o número do cadastro, o número do Título do Uso e demais elementos pertinentes, na forma a ser estabelecida na regulamentação desta Lei.

§ 4.º — Os usuários finais serão dispensados do Título de Uso dos programas de computador pertencentes ao domínio público.

§ 5.º — Serão dispensados do Título de Uso os programas de computador cuja cessão de Títulos dos direitos de utilização tenham, comprovadamente, ocorrido anteriormente à entrada em vigor desta lei.

Art. 21 — Os Títulos de Uso serão emitidos pela Secretaria Especial de Informática (SEI) ou outro órgão ou entidade por ela credenciada.

Art. 22 — Quando se tratar de programas de computador de origem externa, os Títulos de Uso serão fornecidos mediante a apresentação da guia de recolhimento da quota de contribuição, efetuada à ordem da subconta “Programas de Computador”, do Fundo Especial de Informática e Automação.”

23. Regras que regem os contratos de licença ou cessão

Antecipa o art. 27 da Lei n.º 7.646:

Art. 27 — A exploração econômica de programas de computador, no País, será objeto de contratos de licença ou de cessão, livremente pactuados entre as partes, e nos quais se fixará, quanto aos tributos e encargos exigíveis no País, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos.

Parágrafo único — Serão nulas as cláusulas que:

- a) fixem exclusividade;
- b) limitem a produção, distribuição e comercialização;
- c) eximam qualquer dos contratantes da responsabilidade por eventuais ações de terceiros, decorrente de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

“O mercado brasileiro de *software*” — consignava a justificação que acompanhava o projeto governamental da Lei n.º 7.646 — “é caracterizado pela grande predominância de oferta de produtos de origem externa. Um dos fatores que contribui para esta situação é a facilidade com que esses produtos ingressam no País, sobretudo em função da ausência de mecanismos adequados de controle de importação e internação, assim como da inexis-

tência de normas e critérios que possibilitam um maior disciplinamento do mercado.

Existem atualmente duas formas regulares para internação de *software*. A primeira diz respeito à transferência de produtos entre a matriz estrangeira e sua filial, subsidiária ou controlada no País. Esta operação é realizada sem contrato entre as partes e sem manifestação governamental sobre os *softwares* internados. Como os atos e contratos relativos a *software* vêm sendo tratados como operações de transferência de tecnologia, é vedado o seu pagamento entre empresas pertencentes a uma mesma organização. Nestes casos a remuneração é efetuada de acordo com a legislação sobre a Remessa de Lucros.

A segunda modalidade, em decorrência do tratamento que vem sendo dado ao *software*, envolve a celebração de contratos de transferência de tecnologia entre diferentes organizações. Neste caso, a averbação do contrato no Instituto Nacional de Propriedade Industrial é requisito essencial para o registro do mesmo junto ao Banco Central, com vistas à legitimação dos pagamentos ao Exterior. A efetivação da importação do *software*, com a transferência da correspondente tecnologia, é condicionada à aprovação prévia da SEI e do INPI.

Duas outras formas, não oficiais, são usualmente utilizadas para a introdução de *software* no País. A primeira caracteriza-se pela existência de um contrato entre o fornecedor externo e o distribuidor, em geral empresa nacional, porém sem averbação no INPI. A internação e o correspondente pagamento ao Exterior são efetuados sem qualquer controle governamental. A segunda consiste simplesmente na internação de *software* e sua comercialização no mercado interno, através de cópias reproduzidas sem autorização do produtor."

24. Responsabilidade do titular dos direitos de comercialização

A rigor seria dispensável o art. 26 da Lei n.º 7.646:

"O titular dos direitos de programas de computador e de sua comercialização responde, perante o usuário, pela qualidade técnica adequada, bem como pela qualidade da fixação ou gravação dos mesmos nos respectivos suportes físicos, cabendo ação regressiva contra eventuais antecessores titulares desses mesmos direitos."

Diante do inteiro Capítulo (arts. 1.101 a 1.106) que o Código Civil dedica aos vícios redibitórios.

Mas representa uma utilíssima advertência em favor do usuário, que investe somas vultosas não só no *software* como no *hardware*, em garantia dos requisitos da originalidade do produto e da sua fixação conveniente em suporte material, da sua qualidade e utilidade, e, ainda, das informações indispensáveis e da assistência técnica conveniente.

25. *Reserva de comercialização a empresas nacionais*

Pelo art. 28 da Lei n.º 7.646:

“A comercialização de programas de computador, ressalvado o disposto no art. 12 desta Lei, somente é permitida a empresas nacionais que celebrarão, com os fornecedores não nacionais, os contratos de cessão de direitos ou licença, nos termos desta Lei.

Parágrafo único — A aprovação, pelos órgãos competentes do Poder Executivo, dos autos e contratos relativos à comercialização de programas de computador de origem externa, é condição prévia e essencial para:

- a) possibilitar o cadastramento do programa;
- b) permitir a dedutibilidade fiscal, respeitadas as normas previstas na legislação específica;
- c) possibilitar a remessa ao exterior dos montantes devidos, de acordo com esta Lei e demais disposições legais aplicáveis.”

As idéias do Governo ficaram bem elucidadas na Exposição de Motivos ao Projeto de que resultou a Lei n.º 7.646:

“No tocante à comercialização, o único instrumento disponível é o registro de *software*, instituído pelo Ato Normativo SEI n.º 22, de 2 de dezembro de 1982, que estabeleceu um mecanismo de contratação preferencial de produtos desenvolvidos no País por empresas nacionais, por órgãos e entidades de Administração Pública Federal, Direta e Indireta.

Esse instrumento tem-se mostrado, entretanto, de pouca eficácia devido à sua limitada abrangência e à ausência de mecanismos complementares de controle de importação.

O mercado de *software* apresenta três segmentos com características e identidades próprias, correspondentes ao porte dos equipamentos a que se destinam.

No segmento de mercado de equipamentos de médio e grande portes verifica-se grande predominância e dependência de *software* de origem externa, comercializados por fabricantes e casas de *software* multinacionais, que têm à sua disposição todo o acervo de produtos de sua matriz, de acordo com as suas próprias práticas comerciais, adotadas a nível mundial. Aí, praticamente, não se verifica a ocorrência de atividades de pirataria e contrabando, em função, sobretudo, da complexidade dos produtos. A participação de empresas nacionais está restrita aos *softwares* aplicativos, administrativos e específicos, onde não há concorrência com produtos de origem externa.

No segmento de minicomputadores, onde os equipamentos fabricados no País não apresentam compatibilidade com os similares de grande penetração a nível mundial, o mercado de *software* é totalmente ocupado por empresas nacionais.

Entretanto, em face da limitação do tamanho do mercado em decorrência de incompatibilidade entre os equipamentos de diferentes fabricantes, a oferta de *software* de suporte e de ferramentas destinadas à produtividade e ao desenvolvimento de sistemas não é satisfatória, mesmo não havendo concorrência com produtos de origem externa.

Já no segmento de microcomputadores, a adoção, pela indústria nacional, de padrões internacionais, tornou os equipamentos aqui produzidos compatíveis com todo o acervo de *software*, disponível no mercado internacional, para produtos similares.

O rápido crescimento e a alta pulverização desse mercado, a carência de produtos desenvolvidos no País e a ausência de mecanismos de controle de importação e de comercialização criaram condições favoráveis ao ingresso intensivo e indiscriminado de produtos de origem externa, através de representantes, usuários ou mesmo de contrabando. A comercialização desses produtos é realizada livremente e praticamente sem restrições, exceto no setor público federal, em que é exigido o registro na SEI.

A participação da indústria nacional neste segmento está restrita aos *softwares* aplicativos, administrativos e específicos e aos sistemas operacionais, cujo desenvolvimento local é condição para aprovação de projetos de fabricação."

A "reserva de mercado" constitui um dos temas mais discutidos da lei, a ponto de já por ocasião dos estudos preliminares do respectivo projeto ter criado zona de atrito direto com o próprio Governo norte-americano.

O episódio chamou a atenção tanto dos demais países desenvolvidos — Japão, França, países anglo-saxônicos, Alemanha, Itália — como dos em desenvolvimento, principalmente México e Argentina, que seguem atentamente seus desdobramentos.

Como é sabido, já em meados de maio de 1986, o Secretário de Estado norte-americano, GEORGE SHULTZ, enviou ofício ao Chanceler brasileiro ABREU SODRÉ, manifestando que "a informática pode chegar a ter conseqüências sérias em nossas relações... Conviria iniciar sem demora negociações significativas... para encontrar uma solução rápida e prática neste difícil assunto".

Quase que simultaneamente o porta-voz da Casa Branca assinalou que o Presidente REAGAN havia mandado estudar eventuais sanções, para o caso de não se poder concretizar um acordo oportuno sobre a matéria antes do dia 25 de junho.

Foi sem dúvida a Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, estabelecendo a reserva de mercado para a indústria do ramo, dando lugar a uma grande expansão das empresas de capital nacional que permitiu êxitos em várias unidades da Federação brasileira, principalmente no que diz respeito aos *mini* e *microcomputadores*.

A matéria foi objeto de um bem lançado editorial de ENRIQUE ALONSO, para *Clarín*, de Buenos Aires (25-10-1986, p. 13), que não só revela conhecimento, como expressa, com objetividade, o entendimento de expressiva parcela de pessoas pertencentes a países alheios à divergência:

“... o Brasil cresceu e alguns de seus produtos competem com os norte-americanos. É natural que isso, no começo, provoque mal-entendidos. Eles se dissiparão com a simples admissão de que se trata da oitava ou nona economia mundial por seu produto interno, sustentada por um país que não renunciou ao propósito de continuar crescendo. “Estamos começando a incomodar” — foi o resumo que a imprensa deu de seu pensamento — “e isto é uma prova da nossa força”.”

O art. 28 da Lei n.º 7.646 revela a verdadeira intenção do cadastro — medida cuja utilidade, no contexto, não pode ser negada: atribuir à SEI poderes para classificar o *software* a seu arbítrio, conforme desenvolvido no Brasil ou além fronteiras, por empresas nacionais ou estrangeiras, associadas ou não.

Já havia sido observada, ainda por ocasião da tramitação do projeto, a dificuldade de estabelecer a similaridade de produções intelectuais, radicalizando nos programas estrangeiros, cuja comercialização só se realizaria por empresas nacionais.

Acusava o Senador ROBERTO CAMPOS de estar presente a xenofobia,

“superpondo-se diversas reservas cartoriais em favor: a) do similar nacional; b) do produtor nacional de *software*; c) do distribuidor nacional, tudo isso segundo a obtusa definição de “empresa nacional” da Lei de Informática. O distribuidor nacional pode remeter, sem imposto, as divisas resultantes da comercialização do *software*, mas a filial de uma multinacional não pode fazê-lo à sua matriz. A Cobra, que hoje tem 10% apenas do mercado nacional de computadores, apesar das subvenções do governo e compras forçadas das estatais, continuará autorizada a concorrer deslealmente com os produtores privados de *software*.”

Os resultados serão conhecidos. Muitos dos produtores de *software* inovador se desinteressarão do mercado brasileiro, o contrabando continuará próspero, e, o que é pior, patrioticamente útil...

Há uma má notícia para os professores e cientistas. Se em prestarem seus programas de computador a alunos e colegas, para

trabalharem em casa, estes estarão sujeitos a pena de detenção de seis e dois anos, e multa! É o que diz o art. 36 do projeto."

Com efeito, não obteve consenso sua Emenda n.º 16, que pretendia permitir ficasse tal comercialização "a cargo também de empresas nacionais que tenham maioria de capital votante em associações com empresas estrangeiras".

A aprovação oficial dos contratos relativos à comercialização de programas de computador importados seria condição para: a) permitir o acesso das empresas constituídas nos termos do *caput* a créditos bancários favorecidos e a incentivos fiscais; b) possibilitar a remessa para o exterior de montantes devidos aos titulares estrangeiros do direito de propriedade de programas de computador comercializados no País.

Justificava parecer um despropósito impedir a participação de empresas estrangeiras na comercialização de programas de computador, mesmo quando associadas minoritariamente a empresas nacionais. Ao contrário, poderia oferecer valiosa contribuição ao desenvolvimento do mercado interno de *software*.

Mesmo por parte de estrangeiros nem todas as manifestações são de reprovação.

Em palestra feita no Recife, aos 29-10-1975, o jornalista francês JEAN-JACQUES SERVAN-SCHREIBER ressaltou a importância de os programas de *software* serem feitos e inventados por brasileiros. Disto não devemos abrir mão e "milhões de homens devem ser capacitados para elaborar programas em todos os campos".

Ressaltou que, dessa forma, a informática funciona como instrumento de manutenção da identidade cultural dos povos, além de respeitar a individualidade de cada pessoa. Este é um dos motivos que faz dele um ardoroso defensor da informática, pois, "ao contrário dos sistemas capitalista e comunista, ela não massifica nem padroniza o homem".

Essas questões hão de ser debatidas entre os brasileiros, "que devem encontrar seus próprios caminhos e suas próprias soluções". Mas deixou claro que a informatização das indústrias é inevitável e provoca desemprego. Por isso, e para não repetir o erro de países europeus e dos Estados Unidos, frisou ser preciso preparar a população para receber os robôs e computadores, que expulsaram milhões de pessoas do mercado de trabalho no Ocidente.

Na sua opinião, é necessário capacitar as pessoas para outros ofícios e atividades, além de ajudar a população a aprender a se servir das ferramentas informáticas colocadas à sua disposição. Lembrou que "aprender a usar o computador é mais fácil e exige menos tempo do que aprender a dirigir um automóvel". As populações do Terceiro Mundo não devem se sentir inferiores, porque experiências mostraram que elas aprendem mais rápido e melhor a utilizar a informática do que os europeus e norte-americanos.

A informática pode ser uma aliada fundamental para o desenvolvimento de um povo e, conseqüentemente, de um país. Para ele, a informática foi, depois da imprensa, a única invenção capaz de transformar não apenas o ambiente físico, mas a capacidade humana de aprender e criar. E isso, deve ser aproveitado ao máximo.

26. *Aprovação e averbação a atos e contratos*

Na forma do art. 29 da Lei n.º 7.646,

“A aprovação e a averbação serão concedidas aos atos e contratos, relativos a programa de origem externa, que estabelecerem remuneração do autor, cessionário residente ou domiciliado no exterior, a preço certo por cópia e respectiva documentação técnica, que não exceda o valor médio mundial praticado na distribuição do mesmo produto, não sendo permitido pagamento calculado em função de produção, receita ou lucro do cessionário ou do usuário.

§ 1.º — Excluem-se da permissão deste artigo as empresas não nacionais, a elas assegurada, em decorrência da comercialização regulada pelo art. 12 desta Lei, a remessa de divisas previstas nas disposições e nos limites da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, e legislação posterior.

§ 2.º — A nota fiscal emitida pelo titular dos correspondentes direitos ou seus representantes legais, que comprove a comercialização de programas de computador de origem externa, será o suficiente para possibilitar os pagamentos previstos no *caput* deste artigo.”

Como averiguar, no próprio momento da aprovação e averbação dos atos e contratos, o valor médio mundial de uma cópia de *software*?

Se o governo fracassou reiteradamente em seus esforços para definir e conter os preços dos gêneros de primeira necessidade nos supermercados — que dizer das dificuldades para determinar, mesmo aproximadamente, os valores, sujeitos a flutuações de momento a momento, do *software*, nas principais praças do mundo!

O Projeto da SEI, entre as disposições finais e transitórias, compendiadas no Capítulo XI, estabelecia distinção entre atos e contratos de titularidade nacional ou estrangeira:

“Art. 45 — Os atos ou contratos relativos a *software*, registrado ou não, inclusive quando tenham por objeto autorização para reprodução ou comercialização, bem como a prestação dos serviços técnicos complementares, estarão sujeitos à averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, nas condições estabelecidas no art. 126, da Lei n.º 5.772, de 15 de dezembro de 1971.

Parágrafo único — A Comissão (Conselho) Nacional de Informática — CNI, ouvido previamente o Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, poderá estabelecer categorias de atos ou contratos isentos de averbação, inclusive através da homologação de contratos-padrão.

Art. 46 — A averbação dos atos ou contratos referentes a *software* registrado ou não, da titularidade de pessoa domiciliada ou residente no exterior, dependerá de apuração da existência de alternativa nacional e da razoabilidade de remuneração, segundo critérios estabelecidos pela Comissão (Conselho) Nacional de Informática — CNI, e ao implemento das seguintes condições:

a) enquadramento em critérios de prioridade, segundo a natureza e a atualização da correspondente tecnologia de aplicação;

b) criação de condições qualitativas para o setor de atividade ao qual se aplique, propiciando principalmente a exportação de bens e serviços e a substituição de importações;

c) conformidade às prescrições desta Lei, aos atos administrativos baixados consoante este artigo, às demais normas aplicáveis à repressão ao abuso do poder econômico e aos efeitos tributários e cambiais relativos ao comércio de tecnologia.”

27. Licença de importação ou internamento

O disposto no art. 30 da Lei n.º 7.646,

“Será permitida a importação ou o internamento, conforme o caso, de cópia única de programa de computador, destinado a utilização exclusiva pelo usuário final, (VETADO).” (*)

Impedirá que a IBM, atuando no Brasil há 70 anos, continue produzindo e vendendo computadores de pequeno e médio porte no mercado interno.

Para ROBERTO CAMPOS, os países interessados em transacionar com o Brasil em informática ficam impossibilitados de planejar seu comércio. “Eles poderiam fazê-lo, se o ingresso de produtos no Brasil fosse governado por tarifas ou regulado por cotas. Mas não podem exercer esse planejamento quando o ingresso de seus produtos no País é efetuado através de licenças de importação, que o burocrata pode ou não conceder, hoje ou amanhã, dependendo do seu humor.” (*O Estado de S. Paulo*, de 20-11-1987, p. 24).

Deverá — lembra a Fiesp — ser assegurado, ao usuário final, o direito de importar cópia única de programa de computador, de maneira simplificada e rápida, sem trâmites burocráticos desnecessários, que venham

(*) — Expressões vetadas: “cabendo a este o pagamento da quota de contribuição de que trata o art. 16”.

a acarretar-lhe prejuízos na utilização, desde que o preço de compra não exceda o valor médio no país de origem. O referido programa não ficará sujeito a cadastramento, devendo o processo de importação ser apreciado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, findo o qual será considerado aprovado.

Além disso, os programas de valor unitário não superior a US\$ 1.000,00 FOB (hum mil dólares) não estarão sujeitos ao processo regular de importação, quando o usuário final for pessoa física.

TÍTULO VI — Disposições Gerais

28. *Transferência de tecnologia. Averbação dos contratos. Pagamento de "royalties"*

Prevaleceu, na redação do art. 31,

“Nos casos de transferência de tecnologia de programa de computador, será obrigatória, inclusive para fins de pagamento de dedutibilidade da respectiva remuneração, e demais efeitos previstos nesta lei, a averbação do contrato no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Parágrafo único — Para a averbação de que trata este artigo, além da inexistência de capacitação tecnológica nacional, é obrigatório o fornecimento, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais e internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia”;

entendimento contrário ao do Senador ROBERTO CAMPOS que não se conformava com a exigência do fornecedor de tecnologia de um montante excessivo de informações técnicas.

Por considerar o dispositivo obrigatório o fornecimento de documentação completa, entendeu que o adquirente de tecnologia de programas de computador poderá hesitar na revelação de tal soma de informações, de vez que por meios impróprios esses dados técnicos poderiam cair nas mãos de pessoas interessadas em piratear a mesma tecnologia.

Propôs, em emenda que não foi aceita:

“Art. 21 —

Parágrafo único — Para a averbação o INPI não poderá exigir a relação de informações técnicas que possam ser consideradas como segredo comercial pelo titular da comercialização no País.”

Ponderava:

“Se os autores do projeto querem justificar a exigência com a intenção de assegurar proteção ao adquirente, para o caso de

litígio futuro com o fornecedor, essa desculpa não tem cabimento. Interessa ao adquirente de tecnologia que o código-fonte, a matriz do conhecimento do programa industrialmente inserido no computador, não seja revelado a ninguém. Caberia, portanto, ao comprador da tecnologia declarar até que ponto poderia ser transmitido ao INPI o memorial descritivo, de vez que, mormente na informática, o segredo é a alma do negócio. A revelação total e ampla do segredo faz o negócio perder a sua finalidade. Eis as razões que nos induziram a modificar a redação do referido parágrafo.”

Os casos obrigatórios de transferência de tecnologia — lembra por sua vez a FIESP — deverão ser os previstos no atual Planin, aprovado pela Lei n.º 7.461/86, bem como nos que lhe sucederem.

Protegendo os programas para computadores e os titulares de seus direitos, independentemente de sua origem ou nacionalidade, bem assim sem quaisquer formalidades — encarecia a Exposição de Motivos que acompanhava o Projeto do Governo —, o anteprojeto tornava explícitas e efetivas as mais extensas garantias aos usuários, como contrapartida necessária dos direitos que a sociedade brasileira está outorgando a seus titulares.

“Esses programas, ademais, são componentes imateriais dos sistemas de tratamento da informação. Por esse motivo, é imprescindível que o Estado discipline, segundo os interesses de seu desenvolvimento econômico e tecnológico, as operações de importação e circulação de programas, atendidas as prescrições da legislação atinente à informática (Lei n.º 7.232, de 29-10-84, e Plano Nacional de Informática e Automação — Planin, aprovado pela Lei n.º 7.463, de 27-4-86), bem assim as operações relativas a tecnologia em geral.

Incentiva, ainda, o projeto o desenvolvimento da pesquisa e da capacitação nacional, em contrapartida da abertura comercial que propicia às empresas brasileiras.

Assim é que, seja pela tutela adequada dos direitos de propriedade do autor dos programas, seja pela simplificação dos procedimentos administrativos, estabelecem-se condições favoráveis ao internamento e à criação, no País, desse produto tecnológico, de importância relevante às atividades científicas e produtivas internas, assegurando-se os direitos de comercialização às empresas nacionais, mediante o pagamento dos devidos direitos aos titulares estrangeiros. Não se impede, porém, a comercialização por empresas estrangeiras, dos programas típicos de equipamentos por elas produzidos no País ou utilizáveis por computadores do mesmo porte.”

29. *Incentivos fiscais*

Determina a Lei n.º 7.646:

“Art. 32 — As pessoas jurídicas poderão deduzir, até o dobro, como despesa operacional, para efeito de apuração do lucro tributável pelo Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, os gastos realizados com a aquisição de programas de computador, quando forem os primeiros usuários destes, desde que os programas se enquadrem como de relevante interesse, observado o disposto nos arts. 15 e 19 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984.

§ 1.º — Paralelamente, como forma de incentivo, a utilização de programas de computador desenvolvidos no País por empresas privadas nacionais será levada em conta para efeito da concessão dos incentivos previstos no art. 13 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, bem como de financiamento com recursos públicos.

§ 2.º — Os órgãos e entidades da Administração Pública Direta ou Indireta, Fundações, instituídas ou mantidas pelo Poder Público e as demais entidades sob o controle direto ou indireto do Poder Público darão preferência, em igualdade de condições, na utilização de programas de computador desenvolvidos no País por empresas privadas nacionais, de conformidade com o que estabelece o art. 11 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984.

§ 3.º — A participação do Estado na comercialização de programas de computador obedecerá ao disposto no inciso II do art. 2.º da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984.”

“Haja programa” — já foi dito — “e pobre Tesouro! . . .”

30. *Ações de nulidade de registro. Sigilo*

Lei n.º 7.646:

“Art. 33 — As ações de nulidade do registro ou do cadastramento, que correrão em segredo de justiça, poderão ser propostas por qualquer interessado ou pela União Federal.

Art. 34 — A nulidade do registro constitui matéria de defesa nas ações cíveis ou criminais, relativas à violação dos direitos de autor de programa de computador.”

Os dispositivos provêm, com insignificantes modificações de redação, dos arts. 24 e 25 da proposta do Governo, provindo este último, por sua vez, do art. 42 do Projeto da SEI.

Propunha ainda aquela, art. 11:

“Será tornado sem efeito, a qualquer tempo, o cadastramento de programa:

I — por sentença judicial;

II — por ato administrativo, quando comprovado que as informações apresentadas pelo interessado, para instruir o pedido de cadastramento, não são verídicas.”

Manifestou-se contra o Senador LEITE CHAVES, na sessão de 18-11-1987: quem passaria a proteger o mercado seria o Governo, através do ato administrativo, que é mais eficaz, para proibir programas viciosos, inverídicos. Não entende a razão de ser de um sigilo jamais registrado no Brasil com esta profundidade e extensão. “Que interesses pode haver nestes programas que a sociedade não possa conhecer? Se é que realmente este programa se destina à sociedade brasileira ou àquelas pessoas que têm interesse em se elucidar ou se esclarecer, não há razão alguma para tanta proteção.

Rebateu as críticas o Senador NELSON WEDEKIN (DCN, II, 19-11-1987, p. 2.942): as ações cíveis vão correr em segredo de justiça por uma razão óbvia:

“— é preciso que se saiba um pouco o que é *software* para discutir isto — a questão é simples: corre em segredo de justiça porque, se isso não ocorrer, está ali um segredo, estão ali mecanismos que são protegidos por esta Lei. Se for público, qualquer pessoa, qualquer terceiro interessado pode ir à justiça e obter toda a formulação e ele copia. É isto que se quer resguardar com o segredo de justiça. É uma disposição comum na proteção do direito autoral do *soft* em todo o mundo, não há nenhuma novidade. É apenas para se evitar cópia, por isso é preciso um cadastramento, por isso que a SEI não pode divulgar isto. E todos aqueles que têm nas suas mãos um *soft* querem que aquele *soft* fique para si. Não há proteção de direito de autor se não correr uma ação cível que tenha uma discussão sobre a questão da singularidade, ou sobre outra questão qualquer em segredo de justiça.”

TÍTULO VII — Das sanções e penalidades

31 *Violações ao direito de autor do “software”. Comercialização de programas estrangeiros não cadastrados*

Lei n.º 7.646:

Art. 35 — Violar direitos de autor de programas de computador:

Pena — Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Art. 36 — (VETADO).

Art. 37 (*caput*) importar, expor, manter em depósito, para fins de comercialização, programas de computador de origem externa não cadastrados:

Pena — Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Foi, sem dúvida, amenizada a redação do Projeto governamental, que rezava:

“Art. 21 — Importar, em qualquer suporte físico, inclusive por telecomunicação, expor, manter em depósito ou receber para comercialização ou comercializar, a qualquer título, programa de origem externa, não cadastrado:

Pena — Reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Ainda assim será difícil e injusta a aplicação desse dispositivo, tal a quantidade de programas em uso no mundo inteiro, grande parte dos quais jamais poderá ser registrada, até mesmo por deficiência de funcionários e aparelhamento, o que evidentemente não só reduzirá a capacidade de absorção de nova tecnologia, muitas vezes indispensável, mas constituirá um estímulo irrefreável ao aproveitamento de programas não registrados, incrementando, assim, a pirataria.

Foi vetado o art. 36:

“Utilizar programa de computador de terceiros ou comercializar programa de computador, sem o respectivo Título de Uso ou não cadastrado:

Pena — Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

O Anteprojeto SEI-INPI-CNDA era mais minucioso, Cap. VIII, arts. 36-39:

“Art. 36 — Violar qualquer dos direitos relacionados a *software*, atribuídos na forma desta Lei:

Pena — Detenção, de 7 (sete) meses a 2 (dois) anos e multa de 500 ORTN.

Art. 37 — Comercializar ou, por qualquer forma, transferir ou tornar disponível a terceiros *software* cujas características, propriedades técnicas ou condições de desempenho não correspondam àquelas indicadas no material de divulgação ou nos elementos constantes do registro:

Pena — Reclusão, de 7 (sete) meses a 2 (dois) anos e multa de 300 ORTN.”

Justificam o veto as razões pelas quais o Senador ROBERTO CAMPOS havia sugerido a supressão do art. 36 (DCN II, 19-11-1987, p. 2.959):

“Até agora, todas as restrições de tipo protecionista só se aplicavam à comercialização do *software* pelo distribuidor de produtos de origem externa, o que se faz através da quota de contribuição e do título de uso.

É impossível criar-se um Estado-policiaI para vigiar os usuários, aplicando-se-lhe a pena de detenção. São milhares de usuários que não caberiam nas penitenciárias do País. O Brasil já tem problemas suficientes com sua população carcerária para transformar-se num *Gulag* eletrônico.

Esta é uma modificação muito substancial. Nunca se puniu o usuário. Punia-se aquele que violasse direitos autorais ou comercializasse programas sem cadastramento. Mas aqui, a simples utilização de um programa de computador de terceiros, no recinto do lar, configuraria uma pena passível de detenção de 6 meses a 2 anos.

Estou vendo o Brasil transformado num *Gulag* eletrônico. Seria, aliás, o primeiro *Gulag* eletrônico do mundo. Temos que eliminar expressão “utilizar programas de terceiros”. O texto deveria limitar-se à expressão “comercializar programas de computador”. É a comercialização que deve ser objeto de disciplina governamental, não a utilização pelo usuário. De outra maneira, sancionáramos a invasão de domicílio pela SEI, para a verificação do comportamento do usuário. Voto contra o *Gulag* eletrônico.”

Chamou a atenção, por outro lado, sobre a situação anômala da pena, pela importação com a intenção de comercializar é maior do que a pena imposta pela comercialização fraudulenta, verdadeiro absurdo:

“Deveríamos pelo menos equalizar as penas. No texto atual, a penalidade imposta à violação de direitos e à comercialização ilegal é menos grave do que a aplicável a produtos em depósito com a intenção de comercialização futura. A intenção de delito é mais punida do que o delito.”

32. Ação penal

Lei n.º 7.646:

“Art. 38 — A ação penal, no crime previsto nos arts. 35, (VETADO) desta Lei, é promovida mediante queixa, salvo quando praticado em prejuízo da União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação sob supervisão ministerial.

Parágrafo único — A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, no crime previsto no art. 35 desta

Lei, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.”

Proposições análogas constavam dos arts. 38 e 39 do Projeto da SEI e do art. 32 do Projeto do Governo.

O art. 8.º do projeto de lei-tipo já aludido, por sua vez — “ações (poursuites) civis” —, prevê, quando um dos direitos tenha sido violado ou resulta provável que venha a sê-lo, possa o proprietário obter uma ordem judicial, salvo se a outorga dessa ordem for desproporcionada na espécie.

Admite ainda que, no caso de transgressão, possa o proprietário obter perdas e danos ou qualquer compensação considerada apropriada no caso.

33. *Ações Cíveis*

Lei n.º 7.646:

Art. 39 — Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito (art. 287 do Código de Processo Civil).

§ 1.º — A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração.

§ 2.º — A ação civil, proposta com base em violação dos direitos relativos a propriedade intelectual sobre programas de computador, correrá em segredo de justiça.

§ 3.º — Nos procedimentos cíveis, as medidas cautelares de busca e apreensão observarão o disposto no parágrafo único do art. 38 desta Lei.

§ 4.º — O juiz poderá conceder medida liminar, proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos do *caput* deste artigo, independentemente de ação cautelar preparatória.

§ 5.º — Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e no artigo anterior, agindo de má fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.

É o texto proposto pelo projeto do Governo, art. 23, ao qual no entanto foi acrescido o último parágrafo. Provinha, por sua vez, do anteprojeto SEI, art. 40, que contava com mais um parágrafo:

“§ 4.º — As medidas cautelares de busca e apreensão serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão de

todas as cópias do *software* contrafeito, suas versões e derivações em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.”

TÍTULO VIII — Das prescrições

34. Prescrição. O prazo é de cinco anos

Lei n.º 7.646:

“Art. 40 — Prescreve em 5 (cinco) anos a ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor.

Art. 41 — Prescrevem, igualmente em 5 (cinco) anos, as ações fundadas em inadimplemento das obrigações decorrentes, contado o prazo da data:

a) que constitui o termo final de validade técnica de versão posta em comércio;

b) da cessação da garantia, no caso de programas de computador desenvolvidos e elaborados por encomenda;

c) da licença de uso de programas de computador.”

Os dispositivos provêm do projeto do Governo, arts. 26 e 27, diferentes da orientação do projeto da SEI:

“Art. 41 — Prescrevem em dois anos:

I — as ações fundadas em violação dos direitos estabelecidos nos arts. 4.º e 5.º desta Lei, sendo o prazo contado da ocorrência da infração ou da ciência do ofendido, o que por último se der;

II — as ações fundadas em inadimplemento das obrigações decorrentes dos arts. 25 a 27 e 29 desta Lei, correndo o prazo da data que constitui o termo final de vigência da versão posta em comércio (art. 24, III), ou da data de cessação da garantia, no caso de *software* desenvolvido por encomenda, ou da data da aquisição, nos casos do art. 29.

Parágrafo único — A ação de nulidade do registro poderá ser proposta durante todo o prazo de vigência do mesmo.”

Por que o prazo de cinco anos?

Justifica o Senador NELSON WEDEKIN (DCN II, 19-11-87, p. 2.942):

“Porque em cinco anos é mais do que suficiente. E volto a falar na velocidade com que evoluem os programas de computador; cinco anos é mais do que suficiente para se resguardarem direitos. E cinco anos depois não será permitido a ninguém que

entre com uma ação, pela razão simples de todo *soft*, depois de três ou cinco anos, estar absolutamente superado, pela evolução, pela rapidez com que evoluem os programas de computador.”

35. *Balanço da lei. Perspectivas*

Para o Ministro da Ciência e Tecnologia, LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA, em declarações à imprensa no dia 22-12-1987, em Porto Alegre, a lei do *software* vai colocar o País num estágio avançado na tecnologia de ponta, proporcionando-lhe os parâmetros numa conquista resultante de um trabalho que durou três anos de articulações.

Deviam os brasileiros olhar a política de informática do País sob um ângulo nacionalista, de reserva de mercado para que a capacitação tecnológica doméstica avance até ser competitiva com as multinacionais. “Não devemos entrar no engodo de que abrindo o mercado, como os Estados Unidos querem, estaremos entrando no mundo moderno”, disse, “nos igualando à tecnologia de ponta dos países desenvolvidos”. Um dado que o anima é que o Brasil atingiu este ano um milhão de equipamentos computacionais. Essa marca só será atingida pela União Soviética em meados dos anos 90.

Na mesma ocasião o coordenador da Comissão de Informática da Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul (Fiergs), Paulo Renato Ketzer de Souza, classificou a lei do *software* sancionada pelo presidente Sarney de “um marco para o setor”. No seu entender, a partir de agora haverá regras claras sobre a comercialização de programas de computador, correspondendo às expectativas da área de informática nacional.

Sem embargo, a lei apresenta inconvenientes que já resultam da exposição feita, aos quais deve-se acrescentar o de ter deixado muita matéria a ser regulada.

A reclamação maior diz respeito aos poderes excessivos que a SEI conservou, impondo suas posições a outros setores da economia nacional.

No projeto dessa lei, a própria negação da liberdade de iniciativa e um desrespeito ao usuário, via editorial particularmente contundente de *O Estado de S. Paulo*, de 8-12-1987, dez dias antes, portanto, da promulgação da Lei n.º 7.646 — “É o Gulag Eletrônico”:

“A comercialização do *software*, que corresponde ao livro da era eletrônica, fica sujeita a vários obstáculos. Primeiro, o cadastramento na SEI, à qual cabe o direito de vedar a importação de um programa estrangeiro se o burocrata de plantão entender que existe um similar nacional. Como essa comparação entre o *software* estrangeiro e o similar nacional vai ser feita, como Dickens vai ser comparado a Machado de Assis, depende exclusivamente da interpretação pessoal do funcionário da SEI.
(.....)

Para restringir o desenvolvimento tecnológico nacional, o projeto de lei exige, ainda, um pagamento de taxa de cadastramento na SEI, cujo montante será definido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, que tem primado por restringir ao máximo a importação de tecnologia de primeira linha, descumprindo, até hoje, a sua missão. Para complicar ainda mais a burocracia da comercialização, os *softwares* que circularão no Brasil terão que exibir um selo (!) emitido pela SEI. Estamos em plena era do Gulag eletrônico...

Com essa série de restrições é fácil ver as conseqüências. O Brasil ficará, na área de programas, mais atrasado ainda do que já está na de produção de computadores, onde pululam empresas endividadas, que apenas montam aparelhos e praticam a pirataria de computadores obsoletos. É sabido, por isso, que a nossa economia, como um todo, está perdendo competitividade, pois não há atividade industrial moderna que não dependa da informática.

A ironia da história é que esse excesso de proteção é desnecessário para os produtores realmente criativos, alguns dos quais já começaram, até, a exportar *softwares* brasileiros para os Estados Unidos, e que talvez venham a ter seu nascente mercado bloqueado, a título de reciprocidade, pelas arbitrariedades da SEI, em relação aos programas importados. Quanto aos produtores nacionais ineficientes, eles não serão salvos por procedimentos cartoriais, que amortecem a criatividade, da mesma forma que a indústria de computadores, beneficiária da excessiva proteção do governo, mas também afligida por controles burocráticos, está hoje quase toda em estado pré-falimentar, na UTI do BNDES.

As vítimas dessa lei insensata serão o usuário, restringido no seu direito de comprar o "livro eletrônico", e o contribuinte, que paga impostos a um Tesouro falido. E este Tesouro ficará mais falido ainda após a lei do *software* ser promulgada pelo presidente, que não entendeu nada do que está acontecendo. A nova lei permite que as pessoas jurídicas que comprarem *softwares* considerados de "relevante interesse"(?) deduzam *em dobro* de sua renda tributável o valor gasto na aquisição do produto, desde que seja nacional."

Daí resulta que, tão logo publicada a lei, surge a necessidade de emendá-la em vários pontos, tal qual ocorreu com a Lei n.º 5.988, de 14-12-1973.

Mas o mais importante é atentar a que, como se verificou como o direito de autor, com o dos artistas intérpretes e executantes e dos próprios produtores de fonogramas, torna-se dia a dia mais premente a necessidade de uma convenção internacional que ofereça, a produtores e usuários, garantias mais sólidas do que aquelas que resultam de um mais do que teórico, visionário princípio de reciprocidade.

A lei do "software"

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de
Direito Civil da Faculdade de Direito da
USP. Regente de Direito de Autor nos cur-
sos de graduação e de pós-graduação

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O sistema autoral.* 3. *O cadas-
tramento.* 4. *O regime contratual.* 5. *Direitos e obriga-
ções das partes.* 6. *Sistema tutelar.* 7. *Observações finais.*

1. *Introdução*

Importante lei foi promulgada, com vetos parciais, no fim do ano passado, na área de informática, exatamente para a definição de sistema próprio de proteção e de comercialização de *software* no Brasil, a saber, a Lei n.º 7.646, de 18-12-87.

Editada depois de longo período de maturação, em que se debateu a respeito do regime adequado para a defesa da criação em tela, acabou por eleger o do direito autoral, como propuséramos, em tese pioneira entre

nós, no Congresso de Florianópolis, em 1981 (publicada depois na *Revista de Informação Legislativa* 73/307 e na *Revista dos Tribunais* 565/9), e sustentamos, posteriormente, em vários artigos inseridos em *O Estado de S. Paulo* (edições de: 29-12-85, p. 36; 26-10-86, p. 67; e 19-7-87, p. 48, sob os títulos “A regulamentação do *software*”; “*Software*: sugestões para a sua regulamentação” e “Proteção do *software* pelo direito de autor”, respectivamente), tendo a lei, em seu contexto, sufragado os pontos básicos por nós apontados nos referidos trabalhos.

Destaca-se pela idéia nodal de reserva de mercado — assentada antes na legislação instituidora da política de informática no País —, de sorte que institui disciplinas próprias para a criação nacional e para o produto estrangeiro, sujeito este a prévia manifestação estatal para a respectiva internação, a par da observância de requisitos outros para a posterior comercialização.

A lei prescreve registro especial para o *software* no plano autoral; consagra a necessidade de prévio cadastramento para comercialização; institui regime contratual próprio para o setor; regula a questão da titularidade de direitos; enuncia os direitos e as obrigações básicas de fornecedores e usuários; e institui sistema tutelar específico para o *software*, dentre outras providências.

2. O sistema autoral

Em consonância com a lei, o *software*, como criação intelectual, é protegido pelo direito de autor, sujeitando-se, pois, nesse passo, aos princípios e às regras da Lei n.º 5.988/73, que rege a matéria, observadas as disposições específicas previstas na Lei n.º 7.646/87 (eis que, em nosso direito, as leis especiais derogam, na incompatibilidade, as de caráter geral, subordinando-se, no mais, às respectivas prescrições).

São peculiaridades da lei especial: o prazo de proteção da criação, que é de 25 anos a partir do lançamento do *software* em qualquer país; o registro próprio, a ser instituído pelo Conselho Nacional de Direito Autoral (mas que, conforme a regra, em tema de direito autoral, é facultativo, instituído apenas para segurança de direitos do titular); o caráter sigiloso do registro, tendente a preservar os direitos do titular e a garantir-lhe o gozo da exclusividade que se lhe assegura (daí por que, na sua

consecução, o autor deve fornecer apenas as informações necessárias para a sua individualização); o estatuto da titularidade, em que a lei adota a *diretriz de atribuição originária de direitos à empresa em que se cria o software*, quando em seu contexto venha a lume (daí, quando o programa nasça no interior de uma *softhouse*, ou outra empresa em que se elaborem criações dessa natureza, dela são os direitos, salvo se provenientes de pessoas não vinculadas por meio de relação de emprego ou de serviço e sem utilização dos recursos tecnológicos da empresa); o elenco de limitações aos direitos autorais do programa, que é mais restrito, de sorte que as hipóteses de uso livre se reduzem apenas às situações expressamente definidas na lei (de que se destacam a extração da *copyback* e as derivações, estas quando por via de contrato as partes assim convencionarem).

No mais, respeitados os efeitos decorrentes dessas diretrizes básicas, aplicam-se ao *software* as normas compatíveis da legislação autoral, observados os princípios da de informática, como natural.

3. O cadastramento

Para efeito de comercialização, deve ser efetuado o cadastramento do programa na SEI (Secretaria Especial de Informática), o qual se encartará em uma das classificações nela previstas, em razão de sua origem e de sua situação, exatamente em função da diferença de regime entre nacionais e estrangeiros, em especial quanto a vantagens de ordem financeira, creditícia, tributária e comercial de que desfrutam os primeiros (que na legislação regulamentar são identificadas). Inexiste dissemelhança, no entanto, quanto à proteção autoral.

Para efeito de cadastramento, deve o titular encaminhar pedido à SEI, instruído com os elementos necessários, e, quando estrangeiro o programa, com os contratos de utilização e a prova de inexistência de similar (pois é condição de seu internamento a ausência de similar nacional, como defesa de mercado). A lei define os parâmetros para a identificação da similaridade. O cadastramento vale por três anos (e, não havendo similar, será renovado automaticamente: o estrangeiro, como natural, mediante a comprovação própria).

A lei autoriza a cobrança de emolumentos para o cadastramento, conforme tabela a ser promulgada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

4. O regime contratual

Para a utilização de *software*, devem as partes instrumentar os respectivos negócios com contratos adequados. Refere-se a lei aos de cessão de direitos — quando se transferem todos, uns ou alguns direitos sobre o programa, com os limites que os interesses das partes determinarem — e de licença — quando o titular apenas concede o uso sobre o programa, reservando os demais direitos e restringindo, pois, o alcance do despojamento — mas não compatíveis outros, como, por exemplo, o de encomenda, o de doação etc.

Importante é a definição do tipo próprio em cada caso, a fim de que as relações entre os interessados se desenvolvam tranqüilamente, cabendo acrescentar que a lei contém normas vinculativas ao conteúdo dos contratos sobre uso de *software*, em especial para a proteção do usuário, quanto à pacífica fruição do programa e à assistência técnica necessária. São, pois, cláusulas obrigatórias as previstas em seu contexto para essa finalidade, devendo, assim, figurar nos negócios celebrados no setor.

Não se deve, outrossim, descurar da prévia documentação embaixadora dos contratos, cumprindo-nos acentuar, a respeito, que as cautelas com a matéria devem estar presentes desde a criação, no seio da empresa, à posterior divulgação do produto, em que o respeito ao usuário impõe, sempre, a precisa identificação do programa e de suas finalidades, e uma descrição que permita o conhecimento básico para aplicação concreta e normal. A assistência de manutenção e de reparos, ou de adaptações necessárias, deve constar necessariamente dos ajustes do setor.

5. Direitos e obrigações das partes

Direitos e obrigações próprios são previstos para os interessados na produção e na comercialização de *software*, desde a fase de estudos e de contatos até a posterior utilização concreta do programa, cabendo-nos assinalar que, previamente, cumpre às empresas da área tomar os cuidados necessários já na idealização e, depois, na materialização de suas criações, a fim de que possam ter preservado o sigilo, que lhes garante a posterior fruição econômica. A documentação das diferentes fases de criação, na individualização da criação no tempo, e a celebração de contratos adequados com os elaboradores — na exata definição de direitos de cada qual,

que não tolham os seus próprios — são providências imprescindíveis para a segurança dos titulares, sempre sob orientação de especialistas.

Do elenco legal, destacam-se: os direitos morais e patrimoniais da empresa sobre o programa, que lhe conferem a exclusividade na exploração econômica, por via dos contratos indicados; o direito ao registro, que aconselhamos se faça sempre, a fim de evitarem-se dúvidas posteriores quanto à titularidades, ou a seu alcance; o direito ao uso, nos termos dos contratos assinados com os titulares, com o conseqüente rol de direitos decorrentes em cada caso, mas que incluem, necessariamente, no regime da lei, a manutenção; a informação sobre aperfeiçoamentos; a assistência técnica; a responsabilidade quanto à autenticidade e ao funcionamento, dentre outros. Atente-se, ainda, para as cláusulas proibidas pela lei, também em razão do interesse público, a saber: a de exclusividade; a de limitação de produção, de distribuição e comercialização; a de isenção de responsabilidade quanto a ações de terceiros, frente a vícios, defeitos, ou violações de direitos autorais.

Para produtos de origem externa, são necessárias, ainda, a averbação dos contratos e a observância da legislação de remessa de lucros, sempre que houver transferência de tecnologia. Nessa hipótese, são essas providências condições para o posterior uso regular do programa (sujeitando-se a sanções legais eventuais violações).

Como as normas delineadoras de direitos são de ordem pública, prevalecem sobre as convenções, de modo que, em caso de inobservância, estas cedem, por ineficácia (assim, por exemplo, a cláusula de irresponsabilidade seria, na matéria, absolutamente nula; também a de exclusividade; a limitativa de produção etc.).

6. Sistema tutelar

A exemplo do que ocorre com os demais direitos de ordem intelectual, por três veredas pode o interessado obter amparo na legislação do *software*: a administrativa, pelo acionamento da SEI e do CONIN (Conselho Nacional de Informática e Automação) — que formam instâncias na área administrativa, por força da lei; a civil, pelo acionamento da Justiça comum, para cessação de violações, cominação de sanções, reparação de danos e outras providências compatíveis; e a penal, pelo ingresso na Justiça repressiva, a fim de obter-se o apenamento do agente, sempre que se tratar de crime.

Com efeito, da sistemática legal defluem: a tipificação como delitos de certas ações; a garantia de sancionamento no plano civil e a instituição de sistemática administrativa, repousada nos órgãos citados, para questões que dependam de manifestação do Executivo. Desse elenco, cabe ao interessado, conforme o caso e à luz de seus próprios interesses, acionar as medidas que, em concreto, lhe parecerem mais adequadas, na satisfação de seus direitos. Além disso, quanto a direitos autorais, pode contar também, no que for compatível, com a ação administrativa do Conselho Nacional de Direito Autoral, em particular com respeito a questões ligadas a registro.

A lei fixa em cinco anos o prazo de prescrição para ações na órbita civil destinadas a reparação de ofensas patrimoniais e fundadas na inexecução de obrigações, a respeito das quais fixa o termo inicial.

7. *Observações finais*

Tendo entrado em vigor na data de sua publicação, 22-12-87, a lei está sendo regulamentada pelo Executivo, mas, em consonância com seu sistema, sendo de aplicação imediata e auto-exeqüível, rege as operações do setor desde então.

Acreditamos venha ser fixado prazo para adaptação de situações existentes, bem como normas de caráter transitório certamente figurarão no diploma regulamentar, mas, de qualquer sorte, mister se faz que as empresas interessadas procurem, desde logo, ajustar-se ao seu teor, a fim de regularizarem seus negócios na área, evitando futuros e eventuais problemas por inadequação.

Pode-se concluir salientando que, com o regime instituído pela lei, melhor ficarão protegidos os direitos dos titulares e resguardada está a criação nacional, com a possibilidade de expansão do setor em face das normas protetivas do mercado, em sistema que, com a interação entre os órgãos disciplinadores da transferência de tecnologia, pode-se permitir a convivência tranqüila com produtos de origem externa, que serão internados sempre que do interesse da economia do País. A seleção justa no ingresso e a fiscalização no uso complementarão o regime, que, como temos defendido, é apto à defesa das empresas nacionais, na medida em que continuamos a entender que reside exatamente na correta entrada de produtos estrangeiros o segredo do sucesso de uma política voltada para a defesa da economia nacional.

Lei do Ventre Livre
Lei dos Sexagenários e
Lei Áurea

A grande trilogia abolicionista

BRANCA BORGES GÓES BAKAJ
Diretora da Subsecretaria de Arquivo do
Senado Federal

SUMÁRIO

- 1 — *Introdução*
- 2 — *Lei do Ventre Livre*
 - 2.1 — Projeto de autoria de Theodoro Machado Freire Pereira da Silva (Ministro da Agricultura)
 - 2.2 — Tramitação na Câmara dos Deputados
 - 2.3 — Texto final da Câmara para discussão no Senado — quadro comparativo da proposta do Governo com as emendas da Câmara
 - 2.4 — Tramitação no Senado
 - 2.5 — Lei n.º 2.040, de 28 de setembro de 1871
- 3 — *Lei dos Sexagenários*
 - 3.1 — Apresentação e texto do Projeto n.º 48, de 1884
 - 3.2 — Tramitação na Câmara dos Deputados
 - 3.3 — Tramitação no Senado
 - 3.4 — Lei n.º 3.270, de 28 de setembro de 1885
- 4 — *Lei Áurea*
 - 4.1 — Apresentação e texto do Projeto
 - 4.2 — Tramitação na Câmara dos Deputados
 - 4.3 — Tramitação no Senado
 - 4.4 — Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888



Lei Aurea ZEVALLLOS. 1979. Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal

1 — INTRODUÇÃO

A escravidão é algo que remonta ao início da história de nosso País, pois o ano de 1532 é tido como a data provável da introdução dos primeiros escravos africanos no Brasil. Em 1548 teria havido a chegada da primeira grande leva de escravos e em 1568 há um Ato do Governador-Geral Salvador Correa de Sá sistematizando o tráfico de escravos para o Brasil.

O trabalho que ora apresentamos é parte de um outro maior, a sair em livro editado pelo Senado Federal, em homenagem ao Centenário da Abolição da Escravatura em nosso País. Nesta obra faremos uma cronologia — a mais ampla possível — da luta pela Abolição. Aqui, restringi-me às chamadas grandes leis, a do Ventre Livre, a dos Sexagenários e a Lei Áurea, à tramitação que tiveram nas duas Casas do Congresso e à atuação dos parlamentares daquela época na luta pela conquista da libertação dos escravos.

Liberdade foi sempre um grande tema filosófico, além de uma expectativa social. Dizia Esopo, na fábula “O lobo e o cão”, que “não há ouro bastante para pagar a liberdade” (Non bene per toto libertas venditur auro). Já os gregos entendiam o termo em várias acepções. Haveria, para eles, uma liberdade dita “natural” vista como “a possibilidade de se subtrair, pelo menos parcialmente, a uma ordem cósmica predeterminada e invariável que aparece como inelutável”.

A liberdade perante o destino não seria, para muitos gregos, prova de valor, grandeza ou dignidade do ser humano, porque pouco contaria.

Há homens que o destino escolhe para realizarem-no que não podem fazer tudo o que quiserem. Sua liberdade se dá, assim, num sentido superior. Estamos, pois, frente à idéia da liberdade como realização de uma necessidade superior.

Segundo alguns pensadores, o “homem só é livre enquanto ser racional e disposto a atuar como ser racional”.

Se é possível que tudo no cosmos esteja determinado — aí inclusive a vida humana —, só a capacidade de ser racional pode dar ao homem consciência de que tudo está determinado e permiti-lo gozar da liberdade.

Podemos falar, também, em liberdade “social” ou política, que seria a “autonomia ou independência que, numa determinada comunidade huma-

na, consiste na possibilidade de reger os próprios destinos sem interferência de outras comunidades”.

Este tipo de liberdade implica agir de acordo com as leis e não em fugir a elas. MONTESQUIEU mesmo afirmava, em *Do Espírito das Leis* (XI — 3), que “La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent”.

Há que se considerar, ademais, a liberdade dita “pessoal”, uma forma de autonomia ou independência de agir frente a pressões da sociedade ou do Estado. Dentre as escolas socráticas que acolhiam este pensamento, ressalte-se a dos estóicos que viam a sociedade, assim como a natureza e as paixões, de certa forma, como princípio de opressão. Para eles, a liberdade consistiria “em dispor de si mesmo”. Destarte, seria livre o homem que se atém apenas “às coisas que estão em nós”.

MONTAIGNE (*Ensaio*, “Da Fisionomia”) ensinava que *La vraie liberté c'est pouvoir toute chose sur soi*”.

Para os filósofos cristãos a liberdade, como simples ausência de coação, é insuficiente, não sendo também suficiente, em geral, o livre arbítrio.

No Brasil, em busca da liberdade, os negros escravos fugiam para o mato, daí resultando os quilombos. Digno de nota é que todos os quilombos possuíam uma organização social e econômica, além de ser o lugar onde podiam usar a sua língua, ter sua religião e seu próprio estilo de vida, para a manutenção, enfim, de sua cultura.

O Quilombo dos Palmares — entre Alagoas e Pernambuco — já existia, em começos do século XVII, como um verdadeiro Estado negro. Zumbi era o chefe do mocambo, o verdadeiro general do quilombo, desde antes de 1675.

A luta de Zumbi, sobrinho do rei Ganga-Zumba, é a busca da liberdade dita natural, através de sua consciência e racionalidade a respeito do tema.

Os abolicionistas — paternalisticamente (como querem algumas pessoas) ou não — buscaram a liberdade sob o enfoque sócio-político, numa luta que vai, legislativamente, de 1823 a 1888.

Acho que nos restaria a realização plena da liberdade pessoal para o negro, liberto então de qualquer tipo de pressão social, de preconceitos, num clima de igualdade de oportunidade, como quer a Lei n.º 1.390, de 3 de julho de 1951 (Lei Afonso Arinos), num verdadeiro “*Libertas quae sera tamen*”.

Agradeço a colaboração dos funcionários da Seção de Arquivo Histórico da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal, na pessoa de seu chefe, José Augusto Coelho da Silveira, e na do pesquisador Manoel das Graças Gomes, que tanto me ajudaram no levantamento dos dados aqui apresentados.



2. LEI DO VENTRE LIVRE

2.1 — *Projeto de autoria de Theodoro Machado Freire Pereira da Silva* (Ministro da Agricultura)

2.2 — *Tramitação na Câmara dos Deputados*

12-5-1871 — Leitura do Projeto na sessão desse dia, na Câmara dos Deputados.

Na mesma sessão, o Deputado Cândido Mendes apresenta requerimento propondo uma Comissão Especial de 5 membros, eleita pela Câmara, em regime de urgência, para apreciar o projeto. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 1, pp. 43-45.)

15-5-1871 — Aprovação do requerimento de Cândido Mendes e eleição da Comissão, constituída dos seguintes Deputados: Luiz Antônio Pereira Franco e Joaquim Pinto de Campos, eleitos com 43 votos; Raymundo Ferreira de Araújo Lima e João Mendes de Almeida, eleitos com 41 votos; e Angelo Thomaz do Amaral, com 40. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 1, p. 47.)

30-6-1871 — Parecer da Comissão Especial encarregada de estudar o Projeto do Poder Executivo que tratava da questão servil. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 2, pp. 220-234.)

10-7-1871 — Entra em 2.^a discussão o Projeto. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 3, p. 82.)

7-8-1871 — Discurso do Deputado Pinto Moreira (sobre o Parecer da Comissão Especial) defendendo o ponto de vista de o escravo ser uma propriedade e, portanto, de haver necessidade de uma indenização para seu dono. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 4, pp. 77-84.)

14-8-1871 — Encerrada a 2.^a discussão. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 4, p. 137.)

18-8-1871 — Discurso do Visconde do Rio Branco (Presidente do Conselho de Ministros) defendendo o Projeto.

— 3.^a discussão da Proposta do Poder Executivo sobre o elemento servil, com o Parecer da Comissão Especial n.º 167, de 1871.

— Leitura, apoio e discussão das emendas ao Projeto. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 4, pp. 169-170.)

28-8-1871 — Votação nominal (por proposta dos Deputados Pereira da Silva e Mello Rego) do Projeto que é aprovado por 61 votos a favor e 35 contra.

Texto final com emendas elaboradas e aprovadas pela Câmara dos Deputados. (*Anais da Câmara dos Deputados*, t. 4, pp. 316-318.)

2.3 — *Texto final da Câmara para discussão no Senado*

PROPOSTA DO GOVERNO

EMENDAS FEITAS E APROVADAS PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS À PROPOSTA DO PODER EXECUTIVO REGULANDO O ESTADO SERVIL.

Augustos e digníssimos Srs. representantes da nação. — Não convindo que continue indecisa a solução da questão servil, urge dirigi-la com acerto por causa da fortuna particular e pública.

Disposto o governo imperial a concorrer para que adoteis providências que realizem pausada, mas sucessivamente, a emancipação da escravatura no Brasil, de ordem de Sua Majestade o Imperador tenho a honra de apresentar-vos a proposta seguinte, na qual a sorte das gerações futuras e os direitos da propriedade existente são atendidos:

Acrescente-se no lugar competente:

A assembléia geral decreta:

Art. 1.º Os filhos da mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre, e havidos por ingênuos.

§ 1.º Os ditos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão a obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos.

Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600\$, ou de utilizar-se dos serviços do menor até à idade de 21 anos completos.

No primeiro caso o governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei.

A indenização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro anual de 6%, os quais se considerarão extintos no fim de 30 anos.

§ 2.º Qualquer desses menores poderá remir-se de ônus de servir, mediante prévia indenização pecuniária, que por si ou por outrem ofereça ao senhor de sua mãe, procedendo-se à avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver acordo sobre o *quantum* da mesma indenização.

§ 3.º Cabe também aos senhores criar e tratar os filhos que as filhas de suas escravas possam ter quando aquelas estiverem prestando serviços.

No art. 1.º suprimam-se as palavras: “e havidos por ingênuos”.

Ao § 1.º do art. 1.º acrescentese: — “A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquele em que o menor chegar à idade de oito anos; e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor”.

Tal obrigação, porém, cessará logo que findar a prestação dos serviços das mães. Se estas falecerem dentro daquele prazo, seus filhos poderão ser postos à disposição do governo.

§ 4.º Se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito anos, que estejam em poder do senhor dela, por virtude do § 1.º, lhe serão entregues independentemente de indenização, exceto se preferir deixá-los, e o senhor anuir a ficar com eles.

§ 5.º No caso de alienação da mulher escrava, seus filhos livres, menores de 12 anos, a acompanharão, ficando o novo senhor da mesma escrava sub-rogado nos direitos e obrigações do antecessor.

§ 6.º Cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas antes do prazo marcado no § 1.º, se, por sentença do juiz, reconhecer-se que os senhores das mães os maltratam, inflingindo-lhes castigos excessivos, ou faltando à obrigação de os criar e tratar.

§ 7.º O direito conferido aos senhores no § 1.º poderá ser transferido nos casos de sucessão necessária, devendo o filho da escrava prestar serviços à pessoa a quem nas partilhas pertencer a mesma escrava.

Art. 2.º O governo poderá entregar a associações por ele autorizadas os filhos das escravas, nascidos desde a data desta lei, que sejam cedidos ou abandonados pelos senhores delas ou tirados do poder destes em virtude do art. 1.º, § 6.º

No § 4.º do mesmo artigo suprimam-se as palavras: "oito" e "independentemente de indenização".

No § 6.º, em lugar da palavra "juiz" diga-se: "juiz criminal", e suprimam-se: "ou faltando à obrigação de os criar e tratar".

No § 7.º, em lugar das palavras — "poderá ser transferido" — diga-se — "transfere-se".

§ 1.º As ditas associações terão direito aos serviços gratuitos dos menores até a idade de 21 anos completos e poderão alugar esses serviços, mas serão obrigadas:

1.º A criar e tratar os mesmos menores.

2.º A constituir para cada um deles um pecúlio, consistente na quota dos salários que, para este fim, for reservada nos respectivos estatutos.

3.º A procurar-lhes, findo o tempo de serviço, apropriada colocação.

§ 2.º As associações de que trata o parágrafo antecedente serão sujeitas à inspeção dos juizes de órfãos.

Esta disposição é aplicável às casas dos expostos, e às pessoas a quem os juizes de órfãos encarregarem a educação dos ditos menores, na falta de associações ou estabelecimentos criados para tal fim.

§ 3.º Fica salvo ao governo o direito de mandar recolher os referidos menores aos estabelecimentos públicos, transferindo-se neste caso para o Estado as obrigações que o § 1.º impõe às associações autorizadas.

Art. 3.º Serão anualmente liberados em cada província do Império tantos escravos quantos corresponderem à quota anualmente disponível do fundo destinado para a emancipação.

§ 1.º O fundo da emancipação compõe-se:

1.º Da taxa de escravos.

No n.º 2.º do § 1.º do art. 2.º suprimam-se as palavras — “dos salários”.

No fim do primeiro período do § 2.º acrescente-se — “quanto aos menores”.

O segundo período do mesmo parágrafo deve formar um novo parágrafo, que será o 3.º, substituindo-se as palavras — “esta disposição” — pelas seguintes — “A disposição deste artigo” etc.

O § 3.º da proposta passará a 4.º

O art. 3.º e seus parágrafos como da proposta.

2.º Dos impostos gerais sobre transmissão de propriedade dos escravos.

3.º Do produto de seis loterias anuais, isentas de imposto, e da décima parte das que forem concedidas de agora em diante, para correrem na capital do Império.

4.º Das multas impostas em virtude desta lei.

5.º Das quotas que sejam marcadas no orçamento geral e nas provinciais e municipais.

6.º De subscrições, doações e legados com esse destino.

§ 2.º As quotas marcadas dos orçamentos provinciais e municipais, assim como as subscrições, doações e legados com destino local, serão aplicadas à emancipação nas províncias, comarcas, municípios e freguesias designadas.

Art. 4.º O escravo tem direito ao pecúlio proveniente de seu trabalho, economias, doações, legados e heranças que lhe aconteçam. O governo providenciará em seus regulamentos sobre a colocação e garantias do mesmo pecúlio.

§ 1.º Por morte do escravo, seu pecúlio se transmite aos ascendentes e descendentes, segundo a ordem hereditária estabelecida pela lei; na falta de herdeiros necessários, ao cônjuge; e na falta de uns e outros, será o pecúlio adjudicado ao fundo de emancipação, de que trata o art. 3.º

O art. 4.º substitua-se pelo seguinte:

“Art. 4.º É permitido ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias. O governo providenciará nos regulamentos sobre a colocação e segurança do mesmo pecúlio.”

O § 1.º do mesmo artigo substitua-se pelo seguinte:

“§ 1.º Por morte do escravo, metade do seu pecúlio pertencerá ao cônjuge sobrevivente, se o houver, e a outra metade se transmitirá aos seus herdeiros, na forma da lei civil.

Na falta de herdeiros, o pecúlio será adjudicado ao fundo de emancipação de que trata o art. 3.º”

§ 2.º O escravo que, por meio de seu pecúlio, ou por liberalidade de outrem, ou por contrato de prestação de futuros serviços, obtiver meios para indenização do seu valor, tem direito à alforria. Se a indenização não for fixada por acordo, o será por arbitramento. Nas vendas judiciais ou nos inventários o preço da alforria será o da avaliação.

§ 3.º O contrato de prestação de futuros serviços, para o escravo obter sua liberdade, é dependente da aprovação do juiz de órfãos, e não poderá exceder o máximo de sete anos.

§ 4.º O escravo que pertencer a condôminos, e for libertado por um destes, terá direito à sua alforria, indenizando os seus senhores da quota do valor que lhes pertencer. Esta indenização poderá ser paga com serviços prestados por prazo não maior de sete anos, em conformidade do parágrafo antecedente.

§ 5.º A alforria com a cláusula de serviços durante certo tempo não ficará anulada pela falta de implemento da mesma cláusula, mas o liberto será compelido a cumpri-la, por meio do trabalho nos estabelecimentos públicos ou por contratos de serviços a particulares.

No § 2.º suprimam-se as palavras: “ou por liberalidade de outrem”, e mais as palavras: “ou por contrato de prestação de futuros serviços”.

O § 3.º substitua-se pelo seguinte:

“§ 3.º É, outrossim, permitido ao escravo, em favor de sua liberdade, contratar com terceiro a prestação de futuros serviços por tempo que não exceda de sete anos, mediante o consentimento do senhor e aprovação do juiz de órfãos.”

§ 6.º As alforrias, quer gratuitas, quer a título oneroso, serão isentas de quaisquer direitos, emolumentos ou despesas.

§ 7.º Em qualquer caso de alienação ou transmissão de escravos é proibido, sob pena de nulidade, separar os cônjuges, e os filhos, menores de 12 anos, de pai ou mãe.

§ 8.º Se a divisão de bens entre herdeiros ou sócios não comportar a reunião de uma família, e nenhum deles preferir conservá-la sob o seu domínio, mediante reposição da quota parte dos outros interessados, será a mesma família vendida, e o seu produto rateado.

§ 9.º Fica derogada a Ord., liv. 4, tit. 63, na parte que revoga as alforrias por ingratidão.

Art. 5.º Serão sujeitas à inspeção dos juizes de órfãos as sociedades de emancipação já organizadas e que de futuro se organizarem.

Parágrafo único. As ditas sociedades terão privilégio sobre os serviços dos escravos que liberarem, para indenização do preço da compra.

Art. 6.º Serão declarados libertos:

§ 1.º Os escravos da nação, dando-lhes o governo a ocupação que julgar conveniente.

§ 2.º Os escravos dados em usufruto à Coroa.

§ 3.º Os escravos das ordens regulares, dentro de sete anos, mediante acordo do governo com as mesmas ordens religiosas.

O art. 5.º e seu parágrafo como o da proposta.

No § 1.º do art. 6.º, em lugar de "escravos da nação" — diga-se: — "escravos pertencentes à nação".

Suprima-se o § 3.º

§ 4.º Os escravos das heranças vagas.

§ 5.º Os escravos que salvarem a vida de seus senhores e dos ascendentes ou descendentes destes.

§ 6.º Os escravos abandonados por seus senhores.

Se estes os abandonarem por inválidos, serão obrigados a alimentá-los, salvo caso de penúria, sendo os alimentos taxados pelo juiz de órfãos.

§ 7.º O escravo que, por consentimento expresso do senhor, se estabelecer por qualquer forma como livre.

§ 8.º Em geral os escravos libertados em virtude desta lei ficam durante cinco anos sob a inspeção do governo. Eles são obrigados a contratar seus serviços sob pena de serem constrangidos, se viverem vadios, a trabalhar nos estabelecimentos públicos.

Cessar, porém, o constrangimento do trabalho sempre que o liberto exhibir contrato de serviço.

Art. 7.º A primeira instância em todas as questões cíveis de liberdade será a do juízo de órfãos.

§ 1.º O processo será sumário.

§ 2.º Haverá apelações *ex officio* quando as decisões forem contrárias à liberdade.

§ 3.º Os promotores públicos poderão promover os direitos e favores que as leis concedam aos libertos e escravos, e representá-los em todas as causas de liberdade, em que forem partes.

O § 4.º passa a ser 3.º

Suprima-se o § 5.º

O § 6.º passa a ser 4.º

Suprima-se o § 7.º

O § 8.º passa a ser 5.º

O art. 7.º substitua-se pelo seguinte:

“Art. 7.º Nas causas em favor da liberdade.”

Suprima-se o § 3.º

Art. 8.º O governo mandará proceder à matrícula especial de todos os escravos existentes no Império, com declaração do nome, sexo, estado, aptidão para o trabalho e filiação de cada um, se for conhecida.

§ 1.º O prazo em que deve começar e encerrar-se a matrícula será anunciado com a maior antecedência possível por meio de editais repetidos, nos quais será inserida a disposição do parágrafo seguinte.

§ 2.º Os escravos que, por culpa ou omissão dos interessados, não forem dados à matrícula, até um ano depois do encerramento desta, serão por este fato considerados libertos.

§ 3.º Serão também matriculados em livro distinto os filhos da mulher escrava que por esta lei ficam livres.

Incorrerão os senhores omissos, por negligência, na multa de 100\$ a 200\$, repetidas tantas vezes quantos forem os indivíduos omitidos, e por fraude, nas penas do art. 179 do Código Criminal.

§ 4.º Os párocos serão obrigados a ter livros especiais para o registro dos nascimentos e óbitos dos filhos de escravas nascidos desde a data desta lei. Cada omissão sujeitará os párocos à multa de 100\$.

Art. 9.º O governo fica autorizado:

Ao art. 8.º acrescente-se:

“§ 3.º Pela matrícula de cada escravo pagará o senhor por uma vez somente o emolumento de 500 rs., se o fizer dentro do prazo marcado, e de 1\$, se exceder o dito prazo. O produto deste emolumento será destinado às despesas da matrícula, e o excedente ao fundo de emancipação.”

O art. 9.º e seus parágrafos seja substituído pelo seguinte:

“Art. 9.º O governo em seus regulamentos poderá impor multas até 100\$ e penas de prisão simples até um mês.”

§ 1.º Para regular a jurisdição voluntária e contenciosa do juízo de órfãos com relação aos escravos e aos indivíduos livres ou libertos em virtude desta lei, sujeitando o regulamento à aprovação do Poder Legislativo.

§ 2.º Para, outrossim, regular as funções dos promotores públicos, conforme o art. 7.º

§ 3.º Para impor multa até 100\$, e prisão até um mês, nos regulamentos que fizer para execução desta lei.

Art. 10. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Rio, 12 de maio de 1871. —
Theodoro M. F. Pereira da Silva.

Paço da Câmara dos Deputados,
em 29 de agosto de 1871. — *Jeronimo José Teixeira Júnior*, Presidente — *Joaquim Pires Machado Portella*, 1.º-Secretário — *José Maria da Silva Paranhos*, 2.º-Secretário.

2.4 — *Tramitação no Senado*

- 29-8-1871 — Leitura do Projeto no Senado. Requerimento de Aimeida e Albuquerque solicitando que se “nomeie uma Comissão Especial de três membros a quem se cometa o exame da Proposta”. (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 266-271.)
- 4-9-1871 — Discurso do Senador Zacarias de Góes e Vasconcellos tecendo considerações restritivas ao Projeto. (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 28-39.)
- Discurso do Visconde do Rio Branco (Presidente do Conselho de Ministros) defendendo o Projeto. (pp. 39-48.)
- 5-9-1871 — Discurso do Senador Sales Torres Homem defendendo o Projeto. (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 55-61.)
- 9-9-1871 — Discurso do Senador Barão das Três Barras defendendo os direitos dos proprietários de escravos e acusando o Projeto. (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 86-92.)

- 12-9-1871 — Discurso do Senador Zacarias de Góes e Vasconcellos mostrando as falhas encontradas no Projeto. (*Anais do Senado*, v. 4/5 Apêndice, pp. 1-14.)
- 15-9-1871 — Discurso do Visconde do Rio Branco, em defesa do Projeto. (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 148-156.)
- 26-9-1871 — Discurso do Senador Nabuco em defesa do Projeto mesmo ressaltando falhas nele encontradas.
- 3.ª discussão do Projeto. (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 248-259.)
- 27-9-1871 — Discurso do Senador Fernandes da Cunha em defesa do Projeto. (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 275-285.)
- Discurso do Senador Silveira da Motta, que declara votar no Projeto embora só concorde com o art. 1.º (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 285-286.)
- Votação e aprovação do Projeto. (*Anais do Senado*, v. 5, p. 286.)
- Redação final. (*Anais do Senado*, v. 5, pp. 287-288.)

Envio dos autógrafos do Decreto à sanção de Sua Alteza, a Princesa Imperial Regente, pela deputação do Senado formada por: Visconde de Sapucay, Barão de São Lourenço, Senadores Firmino, Paes de Mendonça e Uchoa Cavalcanti, Visconde de São Vicente e Barão do Rio Branco.

Transforma-se na Lei n.º 2.040, de 28-9-1871:

2.5 — *Lei n.º 2.040 — de 28 de setembro de 1871*

Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos.

A Princesa Imperial Regente, em Nome de Sua Magestade o Imperador o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os subditos do Imperio que a Assembléa Geral Decretou e ella Sanccionou a Lei seguinte:

Art. 1.º Os filhos da mulher escrava, que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1.º Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito annos completos.

Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos.

No primeiro caso o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei.

A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em titulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos.

A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

§ 2.º Qualquer desses menores poderá remir-se do onus de servir, mediante prévia indemnização pecuniaria, que por si ou por outrem offereça ao senhor de sua mãe, procedendo-se á avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver accôrdo sobre o quantum da mesma indemnização.

§ 3.º Cabe tambem aos senhores criar e tratar os filhos que as filhas de suas escravas possam ter quando aquellas estiverem prestando serviços.

Tal obrigação, porém, cessará logo que findar a prestação dos serviços das mãis. Se estas fallecerem dentro daquelle prazo, seus filhos poderão ser postos á disposição do Governo.

§ 4.º Se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito annos, que estejam em poder do senhor della por virtude do § 1.º, lhe serão entregues, excepto se preferir deixal-os, e o senhor annuir a ficar com elles.

§ 5.º No caso de alienação da mulher escrava, seus filhos livres, menores de 12 annos, a acompanharão, ficando o novo senhor da mesma escrava subrogado nos direitos e obrigações do antecessor.

§ 6.º Cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas antes do prazo marcado no § 1.º, se, por sentença do juizo criminal, reconhecer-se que os senhores das mãis os maltratam, infligindo-lhes castigos excessivos.

§ 7.º O direito conferido aos senhores no § 1.º transfere-se nos casos de successão necessaria, devendo o filho da escrava prestar serviços á pessoa a quem nas partilhas pertencer a mesma escrava.

Art. 2.º O Governo poderá entregar a associações por elle autorizadas os filhos das escravas, nascidos desde a data desta lei, que sejam cedidos ou abandonados pelos senhores dellas, ou tirados do poder destes em virtude do art. 1.º § 6.º

§ 1.º As ditas associações terão direito aos serviços gratuitos dos menores até a idade de 21 annos completos e poderão alugar esses serviços, mas serão obrigadas:

1.º A criar e tratar os mesmos menores.

2.º A constituir para cada um delles um peculio, consistente na quota que para este fim fôr reservada nos respectivos estatutos.

3.º A procurar-lhes, findo o tempo de serviço, apropriada collocação.

§ 2.º As associações de que trata o paragrapho antecedente serão sujeitas á inspecção dos Juizes de Orphãos, quanto aos menores.

§ 3.º A disposição deste artigo é applicavel ás casas de expostos, e ás pessoas a quem os Juizes de Orphãos encarregarem a educação dos ditos menores, na falta de associações ou estabelecimentos creados para tal fim.

§ 4.º Fica salvo ao Governo o direito de mandar recolher os referidos menores aos estabelecimentos publicos, transferindo-se neste caso para o Estado as obrigações que o § 1.º impõe ás associações autorizadas.

Art. 3.º Serão annualmente libertados em cada Provincia do Imperio tantos escravos quantos corresponderem á quota annualmente disponivel do fundo destinado para a emancipação.

§ 1.º O fundo da emancipação compõe-se:

1.º Da taxa de escravos.

2.º Dos impostos geraes sobre transmissão de propriedade dos escravos.

3.º Do producto de seis loterias annuaes, isentas de impostos, e da decima parte das que forem concedidas d'ora em diante para correrem na capital do Imperio.

4.º Das multas impostas em virtude desta lei.

5.º Das quotas que sejam marcadas no Orçamento geral e nos provincias e municipaes.

6.º De subscrições, doações e legados com esse destino.

§ 2.º As quotas marcadas nos Orçamentos provinciaes e municipaes, assim como as subscrições, doações e legados com destino local, serão applicadas á emancipação nas Provincias, Comarcas, Municipios e Freguezias designadas.

Art. 4.º E' permittido ao escravo a formação de um peculio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias. O Governo providenciará nos regulamentos sobre a collocação e segurança do mesmo peculio.

§ 1.º Por morte do escravo, metade do seu peculio pertencerá ao conjuge sobrevivente, se o houver, e a outra metade se transmittirá aos seus herdeiros, na fôrma da lei civil.

Na falta de herdeiros, o peculio será adjudicado ao fundo de emancipação de que trata o art. 3.º

§ 2.º O escravo que, por meio de seu peculio, obtiver meios para indemnização de seu valor, tem direito a alforria. Se a indemnização não fôr fixada por accôrdo, o será por arbitramento. Nas vendas judiciaes ou nos inventarios o preço da alforria será o da avaliação.

§ 3.º E', outrossim, permittido ao escravo, em favor da sua liberdade, contractar com terceiro a prestação de futuros serviços por tempo que não exceda de sete annos, mediante o consentimento do senhor e approvação do Juiz de Orphãos.

§ 4.º O escravo que pertencer a condominos, e fôr libertado por um destes, terá direito á sua alforria, indemnizando os outros senhores da quota do valor que lhes pertencer. Esta indemnização poderá ser paga com serviços prestados por prazo não maior de sete annos, em conformidade do paragrapho antecedente.

§ 5.º A alforria com a clausula de serviços durante certo tempo não ficará annullada pela falta de implemento da mesma clausula, mas o liberto será compellido a cumpril-a por meio de trabalho nos estabelecimentos publicos ou por contractos de serviços a particulares.

§ 6.º As alforrias, quér gratuitas, quér a titulo oneroso, serão isentas de quaesquer direitos, emolumentos ou despezas.

§ 7.º Em qualquer caso de alienação ou transmissão de escravos é prohibido, sob pena de nullidade, separar os conjuges, e os filhos menores de 12 annos, do pai ou mãe.

§ 8.º Se a divisão de bens entre herdeiros ou socios não comportar a reunião de uma familia, e nenhum delles preferir conserva-la sob o seu dominio, mediante reposição da quota parte dos outros interessados, será a mesma familia vendida e o seu producto rateado.

§ 9.º — Fica derogada a Ord. liv. 4.º, tit. 63, na parte que revoga as alforrias por ingratição.

Art. 5.º Serão sujeitas á inspecção dos Juizes de Orphãos as sociedades de emancipação já organizadas e que de futuro se organizarem.

Paragrapho unico. As ditas sociedades terão privilegio sobre os serviços dos escravos que libertarem, para indemnização do preço da compra.

Art. 6.º Serão declarados libertos:

§ 1.º Os escravos pertencentes á nação, dando-lhes o Governo a occupação que julgar conveniente.

§ 2.º Os escravos dados em usufructo á Corôa.

§ 3.º Os escravos das heranças vagas.

§ 4.º Os escravos abandonados por seus senhores.

Se estes os abandonarem por invalidos, serão obrigados a alimentar-os, salvo o caso de penuria, sendo os alimentos taxados pelo Juiz de Orphãos.

§ 5.º Em geral os escravos libertados em virtude desta Lei ficam durante cinco annos sob a inspecção do Governo. Elles são obrigados a contractar seus serviços sob pena de serem constrangidos, se viverem vadios, a trabalhar nos estabelecimentos publicos.

Cessará, porém, o constrangimento do trabalho sempre que o liberto exhibir contracto de serviço.

Art. 7.º Nas causas em favor da liberdade:

§ 1.º O processo será summario.

§ 2.º Haverá appellações *ex-officio* quando as decisões forem contrarias á liberdade.

Art. 8.º O Governo mandará proceder á matricula especial de todos os escravos existentes no Imperio, com declaração do nome, sexo, estado, aptidão para o trabalho e filiação de cada um, se fôr conhecida.

§ 1.º O prazo em que deve começar e encerrar-se a matricula será annuciado com a maior antecedência possivel por meio de editaes repetidos, nos quaes será inserta a disposição do paragrapho seguinte.

§ 2.º Os escravos que, por culpa ou omissão dos interessados, não forem dados á matricula até um anno depois do encerramento desta, serão por este facto considerados libertos.

§ 3.º Pela matricula de cada escravo pagará o senhor por uma vez sómente o emolumento de 500 réis, se o fizer dentro do prazo marcado, e de 1\$000 se exceder o dito prazo. O producto deste emolumento será destinado às despezas da matricula e o excedente ao fundo de emancipação.

§ 4.º Serão tambem matriculados em livro distincto os filhos da mulher escrava que por esta lei ficam livres.

Incorrerão os senhores omissos, por negligência, na multa de 100\$ a 200\$, repetida tantas vezes quantos forem os individuos omittidos, e, por fraude, nas penas do art. 179 do codigo criminal.

§ 5.º Os parochos serão obrigados a ter livros especiaes para o registro dos nascimentos e obitos dos filhos de escravas, nascidos desde a data desta lei. Cada omissão sujeitará os parochos á multa de 100\$000.

Art. 9.º O Governo em seus regulamentos poderá impôr multas até 100\$ e penas de prisão simples até um mez.

Art. 10. Ficam revogadas as disposições em contrario.

Manda portanto a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palacio do Rio de Janeiro, aos vinte e oito de Setembro de mil oitocentos setenta e um, quinquagesimo da Independencia e do Imperio.

PRINCEZA IMPERIAL REGENTE.

Theodoro Machado Freire Pereira da Silva.

Carta de Lei, pela qual Vossa Alteza Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral, que Houve por bem Sanccionar, declarando de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta Lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providenciando sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos, como nella se declara.

Para Vossa Alteza Imperial ver.

O Conselheiro José Agostinho Moreira Guimarães a fez.

Chancellaria-mór do Imperio. — *Francisco de Paula de Negueiros Sayão Lobato.*

Transitou em 28 de Setembro de 1871. — *André Augusto de Padua Fleury.*

Publicada na Secretaria de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, em 28 de Setembro de 1871. — *José Agostinho Moreira Guimarães.*

(Coleção das Leis no Império do Brasil — 1871, Tomo XXXI — Parte I, pp. 147-152).



Lei Aurea — ZEVALLOS, 1979 (Detalhe). Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal

3. LEI DOS SEXAGENÁRIOS

3.1 — Apresentação e Texto do Projeto n.º 48, de 1884

15-7-1884 — O Senhor Rodolpho Dantas (Presidente do Conselho de Ministros) apresenta o Projeto n.º 48/1884, declarando estar o mesmo formulado de acordo com o Gabinete, expressando “o pensamento do Governo acerca da reforma do estado servil”. Com base no art. 125 do Regimento Interno da Câmara, requer que o Projeto seja enviado às Comissões de Orçamento e Justiça Civil e Criminal para emitirem parecer. As Comissões elegeram, depois, Rui Barbosa, relator. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 161-165.)

Projeto

N.º 48 — 1884

ELEMENTO SERVIL

A Assembléa Geral decreta:

Da Emancipação

Art. 1.º A emancipação, nas hipóteses para que especialmente dispõe esta lei, opera-se:

- 1.º Pela idade do escravo;
- 2.º Por omissão da matrícula;
- 3.º Pelo fundo de emancipação;
- 4.º Por transgressão do domicílio legal do escravo;
- 5.º Por outras disposições que adiante se especificam.

Dos Sexagenários

§ 1.º O escravo de 60 anos, cumpridos antes ou depois desta lei, adquire *ipso facto* a liberdade.

I — Será facultativo aos ex-senhores retribuir ou não os serviços dos libertados em virtude deste parágrafo, que preferirem permanecer em companhia deles; incumbindo, porém, aos ex-senhores ministrar-lhes alimento, vestuário e socorros, no caso de enfermidade ou invalidez, com obrigação para os libertos de prestarem os serviços compatíveis com as suas forças.

II — Cessa para o ex-senhor esse encargo, se voluntariamente o liberto deixar ou tiver deixado a sua casa e companhia.

III — Se o ex-senhor não cumprir a obrigação imposta neste parágrafo n.º I, compete ao juiz de órfãos prover a alimentação e tratamento do enfermo ou inválido; correndo as despesas por conta do Estado.

Da Matrícula

§ 2.º O Governo mandará efetuar nova matrícula dos escravos, com declaração do nome, cor, idade, estado, naturalidade, filiação, aptidão para o trabalho, profissão e valor, computado nos termos do § 3.º deste artigo.

I — Será de um ano o prazo concedido para a inscrição, devendo este ser anunciado com três meses, pelo menos, de antecedência, por meio de editais, nos quais será inserido o número seguinte.

II — Serão considerados libertos os escravos que não forem dados à matrícula no prazo em que esta se achar aberta.

III — A inscrição somente se efetuará à vista da relação a que se refere o final do art. 13 do regulamento aprovado pelo Decreto n.º 4.835, de 1.º de dezembro de 1871; não se podendo alterar as declarações constantes da mesma relação, quanto ao nome, cor, idade, naturalidade e filiação do matriculando.

IV — No caso de extravio da sobredita relação, poderá ser suprida por certidão extraída dos livros da matrícula especial a que se refere o art. 8.º da Lei n.º 2.040, de 28 de setembro de 1871.

V — A idade do matriculando computar-se-á à vista da que constar da referida matrícula especial, devendo-se contar desde o dia da apresentação das relações de que trata o art. 13 do supracitado Regulamento n.º 4.835, de 1.º de dezembro de 1871, adicionando-se-lhe o período decorrido até ao dia em que o senhor, ou quem suas vezes fizer, apresentar a relação que há de servir de base à nova matrícula.

VI — Pela matrícula de cada escravo pagará o senhor, ou quem suas vezes fizer, o emolumento de 1\$000; destinando-se o produto desta taxa às despesas da matrícula, e o excedente ao fundo de emancipação.

Do Fundo de Emancipação

§ 3.º Faz parte necessária da matrícula estabelecida no parágrafo antecedente a estipulação do valor do escravo, arbitrado por declaração do senhor.

I — Esse valor, em caso nenhum, excederá o limite máximo de:
800\$, se o escravo for menor de 30 anos;
700\$, se tiver de 30 a 40 anos;
600\$, se tiver de 40 a 49 anos;
400\$, se for quinquagenário.

II — O valor declarado pelo proprietário vigorará para as alforrias pelo fundo de emancipação e quaisquer outras, independentemente de arbitramento, salvo o caso de invalidez ou estado valetudinário do escravo, que anule ou reduza notavelmente o seu valor.

III — Sobre o valor do escravo, calculado segundo o disposto neste parágrafo, pagará anualmente de imposto o proprietário:

1.º Nas cidades do Rio de Janeiro, Niterói, São Paulo, Porto Alegre, Bahia, Recife, São Luís e Belém — 5%;

2.º Nas demais cidades e vilas — 3%;

3.º Nos outros lugares — 1%.

IV — A todas as contribuições, diretas ou indiretas, que compõem a renda do Estado, acrescerá uma taxa adicional de 6%, calculada sobre o respectivo valor e com elas conjuntamente arrecadada, sem remuneração dos agentes fiscais.

São isentos desta sobretaxa os impostos de exportação.

V — O imposto de transmissão da propriedade escrava, no município neutro, regular-se-á pelas taxas seguintes:

Se a transmissão se der por herança ou legado:

Em linha reta, herdeiros necessários — 5%; idem idem, não necessários — 10%; entre cônjuges, por testamento — 10%; entre irmãos, tios irmãos dos pais e sobrinhos filhos dos irmãos — 20%; entre primos filhos dos tios irmãos dos pais, tios avós e sobrinhos netos — 30%; entre os demais parentes, até ao décimo grau, por direito civil — 40%; entre cônjuges, *ab intestato* — 40%; entre estranhos — 50%.

Se a transmissão se realizar por doação entre vivos:

Em linha reta, herdeiros necessários — 5%; idem, idem, não necessários — 10%; entre noivos, por escritura antenupcial — 5%; entre cônjuges — 10%; entre irmãos, tios irmãos dos pais e sobrinhos filhos dos irmãos — 10%; entre primos filhos dos tios irmãos dos pais, tios avós e sobrinhos netos dos irmãos — 15%; os demais parentes, até ao décimo grau, por direito civil — 20%; entre estranhos — 25%.

Se a transmissão for por outros atos:

Compra e venda, arrematação, adjudicação, da ação *in solutum* e atos equivalentes — 10%; permutas, sobre o menor dos valores permutados, ou um deles, sendo iguais — 2%.

VI — Efetuada a conversão dos bens das ordens religiosas, recairá, para os fins desta lei, sobre o valor dos juros das respectivas apólices, um imposto de 20%.

VII — A renda criada ou aumentada por esta lei pertence exclusivamente ao fundo de emancipação; ficando abolidas as taxas atuais sobre escravos.

VIII — Na classificação para as alforrias pelo fundo de emancipação a inferioridade do preço do escravo constituirá a preferência em cada uma das classes; proferindo ainda, entre os favorecidos por essa preferência, aqueles que possuem pecúlio, na ordem dos respectivos valores.

Localização do escravo

§ 4.º O domicílio do escravo é intransferível da província onde se ache residindo ao tempo da promulgação desta lei.

I — A mudança desse domicílio importa para o escravo a aquisição da liberdade.

II — Não adquirem, porém, a liberdade, por mudança, de domicílio, os evadidos e os que acompanharem seus senhores, quando estes mudarem de domicílio.

Disposições diversas

§ 5.º São válidas as alforrias outorgadas ainda no excesso da terça, sem direito a reclamação dos herdeiros necessários, e preferem a outras disposições quaisquer do testador.

§ 6.º O penhor não pode ser constituído em escravos, salvo unicamente de estabelecimentos agrícolas com a cláusula *constituti*.

Os escravos empenhados com infração deste preceito adquirem por este fato a liberdade.

§ 7.º São nulas:

I — A cláusula *a retro*, nas vendas de escravos e atos equivalentes.

II — Em geral a estipulação, condição, cláusula, ou ônus, que embarace, ou prejudique a liberdade.

§ 8.º É irretroatável a alforria concedida pelo fundo de emancipação, bem como por efeito da disposição deste artigo, § 2.º, n.º II.

Do trabalho

Art. 2.º O domicílio dos libertos pelo fundo de emancipação considera-se fixado, por cinco anos, a contar da data da alforria, no município onde residirem ao tempo dela.

§ 1.º Excetua-se:

I — Aqueles a quem (por lhes faltar emprego no município) se designar ocupação em colônias ou estabelecimentos, públicos ou particulares, em outro município ou província.

II — Os que, por moléstia provada perante o juiz de órfãos, obtiverem desta autoridade permissão de trasladar para outro município ou província o seu domicílio.

III — Os que, tendo família em outro lugar, obtiverem dessa autoridade igual consentimento.

§ 2.º O liberto que deixar o seu domicílio legal será policialmente compelido a voltar a ele, e incorrerá nas penas de 2 a 30 dias de prisão, com serviço nas obras e estabelecimentos públicos, onde os houver.

I — Da primeira transgressão conhecerá o juiz de paz; cabendo-lhe impor, sem recurso, as penas de dois a cinco dias de prisão.

II — Nas reincidências julgará o juiz substituto ou o municipal; sendo a pena de 10 a 30 dias, com recurso voluntário para o juiz de direito.

O governo, em regulamento, estabelecerá a forma do processo.

§ 3.º O liberto que não exercer profissão ou emprego, ou não tiver de sua propriedade lavoura ou indústria, por onde grangeie a subsistência, será obrigado, pela forma prescrita no parágrafo antecedente, a contratar-se no serviço doméstico, agrícola ou industrial, em casas, estabelecimentos ou obras públicas ou particulares:

I — Reincidindo mais de duas vezes, além das penas do § 2.º, incorrerá na de trabalhar por dois a quatro meses, sob a vigilância especial da polícia, em obras do município, província, ou Estado, a arbítrio da autoridade policial.

II — Por deliberação dessa autoridade, o serviço obrigado, nos casos do número antecedente, cessará antes de preenchido o tempo da sentença, quando o liberto der provas de reabilitação moral e disposição espontânea para o trabalho.

§ 4.º Os ajustes de locação do serviço de libertos celebrar-se-ão:

a) nas cidades, mediante declaração do locador e do locatário, averbada em um registro escriturado regularmente na polícia;

b) nos distritos rurais, pela mesma forma, em um registro escriturado no juízo de paz.

I — Pelo registro de cada contrato pagará o locatário dos serviços 1\$, de emolumentos, para o oficial que o fizer.

II — Para validade destes contratos não se admite outra prova além do registro estatuído neste parágrafo.

III — Se o locatário o não efetuar, pode o locador requerê-lo verbalmente ou por escrito, ao juiz de paz.

Neste caso incorre o locatário na multa de 50\$000.

IV — O regulamento estabelecerá as penas disciplinares contra os funcionários remissos no desempenho dos encargos que por este parágrafo lhes incumbe; podendo cominar multas de 100\$ a 300\$000.

§ 5.º O regulamento especificará igualmente os casos de rescisão legal dos contratos de locação dos serviços de libertos.

§ 6.º Nas comarcas gerais, o juiz de direito e o municipal, e, nas especiais, o juiz substituto e um dos vereadores do município, eleito por seus colegas, constituirão, sob a presidência da primeira dessas autoridades, uma junta, que deve reunir-se cada ano na época prescrita no regulamento.

I — Incumbe a esta junta, ouvidas as opiniões mais competentes e feitas as convenientes averiguações, estipular, em relação aos libertos, a taxa mínima do salário para os vários trabalhos rurais e industriais praticados na comarca.

II — É nula a cláusula do contrato de serviços em que o liberto renunciar o benefício da disposição antecedente.

III — É livre ao liberto ajustar os seus serviços como e onde lhe aprouver, no município do seu domicílio, e procurar ou aceitar salário superior à taxa fixada nos termos deste parágrafo, n.º I, quando algum contrato anterior o não embarace.

IV — Em falta de salário mais elevado, não é lícito ao liberto recusar-se ao trabalho retribuído na conformidade deste parágrafo, n.º I, sob as penas deste artigo, §§ 2.º e 3.º

V — A taxa deste parágrafo, n.º I, presume-se sempre ser a ajustada, não se admitindo prova em contrário, se no contrato averbado não houver outra estipulação.

§ 7.º A duração máxima dos contratos de locação de serviços, nos distritos agrícolas, é de três anos; podendo, todavia, renovar-se por contratos sucessivos.

§ 8.º As questões entre locador e locatário de serviços agrícolas, que versarem sobre a importância do salário, serão processadas e julgadas pelo juiz de paz do distrito, com recurso voluntário para o juiz de direito:

I — Notificado o réu e acusada a citação na audiência aprazada, o juiz decidirá, ouvidas verbalmente as partes, e reduzidas a termo as suas alegações e provas.

II — As custas serão pagas pela terça parte das taxas do atual regimento.

III — Nestas causas o fundamento da sentença será a prova aduzida mediante exibição de documento do registro do contrato; devendo os funcionários incumbidos do registro dar gratuitamente às partes contratantes as respectivas cópias autênticas.

§ 9.º Ao juiz de direito incumbe proceder *ex officio* contra o juiz de paz ou o escrivão que retardar as diligências determinadas nesta lei, para celebração dos contratos de locação de serviços e sua execução promovida judicialmente.

§ 10. O liberto, operário agrícola ou industrial, que se recusar à prestação dos serviços estipulados no contrato, ou à subordinação indispensável para com o locatário, incorre nas penas deste artigo §§ 2.º e 3.º impostas pelas mesmas autoridades e mediante o mesmo processo.

§ 11. O liberto, operário industrial ou rural, que se ausentar do trabalho sem dar imediato conhecimento ao locatário dos motivos que o levaram a isso, perderá o duplo dos salários que durante a sua ausência tiverem corrido, e ficará obrigado a servi-lo, se o locatário o quiser, além do prazo do ajuste, pelo duplo do tempo da ausência.

§ 12. O governo, no regulamento que expedir para execução desta lei, classificará os delitos e infrações peculiares às relações entre patrão e operário, podendo impor multas até 200\$ e prisão até 60 dias.

No mesmo regulamento estabelecerá a competência e processo, que será sumário.

Disposições Diversas

§ 13. São proibidas as casas ou escritórios de compra e venda de escravos.

Pena de 5:000\$, e o duplo nas reincidências.

O processo será o do art. 12, § 7.º do Código do Processo Criminal.

§ 14. O governo estabelecerá colônias agrícolas para os libertos que não se puderem empregar em estabelecimentos e casas particulares.

Nestas poderão também ser admitidos os ingênuos de que trata a lei de 28 de setembro de 1871.

§ 15. Nos regulamentos das colônias de libertos se estabelecerão regras para a conversão gradual do foreiro ou rendeiro do Estado em proprietário dos lotes de terra que utilizar a título de arrendamento.

Art. 3.º Ficam revogadas as disposições em contrário.

Sala das sessões da Câmara dos Deputados, em 15 de julho de 1884.
— Rodolpho Dantas — Rui Barbosa — Franklin Doria — Thomaz Pompeu de Souza Brazil — José Marianno — Antonio Antunes Ribas — Theophilo Fernandes dos Santos — Adriano Pimentel — Manoel Carlos — Cesar Zama — Almeida Oliveira — Salustiano Rego — Sinyal — Vianna Vaz — Severino Ribeiro — José Pompeu — Leopoldo de Bulhões — Prisco Paraizo — Diana — Aristides Spinola — Dr. T. Bomfim Espindola — Silviano Brandão — Montandon — Castello Branco — Bezerra Cavalcanti — Generoso Marques — A. E. de Camargo — Francisco Ildefonso Ribeiro de Menezes — José Basson de Miranda Osorio.

3.2 — Tramitação na Câmara dos Deputados

15-7-1884 — O Deputado Moreira Barros, Presidente da Câmara dos Deputados, demite-se da Presidência, proferindo discurso em que justifica sua atitude por não concordar com o projeto lido. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 165-168.)

- O Deputado Antônio de Siqueira defende a permanência do Sr. Moreira de Barros na Presidência e afirma que apresentará emendas ao projeto. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 168.)
- O Deputado Rodolfo Dantas considera que a demissão de Moreira de Barros implica um voto de desconfiança ao governo, sobre o que a Câmara deverá pronunciar-se. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 168.)
- O Deputado Affonso Celso Jr. declara que concorda com o projeto, em parte, e elogia o Ministério da época. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 168-171.)
- O Deputado Severino Ribeiro, apesar de conservador, dá seu apoio à idéia abolicionista do Senador Dantas. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 170.)
- Votação nominal, a pedido do Deputado Rui Barbosa, sobre a demissão do Deputado Moreira de Barros, Presidente da Câmara, obtendo-se 55 votos favoráveis ao pedido e 52 contra. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 170-171.)
- O Deputado Lourenço de Albuquerque solicita seja o projeto de Rodolpho Dantas apreciado por uma Comissão Especial a ser eleita na sessão desse mesmo dia, o que não é

aceito pelo Presidente da Câmara, que já o havia remetido, de acordo com o art. 58, combinado com o art. 125 do Regimento, às Comissões de Orçamento e Justiça Civil. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 174-175.)

30-7-1884 — O Sr. Rodolpho Dantas, Presidente do Conselho de Ministros, comunica que, “para solver o conflito aberto entre o Gabinete e a Câmara, devia solicitar mui respeitosamente a Sua Majestade, o Imperador, a dissolução da Câmara dos Deputados”. Em 3-9-1884, o Decreto n.º 9.270, de 3-9-1884, dissolve a Câmara dos Deputados e convoca outra para o dia 1.º de março de 1885, para resolver acerca do Projeto n.º 48-A, de 1884. *Nota*: No ano seguinte, em 5 de maio, S. M. o Imperador encarrega o Presidente do Conselho — Senador Saraiva — de organizar o novo Ministério. Em 11 de maio de 1885, o Senador Saraiva afirma a posição do Ministério, qual seja a de “apressar gradualmente a libertação geral dos escravos, deixando tempo à nossa grande indústria agrícola para reorganizar o trabalho e proporcionando-lhe os meios necessários a este fim”. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 57.)

4-8-1884 — Apresentação do Parecer de Rui Barbosa, em nome das Comissões reunidas de Orçamento e Justiça Civil sobre o projeto e do voto em separado do Deputado Souza Carvalho. O projeto é impresso, então, sob o n.º 48-A. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 4, Anexo, pp. 1 a 114.)

4-4-1885 — Apresentação de moção, assinada pelos Deputados Antônio de Siqueira, Benedicto Valladares, Affonso Penna, João Penido, Felício dos Santos, Lourenço de Albuquerque e José Pompeu, nos seguintes termos: “A Câmara dos Deputados, convencida de que o ministério não pode garantir a ordem e a segurança pública, que é indispensável à resolução do projeto do elemento servil, nega-lhe sua confiança.” (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 4.)

— Discutida, é posta a moção em votação nominal a pedido de Affonso Celso Junior, sendo a mesma aprovada por 52 a favor e 50 contra (p. 6).

12-5-1885 — Apresentação, pelo Deputado Pádua Fleury, de Goiás, de projeto sobre a “extinção gradual do elemento servil”, que tomou o n.º 1-1885.

A requerimento do Deputado Pádua Fleury, a Câmara aprova e nomeia Comissão Especial para dar parecer. Foram

eleitos: Pádua Fleury, Franklin Doria, Lourenço de Albuquerque, Ulysses Vianna, Andrade Figueira, Prudente de Moraes, Maciel, Prisco Paraizo e Antônio Prado. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 10-14.)

- 19-5-1885 — A Comissão Especial apresentou seu Parecer com o voto em separado do Sr. Antônio Prado (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 15), passando o Projeto a ser 1-A, de 1885 (ver a publicação na sessão separado do Sr. Antônio Prado (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 15), passando o Projeto a ser 1-A, de 1885 (ver a publicação na sessão de 19-5-1885). (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 247).
- 3-7-1885 — Discurso de Joaquim Nabuco, em que demonstra sua oposição ao Projeto de extinção gradual do elemento servil. Em sua fala, o Deputado afirma que o Projeto é “uma humilhação para os brios e dignidade nacional, e infelizmente para nós, liberais, é ele uma lei que reduz o nosso partido a coveiro dos escravos de 65 anos e a capitães-do-mato dos escravos fugidos!” (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 2, pp. 150-161.)
- 9-7-1885 — Apresentação de Projeto substitutivo (que depois tomou o n.º 1-C-1885). (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 2, p. 298.)
- 23-7-1885 — Apresentação do Projeto n.º 1-D, do Deputado Carlos Affonso, quando da discussão do art. 3.º do Projeto n.º 1-A, de 1885, e que foi oferecido como substitutivo na 3.ª discussão do Projeto n.º 1-B, de 1885, em 8 de agosto. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 94-96.)
- 4-8-1885 — Encerramento da 2.ª discussão. São apresentadas questões de ordem sobre o fato de não terem sido apreciadas as emendas. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 355.)
- 6-8-1885 — Redação do Projeto n.º 1-B-1885 para a 3.ª discussão do Projeto n.º 1-A, de 1885, sobre a extinção gradual do elemento servil. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, pp. 366-368.)
- 8-8-1885 — 3.ª discussão do Projeto n.º 1-A-1885. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 445.)
- Publicação do Projeto substitutivo (de n.º 1-C-1885, ver *Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 449) que fora apresentado na sessão de 9 de julho, ao de n.º 1-B, e que acaba rejeitado em 13 de agosto desse mesmo ano. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 553.)

Os autores do Projeto n.º 1-C foram os Deputados Leopoldo de Bulhões, José Marianno, Frederico Borges, Aristides Spínola e Álvaro Caminha.

— Publicação, também, do Projeto substitutivo n.º 1-D-1885 (apresentado na discussão do art. 3.º do Projeto n.º 1-A, inicialmente, e, depois, oferecido como substitutivo na 3.ª discussão do Projeto n.º 1-B), de autoria do Deputado Carlos Affonso, Projeto que vai ser rejeitado (como o de n.º 1-C) em 13 de agosto de 1885. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3, p. 450.)

12-8-1885 — Discurso do Deputado Antônio Prado de apoio ao Projeto n.º 1-B. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 3. pp. 514-520.)

13-8-1885 — O Deputado Andrade Figueira requer o voto nominal na votação final do Projeto.

— O Projeto é aprovado em 3.ª e última discussão por 73 votos contra 17.

Votaram a favor:

1. Cantão — 2. Cruz — 3. Leitão da Cunha — 4. Mac-Dowell — 5. Almeida Oliveira — 6. Costa Rodrigues — 7. Vianna Vaz — 8. Castello Branco — 9. Coelho de Rezende — 10. Doria — 11. José Pompeu — 12. Rodrigues Junior — 13. Miguel Castro — 14. Ratisbona — 15. Thomaz Pompeu — 16. Henriques — 17. Cruz Gouvêa — 18. Dantas Góes — 19. Paula Primo — 20. Portella — 21. Correia de Araújo — 22. Joaquim Tavares — 23. Henrique Marques — 24. Sigismundo Gonçalves — 25. Alcoforado Junior — 26. Ulysses Vianna — 27. Gonçalves Ferreira — 28. Antonio Siqueira — 29. Barão de Anadia — 30. Ribeiro de Menezes — 31. Lourenço de Albuquerque — 32. Sinimbu Junior — 33. Olympio de Campos — 34. Coelho e Campos — 35. Barão do Guahy — 36. Ferreira de Moura — 37. Ildefonso de Araujo — 38. Araujo Pinho — 39. Cesar Zama — 40. Accioli Franco — 41. Juvencio Alves — 42. Barão da Villa da Barra — 43. Leopoldo Cunha — 44. Costa Pereira — 45. Fernandes de Oliveira — 46. Castrioto — 47. Francisco Belisario — 48. Coelho de Almeida — 49. Beza-mat — 50. Alfredo Chaves — 51. França Carvalho — 52. Lacerda Werneck — 53. Cunha Leitão — 54. Affonso Penna — 55. Vaz de Mello — 56. João Penido — 57. Soares — 58. Montandon — 59. Felicio dos Santos — 60. Carlos Peixoto — 61. Antônio Prado — 62. Moreira de Barros — 63. Rodrigues Alves — 64. Rodrigo Silva — 65. Duarte de Azevedo — 66. Martim Francisco — 67. Delfino Cintra — 68. Augusto Fleury — 69. Alves de Araujo — 70. Schutel — 71. Camargo — 72. Maciel — 73. Diana.

Votaram contra:

1. Antonio Bezerra — 2. Silva Maia — 3. Alvaro Caminha — 4. Amaro Bezerra — 5. Carneiro da Cunha — 6. José Marianno — 7. Bernardo M. Sobrinho — 8. Francisco Sodré — 9. Carneiro da Rocha — 10. Aristides Spinola — 11. Andrade Figueira — 12. Candido de Oliveira — 13. Valladares — 14. Barão da Leopoldina — 15. Barros Cobra — 16. Mares Guia — 17. Bulhões.

13-8-1885 — O Projeto é enviado à Comissão de Redação. (*Anais da Câmara dos Deputado*, v. 3, p. 553.)

24-8-1885 — O Senador Saraiva dirige a S. M. o Imperador carta com o seguinte teor:

“Senhor — A passagem do Projeto do elemento servil na Câmara dos Srs. Deputados só pode ser levada a efeito pelo concurso patriótico dos dois partidos constitucionais, cujos representantes na Câmara temporária constituíram até hoje a grande maioria que votou a reforma e apoiou o ministério contra a oposição formada pelas minorias dos mesmos partidos.

Esta situação parlamentar, porém, que produziu a passagem da reforma na Câmara temporária, não pode nem deve continuar, desde que o Projeto foi votado e está entregue à prudência, sabedoria e patriotismo do Senado.” (*Anais do Senado*, v. 3, p. 98.)

25-8-1885 — O Projeto é enviado pela Câmara dos Deputados ao Senado.

3.3 — Tramitação no Senado

26-8-1885 — O Projeto é lido, tomando o n.º 11, de 1885, e é encaminhado às Comissões de Constituição e Legislação. (*Anais do Senado*, v. 3, pp. 111-113.)

28-8-1885 — O Senador Christiano Ottoni requer a eleição de uma Comissão Especial, com 5 membros, para dar parecer sobre o Projeto. Procedendo-se à eleição são escolhidos: Fausto Aguiar, Barros Barreto, Cruz Machado, Leão Velloso e Soares Brandão. Torna-se, pois, sem efeito o encaminhamento do Projeto às Comissões de Constituição e Legislação.

Texto do Requerimento:

“Requeiro que vá o Projeto a uma Comissão Especial de cinco membros, eleitos pelo Senado, e que essa comissão

dê parecer não só sobre o Projeto mas também sobre a idéia de um substitutivo, organizado sobre as seguintes bases:

“1.ª) Supressão de tudo o que se refere à fixação do valor dos escravos, indenização pelas alforrias e novos impostos e emissões de títulos de dívida.

2.ª) Destinar o atual fundo de emancipação ao serviço da imigração ou educação dos ingênuos, ou a ambos estes objetos.

3.ª) Decretar que cada senhor de escravo liberte anualmente um de cada dezena que possuir, podendo impor cláusula de serviço por tempo, que a lei limitará.

4.ª) Estatuir que em nenhum caso a escravidão irá além de 10 anos da data da promulgação da lei.

Paço do Senado, 26 de agosto de 1885. — C. B. Ottoni.” (*Anais do Senado*, v. 3, pp. 113-115.)

29-8-1885 — A Comissão Especial oferece Parecer, que é lido e mandado imprimir, favorável a que a proposição entre em discussão e seja aprovada. (*Anais do Senado*, v. 3, p. 132.)

1.º-9-1885 — Discurso do Barão de Cotejipe (Presidente do Conselho), *do Senado*, v. 3, p. 132.)

— Discurso do Senador Dantas (AS, v. 3, pp. 4 a 12) favorável à liberdade incondicional dos sexagenários, em que faz a seguinte citação de Tocqueville:

“A humanidade e a moral reclamarão sempre, e às vezes imprudentemente talvez, a abolição da escravidão. Hoje é a necessidade política que a impõe. Melhor será que se apresente mão firme para dirigir a crise, do que deixar a sociedade na expectativa, até se tornar afinal incapaz de suportá-la no dia que será inevitável.” (*Anais do Senado*, v. 3, p. 5.)

1.º-9-1885 — Discurso do Barão de Cotejipe (Presidente do Conselho), ressaltando que o Projeto chegou ao Senado apoiado por uma grande maioria da Câmara dos Deputados e as implicações que disso decorrem. (*Anais do Senado*, v. 3, pp. 12-13.)

9-9-1885 — Prossegue a 2.ª discussão. (*Anais do Senado*, v. 4, p. 71.)

— Discurso de José Bonifácio (pp. 52 a 57) questionando o Presidente do Conselho e seu Projeto, além de mostrar-se contra a indenização, afirmando: “Indeniza-se o crime; in-

deniza-se a detenção ilegal do homem livre; indeniza-se o velho que já pagou o preço do seu resgate; indeniza-se a descendência da escravidão pelo contrabando... indeniza-se tudo, tudo..." (*Anais do Senado*, v. 4, Apêndice, p. 56, 1.^a coluna.)

12-9-1885 — Prossegue a 2.^a discussão (discursos dos Senadores Dantas e Martinho Campos). (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 98 a 105.)

14-9-1885 — Prossegue a 2.^a discussão (discursos dos Senadores Martinho Campos, Meira de Vasconcelos e José Bonifácio). (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 109-117.)

15-9-1885 — Prossegue a 2.^a discussão (discursos dos Senadores José Bonifácio, Ignácio Martins e Franco de Sá). (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 118-121.)

16-9-1885 — Prossegue a 2.^a discussão (discursos dos Senadores Antônio Prado, Franco de Sá, Affonso Celso e Dantas). (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 126 a 131.)

17-9-1885 — Prossegue a 2.^a discussão (discursos dos Senadores José Bonifácio e Martinho Campos). (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 135-139.)

18-9-1885 — Prossegue a 2.^a discussão com intervenções de Martinho Campos, José Bonifácio, Cruz Machado e Ignácio Martins. (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 141-142.)

19-9-1885 — Encerra-se a 2.^a discussão. (*Anais do Senado*, v. 4, p. 142.)

21-9-1885 — Entra o Projeto em 3.^a discussão.

— É lido, apoiado e posto conjuntamente em discussão o seguinte aditivo de José Bonifácio:

“No dia 1.^o de janeiro de 1893, se ainda existirem escravos no Império do Brasil, serão declarados livres por decreto imperial.”

— Discurso do Barão de Cotejipe (Presidente do Conselho) favorável ao Projeto, em que faz um retrospecto da “questão do elemento servil” e analisa as diversas propostas que foram oferecidas pelos Srs. Senadores, durante a discussão do Projeto. Calculava o Barão de Cotejipe que houvesse cerca de 900.000 escravos em 1885 (p. 160, 1.^a col.).

— Discurso do Senador Christiano Ottoni contra argumentos levantados pelo Barão de Cotejipe em seu discurso. Declara-se contra o Projeto na forma como se apresenta, porque

ele, “se não teve a intenção, produz o resultado de fazer durar a escravidão 13 anos, quando está na consciência dos próprios que o redigiram que a instituição sem esta lei não se prolongaria por tão longo prazo”. (p. 165, 2.^a col.) (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 156 a 168.)

22-9-1885 — Foi lida, apoiada e posta conjuntamente em discussão a emenda de Christiano Ottoni nos seguintes termos:

“Suprima-se tudo o que se refere à fixação, à depreciação dos valores dos escravos e alforrias por dinheiro.

Sejam obrigados os senhores a libertar todos os anos um de cada dezena que possuir, completa ou incompleta tendo mais de cinco; podendo impor aos libertos cláusulas de serviço por prazo de um até cinco anos; graduado este tempo em razão inversa das idades.” (*Anais do Senado*, v. 4, p. 168)

— Discurso do Senador Affonso Celso questionando argumentos do Barão de Cotejipe, na sessão do dia anterior, sobre a questão servil. Questiona o aspecto financeiro que a aprovação do Projeto fará o país enfrentar. (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 170-176)

23-9-1885 — Prossegue a 5.^a discussão, com as emendas oferecidas à proposição.

— Discurso do Senador Correia favorável ao Projeto.

— Leitura de substitutivo ao Projeto, de autoria de Silveira Martins.

— Discurso do Senador Christiano Ottoni ressaltando os defeitos do Projeto. (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 184-182)

24-9-1885 — Prossegue a 3.^a discussão com discurso do Senador Martinho Campos apreciando a tabela do Projeto e comparando-a com o preço que tinham os escravos nas várias províncias do Império.

— Encerra-se a discussão e põe-se em votação o Projeto. São rejeitados o substitutivo de Silveira Martins, o aditivo de José Bonifácio e a emenda de Christiano Ottoni. O Projeto foi aprovado tal como passou na 2.^a discussão, para ser encaminhado à sanção imperial. Declaração de voto dos Senadores Lima Duarte e Martinho Campos. (*Anais do Senado*, v. 4, pp. 207-208)

Transforma-se na Lei n.º 3.270, de 28-9-1885:

3.4 — *Lei n.º 3.270 — de 28 de setembro de 1885*

Regula a extinção gradual do elemento servil.

D. Pedro II, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos que a Assembléa Geral Deceitou e Nós Queremos a Lei seguinte:

Da Matricula

Art. 1.º Proceder-se-ha em todo o Imperio a nova matricula dos escravos, com declaração do nome, nacionalidade, sexo, filiação, si fôr conhecida, occupação ou serviço em que fôr empregado, idade e valor, calculado conforme a tabella do § 3.º

§ 1.º A inscripção para a nova matricula far-se-ha á vista das relações que serviram de base á matricula especial ou averbação effectuada em virtude da Lei de 28 de Setembro de 1871, ou á vista das certidões da mesma matricula, ou da averbação, ou á vista do titulo do dominio, quando nelle estiver exarada a matricula do escravo.

§ 2.º A' idade declarada na antiga matricula se addicionará o tempo decorrido até o dia em que fôr apresentada na Repartição competente a relação para a matricula ordenada por esta Lei.

A matricula que fôr effectuada em contravenção ás disposições dos §§ 1.º e 2.º será nulla, e o Collector ou Agente fiscal que a effectuar incorrerá em uma multa de cem mil réis a tresentos mil réis, sem prejuízo de outras penas em que possa incorrer.

§ 3.º O valor a que se refere o art. 1.º será declarado pelo senhor do escravo, não excedendo o maximo regulado pela idade do matriculando, conforme a seguinte tabella:

Escravos menores de 30 annos	900\$000
“ de 30 a 40 ”	800\$000
“ de 40 a 50 ”	600\$000
“ de 50 a 55 ”	400\$000
“ de 55 a 60 ”	200\$000

§ 4.º O valor dos individuos do sexo feminino se regulará do mesmo modo, fazendo-se, porém, o abatimento de 25% sobre os preços acima estabelecidos.

§ 5.º Não serão dados á matricula os escravos de 60 annos de idade em diante; serão, porém, inscriptos em arrolamento especial para os fins dos §§ 10 a 12 do art. 3.º

§ 6.º Será de um anno o prazo concedido para a matricula, devendo ser este annunciado por editaes affixados nos logares mais publicos com antecedencia de 90 dias, e publicados pela imprensa, onde a houver.

§ 7.º Serão considerados libertos os escravos que no prazo marcado não tiverem sido dados á matricula, e esta clausula será expressa e integralmente declarada nos editaes e nos annuncijs pela imprensa.

Serão isentos de prestação de serviços os escravos de 60 a 65 annos que não tiverem sido arrolados.

§ 8.º As pessoas a quem incumbe a obrigação de dar á matricula escravos alheios, na fórma do art. 3.º do Decreto n. 4835 de 1 de Dezembro de 1871, indemnizarão aos respectivos senhores o valor do escravo que, por não ter sido matriculado no devido prazo, ficar livre.

Ao credor hypothecario ou pignoraticio cabe igualmente dar á matricula os escravos constituídos em garantia.

Os Collectores e mais Agentes fiscaes serão obrigados a dar recibo dos documentos que lhes forem entregues para a inscripção da nova matricula, e os que deixarem de effectual-a no prazo legal incorrerão nas penas do art. 154 do Codigo Criminal, ficando salvo aos senhores o direito de requerer de novo a matricula, a qual, para os effeitos legais, vigorará como si tivesse sido effectuada no tempo designado.

§ 9.º Pela inscripção ou arrolamento de cada escravo pagar-se-ha 1\$ de emolumentos, cuja importancia será destinada ao fundo de emancipação, depois de satisfeitas as despezas da matricula.

§ 10. Logo que fôr annunciado o prazo para a matricula, ficarão relevadas as multas incorridas por inobservancia das disposições da Lei de 28 de Setembro de 1871, relativas á matricula e declarações prescriptas por ella e pelos respectivos regulamentos.

A quem libertar ou tiver libertado, a titulo gratuito, algum escravo, fica remittida qualquer divida á Fazenda Publica por impostos referentes ao mesmo escravo.

O Governo no Regulamento que expedir para execução desta Lei, marcará um só e o mesmo prazo para a apuração da matricula em todo o Imperio.

Art. 2.º O fundo de emancipação será formado:

I. Das taxas e rendas para elle destinadas na legislação vigente.

II. Da taxa de 5% addicionaes a todos os impostos geraes, excepto os de exportação.

Esta taxa será cobrada desde já livre de despesas de arrecadação, e annualmente inscripta no orçamento da receita apresentado á Assembléa Geral Legislativa pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negócios da Fazenda.

III. De titulos da divida publica emittidos a 5%, com amortização annual de 1/2%, sendo os juros e amortização pagos pela referida taxa de 5%.

§ 1.º A taxa adicional será arrecadada ainda depois da libertação de todos os escravos e até se extinguir a divida proveniente da emissão dos titulos autorizados por esta Lei.

§ 2.º O fundo de emancipação, do que trata o n. I deste artigo, continuará a ser applicado de conformidade ao disposto no art. 27 do Regulamento approved pelo Decreto n. 5135 de 13 de Novembro de 1872.

§ 3.º O producto da taxa adicional será dividido em tres partes iguaes:

A 1.ª parte será applicada á emancipação dos escravos de maior idade, conforme o que fôr estabelecido em regulamento do Governo.

A 2.ª parte será applicada á libertação por metade ou menos de metade de seu valor, dos escravos de lavoura e mineração cujos senhores quizerem converter em livres os estabelecimentos mantidos por escravos.

A 3.ª parte será destinada a subvencionar a colonização por meio do pagamento de transporte de colonos que forem effectivamente collocados em estabelecimentos agricolas de qualquer natureza.

§ 4.º Para desenvolver os recursos empregados na transformação dos estabelecimentos agricolas servidos por escravos em estabelecimentos livres e para auxiliar o desenvolvimento da colonização agricola, poderá o Governo emittir os titulos de que trata o n. 3 deste artigo.

Os juros e amortização desses titulos não poderão absorver mais dos dous terços do producto da taxa adicional consignada no n. 2 do mesmo artigo.

Das Alforrias e dos Libertos

Art. 3.º Os escravos inscriptos na matricula serão libertados mediante indemnização de seu valor pelo fundo de emancipação ou por qualquer outra fórmula legal.

§ 1.º Do valor primitivo com que fôr matriculado o escravo se deduzirão:

No primeiro anno	2%
No segundo	3%
No terceiro	4%

No quarto	5%
No quinto	6%
No sexto	7%
No setimo	8%
No oitavo	9%
No nono	10%
No decimo	10%
No undecimo	12%
No decimo segundo	12%
No decimo terceiro	12%

Contar-se-ha para esta deducção annual qualquer prazo decorrido, seja feita a libertação pelo fundo de emancipação ou por qualquer outra fórmula legal.

§ 2.º Não será libertado pelo fundo de emancipação o escravo inválido, considerado incapaz de qualquer serviço pela Junta classificadora, com recurso voluntario para o Juiz de Direito.

O escravo assim considerado permanecerá na companhia de seu senhor.

§ 3.º Os escravos empregados nos estabelecimentos agricolas serão libertados pelo fundo de emancipação indicado no art. 2.º, § 4.º, segunda parte, si seus senhores se propuzerem a substituir nos mesmos estabelecimentos o trabalho escravo pelo trabalho livre, observadas as seguintes disposições:

a) libertação de todos escravos existentes nos mesmos estabelecimentos e obrigação de não admittir outros, sob pena de serem estes declarados libertos;

b) indemnização pelo Estado de metade do valor dos escravos assim libertados, em títulos de 5%, preferidos os senhores que reduzirem mais a indemnização;

c) usufruição dos serviços dos libertos por tempo de cinco annos.

§ 4.º Os libertos obrigados a serviço nos termos do paragrapho anterior, serão alimentados, vestidos e tratados pelos seus ex-senhores, e gozarão de uma gratificação pecuniaria por dia de serviço, que será arbitrada pelo ex-senhor com approvação do Juiz de Orphãos.

§ 5.º Esta gratificação, que constituirá peculio do liberto, será dividida em duas partes, sendo uma disponivel desde logo, e outra recolhida a uma Caixa Economica ou Collectoria, para lhe ser entregue, terminado o prazo da prestação dos serviços a que se refere o § 3.º, ultima parte.

§ 6.º As libertações pelo peculio serão concedidas em vista das certidões do valor do escravo, apurado na fórmula do art. 3.º, § 1.º, e da certidão do depósito desse valor nas estações fiscaes designadas pelo Governo.

Essas certidões serão passadas gratuitamente.

§ 7.º Enquanto se não encerrar a nova matricula, continuará em vigor o processo actual de avaliação dos escravos, para os diversos meios de libertação, com o limite fixado no art. 1.º, § 3.º

§ 8.º São válidas as alforrias concedidas, ainda que o seu valor exceda ao da terça do outorgante e sejam ou não necessarios os herdeiros que porventura tiver.

§ 9.º E' permitida a liberalidade directa de terceiro para a alforria do escravo, uma vez que se exhiba preço deste.

§ 10. São libertos os escravos de 60 annos de idade, completos antes e depois da data em que entrar em execução esta Lei; ficando, porém, obrigados, a titulo de indemnização pela sua alforria, a prestar serviços a seus ex-senhores pelo espaço de tres annos.

§ 11. Os que forem maiores de 60 e menores de 65 annos, logo que completarem esta idade, não serão sujeitos aos alludidos serviços, qualquer que seja o tempo que os tenham prestado com relação ao prazo acima declarado.

§ 12. E' permittida a remissão dos mesmos serviços, mediante o valor não excedente á metade do valor arbitrado para os escravos da classe de 55 a 60 annos de idade.

§ 13. Todos os libertos maiores de 60 annos, preenchido o tempo de serviço de que trata o § 10, continuarão em companhia de seus ex-senhores, que serão obrigados a alimentar-os, vestir-os, e tratar-os em suas molestias, usufruindo os serviços compatíveis com as forças delles, salvo si preferirem obter em outra parte os meios de subsistencia, e os Juizes de Orphãos os julgarem capazes de o fazer.

§ 14. E' domicilio obrigado por tempo de cinco annos, contados da data da libertação do liberto pelo fundo de emancipação, o municipio onde tiver sido alforriado, excepto o das capitaes.

§ 15. O que se ausentar de seu domicilio será considerado vagabundo e apprehendido pela Policia para ser empregado em trabalhos publicos ou colonias agricolas.

§ 16. O Juiz de Orphãos poderá permittir a mudança do liberto no caso de molestia ou por outro motivo attendivel, si o mesmo liberto tiver bom procedimento e declarar o logar para onde pretende transferir seu domicilio.

§ 17. Qualquer liberto encontrado sem occupação será obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo que lhe fôr marcado pela Policia.

§ 18. Terminado o prazo, sem que o liberto mostre ter cumprido a determinação da Policia, será por esta enviado ao Juiz de Orphãos, que o constrangerá a celebrar contrato de locação de serviços, sob pena de 15 dias de prisão com trabalho e de ser enviado para alguma colonia agricola no caso de reincidencia.

§ 19. O domicilio do escravo é intransferivel para Provincia diversa da em que estiver matriculado ao tempo da promulgação desta Lei.

A mudança importará aquisição da liberdade, excepto nos seguintes casos:

1.º Transferencia do escravo de um para outro estabelecimento do mesmo senhor.

2.º Si o escravo tiver sido obtido por herança ou por adjudicação forçada em outra Provincia.

3.º Mudança de domicilio do senhor.

4.º Evasão do escravo.

§ 20. O escravo evadido da casa do senhor ou d'onde estiver empregado não poderá, enquanto estiver ausente, ser alforriado pelo fundo de emancipação.

§ 21. A obrigação de prestação de serviços de escravos, de que trata o § 3.º deste artigo, ou como condição de liberdade, não vigorará por tempo maior do que aquelle em que a escravidão fôr considerada extincta.

Disposições Geraes

Art. 4.º Nos regulamentos que expedir para execução desta Lei o Governo determinará:

1.º Os direitos e obrigações dos libertos a que se refere o § 3.º do art. 3.º para com os seus ex-senhores e vice-versa.

2.º Os direitos e obrigações dos demais libertos sujeitos á prestação de serviços e daquelles a quem esses serviços devam ser prestados.

3.º A intervenção dos Curadores geraes por parte do escravo, quando este fôr obrigado á prestação de serviços, e as attribuições dos Juizes de Direito, Juizes Municipaes e de Orphãos e Juizes de Paz nos casos de que trata a presente Lei.

§ 1.º A infracção das obrigações a que se referem os ns. 1 e 2 deste artigo será punida conforme a sua gravidade, com multa de 200\$ ou prisão com trabalho até 30 dias.

§ 2.º São competentes para a imposição dessas penas os Juizes de Paz dos respectivos districtos, sendo o processo o do Decreto n. 4824 de 29 de Novembro de 1871, art. 45 e seus paraghos.

§ 3.º O acoutamento de escravos será capitulado no art. 260 do Código Criminal.

§ 4.º O direito dos senhores de escravos á prestação de serviços dos ingenuos ou á indemnização em titulos de renda, na fórmula do art. 1.º, § 1.º, da Lei de 28 de Setembro de 1871, cessará com a extinção da escravidão.

§ 5.º O Governo estabelecerá em diversos pontos do Imperio ou nas Provincias fronteiras colonias agricolas, regidas com disciplina militar, para as quaes serão enviados os libertos sem occupação.

§ 6.º A occupação effectiva nos trabalhos da lavoura constituirá legitima isenção do serviço militar.

§ 7.º Nenhuma Provincia, nem mesmo as que gozarem de tarifa especial, ficará isenta do pagamento do imposto adicional de que trata o art. 2.º

§ 8.º Os regulamentos que forem expedidos pelo Governo serão logo postos em execução e sujeitos á approvação do Poder Legislativo, consolidadas todas as disposições relativas ao elemento servil constantes da Lei de 28 de Setembro de 1871 e respectivos Regulamentos que não forem revogados.

Art. 5.º Ficam revogadas as disposições em contrario.

Mandamos, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente, como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 28 de Setembro de 1885, 64.º da Independencia e do Imperio.

Imperador com rubrica e guarda.

Antonio da Silva Prado.

Carta de lei, pela qual Vossa Majestade Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral, que Houve por bem Sanccionar, regulando a extinção gradual do elemento servil, como nelle se declara.

Para Vossa Majestade Imperial Ver.

João Capistrano do Amaral a fez.

Chancellaria-mór do Imperio. — *Joaquim Delfino Ribeiro da Luz.*

Transitou em 30 de Setembro de 1885. — *Antonio José Victorino de Barros.* — Registrada.

Publicada na Secretaria de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas em 1 de Outubro de 1885. — *Amarilio Olinda de Vasconcellos.*

(*Coleção das Leis do Império do Brasil, Atos do Poder Legislativo, Parte I, Tomo XXXII e Parte II, Tomo XLVIII, pp. 14 a 20, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886*).



Lei Aurea — ZEVALLOS. 1979 (Detalhe). Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal

4. LEI AUREA

4.1 — Apresentação e Texto do Projeto

8-5-1888 — O Sr. Ministro da Agricultura, Deputado Rodrigo Augusto da Silva, “de ordem de sua Alteza a Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador”, lê a seguinte proposta:

“Art. 1.º — É declarada extinta a escravidão no Brasil.

Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio do Rio de Janeiro, em 8 de maio de 1888.
— *Rodrigo A. da Silva.*”

Após a leitura houve “prolongadas aclamações e ruidosas manifestações dentro e fora do recinto”. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 43.)

— Discurso emocionado de Joaquim Nabuco, regozijando-se pela proposta apresentada. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 43-44.)

4.2 — Tramitação na Câmara dos Deputados

8-5-1888 — Requerimento de Joaquim Nabuco — que é lido, apoiado e posto em discussão — solicitando que a Presidência da Casa nomeie uma Comissão Especial de 5 membros para dar parecer sobre a proposta do Poder Executivo que extingue o elemento servil.

São nomeados os Srs.: Duarte de Azevedo, Joaquim Nabuco, Gonçalves Ferreira, Affonso Celso Junior e Alfredo Corrêa. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 44.)

8-5-1888 — O Deputado Duarte de Azevedo declara que a Comissão nomeada “deu-se pressa em formular o parecer a respeito da proposta e pede licença ao Sr. Presidente e à Câmara para lê-lo, apresentando depois um requerimento de urgência, a fim de que seja dispensada a impressão do Projeto da Comis-

são, para que possa ser dado para ordem do dia de amanhã”. Lê, então, o Parecer n.º 1/88, de acordo com o texto original da proposta. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 44.)

- Discurso do Deputado Andrade Figueira questionando a forma de apresentação do Parecer. Alega que o Regimento diz, expressamente, “que as comissões eleitas têm um processo a observar para os seus trabalhos” e que, para ser da forma que foi, haveria necessidade de “uma indicação reformando o Regimento; e somente depois desta reforma poder-se-ia permitir a urgência”.

Reclama, ainda, “contra a invasão de pessoas estranhas à Câmara, convertendo a augusta majestade do recinto em circo de cavalinhos!” e pelo fato de Joaquim Nabuco haver dito que ele possuía um coração de bronze. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 44.)

- Discurso do Deputado Joaquim Nabuco contra a questão levantada por Andrade Figueira. “O orador acredita que a Câmara dos Deputados está perfeitamente dentro da letra do Regimento aceitando o Parecer da Comissão, que não precisa das 24 horas” exigidas para as comissões ordinárias. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 45.)

- Discurso do Deputado Andrade Figueira acatando a decisão do Presidente da Casa (no sentido de que a Câmara pode dispensar o prazo de 24 horas), embora ela não lhe pareça acertada.

- O requerimento do Deputado Joaquim Nabuco, posto a votos, é aprovado. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 45-46.)

9-5-1888 — Entra em 2.ª discussão o art. 1.º do Projeto n.º 1, de 1888.

- Discurso do Deputado Andrade Figueira contra o Projeto. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 49-55.)

- Discurso do Deputado Rodrigo Silva (Ministro da Agricultura) em defesa do Projeto, afirmando que “a lei de 1885, acabando com a legitimidade da instituição, levou-a para o terreno das transações; já não era dado discutir o direito sobre a propriedade escrava, mas somente o prazo em que o poder público deveria intervir para declará-la extinta”. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 55-58.)

- Discurso do Deputado Alfredo Chaves favorável ao Projeto e analisando a legislação anterior sobre o elemento servil. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 58-59.)

- O Deputado Affonso Celso Junior requer o encerramento da discussão. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 59.)

- O Deputado Araújo Góes apresenta emenda com o seguinte teor: “ao art. 1.º acrescente-se: desde a data desta lei.” (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 59.)
- O Deputado Zama requer votação nominal para a Proposta, a fim de que “nos Anais fiquem gravados os nomes dos votantes”. O requerimento é aprovado. Procede-se à votação.

Respondem *sim* os Srs. Passos Miranda, Clarindo Chaves, Cantão, Costa Aguiar, Leitão da Cunha, Mac-Dowell, João Henrique, Dias Carneiro, Coelho Rodrigues, Jayme Rosa, Torres Portugal, Alencar Araripe, Barão de Canindé, Rodrigues Junior, José Pompeu, Ratisbona, Jaguaribe Filho, Alvaro Caminha, Tarquinio de Souza, João Manoel, Carneiro da Cunha, Soriano de Souza, Elias de Albuquerque, Joaquim Nabuco, Theodoro da Silva, Felipe de Figueiroa, Juvêncio de Aguiar, Pedro Beltrão, Henrique Marques, Alcoforado Filho, Rosa e Silva, Bento Ramos, Gonçalves Ferreira, Alfredo Correia, B. de Mendonça Sobrinho, Luiz Moreira, Theophilo dos Santos, Mariano da Silva, Lourenço de Albuquerque, Luiz Freire, Olympio Campos, Coelho e Campos, Barão do Guahy, Freire de Carvalho, José Marcellino, Américo de Souza, Araújo Góes, Barão de Geremoabo, Junqueira Ayres, Fernandes da Cunha Filho, Zama, Mattoso Câmara, Ferreira Vianna, Fernandes de Oliveira, Rodrigues Peixoto, Lemos, Custódio Martins, Affonso Penna, Pacifico Mascarenhas, Cesario Alvim, Mourão, Henrique Salles, Matta Machado, João Penido, Barros Cobra, Olympio Valladão, Carlos Peixoto, Affonso Celso Junior, Almeida Nogueira, Rodrigues Alves, Duarte de Azevedo, Cochrane, Geraldo de Rezende, Xavier da Silva, Marcondes Figueira, Esperidião Marques, Pinto Lima, Paulino Chaves, Maciel, Seve Navarro, Silva Tavares, Miranda Ribeiro e Rodrigo Silva. Total — 83.

Respondem *não* os Srs. Barão de Araçagy, Bulhões Carvalho, Castrioto, Pedro Luiz, Bezamat, Alfredo Chaves, Lacerda Werneck, Andrade Figueira e Cunha Leitão. Total — 9.

O Sr. Presidente declara aprovado o art. 1.º do projeto. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 59.)

9-5-1888 — Entra em discussão o art. 2.º

- Discurso do Deputado Araújo Góes fazendo observações a respeito da emenda aprovada. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 60.)
- O Deputado Joaquim Nabuco requer e a Câmara aprova o encerramento da discussão. Solicita, ainda, que se consulte ao Plenário sobre a dispensa de impressão e interstício para

que o Projeto entre no dia seguinte em 3.^a discussão. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 60.)

- O Deputado Pedro Luiz, pela ordem, diz que o requerimento de Joaquim Nabuco só pode ser aceito depois de o Projeto voltar da Comissão de Redação, à qual ele deveria ser remetido para redigi-lo de acordo com a emenda. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 60.)
- O Deputado Matta Machado requer que se prorrogue a sessão por meia hora, o que é aprovado. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 60.)
- O Sr. Presidente remete a emenda à Comissão Especial para redigir o Projeto a fim de poder entrar em 3.^a discussão. A redação do Projeto n.º 1-A, de 1888, fica assim:

“A Assembléia Geral decreta:

Art. 1.º — (Substitutivo) É declarada extinta, desde a data desta lei, a escravidão no Brasil.

Art. 2.º — (Como na proposta).

Sala das Comissões, em 9 de maio de 1888. — *Duarte de Azevedo, Joaquim Nabuco, Affonso Celso Junior, Gonçalves Ferreira, Alfredo Corrêa.*” (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 60.)

- 10-5-1888 — O Deputado Affonso Celso Junior apresenta Projeto de Lei nos seguintes termos:

“A Assembléia Geral resolve:

Art. 1.º — Será considerado de festa nacional o dia em que for sancionada a lei que declara extinta a escravidão no Brasil.

Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário.” (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 62.)

- 10-5-1888 — Entra em 3.^a discussão o Projeto de Lei, declarando extinta a escravidão no Brasil.

- Discurso do Deputado Lourenço de Albuquerque tecendo considerações sobre o Projeto e suas repercussões. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 53-65.)
- Discurso do Deputado Pedro Luiz criticando o processo de discussão do Projeto.

- O Sr. Presidente declara encerrada a discussão e o Projeto é aprovado para ir à Comissão de Redação. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 65-66.)
- O Deputado Joaquim Nabuco solicita que a Presidência nomeie uma Comissão de Redação interina para redigir o Projeto, a fim de que ele seja imediatamente votado, já que não há Comissão ainda eleita. O requerimento é aprovado e o Sr. Presidente nomeia para a Comissão os Srs. Duarte de Azevedo, Joaquim Nabuco e Rosa e Silva, que apresentam a redação que fica exatamente igual à oferecida pela Comissão Especial. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 66.)
- O Deputado Affonso Celso Junior requer que se consulte a Câmara sobre a dispensa da impressão para que a redação do Projeto possa, imediatamente, ser votada. O requerimento é aprovado e a redação do Projeto posta em discussão é, sem debate, aprovada. (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 66.)
- Discurso de Joaquim Nabuco, congratulando-se com o Governo, com a Regente do Império, com a Câmara e os partidos constitucionais pela votação, manifestando sua confiança na sabedoria, generosidade e patriotismo do Senado.

Em comemoração a esse memorável dia requer a suspensão da sessão. (O que é aprovado.) (*Anais da Câmara dos Deputados*, v. 1, pp. 66-67.)

- O Projeto é remetido ao Senado.

4.3 — *Tramitação no Senado*

- 11-5-1888 — Leitura, no Senado, das emendas feitas e aprovadas pela Câmara dos Deputados à Proposta do Poder Executivo que declara extinta a escravidão no Brasil. O texto vem assinado por Henrique Pereira de Lucena, Presidente; Carlos Peixoto de Mello, 1.º-Secretário; e Jayme de Albuquerque Rosa, 2.º-Secretário. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 30.)

- O Senador Dantas requer a nomeação, pelo Presidente do Senado, de “uma Comissão Especial de 5 membros para dar parecer sobre a Proposta do Poder Executivo” (...)

O requerimento é apoiado, posto em discussão e, sem debate, aprovado.

São nomeados para a Comissão os Senadores: Dantas, Affonso Celso, Teixeira Junior, Visconde de Pelotas e Escragnolle Taunay.

A proposta é encaminhada, em regime de urgência, à Comissão que se reúne imediatamente e oferece Parecer favorável. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 30.)

- 12-5-1888 — Entra em 2.^a discussão, com o Parecer da Comissão Especial, o art. 1.^o da Proposta do Poder Executivo, convertida em Projeto de Lei pela Câmara dos Deputados, sob o n.^o 1, de 1888, declarando extinta a escravidão no Brasil. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 32.)
- Discurso do Barão de Cotejipe declarando que não colocará obstáculo “à rápida passagem da proposição do governo”, mas manifestando suas preocupações relativamente à posição dos proprietários de escravos — e dos próprios escravos — em face da extinção da escravidão no Império. Faz, ainda, um histórico das matérias correlatas, já votadas em 1831, 1850, 1855 e 1871. (*Anais do Senado*, v. 1, pp. 32-37.)
 - Prossegue em 2.^a discussão o art. 2.^o da Proposta. Postos a votos, são aprovados o art. 1.^o, com a emenda da Câmara, e o art. 2.^o (*Anais do Senado*, v. 1, p. 37.)
- 13-5-1888 — Entra em 3.^a discussão a Proposta. (*Anais do Senado*, v. 1, pp. 38-42.)
- Discurso do Senador Paulino de Souza analisando os problemas que advirão com a aprovação da Proposta e a atuação dos partidos (Liberal e Conservador) no Senado a esse respeito. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 42.)
 - Discurso do Senador Dantas afirmando que a abolição “não marcará para o Brasil uma época de miséria, de sofrimentos, uma época de penúrias” como alguns parlamentares pensavam, porque, em 17 anos, 800.000 escravos tinham desaparecido do Brasil e, neste período, se notou “maior riqueza no país, grande aumento de trabalho e com ele maior produção e, como consequência, considerável aumento na renda pública”. Defende, ainda, as reformas liberais. (*Anais do Senado*, v. 1, pp. 42-44.)
 - Discurso do Senador Correia, em nome do Partido Conservador, declarando que a Proposta é uma questão social e que “é grande fortuna para o Império que a lei possa ser promulgada, revestida da força moral e do prestígio que lhe dá o acordo refletido e quase unânime de ambas as parcialidades políticas”. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 44.)
 - Entra em votação a Proposta aprovada, tal como passou em 2.^a discussão, e “adotada para subir à sanção imperial”. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 44.)
 - O Sr. Presidente designa a deputação que apresentará à Sereníssima Princesa Imperial Regente do Império os autógrafos do Decreto. Foram escolhidos os Senadores Dantas, Affonso Celso, Teixeira Junior e Escragnolle Taunay (Membros da Comissão Especial que deu Parecer sobre a proposta apro-

vada, com exceção do Visconde de Pelotas (por motivo de doença), mais os Senadores sorteados Visconde de Paranguá, Ignácio Martins, de Lamare, Franco de Sá, Barros Barreto, Correia, Pereira da Silva, Cândido de Oliveira, Ferreira da Veiga e Jaguaribe. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 44.)

13-5-1888 — Leitura e assinatura dos autógrafos do Decreto, assinado por Antônio Cândido de Cruz Machado, 1.º-Vice-Presidente; Barão de Mamanguape, 1.º-Secretário e Joaquim Floriano de Godoy, 2.º-Secretário. (*Anais do Senado*, v. 1, p. 45.)

Transforma-se na Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888 (assinada pela Princesa Imperial Regente e por Rodrigo Augusto da Silva).

4.4 — Lei n.º 3.353 — 13 de maio de 1888

Declara extinta a escravidão no Brazil

A Princesa Imperial Regente, em Nome de Sua Majestade o Imperador o Senhor D. Pedro II, Faz saber a todos os subditos do Imperio que a Assembléa Geral decretou e Ella sancionou a Lei seguinte:

Art. 1.º E' declarada extinta, desde a data desta Lei, a escravidão no Brazil.

Art. 2.º Revogam-se as disposições em contrario.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém.

O Secretario de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas e interino dos Negocios Estrangeiros, Bacharel Rodrigo Augusto da Silva, do Conselho de Sua Majestade o Imperador, a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro em 13 de Maio de 1888, 67.º da Independencia e do Imperio.

PRINCEZA IMPERIAL REGENTE.

Rodrigo Augusto da Silva.

Carta de lei, pela qual Vossa Alteza Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral, que Houve por bem Sancionar, declarando extinta a escravidão no Brazil, como nella se declara.

Para Vossa Alteza Imperial Ver.

Chancellaria-mór do Imperio. — *Antonio Ferreira Vianna.*

Transitou em 13 de Maio de 1888. — *José Julio de Albuquerque Barros.*

(*Coleção das Leis do Império do Brasil*, de 1888. Atos do Poder Legislativo. Parte I, Tomo XXXV, p. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889)

1833

Lei n. 100 de 13 de Maio de 1833



LEI QUE DETERMINA A MANEIRA DE SE ENTRA-RENOVAR O CANTÃO DO BRASIL



LEI QUE DETERMINA A MANEIRA DE SE ENTRA-RENOVAR O CANTÃO DO BRASIL

Art. 1º. É declarada extinta desde a data desta Lei a extincção no Brasil.

Manda portanto a todos as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram e faça cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém.

Dado no Palácio de São João, em 13 de Maio de 1833. 67. do

Imperio e da Republica

Imperio do Brasil

Assinado A. de S. M.

Carta de Lei, pela qual Sua Magestade Imperial Manda annular o Decreto do Conselho Geral, que teve por fim summação de terrenos extintos a concessão imperial, como nella se declara.

Chancellemo de S. M.

Ante mim em 13 de Maio de 1833

Para Sua Magestade Imperial ver.

Francisco de Paula

João José de S. M.

"LEI AUREA" (AUTÓGRAFO)

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

A venda na SSETEC (Senado Federal)

Anexo I — 22º andar

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal), ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 97.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 90)”

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista.

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85).

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO” (5.ª edição — 1986)**

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

**“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”
(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986**

Constituição da República Federativa do Brasil — texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

**“CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS”
(edição 1987) — 3 volumes**

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

“CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” — série (edições 1987) — com índices temáticos comparativos

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polônia, Romênia, Federação Tchecoslovaca.

Volume 2 — Costa Rica, Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique, São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia do Sul, Filipinas e Suriname.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto constitucional vigente.

Notas.

Índice temático da Constituição vigente.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUENTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) — 3 volumes — com suplementos de atualização de 1987 e 1988

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 58/88.

Textos.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) —
3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4.ª edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos.

Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal.

Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.

Comissão Parlamentar de Inquérito.

Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

“CÓDIGO DE MENORES” (2.ª edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

“SEGURANÇA NACIONAL” (2.ª edição — 1982)

Lei n.º 6.620/78 — texto com índice temático.

Textos constitucionais e legislação ordinária.

A Lei de 1978 comparada à legislação anterior.

Anotações (opiniões e legislação correlata).

Histórico da Lei n.º 6.620/78 (tramitação legislativa).

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.

Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da Lei n.º 7.170/83.

"REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL" (4.ª edição — 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

"DIREITO DE GREVE" (edição 1986)

Quadro comparativo: Projeto de Lei n.º 8.059/86 — Legislação vigente.

Anteprojetos.

Projetos em tramitação no Congresso Nacional.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da **Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal**).

Assinatura anual: n.ºs 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

Preço: Cz\$ 600,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal

70160 Brasília, DF

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito