

REVISTA	
DIREITO	MACKENZIE

© 2021 by Universidade Presbiteriana Mackenzie

Os direitos de publicação desta revista são da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Os textos publicados na revista são de inteira responsabilidade de seus autores. Permite-se a reprodução desde que citada a fonte. A Revista Direito Mackenzie está disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd>

Dados Internacionais de Catalogação (CIP)

Revista Direito Mackenzie - v. 15, n. 2, maio/ago. 2021 - São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie

Quadrimestral

Publicação da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ISSN 2317-2622 (online)

1. Direito

CDU 34

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Reitor Marco Tullio de Castro Vasconcelos

Chanceler Robinson Grangeiro Monteiro

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação Felipe Chiarello de Souza Pinto

Diretor da Faculdade de Direito Gianpaolo Poggio Smanio

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Fabio Ramazzini Bechara

INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Entidade mantenedora

Diretor-Presidente José Inácio Ramos

Diretor de Desenvolvimento Humano e Infraestrutura Walter Eustáquio Ribeiro

Diretor de Finanças Denys Cornélio Rosa

Diretor de Ensino, Pesquisa e Inovação Carlos Cesar Bof Bufon

Diretor de Estratégia e Negócios André Ricardo de Almeida Ribeiro

Diretor de Saúde Luiz Roberto Martins Rocha

Rev. Direito Mackenzie São Paulo v. 15, n. 2, p. 1-149, maio/ago. 2021

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Universidade Presbiteriana Mackenzie - Rua da Consolação, 930 - Consolação - São Paulo - SP - CEP 01302-907

Revista Direito Mackenzie São Paulo	v. 15	n. 2	maio/ago. 2021
--	-------	------	----------------

REVISTA	
DIREITO	MACKENZIE

CONSELHO EDITORIAL

- Professor Doutor Alberto Febbrajo - Università di Macerata, Itália
Professor Doutor Aldo Macareño - Universidad Adolfo Ibáñez
Professora Doutora Alessandra De Luca - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professor Doutor Alessandro Simoni - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professora Doutora Clarice Seixas Duarte - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Daniel Wunder Hachem - Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Paraná, Brasil
Professora Doutora Danielle Anne Pamplona - Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) - Paraná, Brasil
Professor Doutor Daniel Wei L. Wang - University of London, Inglaterra
Professora Doutora Elena Simina Tanasescu - Universidade de Bucareste, Romênia
Professor Doutor Emilio Santoro - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professora Doutora Fernanda Busanello Ferreira - Universidade Federal de Goiás
Professor Doutor Francisco Ilídio Ferreira Rocha - Centro Universitário do Planalto de Araxá (UNIARAXÁ) - Minas Gerais, Brasil
Professor Doutor Germano Schwartz - UNIRITTER
Professor Doutor Guilherme de Azevedo - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) - Rio Grande do Sul, Brasil
Professor Doutor José Alcebiades de Oliveira Júnior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) - Rio Grande do Sul, Brasil
Professor Doutor José Carlos Francisco - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor José Luis Guerrero - Universidad Castilla-La Mancha, Espanha
Professora Doutora Laura Noemi Lora - Universidad de Buenos Aires, Argentina
Professora Doutora Lucia Re - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professor Doutor Lucio Pegoraro - Università di Bologna, Itália
Professora Doutora Márcia Rodrigues Bertoldi - Universidade Tiradentes (UNIT) - Sergipe, Brasil
Professor Doutor Marcelo Fernando Borsio - Centro Universitário UDF, Brasília, Brasil
Professor Doutor Marcelo Pereira Mello - Universidade Federal Fluminense (UFF) - Rio de Janeiro, Brasil
Professora Doutora Marília Montenegro Pessoa de Mello - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) - Pernambuco, Brasil
Professora Doutora Mônica Herman Caggiano - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Paolo Palchetti - Università di Macerata, Itália
Professora Doutora Patrícia Tuma Bertolin - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professora Doutora Renata Almeida da Costa - Universidade Lasalle, Brasil
Professor Doutor Roberto Freitas Filho - Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) - Brasília, Brasil
Professor Doutor Rubén Miranda Gonçalves - Universidade de Santiago de Compostela, Espanha
Professora Doutora Sofia Ciuffoletti - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professora Doutora Solange Teles da Silva - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Vicente Bagnoli - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Vittorio Olgiati - Università di Macerata, Itália
Professor Doutor Walter Carnota - Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Professora Doutora Yolanda Sanchez-Uran Azaña - Universidad Complutense de Madrid, Espanha
- Editores Acadêmicos Felipe Chiarello de Souza Pinto e Gianpaolo Poggio Smanio
Editor-Adjunto José Francisco Siqueira Neto
Editor Executivo Fernando Rister de Sousa Lima
Assistente de Edição Izabela Zonato Villas Boas
Coordenação Editorial Andréia Ferreira Cominetti
Preparação de texto Carolina Amaral
Diagramação Libro Comunicação
Revisão Vera Ayres
- Estagiários editoriais Élcio Marcos de Carvalho Júnior, Júlia Lins Reis e Pietro Menezes Silva

Os direitos de publicação desta revista são da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Os textos publicados na revista são de inteira responsabilidade de seus autores.
Permite-se a reprodução desde que citada a fonte e o autor.

REVISTA DIREITO MACKENZIE

V. 15 • N. 2 • SÃO PAULO • 2021 • ISSN 2317-2622 (on-line)

Endereço para correspondência

Universidade Presbiteriana Mackenzie - Rua da Consolação, 930 - Consolação - São Paulo - SP - CEP 01302-907
A Revista Direito Mackenzie está disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd>

SUMÁRIO

DOCTRINA INTERNACIONAL

De la pandemia de la Covid-19 a la infodemia: una perspectiva sistémica

Javier Espinoza de los Monteros

Derecho, desarrollo y ciencia moderna: relaciones antagónicas

Armando Guevara Gil

DOCTRINA NACIONAL

A evolução de institutos do Direito Civil brasileiro para as mulheres, sob a ótica do feminismo liberal de Carole Pateman

Karen Machado Freire e Patrícia Tuma Martins Bertolin

A passagem do fordismo para o pós-fordismo e o impacto sobre as políticas públicas no Brasil

Luiz Ismael Pereira e Mariana Resende

Compliance officer: uma análise sobre a sua atuação nos Estados Unidos da América

José Alberto Monteiro Martins, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr e

Augustus Bonner Cochran III

Panorama histórico do Direito Privado alemão e sua importância para o desenvolvimento do Direito Privado brasileiro

Leonardo Estevam de Assis Zanini

CONTENTS

INTERNATIONAL DOCTRINE

From the Covid-19 pandemic to infodemic: a systemic perspective

Javier Espinoza de los Monteros

Law, development and modern science: conflicting relations

Armando Guevara Gil

NACIONAL DOCTRINE

The evolution of Brazilian civil law institutes for women, from the perspective of Carole Pateman's liberal feminism

Karen Machado Freire e Patrícia Tuma Martins Bertolin

The passage from fordism to post-fordism and the impact on public policies in Brazil

Luiz Ismael Pereira e Mariana Resende

Compliance officer: an analysis on its performance in the United States of America

José Alberto Monteiro Martins, Viviane Coêlho de Sêllos Knoerr e

Augustus Bonner Cochran III

Historical overview of German Private Law and its importance for the development of Brazilian Private Law

Leonardo Estevam de Assis Zanini

DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 A LA INFODEMIA: UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA

Javier Espinoza de los Monteros*

*No esculpir en tu mente alguna imagen inmutable:
es decir, no de máximas o fórmulas*

Sir Frederik Pollock

RECEBIDO EM:	13.5.2021
APROVADO EM:	CONVIDADO

* Doutor em Direito pela Universidade do Salento, Itália. Coordinador del Centro para el Desarrollo Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México. E-mail: jespinozams@hotmail.com

· JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS

- **RESUMEN:** La pandemia demostró la falta de sentido en la sociedad moderna, mostrando la ausencia de certezas, teniendo en cuenta brechas semánticas como verdad, valores, derechos, fundamentos, propios de los sistemas sociales modernos para construir sentido, legitimidad. En medio de tanta información para afrontar la situación de emergencia, a través de los medios de comunicación, se ha producido simultáneamente más desinformación, circulación de noticias falsas (noticias falsas y erróneas), situación que pasó a conocerse como infodemia. Entonces, cuanto más sabes, más no sabes. El virus de la desinformación ayudó a que la enfermedad se extendiera a gran escala, multiplicando y extendiendo problemas como el discurso de odio, el racismo, la invención de la alteridad como amenaza, la polarización del debate político, la potencialización del contagio y, en general, la precariedad y la imposibilidad de controlar de manera plausible el impacto de la pandemia y sus consecuencias. Por tanto, se analiza el papel de la ley y otros mecanismos, y sus límites, para contener este problema.
- **PALABRAS clave:** Pandemia. Infodemia. Sociedad moderna. Sistemas sociales.

FROM THE COVID-19 PANDEMIC TO INFODEMIC: A SYSTEMIC PERSPECTIVE

- **ABSTRACT:** The pandemic demonstrated the lack of meaning in modern society, showing the absence of certainties, taking into account semantic gaps such as truth, values, rights, foundations, and current social systems to build meaning and legitimacy. Amidst so much information to face the emergency situation, through the media, there has been simultaneously more misinformation, circulation of false news (false and erroneous news), a situation that became known as infodemic. So the more you know, the more you don't know. The disinformation virus helped the disease spread on a large scale, multiplying and spreading problems such as hate speech, racism, the invention of alterity as a threat, the polarization of political debate, the potentization of contagion, and, in general, precariousness and the impossibility of plausibly controlling the impact of the pandemic and its consequences. Therefore, the role of law and other mechanisms, and their limits, to contain this problem is analyzed.
- **KEYWORDS:** Pandemic. Infodemic. Modern society. Social systems.

DA PANDEMIA DO COVID 19 À INFODEMIA: UMA PERSPECTIVA SISTEMICA

- **RESUMO:** A pandemia demonstrou a falta de sentido da sociedade moderna, evidenciando a ausência de certezas, levando em consideração as lacunas semânticas como verdade, valores, direitos, fundamentos, particulares dos sistemas sociais modernos para construir sentido, legitimação. Em meio a tantas informações para enfrentar a situação de emergência, através dos meios de comunicação, tem havido simultaneamente mais desinformação, circulação de fake news (notícias falsas e errôneas), situação que ficou conhecida como infodemia. Assim, quanto mais você sabe, mais você não sabe. O vírus da desinformação auxiliou a disseminação da doença em larga escala, multiplicando e disseminando problemas como o discurso do ódio, o racismo, a invenção da alteridade como ameaça, a polarização do debate político, a potencialização do contágio e, em geral, a precariedade e a impossibilidade de controlar plausivelmente o impacto da pandemia e suas consequências. Diante disso, analisa-se o papel do direito e de outros mecanismos, e seus limites, para conter esse problema.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Pandemia. Infodemia. Sociedade moderna. Sistemas sociais.

1. Introducción

Antes que nada agradezco la invitación al profesor Fernando Rister De Suosa Lima, y al profesor Celso Fernandez Campilongo. Celebro la organización de este ciclo de conferencias, que permite difundir y cultivar los estudios sobre la *teoría sistémica*; de aquí que hayamos podido realizar estas contribuciones, utilizando este enfoque y, sobre todo, poder dialogar y escuchar a otros colegas, enriquecernos de sus aportaciones y reflexiones. Esta teoría, sin duda, tiene un gran potencial descriptivo de la sociedad moderna, sobre cómo opera y lo que acontece en ella, en los particulares sistemas sociales; es indispensable, sobre todo en este momento, para la *comprensión* de lo que constituye nuestro horizonte de reflexión: *Pandemia, medios, fake news*, grandes temas, grandes universos cognitivos.

· JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS

La pandemia ha puesto de manifiesto la carencia de sentido de la sociedad moderna. La ausencia de certezas. Ante el vacío de estas semánticas tales como verdad, valores, derechos, fundamentos, los particulares sistemas sociales modernos tienen que construir significado, legitimación. Aquellas, por tanto, no son el orden del mundo, no pueden guiar, orientar el actuar de los sistemas. Asimismo, en su operar de estos sistemas sociales particulares, en específico en el derecho y en la política, se han practicado formas violentas de exclusión, una práctica legitimada en torno a los fundamentos, los cuales vienen utilizados como cáscaras protectoras de las decisiones. Ha sido, igualmente, un momento en el cual, en virtud de la situación indicada, ha constituido caldo de cultivo para los autoritarismos que, en el nombre del pueblo, del bien común, han actuado en forma devastadora y perjudicial.

Todo ello viene puesto de manifiesto en esta contribución, así como la paradoja de la seguridad de la información, como símbolo del progreso. En otras palabras, que entre más información para atender la situación de emergencia, a través de los medios de comunicación, se ha producido simultáneamente más desinformación, circulación de *fake news* (noticias falsas y erróneas). En efecto, entre más saber más no saber. Tal situación ha sido descrita como *infodemia*. Este virus de la desinformación, ciertamente, ha permitido la expansión de la enfermedad a una amplia escala. Y con ello se ha producido la multiplicación y difusión de discursos de odio, de racismo, la invención de la alteridad como amenaza, la polarización del debate político, la potencialización del contagio y, en general, la precariedad e incapacidad de controlar plausiblemente el impacto de la pandemia y sus consecuencias. Por último, se analiza cuál es el papel del derecho y de otros mecanismos, y sus límites, para la contención de este problema.

2. Pandemia, orden social y certezas del actuar

Ciertamente los problemas que ha generado la pandemia han sido objeto de reflexión desde la economía, la política, del derecho, de la educación, de la ciencia, de la moral, de la filosofía, de la sociología, etc. Una preocupación central: cómo se puede hacer frente a los problemas y cuáles son las soluciones, las respuestas posibles.¹ El panorama ha sido

1 Como se dice en la literatura “Los meses de emergencia sanitaria global se llenan de reflexiones desde la ética, la política, la sociología y sobre todo desde las tecnociencias. Visiones y prismas aportan con descripciones y posibles soluciones o por lo menos propuestas de acción. ESTÉVEZ ABAD, René Fernando. “¿Pandemia o pandemias?”, en *Revista internacional de pensamiento político*, I época, v. 15, 2020, p. 167.

caracterizado por la impotencia pero también posibilidades de replanteamiento, de repensamiento. Ello en virtud de que vimos como se desquebrajan nuestros modelos cognitivos, su fragilidad, sus límites. De aquí no es extraño que surjan cuestionamientos:

El mundo ha vivido en estos meses un ajedrez de circunstancias mortales frente a las cuales la filosofía se ha visto abocada a probar su poder o su debilidad, su actualidad o caducidad. El drama radica en que ha debido hacerlo ante la amenaza inmisericorde de la muerte representada por un “enemigo invisible”: el coronavirus.²

Aquí me parece que la teoría sistémica, tomando a distancia las otras descripciones de la modernidad, era consiente del modo del operar de la sociedad, de sus estrategias, del particular mundo, paradójico, en que se produce exclusión. Lo que para muchos la pandemia ha mostrado, ello era ya discutido desde hace tiempo, incluso a contracorriente, por la perspectiva sistémica. Aquí la competencia de la teoría.

Ahora bien, como ha observado Slavoj Žižek, el problema de la pandemia no solamente estriba en cuanto a poner de manifiesto lo esencial en nuestras vidas, estar encerrados, nuestras reales necesidades y nuestras relaciones afectivas³ sino también el problema del orden social.

Pensábamos que en virtud de nuestro progreso indefinido, podíamos controlar la situación, por lo que en todo caso y en sentido contrario, en efecto:

... el mundo occidental asistió absorto, incrédulo y tal vez algo despreocupado al desarrollo de los acontecimientos pues la historia reciente mostraba realidades en las que aparentemente habíamos pensado y nos habíamos preparado para situaciones catastróficas que nunca ocurrieron causadas por otros virus de similar origen.

Ya habían aparecido otros coronavirus, ya habíamos hecho experiencia y aún así ha puestos a los gobiernos y a los individuos de cabeza, se ha salido de control. Y es que sabíamos que era muy probable que sobrevinieran más de este tipo de virus. De hecho para Chomsky el origen del virus ha sido este capitalismo salvaje⁴, ya que

2 MADRID GUERRA BRAVO, Samuel. “Filosofía y pandemia”, en Sophia, Colección de Filosofía de la Educación, Universidad Politécnica Salesiana, n. 30, 2021, p. 246.

3 Cfr. ŽIŽEK, Slavoj, *Pandemia. La covid 19 estremece al mundo*. Traducción Damià Alou, Barcelona, Ed. Anagrama, 2020.

4 Cfr. CHOMSKY, Noam, “Pensadores ante la crisis”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=C9tw09IzQdM>

no es rentable producir medicamentos huérfanos, esto es, que no tengan un mercado inmediato de consumo.

En la multiplicidad de problemas que giran en torno a la pandemia observamos que la reflexión se ha concentrado y preocupado respecto a qué nos podemos esperar entorno a: la seguridad de la información, la seguridad en el derecho, la seguridad en la política, la seguridad en la economía, la seguridad de la ciencia: *certeza, verdad*. En esta situación experimentamos inestabilidad, desazón, perturbación, desesperanza, desconcerto, falta de orientación, de un faro de luz.

Como se dice, se debería evitar la “ausencia de tierra firme”⁵. Y entonces ahora se tornó más visible, se puso a flote, se cuestionó: qué hay debajo de los fundamentos del mundo moderno.⁶

Por tanto, en esta pandemia, en muchos ámbitos, se adujo que *nuestras certezas se habían disuelto*. Ahora ya era un lugar común. Incluso se ha dicho que con esta pandemia se ha consumado la modernidad y se daba paso a una transmodernidad.⁷ Si bien nosotros hemos experimentado una constatación de incertidumbre, inseguridad, miedo, zozobra. No obstante, *nos seguimos aferrando a nuestras certezas del mundo*. Porque sentimos que es mejor apoyarnos en ellas que girar en torno al vacío, *en torno a la nada*. Por eso aquellas han sido tan persistentes. Buscamos, pues, un *sentido*, una orientación. De cualquier forma no se puede cerrar los ojos, no se puede soslayar que difícilmente nuestra confianza ciega en el progreso y en nuestras certezas ha quedado incólume.

De este modo, nos hemos mantenido entre la *desilusión del presente* y la *esperanza hacia el futuro*. Es decir, entre el desencanto de lo que estamos viviendo, de lo que estamos experimentando y la expectativa de que se pueda revertir la situación. Que la ciencia pueda hacer frente, rápidamente, a la contención y limitación de la propagación del virus, que las personas cuenten con una vacuna que permita prevenir el contagio, que los pueda inmunizar frente a éste. Que la política pueda realizar el bien común, el derecho pueda realizar la justicia, que exista una distribución más racional de la riqueza o,

5 LOSADA MAESTRE, Roberto. “Las Fake News en la crisis de la Sociedad digital”, en *Más Poder Local*, n. 41, abr. 2020, p. 49.

6 DE GIORGI, Raffaele. *Observación sociológica de la filosofía del derecho*. Traducción del italiano Javier Espinoza de los Monteros, México, Ed. Derecho Global, 2018.

7 “... la pandemia se ha constituido en el verdadero fin de la modernidad eurocéntrica. Y, ojalá, en el verdadero fin de los imperialismos expansionistas y colonialistas. Se ha abierto una nueva etapa de la humanidad que algunos llaman transmodernidad.” MADRID GUERRA BRAVO, Samuel, *op cit.*, p. 247.

en su caso, se puedan garantizar los mínimos vitales, etc. Pero realísticamente: qué nos podemos esperar de nuestras certezas.

En esta sociedad, en la sociedad moderna, ciertamente *no tenemos un sentido*, una guía, una orientación. Como decía John Bury, el progreso no es otra cosa sino *una ilusión de fin*.⁸ Los sistemas sociales, en efecto, tienen que *construir sentido*: autolegitimarse. No persiguen fines sino funciones. Es así como operan autoreferencialmente, ellos construyen su orientación, lo que usan como realidad, como verdad, como certeza. La *factualidad* y la *metafísica*⁹ se presentan como *asimetrías* que pretenden romper la circularidad; solo que no la cancelan, la ocultan, las sustraen a la vista.

La precariedad del pensamiento occidental para dar respuesta a los problemas, para dar soluciones, para ofrecer certezas. La razón de los principios, la razón de la verdad, es la razón de un tiempo que se va consumiendo, de un tiempo cuyas narraciones que ahora ya, con esta situación, van perdiendo cada vez más legitimidad. A un ritmo acelerado.

Ahora bien, como decía Luhmann, el *problema del orden social* (moderno, naturalmente) no tiene una sola respuesta.¹⁰ Tienes múltiples respuestas, porque como esta sociedad se ha sustituido a un Dios que no se equivoca (orientación del mundo), siempre queda abierta la posibilidad, la binariedad, un segundo valor, un marco de opciones disponibles para la sedimentación de sentido. Ya no hay la orientación de un mundo ya dado, de un orden ya construido, predeterminado.

No obstante, se pone una cierta distancia, un apartamiento, porque queda el miedo de asumir *la complejidad del mundo*, de la sociedad.¹¹ Mas constantemente hay construcción de mundo, se produce comunicación, se expande comunicación, se *produce sentido*.

En esta sociedad experimentamos formas más violentas de exclusión. Cada vez más brutales. Legitimadas, justificadas en el derecho y la política. Incluso fundamentadas en los valores. Pero este operar de la sociedad moderna, sus consecuencias, se han

8 BURY, John, *La idea de progreso*. Traducción. de Elías Díaz García, Madrid, Ed. Alianza, 2009, pp. 356-357.

9 LUHMANN, Niklas. "La observación sociológica del derecho". Traducción Héctor Fix-Fierro, en *Crítica jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 12, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, pp. 82-83.

10 LUHMANN, Niklas. ¿Cómo es posible el orden social?. Traducción Dario Rodríguez Manzilla y Javier Torres Nafarrete, México, Ed. Universidad Iberoamericana / Herder, 2011.

11 "Los sistemas sociales, en su interior, producen complejidad, excesos de posibilidades: esto es, una totalidad de acontecimientos posibles." LUHMANN, Niklas. *Ilustración sociológica y otros ensayos*. Traducción H. A. Murena, Buenos Aires, Ed. SUR, 1973, p. 144.

vuelto más visibles, se han acentuado, se han potencializado en esta pandemia. De ahí que se perciba más la sensación de inseguridad, de desasosiego. Vivimos las consecuencias de la modernidad de la sociedad.

Los derechos humanos en general, el derecho penal, constituyen precisamente *tecnologías de la exclusión*; la política igualmente produce exclusión utilizando el recurso de la alteridad, genera odio y violencia, inventa a los enemigos mediante el recurso de la tecnología de la información; de hecho ésta ha utilizado a los *medios electrónicos* y las *fake news* para producirla, es así como ella ha producido su consenso: se ha legitimado.

El futuro es cada vez más incierto. La forma en que el derecho y la política tratan de vincular el futuro se ha vuelto más problemático. *Frente a los riesgos que ha producido la política (mediante los medios electrónicos y las fake news) el derecho poco puede hacer.* Y también aquel ha servido como instrumento de la política para producir exclusión.

Como decíamos, la verdad, *esta idea persistente de la tierra firme*, en los diversos espacios comunicativos de la sociedad moderna, ha sido un problema que ha atravesado todo el pensamiento social contemporáneo. Téngase presente que la constitución de las ciencias sociales como ciencias, para adquirir ese estatus de cientificidad, esa dignidad debería tener como pretensión sujetar la objetividad, sin interferencias intersubjetivas¹² que obnubilen el acceso al conocimiento, a la aprehensión de la verdad, el deber ser en la sociedad.

Sea lo que sea esta tierra firme (= verdad), en torno a ella siempre se argumenta de modo *ontológico-sustancial*,¹³ independiente del subjetivismo, sustraídas de la temporalidad. Esto vale para la *factualidad* como para la *metafísica*. Solo que esta verdad-certeza de la sociedad moderna en realidad constituye un *non-sapere*¹⁴, como se ha indicado. Es en realidad una semántica vacía que rellenan, de vez en vez, los sistemas sociales. Es un *artefacto*, una *herramienta de museo*,¹⁵ que no sirve para ordenar al mundo. Que solamente tiene valía y puede mantenerse en su abstracción. Y, de este modo, la tarea más relevante de la sociedad, en efecto, es la determinación de sentido.

Nuestras expectativas, apoyadas en la inclusión universal, nos impiden observar que realmente estamos frente al *riesgo*, y que frente a él *somos impotentes*. Que, para

12 Cfr. LUHMANN, Niklas y Raffaele DEGIORGI. *Teoria della società*. Milano, Ed. Franco Angeli, 2008, p. 10.

13 Cfr. KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Editorial Themis, 2007, p. 41.

14 DEGIORGI, Raffaele. *Sin destino*, escrito inédito.

15 DEGIORGI, Raffaele. *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*. Traducción del italiano Javier Espinoza de los Monteros, México, Ed. Fontamara, 2015, p. 67.

decirlo metafóricamente: *realmente estamos en las manos de Dios. Ellas bloquean cognición, el conocimiento del real funcionamiento de los sistemas.*

Fuimos testigos y observadores de esto que estamos hablando.

Teníamos el mismo problema, los mismos mecanismos e instrumentos para combatir, hacer frente. Las constituciones, los derechos humanos, los procedimientos jurídicos, las garantías. En otras palabras, Un problema común, (la *pandemia*) y herramientas que nos son comunes. En efecto, aquellas *piezas de museo*, ocultan la forma normal de la operatividad de la sociedad moderna: *la inclusión que produce simultáneamente exclusión*. Estas semánticas se han podido constituir mediante la invención de la negación, del rechazo, de lo que se percibe como contrario a ellas mismas, siendo que en realidad lo que se trata como contrario, como valor negativo, como aquello que es objeto de exclusión, son ellas mismas. La negación, la otra parte de los valores son los valores mismos. Solo que para que puedan constituirse como valores necesitan negarse así mismo, la otra posibilidad, el otro sentido. Es una forma a través de la cual la razón de los valores se inmuniza frente a la exterioridad, frente a la variabilidad: autoconservación.

Y así, nos enfrentamos al problema, a los dilemas del límite, la Restricción de las libertades: y con ello una diversidad de propuestas de solución, de modos de hacer frente al problema. Nosotros sabíamos (desde la teoría de los sistemas) que, en todo caso, se trataba de hacer frente a la complejidad y de reducir complejidad, de selectividad, mediante elección del sistema. De seleccionar entre posibilidades.

Por ejemplo, han suscitado grandes controversias, precisamente por la ausencia de una orientación si:

Se debería hacer *obligatorio* el uso del cubrebocas por la protección de la salud de todos, o si solamente era una sugerencia para no menoscabar las libertades (como sostuvo el gobierno mexicano); en cambio para el gobierno italiano resultaba indefectible utilizarlo (obligatorio, por el bien común), se priorizaba la salud. En todo caso, en México la obligatoriedad del uso del cubrebocas se realizó de una manera azarosa, nada uniforme, en ciertas entidades y en determinados espacios.

Si se debía restringir la libertad de tránsito o solamente la libertad de reunión. En Alemania la Merkel decía que solo la libertad de reunión; por su parte en *Italia se restringió la libertad de tránsito*; en México, en cuanto al libre tránsito, *en algunas partes si en otras no* (se dejó en manos de las entidades federativas, con soluciones y medidas diferentes, incluso fuera del marco legal);

· JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS

Hasta qué punto, por la protección de la salud, podía sacrificarse la economía, limitar la libertad para trabajar (afectando a las empresas y sus trabajadores), de tránsito o de reunión;

Y derivado de lo anterior: cuál era la responsabilidad que tenían los patrones o empleadores en tiempos de pandemia frente a sus trabajadores si no hay producción e ingresos y los trabajadores no laboran, ¿se les debía pagar su salario íntegro o no?;

En caso de saturación de los servicios hospitalarios ¿cómo se tendría que proceder para la atención de los pacientes? Porque los recursos eran finitos ¿se tenía que ponderar? pero en todo caso no se podría excluir a nadie.¹⁶

Naturalmente las paradojas se resuelven siempre mediante *la selectividad*.

Y así, en México, los adultos mayores, con complicaciones, se dejaban al último, se jerarquizaba la atención. En caso de que existieran condiciones similares se debía de dejar a la suerte, al azar, a aventar una moneda al aire (un volado). Eran condiciones en las que no operaba ya el derecho. En Brasil acontecía algo similar. Entonces todos somos iguales pero a un mismo tiempo no, hay trato diferenciado mediante la ponderación, mediante la tutela de las expectativas como si fuera superior/inferior, mayor valía/ menor valía, igualdad/desigualdad. Otra vez se puede decir: estamos incluidos porque estamos excluidos.

Ciertamente con los principios se puede todo, solo que de manera abstracta. Pero así solamente nos encontramos en un callejón sin salida. Entonces opera la construcción del fundamento, lo variable, lo cambiante.¹⁷ De aquí que en la literatura jurídica de los Estados constitucionales, y desde una perspectiva comparada, se haya puesto de manifiesto y a discusión las distintas respuestas dentro del sistema del derecho.

Estos solamente son algunos entre otros problemas, entre otros interrogantes sobre la función de la verdad que, en todo caso, muestran la contingencia de esta verdad, que la realidad de los derechos, de los fundamentos está dentro del derecho y la política.

Era claro que el deber ser del mundo moderno no decía nada.

16 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó, en su Resolución 1/2020 denominada "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas".

17 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*. Traducción Javier Torres Nafarrate, México, Ed. Universidad Iberoamericana, 2010, p. 64.

3. La paradoja de la información en tiempos de la Covid: *fake news*

Los medios de comunicación, las *fake news* (que son también media), su tratamiento, la preocupación *ha girado, se ha concentrado también* en relación a la *verdad*. Que se difundiera la verdad. Que la información fuera fidedigna. Mas la verdad es siempre una construcción de realidad. Porque en efecto, nosotros somos parte del mundo que describimos, nosotros formamos parte de la realidad que construimos. Para decirlo hegelianamente, el hombre no se puede despegar de su piel.¹⁸ Somos constructores de objetos, de realidad. Esto no significa que la verdad pueda ser cualquier cosa. En relación a los medios de comunicación y su relación con la verdad la narración, el relato debe de tener plausibilidad, ser viable (como se dice estar respaldada y tener presunción de veracidad) mas, ciertamente, no es una realidad ontológica-sustancial. Esto permite distinguir entre noticia falsa y noticia verdadera. Esto quiere decir que no se puede acceder a la verdad (objetiva) pero tampoco se puede renunciar a la verdad (como construcción / plausible).

La mass media y las llamadas *fakes* no son otra cosa que comunicación, ellos son sociedad. Ellos producen comunicación, se activa comunicación, se expande comunicación. Los medios operan siempre al presente, permiten circular una importante cantidad de información, contienen información la cual siempre está disponible, se tiene un acceso amplio, se puede expandir constantemente. Digamos también que los medios electrónicos de comunicación nos permiten acceder fácilmente a la información. El problema es que hay una abundante información, hay un exceso de información. Estamos saturados. Ellos permiten la circulación de noticias falsas y noticias verdaderas. De este modo, se produce seguridad e inseguridad. La seguridad de la información y la seguridad de la desinformación que generan los medios.

Luego entonces qué han producido durante esta pandemia:

El discurso de odio, y la represión, pero también el aumento del riesgo de contagio, el control de la protección de la salud inadecuado, han sido un lugar común durante la pandemia; ésta ha servido para producir exclusión y una oportunidad para la proliferación de *autoritarismos*, una preocupación presente y que ha alarmado a la Organización de las Naciones Unidas.

18 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Introducción a la historia de la filosofía*, Buenos Aires, Aguilar Ediciones, 1980.

· JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS

El miedo al otro, tomar al otro a distancia. Ello ha permitido justificar la exclusión, la violencia; siempre se usa el *traje de la humanidad para justificar el actuar*, para legitimar el mandato,¹⁹ se echa mano del discurso de los derechos (de su indeterminación, de su falta de contenido objetivo²⁰, de su dualidad²¹) y así mismo se ha recurrido a la alteridad: a la construcción del otro como otro.

Se han inventado los enemigos, la construcción de la criminalidad, los terroristas y ahora del otro como potencial amenaza como *fuerza de contagio*: inmigrantes irregulares; también los chinos, son los enemigos.

El no me toque, tomar distancia al otro ha sido entendido en un sentido negativo. No como respeto al otro, como amor por el otro, como responsabilidad sino para ejercer represión y violencia. No como vínculo de hermandad, de apoyo. Como escribe Slavoj Žižek:

No me toques», según Juan 20, 17, es lo que le dijo Jesús a María Magdalena cuando ella lo reconoció después de su resurrección. ¿Cómo he de entender yo, un ateo cristiano confeso, esas palabras? En primer lugar, quiero asociarlas con la respuesta de Cristo cuando sus discípulos le preguntan cómo sabrán que ha vuelto, que ha resucitado. Cristo les dice que estará allí donde haya amor entre sus creyentes. Estará allí no como una persona a la que se puede tocar, sino como el vínculo de amor y solidaridad entre la gente. De manera que «no me toques, toca y relaciónate con los demás en el espíritu del amor.»²²

Cada vez que Trump declara en los medios de comunicación él sabe que a través de la comunicación genera *capital político*, adhesión de un cierto sector de la población. Son declaraciones de discurso de odio, y esto es claro:

México envía lo peor de sus personas, no a lo mejor de sus personas, a personas con problemas que vienen a generar problemas; los delincuentes vienen a nuestro país, a cometer delitos. Y junto con los otros migrantes criminales y terroristas ponen en riesgo la seguridad de los ciudadanos, de este modo los convierte, para usar la expresión de Howard

19 Cfr. FÖGEN, Marie Theres. *La canción de la ley*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

20 VILLEY, Michel. *Il diritto e I diritti dell'uomo*. Traducción dal francese di Lilliana Botero. Siena: Edizioni Cantagalli, 2009, p. 9.

21 SUPIOT, Alain. "La pobreza bajo el prisma del derecho", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 20, julio 2014, p. 80 y ss.

22 ŽIŽEK, Slavoj. *Pandemia. La Covid-19 estremece al mundo*. Traducción Damià Alou. Barcelona: Ed. Anagrama, 2020.

Becker, en *Outsiders*.²³ Son declaraciones, mensajes *feak*; a ello se le ha añadido un pseudo-nacionalismo que reivindica la pertenencia y excluye al otro, que intenta justificar el racismo; una política del chauvinismo del bienestar en la que los otros vienen, como aves de rapiña, a aprovecharse y explotar los recursos de los nacionales, también difundida a través de su mensaje.

Todo esto en torno al color de la piel, a la religión, a la pobreza, los enemigos. Lo que ha acontecido ha sido: la represión, expansión del racismo, violencia policial, sus excesos contra la población negra, contra los migrantes.

Sobre ellos se descarga la fuerza punitiva. Un estado de seguridad. Se instrumentaliza el derecho penal contra los enemigos, contra los que representan un potencial problema contra la seguridad.²⁴

Y en torno a ello se ha producido, como es sabido, movimientos de protesta social. Y se seguirán produciendo. Los cuales pueden ser tratados como temas para la democracia, como posibilidades, o bien reprimidos. Ciertamente esta pandemia es propicia para los movimientos de protesta contra la exclusión.

Algo que no es nuevo solo que ha alcanzado amplias dimensiones, se ha agudizado, se ha tornado más violento.

México, apelando a la pandemia, haciéndole el trabajo sucio a Trump, ha deportado a los migrantes, sin tomar ninguna medida sanitaria. El muro es México, las autoridades fronterizas. Por si fuera poco las medidas vienen justificadas con un carácter humanitario. Como si se estuviera comprometido con los derechos humanos. *Los deportan para que no vayan a contagiarse*. Pero en realidad los dejan varados en las fronteras, expuestos al contagio o en los centros de detención (cuyo trato ahí ha sido asimilado a tortura, sin ninguna medida sanitaria).

Los chinos, según Trump, en sus declaraciones eran los culpables de haber fabricado y difundido el virus. El enemigo. Que el virus no era natural sino una creación humana y que había sido intencional su propagación. Según el mandatario había evidencia de que el virus había sido creado en un laboratorio:

“Es algo terrible que sucedió... Ya sea si cometieron un error o si empezó como un error y luego cometieron otro, o si alguien hizo algo a propósito”.²⁵

²³ Cfr. BECKER, Howard, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, siglo XXI Editores, 2009.

²⁴ Sobre esto puede verse: WACQUANT, Lóic. “La penalización de la miseria. De la importación de políticas de seguridad”, en *A renglón seguido*, mayo-agosto de 2002, p. 6.

²⁵ “Trump considera que China liberó el coronavirus por error”, *Milenio*, 30/04/2020, disponible en <https://www.milenio.com/internacional/estados-unidos/donald-trump-cree-china-libero-coronavirus-error>.

· JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS

En realidad es una actitud criminal, que genera odio, exclusión, violencia. Y de nueva aquí emerge la paradoja de los principios porque Trump hacía sus declaraciones en uso de la libertad. Pero también se puede decir que ello atenta contra la seguridad de las personas. Es, como se ha dicho, criminal. Y ha generado consecuencias terribles. Lo mismo se puede decir de la política de Bolsonaro que, como en toda democracia autoritaria, se apoya en el nombre del pueblo. Un escudo legitimador que inmuniza a la política contra el soberano.

Este es el poder de los medios, su instrumentalización, uno entre otros usos por parte de la política.

También piénsese en las noticias que han circulado y difundido los medios, en las cuales escuchamos la perversidad de las democracias autoritarias y de los populismos durante esta pandemia, sobre las medidas sanitarias. Los ejecutivos de varios países, de estas democracias autoritarias, han dado poca importancia a la pandemia Y en esas condiciones cómo podía tomarse en serio la población la situación de gravedad. De hecho, eran actuaciones, grotescas, caricaturescas, indignantes, pero también eran, por decirlo así criminales, inmorales:

El mandatario mexicano decía que la “honestidad” era el mejor “escudo protector” y, sin ningún empacho, *invitaba a salir*, se decía: “no pasa nada”; en Brasil, Jair Bolsonaro decía que se trataba de un simple *resfriadinho*. Incluso consecuente con su poca preocupación en torno a la pandemia, ha declarado que han sido mejor las medidas laxas ya que sería peor morir de hambre; él hace “... lo que el pueblo quiera”.²⁶ Como es sabido se han dado declaraciones y medidas que dejan a cualquiera desconcertado, y que generan confusión y polémica. Ha sido una actitud negligente y arbitraria pero según aquel estas medidas es lo que habría impedido “la inminencia de tener problemas (sociales) serios”, que generan fuertes medidas restrictivas.

Para Donald Trump, en Estados Unidos de Norteamérica, no había de que preocuparse ya que la situación estaba bajo control; Según las consideraciones del mandatario de Bielorrusia, en una pista de hielo estaba la cura de la Covid. Estas expresiones, estas actitudes, estos exhortos tienen en común un carácter gravísimo, criminal, contribuyen a la difusión del virus y con ello de muertes y enfermos, de saturación del servicio

26 “Brasil está en el límite; Bolsonaro lanza amenaza, en medio de investigación por su gestión de la pandemia”, en *El Universal*, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/covid-brasil-esta-en-el-limite-bolsonaro-lanza-amenaza-en-medio-de-investigacion>.

de salud. Así no se puede hacer frente a un control, no se puede evitar la propagación. La desinformación le resta gravedad a la situación, pero la despreocupación ha conducido a las peores consecuencias.

Para López Obrador todo estaba perfectamente controlado, se contaba con todos los instrumentos y equipo médico, con la infraestructura necesaria. Garantizaba, no había de que preocuparse. El resultado es que México es el cuarto país con más muertes, se pelea por el tercero y cuarto lugar. Y Estados Unidos de Norteamérica ha sido el campeón.

Luego tenemos las *fake news* que circulan en las redes sociales. Ellas son también comunicación. No son buenas ni malas. El problema es el uso de la política y de ciertos grupos de intereses criminales, comerciales, etc. Hemos visto circular todo este tiempo, durante la pandemia, una cantidad casi infinita, inagotable de mensajes los cuales han:

-Generado pánico, alarma y angustia entre la población; instaban a que se adquiriera, a consumir algunos productos y medicamentos. Se trataba de información sensacionalista, que producía el desabasto, compras innecesarias y provocaba que las personas quedaran expuestas, pues saturaban los negocios. También se encontraba *el otro extremo*, por ejemplo, sugerían que no existía el virus, que era un invento de los gobiernos, o bien que en lugares cálidos no había riesgo de transmisión. Todo ello ha repercutido en la salud mental y física. Además, ha producido ansiedad entre las personas.

La desinformación, por tanto, ha aumentado el riesgo de contagio, se ha expuesto a las personas con supuestas soluciones médicas (supuestas curas o medicamentos para tratar la enfermedad). Empero, ni siquiera la ciencia tenía una respuesta satisfactoria hasta ahora.

Las noticias han proliferado y, de este modo, han constituido una fuente de ganancias por las visitas en redes sociales, por difusión de la información. Falsa o verdadera ella se deja, permanece porque es rentable.

-En materia política se ha producido una polarización en el debate público. Al no contarse con una información fidedigna, la crítica es manipulada.

En todo caso:

La ausencia de una explicación, unida a la imperiosa necesidad de encontrar una que sea satisfactoria, hacen de las crisis, por tanto, el momento ideal para que proliferen las noticias falsas. Se compite por dar una explicación, por construir el relato que triunfe, elaborar el signo que

· JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS

permita en tender lo sucedido y facilite la vida futura. Es mucho lo que se está jugando aquí: la identificación del culpable y la interpretación que habrá que dar a la realidad en adelante.²⁷

Es por ello que las *fakes news* han sido consideradas como la otra pandemia: la así llamada *infodemia*.²⁸ Por la facilidad y rapidez con la que se propagan, y por el impacto que pueden generar. Incluso todo parece indicar que esta vicisitud del proceso de recepción de información incorrecta tiene igual o, tal vez, mayor gravedad que el propio virus que nos aqueja, ello: “al tener la capacidad de poner en riesgo la salud e integridad de las personas.”²⁹ En todo caso: “la infodemia potencia el impacto de la pandemia.”³⁰

La apelación a la responsabilidad moral, no difundir información sin previa verificación, tener la capacidad de discernir,³¹ cierto que abona pero no las frena; estas siguen multiplicándose. Esto no quiere decir que no se encaminen esfuerzos para la prevención,³² lo que se quiere decir es que esto no ha resultado suficiente, que sigue propagándose de forma, precisamente, viral. Con una gran complejidad para su erradicación. Ciertamente que es peor no hacer nada. Así como es cierto que el problema persiste y se potencializa.

No solamente se ha propagado el virus de la enfermedad sino también el virus de la desinformación y con ello el virus del odio, de la exclusión.

El derecho solamente puede intervenir después, cuando ya se han producido las consecuencias. En este sentido, la prohibición no impide, no asegura que se continúen

27 LOSADA MAESTRE, Roberto. “Las Fake News en la crisis de la Sociedad digital”, en *Más Poder Local*, n. 41, abril 2020, p. 49.

28 “Una infodemia es una sobreabundancia de información, en línea o en otros formatos, e incluye los intentos deliberados por difundir información errónea para socavar la respuesta de salud pública y promover otros intereses de determinados grupos o personas.”, en “Gestión de la infodemia sobre la Covid-19: Promover comportamientos saludables y mitigar los daños derivados de la información incorrecta y falsa”, *Declaración conjunta de la OMS, las Naciones Unidas, el Unicef, el Pnud, la Unesco, Onusida, la UIT, la iniciativa Pulso Mundial de las Naciones Unidas y la Federación Internacional Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, Organización Mundial de la Salud, 23 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/23-09-2020-managing-the-covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>.

29 MENDOZA, Miguel Ángel. “Fake news y sus riesgos en tiempos de covid”, en: <https://www.welivesecurity.com/la-es/2020/07/02/fake-news-riesgos-covid-19/>

30 MENDOZA, Miguel Ángel. *Op cit*.

31 “... actuar de manera responsable consiste en analizar el impacto que podría tener la difusión de la información, dedicar tiempo para conocer el contexto de la nota (fuente, fecha, medio), así como salir de la burbuja y consultar más al respecto antes de compartir.” MENDOZA, Miguel Ángel. *Op cit*.

32 “Dado el impacto y el riesgo de este fenómeno, algunas plataformas sociales, como Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, Twitter, Reddit y YouTube se unieron en el combate de la desinformación y las estafas que giran en torno a la pandemia, cambiando las reglas para censurar como en el caso de Twitter aquellos mensajes que incitaban a las personas a actuar en contra de las recomendaciones oficiales.” *Op cit*.

produciendo, las conductas acontecen para decirlo weberianamente, solo posteriormente viene el derecho. No sabemos incluso si apelar a su prohibición aumentaría el deseo de trasgresión. Es una alternativa, un riesgo que puede tomarse.

Queda la paradoja, porque:

La enfermedad por coronavirus (COVID-19) es la primera pandemia de la historia en la que se emplean a gran escala la tecnología y las redes sociales para ayudar a las personas a mantenerse seguras, informadas, productivas y conectadas. Al mismo tiempo, la tecnología de la que dependemos para mantenernos conectados e informados permite y amplifica una infodemia que sigue minando la respuesta mundial y comprometiendo las medidas para controlar la pandemia.³³

Queda el hecho de que: “cada paso adelante acarrea un aumento de angustia”.³⁴ Otra paradoja: *entre más saber más no saber*.

Nosotros no sabemos si estos valores, si nuestros fundamentos, si nuestra idea de progreso, han llegado a su fin. Podemos decir que ahora podemos ver, con esta pandemia su realidad, su fragilidad, precisamente su incertidumbre. Puede ser que ante esta oscuridad sobrevuele nuevamente el búho de minerva, alce el vuelo en la oscuridad, esto es, que se produzcan por el pensamiento otros valores que sustituyan a estos, que puedan ordenar al mundo. Lo que se puede decir es que ellos han sido valores de su tiempo. Los nuevos fundamentos en realidad pintarían gris sobre gris, como decía Hegel. Porque en esta sociedad estamos *sin destino*, como dice mi querido maestro, Raffaele De Giorgi. Se producirá seguramente la reconciliación, esto es, la continuidad de los valores, en otra forma, presentados en otra semántica, pero seguirán teniendo la misma función, ocultar las observaciones, el rechazo de la complejidad social. A contracorriente, el pensamiento sociológico-sistémico es una alternativa que muestra lo sagrado como variable, no es una irreverencia, sino como decía Luhmann, otra forma de pensar.³⁵

33 “Gestión de la infodemia sobre la Covid-19: promover comportamientos saludables y mitigar los daños derivados de la información incorrecta y falsa”. *Op cit*.

34 Cfr. BURY, John. *La idea de progreso*. Traducción Elías Díaz García, Madrid, Ed. Alianza, 2009, pp. 338-339.

35 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*. Traducción Javier Torres Nafarrate, México, Ed. Universidad Iberoamericana, 2010, p. 64.

· JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS

FUENTES DE INFORMACIÓN

BURY, J. *La idea de progreso*. Traducción Elías Díaz García. Madrid: Ed. Alianza, 2009.

DE GIORGI, R. *Observación sociológica de la filosofía del derecho*. Traducción Javier Espinoza de los Monteros. México: Ed. Derecho Global, 2018.

DE GIORGI, R. *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*. Traducción Javier Espinoza de los Monteros. México: Ed. Fontamara, 2015.

DE GIORGI, R. *Sin destino*, escrito inédito.

EL PAÍS. *Pensadores ante la crisis*. 17 mayo 2021. YouTube: El País. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=C9tw09IzQdM>. Acceso en: 4 ago. 2021.

EL UNIVERSAL. “Brasil está en el límite”; Bolsonaro lanza amenaza, en medio de investigación por su gestión de la pandemia. 14 abr. 2021. El Universal. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/covid-brasil-esta-en-el-limite-bolsonaro-lanza-amenaza-en-medio-de-investigacion>. Acceso en: 4 ago. 2021.

ESTÉVEZABAD, R. F. “¿Pandemia o pandemias?”. *Revista internacional de pensamiento político*, I época, v. 15, p. 167-186, 2020.

FÖGEN, M. T. *La canción de la ley*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ISLAS COLÍN, A. “Derechos humanos en México antes el coronavirus”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, p. 52-61, mayo 2020.

KAUFMANN, A. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Editorial Themis, 2007.

LOSADA MAESTRE, R. “Las Fake News en la crisis de la Sociedad digital”. *Más Poder Local*, n. 41, abr. 2020.

LUHMANN, N. *¿Cómo es posible el orden social?* Traducción Pedro Morandé Court. México: Herder / Universidad Iberoamericana, 2009.

LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, N. *Ilustración sociológica y otros ensayos*. Traducción H. A. Murena. Buenos Aires: Ed. SUR, 1973.

LUHMANN, N. La observación sociológica del derecho. Traducción Héctor Fix-Fierro. *Crítica jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 12, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.

LUHMANN, N.; DE GIORGI, R. *Teoria della società*. Milano: Ed. Franco Angeli, 2008.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Gestión de la infodemia sobre la Covid-19: promover comportamientos saludables y mitigar los daños derivados de la información incorrecta y falsa*. 23 sept. 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/23-09-2020-managing-the-covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>. Acceso en: 4 ago. 2021.

SUPIOT, A. “La pobreza bajo el prisma del derecho”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 20, p. 78-87, jul. 2014.

TRUMP considera que China liberó el coronavirus por error. *Milenio*, Washington, 30 abr. 2020. Disponible en: <https://www.milenio.com/internacional/estados-unidos/donald-trump-cree-china-libero-coronavirus-error>. Acceso en: 4 ago. 2021.

VILLEY, M. *Il diritto e i diritti dell'uomo*. Traducción Liliana Botero. Siena: Edizioni Cantagalli, 2009.

WACQUANT, L. La penalización de la miseria. De la importación de políticas de seguridad. *A renglón seguido*, mayo/ago. 2002.

WELIVESECURITY. *Fake news y sus riesgos en tiempos de Covid-19*. 2 jul. 2020. <https://www.welivesecurity.com/la-es/2020/07/02/fake-news-riesgos-covid-19/>. Acceso en: 4 ago. 2021.

ŽIŽEK, S. *Pandemia. La Covid-19 estremece al mundo*. Traducción Damia Alou. Barcelona: Ed. Anagrama, 2020.

DERECHO, DESARROLLO Y CIENCIA MODERNA: RELACIONES ANTAGÓNICAS

Armando Guevara Gil*

RECEBIDO EM:	13.5.2021
APROVADO EM:	12.8.2021

* Doctor en Derecho (Universidad de Ámsterdam), Magíster en Antropología Cultural (Universidad de Wisconsin-Madison) y Licenciado en Derecho (PUCP, Lima). Se desempeña como director de Investigación en la Universidad para el Desarrollo Andino (UDEA) y profesor de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Es Affiliate Researcher del Instituto Max Planck de Historia y Teoría del Derecho de Frankfurt (2021-2023). Email: jguevara@udea.edu.pe

• ARMANDO GUEVARA GIL

- **RESUMEN:** En la imaginación moderna, el Derecho y la ciencia operan sinérgicamente al servicio del desarrollo. Sin embargo, ambas disciplinas mantienen relaciones antagónicas porque trabajan con métodos, regímenes de verdad y formas de representación de la realidad divergentes. Inclusive, gracias a la propiedad performativa del lenguaje, en el mundo del Derecho la verdad legal puede acabar derrotando a la verdad científica. El resultado es una tensión epistemológica que dificulta el diálogo interdisciplinario e impacta negativamente en la cooperación interdisciplinaria en aras del desarrollo. Además, el Derecho estatal compite con otros ordenamientos normativos vigentes en los espacios sociales sometidos a intervenciones desarrollistas. Las limitaciones que exhiben tanto la ciencia como el Derecho modernos para comprender y cambiar mundos tan complejos exigen el desarrollo de nuevos sistemas de conocimiento.
- **PALABRAS CLAVES:** Derecho; ciencia moderna; desarrollo.

LAW, DEVELOPMENT AND MODERN SCIENCE: CONFLICTING RELATIONS

- **SUMMARY:** In the modern imagination, law and science work together to achieve development. However, both disciplines maintain antagonistic relations because they work with divergent methods, regimes of truth, and ways of representing reality. Indeed, thanks to the performative property of language, a legal truth can end up defeating scientific truth in the world of law. The result is an epistemological tension that hinders interdisciplinary dialogue and cooperation for the sake of development. Moreover, state law competes with other normative systems enforced in social spaces subject to developmental interventions. The limitations of modern science and modern law in understanding and changing such complex worlds require new knowledge systems.
- **KEYWORDS:** Law; modern science; development.

DIREITO, DESENVOLVIMENTO E CIÊNCIA MODERNA: RELAÇÕES CONFLITUOSAS

- **RESUMO:** Na imaginação moderna, o direito e a ciência operam sinergicamente a serviço do desenvolvimento. No entanto, ambas as disciplinas mantêm relações antagônicas porque trabalham com métodos, regimes de verdade e formas de representação da realidade divergentes. Inclusive, graças à propriedade performativa da linguagem, no mundo do Direito, a verdade jurídica pode acabar derrotando a verdade científica. O resultado é uma tensão epistemológica que dificulta o diálogo interdisciplinar e impacta negativamente a cooperação em prol do desenvolvimento. Além disso, o Direito estatual concorre com outras ordens normativas em vigor nos espaços sociais sujeitos a intervenções desenvolvimentistas. As limitações apresentadas pela ciência e pelo Direito modernos para compreender e mudar esses mundos complexos requerem o desenvolvimento de novos sistemas de conhecimento.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito; ciência moderna; desenvolvimento.

1. Introducción

Este artículo versa sobre las tensas relaciones entre Derecho, ciencia moderna y desarrollo. Puntualmente, ¿es posible establecer un diálogo fluido y fructífero entre científicos y juristas en pos del desarrollo? Sí lo es, siempre y cuando los interlocutores comprendan que operan con lenguajes especializados y bajo diferentes regímenes de verdad y representación de sus objetos de estudio y regulación. Hacerlos mutuamente inteligibles implica un constante ejercicio de reflexión disciplinaria, traducción e intelección interdisciplinaria. Algunos ejemplos provenientes de la legislación y jurisprudencia peruanas servirán para ilustrar que se trata de una tarea necesaria pero postergada, precisamente, por la falta de diálogo interdisciplinario.

El trabajo se compone de cuatro secciones y una conclusión. En la primera se presenta un somero estado de la cuestión que resalta la existencia de un punto ciego en los estudios especializados; en la segunda, se ofrecen apuntes sobre el cientificismo que caracteriza al discurso internacional sobre el desarrollismo y la infravaloración u

omisión de la dimensión normativa en los proyectos de cambio social inducido. En la tercera sección se muestran ejemplos que grafican la diferencia entre verdad legal y verdad científica como expresión de los desencuentros entre Derecho y ciencia moderna. En la cuarta se describen las operaciones que realiza el Derecho para concebir la realidad que regula y se resalta que la vigencia y performatividad diferenciada de regímenes normativos en un determinado espacio social complejizan aún más el diálogo entre Derecho(s) y ciencia moderna. En las conclusiones se llama la atención sobre la necesidad de reflexionar integral e interdisciplinariamente para que ambos campos del saber confluyan en aras del desarrollo.

2. Estado de la cuestión

La revisión de la literatura especializada revela un punto ciego en los estudios que se dedican a las relaciones entre Derecho, ciencia moderna y desarrollo. Se trata de las dificultades que sus diferentes regímenes de verdad y representación de la realidad social producen al momento de ensayar el diálogo interdisciplinario.

Por ejemplo, tanto el análisis como la crítica retrospectiva al movimiento del Derecho y Desarrollo (D&D), iniciado en los años 1960, han revelado las inconsistencias y limitaciones de los intentos de usar el Derecho para inducir cambios sociales considerados necesarios por los agentes desarrollistas (e.g., reforma agraria, reforma judicial, reforma de la administración de justicia). Autores como Merryman (1977, 2000, 2000a), Tamanaha (1995, 2011), Trubek y Galanter (1974) y Trubek (2016), la mayoría de los cuales protagonizó los proyectos norteamericanos destinados a convertir al Derecho latinoamericano en un instrumento de transformación de las injustas estructuras sociales que caracterizan al continente, son muy sagaces en sus (auto) críticas. Sin embargo, no se ocupan del impacto de la falta de diálogo entre ciencia y Derecho en los proyectos de desarrollo. Los estudios críticos dedicados a la segunda gran ola del D&D de los años 1990-2000, que poseía una orientación más economicista y neoliberal, comparten esta omisión (SZWENDO; PELTZ-STEEL; TAMADA, 2019; TRUBEK; SANTOS, 2006).

Una crítica más penetrante, gracias a su aguda mirada antropológica, la ofrecen Benda-Beckmann (2014[1989]), Griffiths (2014), Tamanaha (2011a), Viola (2000), Weilenmann (2009, 2015) y Zips y Weilenmann (2011). Sus estudios de caso y conclusiones grafican los efectos contradictorios, y muchas veces inversos, de los proyectos

desarrollistas que pretenden cambiar los ordenamientos normativos nacionales y locales a imagen y semejanza de los países exportadores de legalidad (e.g., programas de *Rule of Law*). Esta valiosa literatura, sin embargo, que enfatiza la pluralidad legal vigente en los campos de intervención exógena, tampoco ha detectado el problema anotado.

Por otro lado, los estudios de ciencia y tecnología (Science and Technology Studies, STS), representados por los aportes de Bruno Latour (1999; 2010), son muy importantes para comprender la construcción social de disciplinas como la ciencia moderna y el Derecho, pero no inciden en los problemas de comunicación entre ambos campos del saber.

Para el caso del Perú, los estudios de D&D avanzaron significativamente en los años 1970-1980 merced a las notables contribuciones de Pásara (1978, 1988) y Zolezzi (1978), pero su mirada crítica al desarrollismo legal no fue retomada por otros investigadores. Ambos también han reflexionado sobre los proyectos de reforma de la educación legal del tercio final del siglo XX (PÁSARA, 2019; ZOLEZZI, 2019) y sobre los contumaces intentos de reforma de la administración de justicia (PÁSARA, 2019; ZOLEZZI 2012), pero la observación que da pie a este artículo subsiste.

3. Cientificismo, desarrollismo e infravaloración del Derecho

Aunque sea el menos valorado al momento de diseñar y ejecutar los ubicuos proyectos que procuran inducir el cambio social, es importante prestar atención al vértice normativo del triángulo ciencia moderna-desarrollo-Derecho. Su infravaloración se origina en el sesgo cientificista y tecnológico del desarrollismo, en el privilegio epistemológico asignado a la ciencia moderna, y en la fe y entusiasmo que los extraordinarios avances tecno-científicos despiertan en el mundo (e.g., la lejana Revolución Verde, la era digital o la biotecnología).

La supremacía tecno-científica también se nutre de las premisas y promesas fundacionales de la era del desarrollo inaugurada después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Aquí bastará con citar lo que es considerada como la partida de nacimiento del actual credo sobre el progreso ilimitado basado “en la aplicación más extensa y más vigorosa del conocimiento técnico y la ciencia moderna”. Se trata del famoso Point Four of the State of the Union Address del presidente norteamericano Harry S. Truman. Pronunciado el 20 de enero de 1949, hasta ahora resuena en la retórica y el optimismo del *establishment* desarrollista mundial:

• ARMANDO GUEVARA GIL

Más de la mitad de la población mundial está viviendo en condiciones próximas a la miseria. [...] Su vida económica es primitiva y miserable. Su pobreza es un handicap y una amenaza, tanto para ellos como para las regiones más prósperas. Por primera vez en la historia, la humanidad posee el conocimiento y la técnica para aliviar el sufrimiento de esas poblaciones. Estados Unidos ocupa un lugar preeminente entre las naciones en cuanto al desarrollo de las técnicas industriales y científicas. Los recursos materiales que podemos permitirnos utilizar para asistir a otros países son limitados. Pero nuestros recursos en conocimiento técnico –que, físicamente, no pesan nada– no dejan de crecer y son inagotables. Yo creo que debemos poner a la disposición de los pueblos pacíficos los beneficios de nuestra acumulación de conocimiento técnico con el propósito de ayudarles a satisfacer sus aspiraciones [...] Una mayor producción es la clave para la prosperidad y la paz. Y la clave para una mayor producción es una aplicación más extensa y más vigorosa del conocimiento técnico y de la ciencia moderna (VIOLA RECASENS, 2000, p. 14).

En este tipo de discursos, en los que la ciencia moderna y las aplicaciones tecnológicas son el eje de la esperanza y la promesa del desarrollo, la regulación de la vida social desaparece del campo analítico y político. Sin embargo, el análisis de los resultados de las intervenciones desarrollistas revela que los condicionamientos normativos y valorativos son tan determinantes para el éxito o fracaso de un proyecto como un adecuado diagnóstico científico o una buena receta tecnológica. Así lo demuestran los trabajos referidos en la sección anterior.

Es el caso de los Pagos por Servicios Ambientales (PSA), un tipo de proyecto de desarrollo que procura generar y estabilizar un nuevo escenario socio-ambiental luego de haber transformado las relaciones ecológicas, sociales, económicas, políticas y culturales existentes en un contexto determinado. Si se trata de servicios hídricos se aseguran las fuentes de agua, se procede a reforestar y se restringe la demanda hídrica en la cuenca alta para beneficiar a los usuarios de la cuenca baja a cambio de una contraprestación, generalmente económica. Más allá de los modelamientos hidráulicos, este esquema no prosperará si no atiende debidamente las dinámicas económicas, sociales y normativas que ha alterado (y usualmente ignorado). Lo único que producirá es que tarde o temprano emergerán conflictos entre la cuenca alta y baja.

El punto es que los planificadores del desarrollo son, por lo general, tributarios de un cientificismo que se concentra en soluciones tecnológicas en desmedro de una visión de conjunto de los problemas que pretenden remediar. Así ocurrió, por ejemplo, en los proyectos de introducción de la trucha en el lago Titicaca. Iniciados en los

años 1930, produjeron una catástrofe ecológica, al errar en la especie seleccionada, y una grave disrupción de los derechos consuetudinarios que las comunidades indígenas ejercían sobre los recursos del lago (GUEVARA GIL, 2009).

Esta infravaloración o ignorancia de la regulación social vigente en los campos sociales intervenidos por los agentes desarrollistas se debe a que para ellos el Derecho es una disciplina epistemológicamente inferior y socialmente problemática. En esta vena, Hernando de Soto cita un estudio de S. Datta y J. Nugent que señala que entre 1960 y 1980, por cada punto porcentual que aumentaba el número de abogados en la fuerza laboral, el crecimiento económico se reducía entre 4.76 y 3.68%. La lección: “el crecimiento económico [léase, el desarrollo] está en relación inversa a la prudencia de los abogados” (DE SOTO, 2001, p. 210). Ojalá el problema fuera tan simple de resolver. Pero, como bien sabemos, tanto el Derecho como la ciencia moderna son dominios indispensables del saber-hacer en las sociedades contemporáneas. Lo que se requiere, más bien, es explorar sus problemáticas interrelaciones.

El Derecho debe ser, sin lugar a dudas, una de las disciplinas más incomprensibles, incongruentes y frustrantes para el científico o tecnólogo moderno. Cabe aclarar que la referencia remite a quienes cultivan un *sentido común vulgar*¹ y hasta naíf sobre las bondades, atributos y poderes quasi-mágicos de la ciencia moderna (i.e., precisión, determinismo, predictibilidad, infalibilidad, separación sujeto-objeto). Esta perspectiva científicista asume que los únicos conocimientos válidos son los que ofrece la ciencia positiva. Por eso afirma que su método es excluyente y sus resultados epistemológicamente superiores. Cabe advertir que las limitaciones y falencias de esa imagen tan ingenua y auto-congratulatoria de la ciencia han sido denunciadas hace décadas por científicos y pensadores de primer nivel que enfatizan el carácter probabilístico e indeterminado de la verdad y el método científico (LATOURET, 1999). La física cuántica, la teoría del caos y la teoría de los sistemas complejos surgieron, precisamente, cuestionando las premisas de la ciencia moderna.

El problema es que académica y socialmente se siguen empleando concepciones muy tradicionales sobre las características de la ciencia y el Derecho. Eso repercute hasta en las percepciones que científicos y juristas tienen uno del otro. Estas se alimentan, a riesgo de caricaturizar, de la incomprensión, la desconfianza o hasta la burla.

1 Se emplea el término *sentido común* tal como lo definió Clifford Geertz (1983): un sistema de pensamiento y creencias compacto y coherente, con sus propias reglas de evidencia y veracidad.

· ARMANDO GUEVARA GIL

Mientras para los científicos los juristas están más cerca del sofisma que de la verdad, para los juristas los científicos elaboran teorías ininteligibles y experimentos alquímicos. Ambos grupos emplean lenguajes especializados que cultivan con celo y esmero porque les sirven para diferenciarse de otros campos del saber y para representar la realidad en función de sus particulares regímenes de verdad.

4. Entre la verdad legal y la verdad científica

Desde el punto de vista científico, ¿cómo comprender o tomar en serio a una disciplina que es capaz de llegar a la convicción y consagrar normativamente que “La conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario”, tal como reza un código legal peruano?² ¿Y qué decir cuando los juristas que cultivan el Derecho Civil clasifican al agua como un bien inmueble y los que cultivan el Derecho Penal como un bien mueble, aun dentro del mismo *sistema jurídico*, en este caso el peruano?

Así, recordemos que el Código Civil peruano de 1984 (CC, 1984) dividió a los bienes en muebles e inmuebles (o raíces, que no se pueden desplazar; artículos 885 y 886). Las consecuencias jurídicas y económicas de esta clasificación son enormes. Los inmuebles son los únicos que se pueden hipotecar y merecen una tutela legal más amplia que los muebles porque hasta ahora se considera que son los que acumulan más valor. Es más, en la clasificación original planteada en 1984 no solo el agua, sino también los buques, los aviones y hasta los ferrocarriles fueron definidos legalmente como inmuebles. La ley 28677 de 2006 redefinió a estos vehículos como muebles, pero mantuvo al agua en la categoría de inmueble.

Por su parte, al tratar el delito de hurto (apoderarse ilegítimamente de un bien mueble), el Código Penal peruano de 1991 (CP, 1991) señala que “se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electro-magnético” (artículo 185). Se observa que la categoría de bien mueble (objeto físico desplazable) cubre una gama amplísima de

2 Artículo 283 del Código Procesal Civil del Perú (CPC, 1993). Ejemplos de tres verdades legales que no admiten prueba en contrario: una, que todos los ciudadanos de un país conocen las leyes vigentes y no pueden alegar su ignorancia para justificar su incumplimiento; dos, que los títulos inscritos en los registros públicos de propiedad producen fe plena y nadie puede invocar su desconocimiento; tres, el viejo y otrora incontrovertible aforismo romano, *mater semper certa est*, incluido en algunos Códigos Civiles, aunque ahora da pie a dramáticas disputas sobre la maternidad (genética, biológica, intencional).

objetos o energía que, adicionalmente, en la clasificación del Derecho Civil incluye las acciones, los derechos de autor y los títulos valores (cheques, letras de cambio).

Resulta claro que las clasificaciones legales indicadas violan elementales leyes de la física, se oponen a la naturaleza o realidad de los hechos o fenómenos y, por supuesto, del sentido común. ¿Son la energía eléctrica o el gas asimilables a un documento, una silla o un escritorio? ¿O lo es el agua a una casa? Aun aplicando criterios correspondientes al estudio de las clasificaciones politéticas (e.g., parecidos de familia)³ para comprender las sistematizaciones elaboradas por el legislador peruano, estas no salen bien libradas del análisis lógico y de la contrastación con la realidad.

El lenguaje jurídico es ciertamente dúctil, pero no debería ser sometido a tanta tensión, so riesgo de convertirse en un amasijo conceptual extravagante. Además, existen alternativas clasificatorias más lógicas y consistentes (e.g., bienes registrables / no registrables o bienes registrados / no registrados). ¿Estamos acaso ante el reino de la arbitrariedad conceptual y normativa que ha sido capaz de burlarse de los avances del pensamiento moderno que privilegia la razón iluminada? ¿O es que la Ilustración y hasta el Renacimiento han sido derrotados por hordas irracionales que se han apoderado de los medios de (re)producción del Derecho peruano?

Por supuesto que no. Lo que ocurre es que el Derecho posee su propia metodología y opera bajo sus propios criterios de rigor lógico y verdad. Debido a una ansiedad típicamente moderna, hace décadas algunos juristas rebautizaron al Derecho como “Ciencias Jurídicas” (LATOIR, 2010). Pero no tiene sentido asemejar el Derecho a la ciencia moderna. Además, con la apertura y el pluralismo epistemológico y metodológico que el postmodernismo dice cultivar, semejante pretensión debería desvanecerse.

Aun así, parece que el Derecho no puede desprenderse de cierta desazón sobre su naturaleza. Esto se debe a que hasta en el propio vocablo se confunden tres significados analíticamente diferenciables: el Derecho como sistema normativo de la vida social, el Derecho como disciplina de estudio y el derecho como potestad o facultad subjetiva de las personas⁴. Bajo su primera acepción, se insiste en imaginarlo y enseñarlo como un sistema cognitivo y normativo auto-regulado y auto-generativo que recurre a la

3 A diferencia de las clasificaciones monotéticas que agrupan a los objetos incluidos en un conjunto en función de un solo denominador común, las politéticas aplican varios criterios en forma asociativa y no lineal (NEEDHAM, 1975).

4 En otras lenguas también se producen sinonimias semejantes. Así sucede en inglés (Law/law/right), francés (Droit/Droit o loi/droit) e italiano (Diritto/Diritto/diritto).

interpretación (qué significa una norma), a la integración normativa (ante una laguna o vacío legal) y a la determinación precisa del tiempo y el espacio en los que opera (aplicación de la ley) para mantenerse en equilibrio⁵. Si bien como disciplina de estudio se le puede discernir un carácter sistemático, el Derecho como *corpus* normativo no posee las propiedades de un sistema. Estas le son atribuidas *ex post facto* por el jurista o abogado que lo estudia o aplica. Es decir, el que le da sistematicidad al Derecho es, en última instancia, el intérprete a través del razonamiento jurídico.

¿Es posible refundar la dogmática jurídica y el (pseudo)sistema normativo que sustenta bajo los criterios y métodos propios de la ciencia moderna? Dicho de otro modo, ¿es reductible el Derecho a la ciencia?

Al respecto, Bruno Latour ofrece una convincente argumentación sobre las razones de la vigencia y trascendencia del pensamiento jurídico y el Derecho en las sociedades contemporáneas. A diferencia de los regímenes de enunciación de la Política y la Religión, Latour encuentra que el Derecho no ha asumido la “ideología de la ciencia” ni se lamenta o arrepiente “por no ser suficientemente científico”. Es más,

La gran ventaja del Derecho –converse cinco minutos con un abogado o jurista y comprenderá lo que digo—es que no tienen ninguna duda de (a) que su manera de argumentar es incuestionablemente propia; (b) que existe una clara distinción, al interior de esta manera de argumentar, entre lo que es verdadero y lo que es falso (las condiciones de felicidad e infelicidad se reconocen claramente, aunque sea muy difícil ponerlas por escrito); y (c) que esa diferencia entre verdadero y falso es muy diferente a lo que se tiene por verdadero y falso en el mundo de la ciencia. En otras palabras, solo el Derecho ha mantenido, durante el paréntesis modernista, una robusta certeza en la validez de sus propias condiciones de felicidad, independientemente de lo que le ha sucedido a la ciencia (aunque se hayan producido muchos intentos, y sucesivos fracasos, de fundar “la ciencia del Derecho”) (LATOUR, 2010, pp. ix-x; nuestra traducción).⁶

5 No es casual que el texto más famoso y utilizado en las escuelas de Derecho del Perú sea *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* del profesor Marcial Rubio Correa (2009). Al 2019 iba por su undécima edición. Como explica el autor, los métodos de interpretación más emblemáticos son el literal, la *ratio legis*, el sistemático, el histórico y el sociológico. La integración jurídica ante un vacío legal se elabora, sobre todo, aplicando un razonamiento analógico que usa criterios como “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”, “si puede hacer A con mayor razón puede hacer B”, “quien puede lo más puede lo menos” y “quien no puede lo menos no puede lo más”. La correcta aplicación de la ley en el tiempo (retroactividad, ultra-actividad) y el espacio (límites físicos) son capitales para garantizar el correcto funcionamiento del *sistema legal* e imaginarlo plenamente lógico y coherente (RUBIO, 2009, pp. 217 *et seq.*).

6 Las condiciones de felicidad son aquellas “que deben ser satisfechas para que un acto de lenguaje adquiera significado”, es decir, son las intenciones, condiciones y contextos que permiten que un acto de habla (*speech act*) adquiera sentido y, cuando es performativo, produzca un efecto (e.g., una declaración de guerra o una sentencia judicial).

Lo que hace diferente al Derecho de la ciencia no es que su rigor, método o criterio de verdad sea *infra-científico* o se encuentre *subdesarrollado*. El Derecho genera sus propios regímenes de enunciación y verdad distintos a los científicos. Es más, Foucault precisa que estos regímenes son anteriores a los elaborados por la ciencia de la Era Moderna (incluidas las llamadas Ciencias Sociales, por supuesto). En su fascinante estudio sobre las formas de búsqueda de la verdad en el Derecho, Foucault identifica dos grandes polos, a saber, la prueba, competencia u ordalía y la indagación (*inquisitio*).

Trataré de demostrar cómo ciertas formas de verdad pueden ser definidas a partir de la práctica penal. Porque lo que llamamos *indagación (enquête)* –indagación tal como es y la practicaban los filósofos del siglo XV al XVIII, y los científicos, fuesen geógrafos, botánicos, zoólogos, economistas– es una forma muy característica de la verdad en nuestras sociedades. Ahora bien, ¿dónde encontramos el origen de la indagación? En una práctica política y administrativa [medieval y eclesiástica], aunque la hallamos también en la práctica judicial. La indagación apareció en la Edad Media como forma de investigación de la verdad en el seno del orden jurídico. Fue para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento, que Occidente elaboró las complejas técnicas de indagación que casi en seguida pudieron ser empleadas en el orden científico y en la reflexión filosófica (FOUCAULT, 2017, p. 17-18).

Pese a esta matriz indagatoria común, ciencia y Derecho operan en registros epistemológicos diferenciados. Por eso, es ingenua la pretensión de transformar al Derecho en ciencia y errada la creencia de que el Derecho debería nutrirse directa y mecánicamente de los avances científicos para mejorar la regulación de la vida social. Lo que sucederá es que el Derecho los procesará y a su modo, bajo su peculiar lógica y valoración. Ergo, el Derecho no es reductible a la ciencia.

Por ejemplo, el ordenamiento jurídico peruano proscribía la prueba legal o tasada, por más científica que sea. No acepta que el valor de una prueba esté predeterminado por la ley y obligue taxativamente al juez. Por eso exige al juzgador que aplique la *sana crítica*

Latour extiende su definición de condiciones de felicidad “a los regímenes de articulación como la ciencia, tecnología y política”. A su vez, “la articulación no es una propiedad del lenguaje humano, sino una propiedad ontológica del universo. La cuestión deja de ser si un enunciado se refiere a un estado de cosas y pasa a ser si las proposiciones están bien articuladas o no”. Para cerrar el círculo, Latour explicita su definición de proposición: “No uso este término en el sentido epistemológico de si una afirmación debe ser juzgada como verdadera o falsa (para lo cual reservo el término *enunciado*), sino en el sentido ontológico de lo que un actor ofrece a otros actores” (1999, pp. 305, 303, 309; nuestra traducción).

y aprecie en conjunto todas las pruebas ofrecidas en un juicio para determinar la verdad material y tomar una decisión que consagrará una verdad legal.

Una reciente Sentencia Plenaria Casatoria de la Corte Suprema del Perú sobre el examen de ADN en el ámbito procesal penal ilustra esta exigencia que, a su vez, expresa la tensión entre ciencia y Derecho (CSJ, 2018). La sentencia se ampara en la curiosa formulación del Código Procesal Penal: “la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos” (Código Procesal Penal 2004, artículo 393.2). Obsérvese que *las máximas de la experiencia*, un concepto indefinible y amorfo, se halla mediando los principios de la lógica y los conocimientos científicos. Por eso es que

El examen de ADN es solo uno de los medios de prueba que el juez tendrá en el caudal probatorio, y cuya valoración deberá primero abordar individualmente. Dicha valoración se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, lo que significa que *incluso en el caso del análisis del ADN, el juez no puede aceptar acríticamente los resultados del examen realizado*, sino tomará en consideración la validez del examen realizado, y las observaciones o limitaciones evidenciadas en la ratificación del informe pericial. *Por el criterio probatorio de la sana crítica, el juez mantiene la facultad discrecional de validar los medios de prueba*. El único límite [...] es la fundamentación racional de la valoración que haga (CSJ, 2018, punto 35; itálicas añadidas).

Luego de haber valorado cada uno de los medios de prueba, el juez debe apreciarlos en conjunto. Lo interesante aquí es que “esta regla no excluye el caso de la valoración de los exámenes de ADN, como medio de prueba único –o como impropiamente se le denomina ‘pleno’ o ‘absoluto’. Incluso en los casos aparentemente más evidentes, el examen de ADN debe ser corroborado con otros medios de prueba, para probar el objeto del proceso”. Los jueces supremos peruanos enfatizan que “es aquí donde *los medios de prueba científicos, como el análisis de ADN, se relativizan en su valor probatorio desde el punto de vista jurídico*” (CSJ 2018, punto 37; itálicas añadidas).

Para ellos, más allá de la verdad científica está la verdad judicial o, mejor dicho, la verdad científica se debe apreciar judicialmente. Frente al imaginable estupor del científico, reivindican una metodología probatoria que se sustenta en las reglas de *la sana crítica*, otro concepto gaseoso, y que coloca a la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia en un mismo plano epistemológico. Estas “máximas” son “generalizaciones empíricas y culturales” que el juez utiliza “como criterios de inferencia [...] en tanto

miembro de la comunidad”⁷. He aquí la válvula de escape a los rigores de la inferencia lógica, la evidencia y las reglas del método científico. Así se desarrolla un razonamiento judicial más abierto y, cuando el juez fundamenta su decisión, hasta se aparta de las pruebas plenas y la verdad científica para establecer una verdad legal⁸.

Si a los estudiantes de Derecho se les enseña desde el primer ciclo a distinguir entre la verdad legal y la verdad real, este ejemplo muestra que hay que diferenciar entre la verdad científica y la verdad legal. De ahí que un sistema legal pueda decretar, sin ningún inconveniente, que “la conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario” (Código Procesal Civil del Perú, artículo 283) o definir a un mismo bien como mueble o inmueble más allá de la física o de la conciencia social vigente en un determinado momento (Código Civil del Perú, artículos 885, 886).

Aunque se supone que en el mundo moderno la ciencia y el Derecho son disciplinas autónomas que operan bajo el criterio de la división del trabajo con el fin de producir un estado de euforia o bienestar social, su interacción se caracteriza más bien por la fricción y el conflicto. Mientras idealmente la ciencia produce conocimiento y soluciona problemas a través de su aplicación tecnológica, el Derecho se encarga de diseñar el marco normativo de la vida social y aplicar sanciones positivas o negativas para fomentar su integración o evitar su descomposición (disforia). En la práctica social, sin embargo, su funcionalidad, complementariedad y articulación son particularmente complejas y hasta enigmáticas porque, como los ejemplos revelan, el Derecho tiene su propio régimen de verdad que puede llegar a derrotar a la verdad científica.

5. Derecho, representación y performatividad

Este tipo de desencuentros sobre verdad, método y representación de la realidad social enturbian el diálogo entre Derecho y ciencia moderna. Y ello no pasaría de ser una

⁷ CSJ, 2018, punto 36. La definición de “máximas de la experiencia” es tomada del tratadista Fausto Giunta.

⁸ El caso del famoso futbolista norteamericano O.J. Simpson también ilustra las divergencias en los campos de la actividad probatoria y los tipos de verdad consagradas, inclusive al interior del mismo sistema legal, el norteamericano. En 1994 Simpson fue acusado ante una corte penal de asesinar a su ex cónyuge Nicole Brown y al señor Ronald Goldman (en un *criminal trial*). En 1995 fue absuelto de ambos cargos (*not guilty of two counts of murder*). Sin embargo, en 1997 fue encontrado responsable de ambas muertes por una corte civil y se le ordenó pagar una indemnización a los herederos de las víctimas (en un *wrongful death civil trial*). Lo saltante es que en ambos procesos se juzgaron los mismos hechos y se apreciaron las mismas evidencias forenses (i.e, científicas). Aun así, los resultados fueron diferentes (COLOMA, 2009).

simple disputa epistemológica entre disciplinas sino fuera por un hecho muy simple, sobre todo cuando se trata de articularlos en pos del desarrollo. El Derecho, para bien o para mal, tiene un papel trascendental en las sociedades modernas porque posee dos atributos que no todas las otras disciplinas ostentan: representa normativamente la realidad y emplea un lenguaje performativo que produce consecuencias pragmáticas.

Sobre la representación normativa de la realidad social, Santos (1987) ha sugerido, expandiendo la metáfora del antropólogo Clifford Geertz (1983), que el Derecho es más que un discurso coercitivo o un orden normativo. Es, sobre todo, un modo de imaginársela como un *nomos*, como un universo de sentido que estructura y regula nuestras relaciones sociales (COVER, 1983-1984).

Ahora bien, cuando comprobamos, sociológica y antropológicamente, que las sociedades son imaginadas y reguladas por diferentes ordenamientos normativos simultánea y competitivamente, las relaciones antagónicas entre ciencia y Derecho se complejizan aún más. El supuesto monopolio del Estado sobre la producción e imposición de un solo Derecho sobre toda una sociedad es tan solo una ilusión propia de la modernidad y de sus estándares geopolíticos, a saber, los Estados-Nación.

¿Cómo aproximarse a este “mundo legal policéntrico”?⁹ Santos propone ir más allá de la “preocupación exclusiva en el contenido normativo del Derecho”, sin duda su piedra angular, con el fin de comprender los fundamentos epistemológicos del fenómeno llamado Derecho. Para ello apela al uso metafórico de la cartografía porque “el Derecho es un mapa; el escrito es un mapa cartográfico; el consuetudinario es un mapa mental” (SANTOS, 1987, p. 281)¹⁰.

La importancia de “una cartografía simbólica del Derecho” radica en que grafica mejor las relaciones entre la ley y la sociedad al reemplazar al “paradigma elemental de correspondencia/no correspondencia por el más complejo de escala/proyección/simbolización” (SANTOS, 1987, p. 286, 283; ver GUEVARA GIL; THOME, 2009)¹¹.

9 La propuesta de Santos y otros teóricos de la pluralidad legal es explicada al detalle en Guevara Gil y Thome (2009, pp. 29-59). Ver, también, Benda-Beckmann (2014) y Griffiths (2014).

10 La propuesta cartográfica de Santos desató diversas críticas. Por ejemplo, los Benda-Beckmann sostienen que la metáfora es interesante, pero conduce a una correspondencia mecánica entre el espacio físico y el legal que distorsiona significativamente la imagen del Derecho (1991, p. 119-139). Por su parte, Woodman opina que se trata de una tarea imposible porque el Derecho no es constante ni uniforme y no se presta a la representación cartográfica. En cambio, Bavinck cree que sí es posible ensayarla a partir de la identificación de los ordenamientos normativos predominantes en determinados territorios (BAVINCK; WOODMAN, 2009).

11 La escala es la proporción que se emplea en un mapa para representar el espacio. Por ejemplo, el mapa legal del Estado-Nación aplica una escala diferente a la que usan los ordenamientos locales o internacionales, por lo que en cada uno los sujetos de observación y regulación son diferentes (e.g., reducción de diversidad de identidades originarias a

Esta es una observación medular que debería presidir todas las intervenciones desarrollistas que pretenden inducir el cambio social en cualquier paisaje humano. Así, las recetas tecno-científicas que no tomen en cuenta las diversas formas de regulación social vigentes o que asuma que el Derecho estatal rige monopólicamente está destinada al fracaso. Nos referimos, por ejemplo, a los planificadores del desarrollo que basan sus proyectos en los dictados de la ley oficial sin tomar en cuenta la vitalidad de los derechos consuetudinarios de agua, los derechos de propiedad y uso locales, o los derechos patriarcales en la organización familiar.

Lo que debe quedar claro es que la representación que el Derecho o, mejor dicho, los Derechos, hacen de la realidad social no es caótica ni conduce a la falsedad. Verdad y realidad no son sinónimos, algo que asumen a la ligera tanto los estudios centrados en la correspondencia/no correspondencia del Derecho y la sociedad, como los que no reconocen que el Derecho y la ciencia operan bajo diferentes regímenes de verdad.

Por eso, para comprender su importancia en la configuración de la vida social, es necesario reconocer el carácter performativo del lenguaje jurídico. Las legalidades no solo son formas institucionalizadas de control social. También son teorías sociales constituidas cultural e históricamente que crean modos de hablar, sentir y pensar que se acrisolan en formas implícitas de conocimiento que naturalizan la arbitrariedad de la vida social (COVER, 1983-1984; MERRY, 1988, p. 890, O'CONNOR, 1981). De ahí que operen como grandes máquinas de prestidigitación que consagran un *sentido común* generalizado que legitima el orden establecido (GEERTZ, 1983). El resultado es que también en el campo de la hegemonía cultural el Derecho compite con las visiones tecno-científicas derivadas de la modernidad. Un par de ejemplos distantes, y tal vez por eso más ilustrativos, graficarán la propiedad performativa del Derecho y los resultados pragmáticos que produce.

El primero es el de las *gracias al sacar*. Se trata de un mecanismo legal promulgado por la corona española en 1795 para que las llamadas *razas despreciables* pudiesen comprar el título de *don* y acceder a los cargos públicos que hasta ese momento eran privilegio de los blancos. En las Indias, estas *gracias* fueron tramitadas por las ascendentes

la categoría cosmopolita de indígena). La simbolización es la forma en que se describe la realidad social. En algunos sistemas se la representa de manera abstracta y formal (e.g., derecho de los contratos o propiedad), mientras que en otros las relaciones socio-legales se describen empotradas en los contextos sociales en los que se producen. Por último, la proyección es el modo en que se organiza el espacio legal, sea para diluir la diferencia entre hechos y Derecho o sea para presentarlo como un sistema autónomo.

elites económicas y sociales ávidas de limpiar su sangre de rastros moriscos, indígenas, mestizos o negros, o empeñadas en restaurar el honor manchado por alguna huella de ilegitimidad (e.g., ser hijo extra-matrimonial o descender de una *mujer de mala fama*). Su obtención producía una alquimia legal asombrosa: los descendientes de esas *razas despreciables* se transformaban en *blancos* respetables por obra y gracia de una Real Cédula y de unos cuantos miles de pesos para la Hacienda Real. El segundo ejemplo es el de la *composición de títulos* en el Derecho colonial. Este fue un procedimiento ideado por la corona española para convertir una situación de hecho, inclusive ilegal, en una de derecho a cambio de un pago destinado a financiar las guerras imperiales de Felipe II y sus sucesores. La composición de tierras legitimó las usurpaciones de tierras indígenas y dio paso a la formación de las haciendas coloniales, sellando para siempre la conversión del paisaje andino en una realidad colonial (GUEVARA GIL, 2009a, p. 112).

Este poder taumatúrgico es posible porque habitamos un mundo integrado por dos tipos de hechos. Como señala John Searle,

[...] necesitamos distinguir entre hechos brutos, tales como el hecho de que el Sol esté a 150 millones de kilómetros de la Tierra, y hechos institucionales, como el hecho de que Clinton sea presidente. Los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana; los hechos institucionales solo pueden existir dentro de las instituciones humanas (1997, p. 44-45).

El despliegue de poder, razón e imaginación del Derecho se da al interior de la esfera de los hechos institucionales y esa representación normativa de la sociedad se predica en un lenguaje que posee el atributo de la performatividad. El lenguaje jurídico no solo delinea la realidad que regula, sino que también la produce. En la clásica formulación de John L. Austin, “en una oración performativa [...] la emisión de la declaración es la realización de la acción” (1975, p. 6). En Derecho, *decir es hacer* porque quien pronuncia palabras pone en movimiento potencias y desencadena fuerzas que están más allá de su propia voluntad (CALVO, 1981, p. 135; VAN DER LEEUW, 1964, p. 391, 389).

Esas palabras, pronunciadas en los momentos y contextos adecuados, y en los marcos institucionales pertinentes, producen efectos sociales y humanos verificables. En la propia auto-representación mitológica del Derecho moderno, las prácticas rituales que se ejecutan siguiendo las ‘formalidades de ley’ tienen consecuencias pragmáticas y contribuyen a la producción de la realidad social. La lectura de una sentencia judicial, la enunciación de la consagratória fórmula “los declaro marido y mujer” o la

decisión de una asamblea comunal generan consecuencias palpables, tanto materiales como sociales (SEARLE, 1997, p. 51-52). Ese es, precisamente, el carácter performativo del Derecho, sea estatal, religioso, local o consuetudinario.

Cuando uno contrasta esta propiedad creativa con la vigencia social del Derecho estatal peruano encuentra que una de las características más saltantes de la ley oficial es su bajo grado de performatividad. Las razones son diversas y van desde la heterogeneidad estructural de la sociedad que pretende regular y la vitalidad de otros ordenamientos (e.g., indígenas, campesinos, urbano-marginales, corporativos) hasta la anemia estatal, la corrupción de sus instituciones (GUEVARA GIL, 2009b) y su estéril fetichismo legal (GUEVARA GIL; RAMOS, 2019).

Por eso es que no se puede asumir que el Estado ha logrado cubrir con un manto uniforme de legalidad todas las esferas sociales. Más bien sus ofensivas legales colisionan con las performatividades de los ordenamientos locales vigentes y la nueva configuración interlegal del campo social intervenido solo se puede dirimir analíticamente. Los programas de titulación de tierras rurales, por ejemplo, nunca logran erradicar las complejas formas de asignación de la tierra en el campo (personal, familiar, colectiva, societaria) y solo añaden una capa más a la complejidad legal local (BENDA-BECKMANN, 2014[2006]). De igual manera, las políticas y normas estatales promulgadas para reorganizar los espacios campesinos comunales o la asignación consuetudinaria de derechos de agua se topan con ordenamientos normativos que en lugar de ceder al *imperium* estatal lo procesan localmente (GUEVARA GIL, 2009, 2013).

Para comprender que la legislación estatal adquiere una *vida social* diferente a la prevista por el legislador o planificador que sustenta sus intervenciones desarrollistas en la ciencia moderna, incluida las ciencias, sociales, es necesario desprenderse de la auto representación mitológica del Derecho moderno. Al respecto, Griffiths (2014) demuestra que el Derecho no es un instrumento privilegiado para inducir y efectuar cambios sociales (e.g., leyes de reforma laboral o judicial, leyes de represión penal o de cuotas). También prueba que el sistema legal no determina monopólicamente las conductas sociales (e.g., el supuesto carácter disuasivo de la pena de muerte). Hasta los esfuerzos por reformar la educación legal latinoamericana fueron tamizados por el conservadurismo que caracteriza a la profesión (MERRYMAN 2000, PÁSARA, 1988 y 2019, ZOLEZZI 2019).

Es más, la idea de que el Derecho es la voz privilegiada del Estado moderno y que la comunicación entre el Estado y la sociedad es mecánica y perfecta es insostenible si

observamos cómo los comandos estatales son procesados y alterados cuando entran en vigencia (BENDA-BECKMANN, 2014[1989], 2014[2006]). Por lo tanto, creer que el Derecho es un sistema racional de planificación e ingeniería social o que los cambios legales producen cambios sociales según los parámetros establecidos en la política pública y en la norma positiva (e.g., cambio legal 1 → cambio social 1) es un espejismo propio de los pulpitos del Derecho oficial.

Esta constatación debería jugar un papel central en cualquier política pública o proyecto de desarrollo que se pretenda implementar. Ni la ciencia moderna ni el Derecho estatal operan sobre espacios sociales vacíos o configurados según los modelos y predicciones de su conocimiento experto. Las intervenciones desarrollistas se concretan sobre tejidos sociales y normativos vigentes. Las múltiples representaciones normativas y el conflicto de performatividades producen un escenario en el que, por ejemplo, campesinos, comuneros e indígenas experimentan y transforman, más allá de las políticas públicas, el Derecho estatal, y las recetas tecno-científicas del desarrollismo (TAMANAH, 2011 y 2011a, WEILENMANN, 2015, ZIPS; WEILENMANN, 2011).

6. Conclusiones

La tarea del desarrollo exige ponderar las complejas relaciones entre Derecho(s) y ciencia moderna. Sin embargo, se trata de un punto ciego para la literatura especializada en Derecho y desarrollo, concentrada en analizar y criticar el papel de la legalidad estatal o los retos que el pluralismo legal impone a los proyectos de desarrollo.

Lo que debe quedar claro es que la concreción social de las políticas públicas y de los proyectos de desarrollo no deber ser únicamente apreciada desde el punto de vista tecno-científico (incluido el de las Ciencias Sociales, críticas o hegemónicas). También debe ser evaluada considerando la dimensión normativa de los paisajes humanos intervenidos.

Aunque el científico moderno (incluido el social) considere extravagante y frustrante el régimen de enunciación y verdad del Derecho, comete un error al eliminarlo de su campo de observación e intervención. La razón es simple: el Derecho y los marcos normativos vigentes son constitutivos de la realidad social. La representan empleando un lenguaje performativo, en el que decir es hacer. Inclusive, gracias a esta propiedad, la verdad legal puede derrotar a la verdad científica en los marcos institucionales creados por ese entramado de relaciones de poder, valores e intereses llamado Derecho.

Estas advertencias contrastan con la presunción funcionalista de que el Derecho y la ciencia mantienen una relación sinérgica al servicio del desarrollo. Para que operen coordinadamente tendrían que reconocer que operan bajo regímenes de verdad y generan formas de representación de la realidad divergentes. Mientras la ciencia moderna se basa en la aplicación del método científico para instaurar una visión del mundo, el Derecho apela a otros mecanismos de representación, como el cartográfico, para imaginar y normar la realidad social. Además, el Derecho estatal compite con otros ordenamientos normativos, locales o internacionales, que representan y regulan esa realidad de otro modo.

El resultado es una tensión epistemológica y normativa que dificulta el diálogo interdisciplinario e impacta significativamente en las posibilidades de colaboración entre la ciencia moderna y el Derecho o las legalidades vigentes. Transitar del antagonismo a la sinergia para aportar al desarrollo implica aventurarse a la empresa de la intelección mutua para crear sistemas de conocimiento interdisciplinarios.

BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, J. *How to Do Things with Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

BAVINCK, M.; WOODMAN, G. Can There be Maps of Law? In: BENDA-BECKMANN, F. von; BENDA-BECKMANN, K. von; GRIFFITHS, A. (eds.). *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*. Farnham: Ashgate, 2009, p. 195-318.

BENDA-BECKMANN, F. von. El Derecho en la teoría y práctica desarrollista: ¿conjuro mágico o chivo expiatorio? In: GUEVARA GIL, A.; GÁLVEZ, A. (comp. y trad.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Textos esenciales*. Lima: CICAJ-PUCP, (2014[1989]), p. 199-217.

BENDA-BECKMANN, F. Von; BENDA-BECKMANN, K. von. ¿Qué y de quién es lo comunal? Lecciones desde Minangkabau. In: GUEVARA GIL, A.; GÁLVEZ, A. (comp. y trad.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Textos esenciales*. Lima: CICAJ-PUCP, (2014[2006]), p. 219-245.

BENDA-BECKMANN, F. von; BENDA-BECKMANN, K. von. From Blindman's Buff to Multilocal Law. *Recht der Werkelijkheid*, v. 1, p. 19-39, 1991.

CALVO, C. *Las tres mitades de Ino Moxo*. Lima: Peisa, 1981.

COLOMA, R. Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 22, n. 2, p. 205-229, dic. 2009. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200011>

CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ. Lima: Editora Perú y Ministerio de Justicia, 1984.

CÓDIGO PENAL DEL PERÚ. Lima: Editora Perú y Ministerio de Justicia, 1991.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ. Lima: Editora Perú y Ministerio de Justicia, 1993.

· ARMANDO GUEVARA GIL

CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ. Lima: Editora Perú y Ministerio de Justicia, 2004.

CSJ. Corte Suprema de Justicia del Perú. Primer Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Permanente, Transitoria y Especial. Sentencia Plenaria Casatoria No. 1-2018/CIJ-433. Asunto: El examen de ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales. Lima, 18 dic. 2018.

COVER, R. 1983-1984. The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, n. 4, p. 4-68.

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2017.

GEERTZ, C. Common Sense as a Cultural System. In: GEERTZ, C. *Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books, 1983, p. 73-93.

GRIFFITHS, J. El funcionamiento social de las normas jurídicas. In: GUEVARA GIL, A.; GÁLVEZ, A. (comp. y trad.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Textos esenciales*. Lima: CICAJ-PUCP, p. 89-117, 2014.

GUEVARA GIL, A. *El Derecho y la gestión local de agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín - Perú*. Lima: Universidad de Ámsterdam e Iproga, 2013.

GUEVARA GIL, A. Espejismos desarrollistas y autonomía comunal: El impacto de los proyectos de desarrollo en el lago Titicaca (1930-2006). In: GUEVARA GIL, A. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 131-190, 2009.

GUEVARA GIL, A. Agua, Derecho y diversidad. In: GUEVARA GIL, A. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 109-130, 2009a.

GUEVARA GIL, A. Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú. In: GUEVARA GIL, A. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 61-77, 2009b.

GUEVARA GIL, A. Bases para el estudio de la diversidad legal. In: GUEVARA GIL, A. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 79-107, 2009c.

GUEVARA GIL, A.; RAMOS, B. (2019). Fetichismo legal e ignorancia de la realidad sociolegal en el Perú. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, n. 23. Disponible en: https://www.academia.edu/41335079/Fetichismo_legal_e_ignorancia_de_la_realidad_sociolegal_en_el_Peru_Legal_Fetishism_and_Ignorance_of_Sociolegal_Reality_in_Peru. Acceso en: 4 ago. 2021.

GUEVARA GIL, A.; THOME, J. Apuntes sobre el pluralismo legal. In: GUEVARA GIL, A. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 29-59, 2009.

LATOUR, B. *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge and Malden, MA: Polity Press, 2010.

- LATOURET, B. *Pandora's Hope. Essays on the Reality of Science Studies*. Cambridge, MA, and London: Harvard University Press, 1999.
- LEEUVAN DER, G. *Fenomenología de la religión*. México, D.F.: FCE, 1964.
- MERRY, S. Legal Pluralism. *Law and Society Review*, v. 22, n. 5, p. 869-896, 1988.
- MERRYMAN, J. H. Law and Development Memoirs I: The Chilean Law Program. *American Journal of Comparative Law*, v. 48, n. 3, p. 481-499, 2000.
- MERRYMAN, J. H. Law and Development Memoirs II: SLADE. *American Journal of Comparative Law*, v. 48, n. 4, p. 713-727, 2000a.
- MERRYMAN, J. H. (1977). Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline, and Revival of the Law & Development Movement. *American Journal of Comparative Law*, v. 25, n. 3, p. 457-491, 1977.
- NEEDHAM, R. Polythetic Classification: Convergence and Consequences. *Man, New Series*, v. 10, n. 3, p. 349-369, 1975.
- O'CONNOR, R. Law as Indigenous Social Theory: A Siamese Thai Case. *American Ethnologist*, v. 8, n. 2, p. 223-237, 1981.
- PÁSARA, L. *Tres claves de la justicia en el Perú: jueces, justicia y poder en el Perú. La enseñanza del Derecho. Los abogados en la administración de justicia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- PÁSARA, L. *Derecho y sociedad en el Perú*. Lima: Ediciones El Virrey, 1988.
- PÁSARA, L. *Reforma Agraria: Derecho y conflicto*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1978.
- RECASENS, A. V. La crisis del desarrollismo y el surgimiento de la antropología del desarrollo. In: VIOLA RECASENS, A. (compilador). *Antropología del desarrollo. Teoría y estudios etnográficos en América Latina*. Barcelona: Paidós, 2000, p. 9-64.
- RUBIO, M. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- SANTOS, B. Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, v. 14, n. 3, p. 279-302.
- SEARLE, J. *La construcción de la realidad social*. Madrid: Ediciones Paidós Ibérica, 1997.
- SOTO, H. de. *The Mystery of Capital*. London: Black Swan, 2001.
- SZWENDO, P.; PELTZ-STEELE, R.; TAMADA, D. (eds.). *Law and Development. Balancing Principles and Values*. Singapore: Springer, 2019.
- TAMANAH, B. The Primacy of Society and the Failure of Law & Development. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 2, p. 209-247, 2011.
- TAMANAH, B. The Rule of Law and Legal Pluralism in Development. *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 3, p. 1-17, 2011a.

· ARMANDO GUEVARA GIL

TAMANAH, B. The Lessons of Law & Development Studies. *American Journal of International Law*, v. 89, n. 2, p. 470-486, 1995.

TRUBEK, D. Law and Development: Forty years after 'Scholars in Self-Estrangement'. *University of Toronto Law Journal*, v. 66, n. 3, p. 1-29, 2016.

TRUBEK, D.; GALANTER, M. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. *Wisconsin Law Review*, n. 4, p. 062-1102, 1974.

TRUBEK, D.; SANTOS, A. (eds.). *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WEILENMANN, M. What is Project Law? A Brief Discussion of the Research Topic and its Analytic Potential. Rüşchlikon: Office for Conflict Research in Developing Countries, 2015.

WEILENMANN, M. Project Law. A Power Instrument of Development Agencies. A Case Study from Burundi. In: BENDA-BECKMANN, F. von; BENDA-BECKMANN, K. von; GRIFFITHS, A. (eds.). *The Power of Law in a Transnational World. Anthropological Enquiries*. New York, Oxford: Berghahn, 2009.

ZIPS, W.; WEILENMANN, M. (eds.). *The Governance of Legal Pluralism: Empirical Studies from Africa and Beyond*. Vienna and Berlin: LIT, 2011.

ZOLEZZI, L. *La reforma de la enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP en las décadas del sesenta y setenta del siglo XX*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

ZOLEZZI, L. *Derecho en contexto*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

ZOLEZZI, L. *Derecho y desarrollo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978.

A EVOLUÇÃO DE INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO PARA AS MULHERES, SOB A ÓTICA DO FEMINISMO LIBERAL DE CAROLE PATEMAN

Karen Machado Freire*

Patrícia Tuma Martins Bertolin**

RECEBIDO EM:	21.7.2021
APROVADO EM:	10.8.2021

- * Advogada, mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e membro do grupo de pesquisa (CNPq) “Mulher, Sociedade e Direitos Humanos”. *E-mail:* karenmfreire@gmail.com
- ** Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, com pós-doutorado na Superintendência de Educação e Pesquisa da Fundação Carlos Chagas. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Líder do grupo de pesquisa (CNPq) “Mulher, Sociedade e Direitos Humanos”. *E-mail:* patricia.bertolin@mackenzie.br

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

- **RESUMO:** O presente artigo versa sobre o não lugar das mulheres no espaço público e a ausência de neutralidade do Direito, especificamente quanto aos direitos da personalidade dos Códigos Civis brasileiros (capacidade e nome civil das mulheres), sob a ótica do Feminismo Liberal de Carole Pateman. Serão abordadas questões como a dominação da mulher na sociedade e do contrato social. Não se trata apenas de investigar como as leis atuam na realidade social, mas como elas recepcionam os embates ocorridos em sociedade, suas transformações, seus anseios e suas realizações.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Feminismo liberal; Direito Civil Brasileiro; neutralidade no direito.

THE EVOLUTION OF BRAZILIAN CIVIL LAW INSTITUTES FOR WOMEN, FROM THE PERSPECTIVE OF CAROLE PATEMAN'S LIBERAL FEMINISM

- **ABSTRACT:** The current article refers to the woman's non-place on public space and the lack of neutrality of law over the personality's rights, through the Brazilian civil law (capacity and civil name of woman), adopting the Liberal's Feminism perspective from Carole Pateman. Issues such as the domination of women in society and the social contract will be addressed. It is not just a matter of investigating how the laws act in the social reality, but how the laws acts on a social reality but how they accept the clashes that took place in the society, their transformations, their desires and their accomplishments.
- **KEYWORDS:** Liberal Feminism; Brazilian Civil Law, neutrality in law.

1. Introdução

Nas mais diversas sociedades, é reservada à mulher uma condição de inferioridade em relação ao homem, sob diversas óticas indiscutivelmente machistas e patriarcais, como meios de dominação do homem sobre a mulher. E, na vida social, é muitas vezes por meio do direito que se institucionalizam práticas que segregam, discriminam e excluem grupos minoritários (BERTOLIN; CARVALHO, 2010, p. 182).

O presente artigo abordará questões relacionadas ao Código Civil de 1916 e 2002 e buscará entender e refletir sobre a origem de imposições legais no âmbito do direito da personalidade e como se deu sua evolução histórico-jurídica, partindo de o pressuposto tratar-se não só de ideologia patriarcal, adotada pela nossa sociedade, mas, também, como a submissão feminina verificada foi expressiva no âmbito do Direito Civil Brasileiro.

Essa análise se dará sob a perspectiva feminista liberal de Carole Pateman,¹ de modo a ser possível enxergar a ausência de neutralidade do direito; buscar-se-á, ainda, entender o quão masculina é a criação das leis, bem como sua interpretação e aplicação, diante do reflexo de um sistema de dominação sexual, posto que, reconhecer a ausência de neutralidade do direito é fundamental para a construção de entendimento que possibilite às mulheres alcançarem a cidadania plena.

Este artigo foi fruto de pesquisa bibliográfica e legislativa, com especial ênfase a obras de Direito Civil, Filosofia Política e Teoria Feminista.

2. O feminismo liberal de Carole Pateman

Mesmo que hoje, diferentemente do século XIX, as mulheres sejam, em tese,² formalmente reconhecidas como cidadãs com direitos iguais e assegurados, se não forem realizadas contundentes análises das razões e dos motivos pelos quais elas eram antes socialmente excluídas e discriminadas, não será possível compreender por que o vocabulário liberal não serve aos seus interesses.

Embora seja um legado do liberalismo político, o termo indivíduo - substituto do termo súdito - pautou a transformação da sociedade hierarquicamente já estabelecida e organizada em *status* social para uma sociedade igualitária, na qual todos e todas seriam livre e potencialmente iguais. O termo indivíduo, em sua origem, era marcado como masculino, pois se baseava em atributos e habilidades masculinas, tais como (i) a

1 Importante esclarecer em que consiste o Feminismo Liberal. Considerado como o mais antigo feminismo (século XIX), inaugurado por Mary Wollstonecraft, com sua obra *Reinvindicação dos Direitos das Mulheres*, prega a igualdade e a capacidade das mulheres, tal qual a dos homens, luta por direitos civis conquistados, de modo que as mesmas estejam inseridas efetivamente nos espaços de poder (importância da representatividade feminina). Entretanto, um olhar crítico pode compreender que esse feminismo é insuficiência para equiparar, de modo material e formal, a igualdade entre homens e mulheres.

2 Em tese, pois, ao falarmos de mulheres no plural, devemos fazer um grande questionamento se todas as mulheres de fato são reconhecidas como cidadãs, sejam elas negras, periféricas, ribeirinhas, indígenas ou transexuais, não devendo se compreender as mulheres somente por um único viés (o usual, no caso, branca, de classe média etc.).

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

capacidade de se proteger, (ii) a capacidade de possuir propriedade e (iii) a capacidade de autogoverno (PATEMAN, 2020, p. 11).

O direito participa da configuração do estereótipo “mulher” e, a partir desse estereótipo, as regras jurídicas reconhecem ou negam direitos às mulheres. As formas de discriminação que as mulheres sofrem definem os espaços de conflito nos quais o discurso jurídico cumpre seu papel. Os juristas pouco se preocuparam em dar conta dos motivos pelos quais a lei instala e consolida certa figura de mulher, ou lhes atribui, implícita ou explicitamente, algumas qualidades, negando-lhes outras. Em outras palavras, a contribuição do jurista tem consistido em apontar que textos jurídicos devem ser preservados ou revogados consoante pretendam manter ou modificar a situação existente (RUIZ, 2000, p. 10).

A perspectiva de Carole Pateman a ser utilizada para expor e debater essas questões se dá por meio de um profundo conhecimento da tradição do pensamento político ocidental, de modo a reinterpretar esse pensamento sob uma perspectiva feminista da noção de contrato social. Pateman verifica que, enquanto no discurso dos contratualistas, que dominou a filosofia política dos séculos XVII e XVIII e foi revisitada a partir dos anos de 1970, esse contrato é o instrumento que formaliza a igualdade civil; já com a inclusão da categoria “gênero”, em seu livro *O contrato sexual* pode-se entendê-lo como definidor dessas exclusões. A autora avança em uma crítica abrangente face ao contrato, o que, para o pensamento liberal, garante a possibilidade de cooperação social sem coerção, na medida em que se baseia em consentimentos voluntários e acordos mútuos, mas que ela descreve como produtor de padrões de submissão (MIGUEL, 2017).

No tocante ao contratualismo, seus principais filósofos, Hobbes, Locke e Rousseau, admitiram a existência de contrato social que teria dado origem ao que conhecemos como sociedade e, para cada um deles, o estado de natureza (hipotético) se dava de uma maneira.

Os teóricos de contrato social analisavam “patriarcado” no sentido literal da palavra, isto é, ao regime paterno, e, por isso, não se davam conta de que faltava uma significativa parte da história a ser contada, por assim dizer - no que diz respeito à participação, ou a sua ausência, das mulheres.³

3 Pateman observa que não há, entre as feministas, um consenso sobre o significado de “patriarcado”, afirmando ter havido três grandes momentos de debate acerca do tema: (i) no século XVII, que resultou em uma teoria moderna de patriarcado; (ii) entre 1861, adentrando o século XX, com entendimento de precedentes patriarcais; e (iii) quando do renascimento do movimento feminista organizado e que ainda estaria em curso em 1988; afirma, ainda, que

Ainda de acordo com Pateman, o contrato social (para esses autores) é baseado em um contrato sexual anterior: a subordinação sistemática das mulheres aos homens, pois o contrato social e o contrato sexual não são antitéticos, mas complementares, ainda que o primeiro estabeleça a igualdade e a liberdade, enquanto o segundo reforça a desigualdade entre os sexos.

A exclusão das mulheres do contrato social confirma e perpetua a hierarquia sexual encontrada em instituições como o casamento, por exemplo. A hierarquia sexual é reforçada pelo fato de ser representada como a ordem natural das coisas, ou seja, como um fato apolítico.

Dessa forma, as mulheres não estão apenas ausentes do contrato social, mas a política acaba por restar definida em oposição às atividades e traços usualmente associados à feminilidade. Embora a tradição do contrato social marque o fim de um modelo paternalista de autoridade política, conforme argumenta Pateman, a libertação dos “filhos” se baseia na subordinação de suas esposas, irmãs e filhas – e a perpetua.

Por todas essas razões, Pateman sugere que o contrato social não substituiu, mas apenas transformou o patriarcado, entendido como sistema de dominação masculina. Segundo a autora, “em Hobbes, no estado natural, quando um indivíduo masculino conquista (contrata) um indivíduo feminino ele se torna seu senhor sexual e ela se torna sua serva” (2020, p. 184).

Pateman alega ainda que “a história hipotética de Rousseau sobre o desenvolvimento da sociedade civil nos conta como as mulheres têm que “cuidar da cabana [...]” (2020, p. 184). Especificamente sobre o pensamento de Rousseau, por muito tempo, entendeu-se que a educação feminina deveria ser restrita ao âmbito doméstico; as mulheres não deveriam ir à busca do saber, já que este era considerado contrário à sua natureza. E apesar da exigência que passou a existir para a participação mais ativa das mulheres na sociedade, essa presença delimitou-se a ser apresentada como mãe, guardiãs dos costumes, e como seres dispostos a servir o homem.

Na obra intitulada *O Emílio* (2004), Rousseau analisa e, a seu modo, prescreve as condições diferenciadas entre a mulher e o homem no âmbito de conjugalidade.

grande parte dessa confusão se daria porque o termo estaria a ser desvinculado de interpretações patriarcais de seu significado – “patriarcado” como direito paterno – principalmente em relação aos contratualistas, que nada disseram a respeito do papel das mulheres no contrato social original. O termo patriarcado aparece muitas vezes como um sinônimo para “dominação masculina”, ressaltando ser conjunto de relações sociais materiais, distinto das relações sociais capitalistas, inclusive por compreender que, tendo em vista o patriarcado anteceder o capitalismo, este é patriarcal (PATEMAN, 1988, p. 37-62).

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

A educação da mulher sempre foi voltada a servir o homem e ela deveria demonstrar sua habilidade para realizar essa sua única finalidade. Em seus termos, “A razão das mulheres é uma razão prática, que faz com que elas encontrem muito habilmente os meios de alcançar um fim conhecido, mas não às faz descobrir esse fim” (ROUSSEAU, 2004, p. 521). Segundo Rousseau, as diferenças entre homem e mulher, não sendo superficiais, exigem uma educação diferenciada em razão de suas características identitárias.

Assim também restou entendido e ratificado por Kant – o qual, de certa perspectiva, é influenciado por Rousseau –, que entende que a mulher deveria viver então para o homem, não sendo reconhecida enquanto sujeito atuante da história (GASPARI, 2003, p. 31). Essa inferiorização feminina com relação a sua incapacidade de raciocinar como o homem, reforçava a ideia de sua não possibilidade de exercer os mesmos direitos civis. Apesar de tanto Rousseau quanto Kant serem filósofos expressivos do heterogêneo movimento do Iluminismo do século XVIII, época das luzes e do esclarecimento racional do saber contra as amarras do sistema absolutista, a forma de tratamento à mulher ainda era, pela própria filosofia iluminista, bastante preconceituosa.

A partir das análises de Pateman, em sua obra *O contrato sexual*, publicada ao final dos anos 1980, a autora explica como se davam as relações entre homem e Estado (contrato original) e como elas passaram a ocorrer após a implementação, por assim dizer, do contrato social.

A autora afirma que as versões tradicionais do contrato social deixaram de examinar toda a história contemporânea do contrato, não se observando, assim, o que diz respeito ao contrato sexual. Entende que a teoria do contrato social parte do princípio de história da liberdade e da igualdade – que se dá por meio de um acordo; entretanto, essa liberdade seria conquistada por filhos que renegam sua sujeição natural a seus pais e substituem o regime paterno pelo governo civil (embora o direito do homem sobre as mulheres seja anterior ao direito paterno – direito do homem – sobre o filho).

Ocorre que o direito político, enquanto direito paterno, é incompatível com a sociedade civil moderna, de modo que contrato e patriarcado parecem ser irrevogavelmente contrários. Isso porque, ao observar a narrativa quanto a história do contrato social, não se verifica a contextualização expressa da dominação dos homens sobre as mulheres e o direito masculino de acesso sexual, mas, através de uma leitura atenta, conclui-se que o contrato social é a história de liberdade acrescida da dominação, sendo também história de sujeição, uma vez que a liberdade em referência é a do homem e a sujeição é da mulher.

É possível compreender que a liberdade civil não é universal, mas um atributo masculino e que depende do direito patriarcal, o que se verifica pelos teóricos de contrato social, que analisavam o “patriarcado” como sentido literal da palavra, regime paterno, e por isso não se davam conta de que faltava metade da história a ser contada - no caso, no que diz respeito da participação (ausência de) das mulheres.

O pacto original (segundo Adrienne Rich “lei do direito sexual masculino”) é tanto um contrato sexual quanto social: é sexual no sentido de patriarcal - isto é, o contrato cria o direito político dos homens sobre as mulheres -, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres” (PATEMAN, 1988, p. 15).

Simone de Beauvoir, uma das precursoras do feminismo, também demonstrou de forma distinta e anterior a Pateman, em 1949, na introdução ao *Segundo Sexo*, a depreciação das mulheres na cultura, por meio de excertos das obras de filósofos, como Aristóteles. Segundo Beauvoir (1980), Aristóteles teria escrito: “devemos considerar o caráter das mulheres como sofrendo de certa deficiência natural”, e Santo Tomás de Aquino entendia a mulher como um homem incompleto, um ser “ocasional”. Na esteira de tais pensamentos, a cultura assimila o homem como “o Sujeito, o Absoluto”, e a “mulher como Outro” da cultura (BEAUVOIR, 1980, p. 10).

Observar que essas importantes autoras feministas identificaram em períodos distintos posicionamentos de filósofos diversos a depreciar a mulher na sociedade traz não só incômodo e inquietação, mas também a necessidade de aprofundar o tema, trazê-lo para a realidade brasileira e buscar suscitar como se fizeram presentes na legislação, mesmo porque a luta feminista pela igualdade não pode estar dissociada de uma mudança estrutural da sociedade, por isso a luta política das mulheres.

Passa-se, assim, a analisar como se dão esses pensamentos na evolução da legislação brasileira, mais especificamente no Código Civil, no que se refere aos direitos da personalidade.

3. Algumas conquistas jurídicas das mulheres no Brasil

Posteriormente à Primeira Guerra Mundial, a mulher tornou-se tema de distintas discussões na sociedade brasileira. De meados da década de 1910 até a década de 1930,

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

diversos intelectuais, profissionais e políticos envolveram-se na discussão sobre o papel e as condições de vida da mulher brasileira. Essa discussão estava relacionada às transformações sociais do momento, como a mudança na política do casamento, com eliminação gradativa do dote e consolidação de um modelo de família nuclear burguesa, bem como a introdução de novas representações simbólicas das mulheres. Tudo isso contribuía para a reelaboração das relações entre homens e mulheres e seus respectivos papéis sociais (LEMOS, 2014).

Não restam dúvidas de que esses processos foram conflituosos, já que colocavam em xeque o poder do homem nas relações doméstico-conjugais.

No Brasil, a luta pela cidadania da mulher tornou-se expressiva em 1930, quando se aprovou no Senado o projeto que estendia o direito de voto às mulheres. Com o acontecimento que se convencionou chamar de “Revolução de 1930”, as atividades parlamentares foram suspensas, atrasando em dois o acesso a esse direito às mulheres.

Dada a importância da ocasião, desde 2015, no dia 24 de fevereiro, por meio da Lei nº 13.086/15, sancionada pela primeira mulher eleita para chefe máximo do executivo, Dilma Rousseff, comemora-se o “Dia da Conquista do Voto Feminino no Brasil”.

A luta feminina pelo direito de poder escolher seus governantes tem sua história contada através de Berta Maria Júlia Lutz, filha do cientista Adolfo Lutz, que liderou o movimento decisivo para a conquista do voto. Seu trabalho foi responsável pela aprovação do então Novo Código Eleitoral, em 1932, no governo de Getúlio Vargas. Entretanto, o que se vê na prática é que, muito embora essa conquista tenha sido adquirida pelas mulheres brasileiras antes mesmo que as suíças e as francesas,⁴ é que, ainda assim, permaneceram diversas formas de exclusão e opressão, já que a taxa de analfabetismo daquelas ainda era alto.

Com o advento da Lei do Divórcio - a Lei nº 6.515, de 1977 -, algumas questões passaram a ser solucionadas e maiores visibilidade e liberdade foram asseguradas às mulheres. Antes de a lei passar a vigorar, a extinção do matrimônio não era possível, salvo se declarada a nulidade, a anulação ou se uns dos cônjuges morresse. Como muito bem salientou Maria Berenice Dias:

4 Na Suíça, o direito ao voto feminino foi concedido dia 7 de fevereiro de 1971. Na França, um ano depois de terem conquistado o direito de eleger e de serem eleitas, as francesas votaram pela primeira vez em 29 de abril de 1945, quando participaram das primeiras eleições municipais do pós-guerra.

[...] foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada - 4.121/62) e mais 26 anos para a Constituição consagrar a igualdade de direitos e deveres na família (DIAS, 2010).

No Relatório de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 2000, é possível verificar a importância da igualdade entre homens e mulheres. Medidas de disparidades de gênero, como o Índice de Desenvolvimento de Gênero (GDI) e a Medida de Empoderamento de Gênero (GEM) revelam discriminação contra as mulheres em todos os países. Nos países em desenvolvimento, ainda há 80% mais mulheres analfabetas do que homens analfabetos e, em todo o mundo, as mulheres ocupam apenas 14% dos assentos nos parlamentos. As pesquisas de uso do tempo e emprego têm mostrado repetidamente que as mulheres recebem menos por trabalho igual e trabalham muito mais horas em trabalho não remunerado.⁵

É necessário que países se comprometam com a igualdade entre os gêneros, compromisso esse que passa a ser relevante aos países signatários de todos os instrumentos jurídicos internacionais desenvolvidos, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada a 10 de dezembro de 1948, que, em seu art. 2º, estabelece:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (ONU, 1948).

E, ainda, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a ação desenvolvida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que promoveu a Convenção relativa à igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina em trabalho de valor igual (nº 100) e Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres, mas, principalmente, dos Estados Democráticos de Direito.

5 Tradução livre de: "Measures of gender disparities, such as the GDI (Gender Development Index) and GEM (Gender Empowerment Measure), reveal discrimination against women in every country. In developing countries, there are still 80% more illiterate women than illiterate men, and worldwide, women occupy only 14% of seats in parliaments. Time use and employment surveys have repeatedly shown that women are paid less for equal work and work many more hours in unpaid labour" (ONU, 2000, p. 96).

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

Mas, mesmo com todas essas manifestações políticas ao redor do mundo a fim de promover a igualdade jurídica entre os gêneros, é notório que a legislação é responsável por regular as relações, as instituições e os processos sociais, já que, por meio dela, são garantidos direitos individuais e coletivos perante o Estado e aos demais indivíduos e instituições.

Entretanto, a legislação, seja constitucional, seja infraconstitucional, não é capaz de sozinha mudar o cenário de desigualdade e discriminação, mas constitui o marco inicial para as estratégias políticas de enfrentamento e superação das desigualdades de gênero, por meio da materialização ou concretização desses direitos.

Além das já mencionadas leis que aos poucos foram editadas no Brasil, não restam dúvidas de que a principal norma jurídica a esse respeito foi a Constituição Cidadã, de 1988, que trouxe melhorias no tocante ao reconhecimento dos direitos individuais e sociais das mulheres, resultado do intenso trabalho de articulação dos movimentos feministas.⁶ Fato é que tais lutas apresentaram propostas para um documento mais igualitário.

Em seu art. 5º, *caput*, fica disposto o princípio constitucional da igualdade que se traduz em norma de eficácia plena, nos seguintes termos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

O princípio da igualdade, de modo geral, é observado em nossa Constituição no artigo 4º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; do artigo 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos; do artigo 5º, inciso VIII, que versa sobre a igualdade de credo religioso; do artigo 5º, inciso XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; do artigo 7º, inciso XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; do artigo 14, que dispõe sobre a igualdade política, ou ainda do artigo 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária.

Este antevê a equidade de competências e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio, são vedadas as

⁶ Uma crítica contundente deve ser feita às menções que, ainda hoje, são encontradas ao tema, ao se referirem às lutas das mulheres constituintes como *lobby do batom*, o que se pode entender como apontamento machista e estereotipado e que deve ser cessado. Devido as mulheres terem tomado a frente de diversos movimentos em combate à ditadura, diversos direitos passaram a fazer constar e vigorar na mais importante lei do país.

diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição da República, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete, da autoridade pública e do particular.

Segundo Nery Junior (1999, p. 42), “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

A legislação pode, ainda, fazer distinções e dar tratamento diferenciado de acordo com juízos e critérios valorativos, razoáveis e justificáveis, que visem conferir tratamento isonômico aos desiguais. Alexandre de Moraes (1989, p. 58) acentua “assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.

Outra importantíssima conquista das mulheres no âmbito jurídico no Brasil se deu com o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que revogou a capacidade relativa da mulher e também desvinculou o exercício de seu trabalho a autorização do marido, conforme dispunha o art. 242 do Código Civil de 1916 “A mulher não pode, sem autorização do marido: (...) VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV)”.

O direito de se casar dos cônjuges, por vontade própria, só se completa verdadeiramente com o direito de se descasar. No entanto, este último foi negado por muito tempo, por influência da Igreja Católica. A luta pelo divórcio foi longa no Brasil. Em 1934, o então Deputado Nelson Carneiro iniciou sua caminhada para derrubar o dispositivo constitucional que estabelecia a indissolubilidade do matrimônio. Foi vencido cerca de uma dezena de vezes, para, em 1977 conseguir sua aprovação com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. No mesmo ano foi aprovada a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), do mesmo autor da Emenda. (RODRIGUES; CORTÊS, 2006, p. 17).

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977) trouxe uma série de conquistas relevantes e emancipadoras para a mulher, além da própria questão da dissolução do matrimônio. Esta contribuiu ainda para a não obrigatoriedade do acréscimo do patronímico do cônjuge, de modo que o texto da lei de 1916 passou a ser:

Art. 240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

Parágrafo único - A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido. (Incluído pela Lei nº 6.515, de 1977).

Porém, deve-se ressaltar que o que deveria ser igualdade entre os gêneros, no âmbito concreto do direito de família acresceu as obrigações da mulher, de modo a não alterar os benefícios do marido, afinal, este permanecia ainda com o poder na sociedade conjugal.

Também no âmbito constitucional quando da construção da atual Constituição, a criação do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres (CNDM), em 1985, auxiliou expressivamente a inclusão desses direitos à legislação, mediante a Carta das Mulheres aos Constituintes. As mais de mil mulheres signatárias tinham como lema “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”.

[...] Nós, mulheres, que projetamos na vida de nossos filhos a luta pela liberdade, estamos aqui a pedir, estamos aqui a reivindicar, e também estamos aqui para mostrar o outro lado da sociedade, não o outro lado dessa moeda, não no sentido da competição, mas no sentido da nossa igualdade [...] (CARTA DAS MULHERES CONSTITUENTES, 1985).

Ainda no âmbito histórico e levando em consideração o imaginário cultural determinado e apreendido em revistas antigas identificadas no livro intitulado *Virando as páginas, revendo as mulheres*, que se trata de um compilado de recortes de revistas e jornais como *Revista Cláudia* e *Jornal das Moças*, dos anos 1940, 1950 e 1960, em que se reproduz matérias publicadas na época, que demonstravam e orientavam as leitoras (brancas, alfabetizadas, minimamente instruídas e de classe média e alta) como deveriam se comportar perante a sociedade e, principalmente, perante aos maridos. Na oportunidade da leitura, deve ser observada não só a opressão para com essas mulheres, mas ainda a forma como se entendia correta sua atuação no relacionamento, delimitando-a da forma mais submissa, já que estas, em conformidade com a lei vigente, tinham sua capacidade vinculada à do seu marido o qual, em razão do pátrio poder, poderia ou não permitir certas atitudes e anseios. A fim de vislumbrar como eram instruídas essas mulheres, pode-se observar em algumas frases retiradas deste compilado supracitado, com o intuito, inclusive, de demonstrar a incapacidade da mulher, como “[...] dizer mulher é dizer senhora do lar.” (JORNAL DAS MOÇAS, 1946), ou até mesmo “O marido perfeito [...] não deve entrar na cozinha nem que o guisado lhe atraia o olfato.” (JORNAL DAS MOÇAS, 1945).

Tais frases, constantemente presentes nessas revistas e jornais, fortaleciam uma mentalidade de submissão e de divisão de tarefas, de posturas e de obrigações pouco isonômicas.

Isso porque, dentro de casa, cabiam aos homens apenas as tarefas pequenas, como consertos ou atividades esporádicas que exigiam força física, afinal, considerava-se um favor o fato de o marido auxiliar a esposa nas tarefas domésticas – e não uma obrigação –, bem como o auxílio financeiro da mulher para com o lar não ser, sequer, benquisto. Não havia espaço para um questionamento por parte das mulheres acerca da divisão de tarefas e, para que houvesse felicidade conjugal, o homem deveria ser tido como chefe de família e sua vontade sempre prevalecer.

É possível reforçar tais questões pela própria Pateman, que aborda as mulheres donas de casa sob uma ótica comparativa com os trabalhadores, no sentido de que a subordinação da esposa a seu marido é semelhante à do trabalhador ao capitalista, já que o “contrato de casamento estabelece a dona de casa como uma trabalhadora no lar conjugal” (PATEMAN, 2020, p. 201).

A autora também entende que não há dúvidas em relação à limitação da capacidade civil das esposas donas de casa:

O status de “esposa” confirmava que uma mulher era destituída das aptidões de um “indivíduo”; ela se tornara propriedade de seu marido e ocupava em relação a ele a mesma posição que um escravo/criado ocupa em relação a um senhor. Uma esposa estava civilmente morta (PATEMAN, 2020, p. 200).

A hierarquia de poderes na sociedade conjugal, onde o patriarcado reforçava a soberania masculina no lar, era ratificada pela própria lei vigente na época: o Código Civil de 1916, bem como da Constituição de 1969. Um conto interessante a que o mesmo livro faz alusão é o “A sua mentira”, publicado no *Jornal das Moças* do dia 19 de fevereiro de 1953, no qual o marido rico forjou uma falência e a esposa dispensou todas as empregadas da casa, tornando-se uma excelente dona de casa. Após isso, o marido contou a verdade, restando, por fim, feliz a mulher com a lição de moral que recebeu, acreditando na necessidade de respeito e obediência ao marido, assim como, quando solteira, devia ao pai.

Essas mulheres também eram orientadas por essas mesmas revistas a guardar as próprias ideias, de modo a não demonstrar sua inteligência, tendo em vista que esta

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

poderia ser um fator de afastamento dos homens; podendo assustá-los. A dependência econômica, moral e político-jurídica da mulher se dá tanto no Código Civil de 1916 quanto se estampa nas revistas que ilustram como as mulheres devem se portar e ser.

Ainda sobre a questão educacional das mulheres, uma breve reflexão quanto à interligação desse ponto com sua capacidade civil se faz necessária: é importante destacar que somente por meio do Decreto nº 7.247, publicado em 19 de abril de 1879, as mulheres foram autorizadas a participar do ensino superior no Brasil, o que chama a atenção, já que mulheres brasileiras, no século XIX, ainda não eram cidadãs. A Constituição de 1824 não abrangeu às mulheres e tampouco lhes garantiu direitos e segurança jurídica, uma vez que elas eram propriedade dos pais e/ou maridos e, portanto, necessitavam de autorização expressa para estudar em cursos superiores de caráter profissionalizante, podendo, assim, considerar o decreto acima mencionado uma conquista em seu tempo histórico (MACHADO, 2018, p. 41).

Com o passar do tempo, outros avanços ocorreram, mas novos desafios eram observados. A Lei de Diretrizes e Bases de 1961, por exemplo, colaborou ainda mais com a entrada das mulheres, em escala, na universidade, mas de forma restrita. O direito brasileiro da época, em que se tinha vigente o Código Civil de 1916, impunha restrições às mulheres, quando as considerava relativamente incapaz, mesmo casadas, até 1962, o que restou modificado pelo Estatuto da Mulher Casada (MACHADO, 2018, p. 50).

Lygia Fagundes Telles, por exemplo, escritora brasileira premiada e bacharel em direito, denunciou por diversas vezes tais questões em seus romances, tendo observado nas agremiações literárias, as quais durante muito tempo postularam a inferioridade das mulheres em relação aos homens, uma problemática que, no âmbito social, reflete inclusive na alfabetização da mulher e, principalmente, na sua profissionalização.

A mulher brasileira aprendeu a ler e a escrever muito tarde e mesmo depois disso continuou aprisionada, vigiada. Minhas antepassadas escreviam versos nos cadernos de receitas, de compras do dia: dois quilos de cebola, duas caixas de sabão e vinha um verso, um sonho, um devaneio. A mulher brasileira seguia a tradição portuguesa, quer dizer, completamente dentro do espartilho (TELLES, 1998, p. 39).

A escritora sublinha a importância da participação feminina no espaço público, referindo-se implicitamente à equidade de gênero, em termos de atuação profissional e realização pessoal, quando diz “antes, a mulher era explicada pelo homem, disse a jovem

personagem do meu romance *As Meninas*. Agora é a própria mulher que se desembrulha, se explica” (TELLES, 1998, p. 39).

Com o passar dos anos, essas mulheres, por demais modernas para a época, passaram a ser vistas com receio e com alarme. Os periódicos da época demonstravam tanto manifestações de horror em relação à nova mulher quanto conselhos comportamentais e até defesas veementes do novo comportamento, assim como observado nos fragmentos acima mencionados (FANINI, 2010).

O fato é que, em uma sociedade como a brasileira, formada por uma grande população de pobres e analfabetos e com uma economia ainda em fase de desenvolvimento, o marido raramente conseguia o suficiente para preencher de forma ideal o papel de provedor, como ainda hoje ocorre. Os conflitos gerados dessas cenas culminavam muitas vezes na violência doméstica sobre a mulher, na execração pública e até no suicídio do homem (CAVALCANTE, 2012).

Direito e cultura, direito e sociedade, permeada por anseios, hábitos e costumes, caminham lado a lado. Ao se estudar como se deram as leis, estão a se investigar modelos de conduta social e política de uma época e da forma como o sistema de direito se adequam historicamente.

4. A influência do movimento feminista na relação do trabalho da mulher segundo Carole Pateman

A fim de elucidar a influência do feminismo, correlaciona-se aqui, juntamente ao instituto da capacidade civil, o ingresso das mulheres brancas⁷ em massa no mercado de trabalho e como isso se deu por meio de estreita relação com o movimento feminista.

Conforme analisado por Machado (p. 140), no Brasil, a divisão sexual do trabalho⁸ tem diversas peculiaridades. A terceirização dos afazeres domésticos, por exemplo, que permite à mulher economicamente abastada relegar a outra mulher, economicamente vulnerável, a feitura do que socialmente seria sua responsabilidade. Deve-se destacar,

7 Destaque importante ao salientar que essas mulheres não são todas “as mulheres” na abrangência de classe, raça e condição social. Especifica-se as mulheres brancas, posto que, no que diz respeito às mulheres negras, por exemplo, observam-se outros percalços a serem enfrentados face ao ingresso no mercado de trabalho.

8 Divisão Sexual do Trabalho, conforme explica Kergoat (2003, p. 55) é “a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; esta forma é adaptada historicamente e a cada sociedade. Ela tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apreensão pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares, etc.)”.

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

sobre esse tema, que a mulher que terceiriza as responsabilidades domésticas para poder alçar uma profissão de maior destaque é a mulher branca, de classe média e alta e com formação profissional. Ela transfere para a mulher negra, de origem pobre e pouco estudo, as tarefas que essa mulher negra acumula com as próprias.⁹

Não se pode deixar de associar a mulher enquanto dona de casa ou mesmo quanto recém-ingressa ao mercado de trabalho com Carole Pateman, pois mesmo que a autora compreenda que a mulher, ao participar como trabalhadora na sociedade, conquista situação civil e jurídica pouco mais similar ao homem, ressalta que, ainda assim, elas não são incorporadas aos locais de trabalho nas mesmas bases que os trabalhadores do sexo masculino (PATEMAN, 2020, p. 206).

Daí se observam também inícios de outras diferenças entre homem e mulher, em relação a salários, condições de trabalho etc.

Pateman traz algumas ponderações relevantes ao diferenciar o trabalho livre/emprego do trabalho forçado por alguns motivos: (i) primeiro, ao entender que o trabalhador está numa posição de igualdade em relação ao empregador, como um cidadão livre e igual; (ii) segundo, porque o contrato de trabalho é limitado temporalmente; (iii) terceiro, porque os trabalhadores recebem proteção e os operários recebem um salário, o símbolo da troca voluntária; e (iv) quarto, porque um trabalhador não contrata ele próprio e o seu trabalho, mas sua capacidade de trabalho ou seus serviços, parte da propriedade que ele tem e sua pessoa.

Sob esse aspecto ela se utiliza do termo *escravo assalariado* e esclarece que este está sujeito à disciplina do patrão, mas o espaço de trabalho também está estruturado pela disciplina patriarcal.

Entretanto, no que diz respeito às trabalhadoras mulheres, essas podem ser entendidas como *escravas assalariadas*, no mesmo sentido que os trabalhadores, mesmo não sendo a subordinação do *escravo assalariado* a mesma que a da esposa, podendo relacionar que, no âmbito doméstico, o marido é o patrão, que possui o direito de controle do uso dos corpos sobre as esposas, como se trabalhadoras fossem.

Pateman fez suas críticas baseada em questões estritamente contratuais, argumentando que o contrato de trabalho é uma ficção jurídica na medida em que trata os

⁹ Em 2014, 14% das mulheres ocupadas eram trabalhadoras domésticas, num total de 5,9 milhões. Esse segmento permanece sendo a principal ocupação das mulheres negras: 17,7% delas eram trabalhadoras domésticas. No caso das mulheres brancas, há algumas décadas o emprego doméstico já deixou de ser a principal atividade econômica, ocupando 10% delas, atrás do comércio e da indústria (MACHADO, 2018, p. 140).

seres humanos juridicamente como meras ferramentas ou insumos por abdicar responsabilidade e autodeterminação, as quais os críticos consideram inalienáveis.

Entende-se, portanto, que a sujeição das esposas deriva de sua natureza feminina e porque a divisão sexual do trabalho se estende ao espaço de trabalho, de modo que, se as mulheres pudessem ser reconhecidas como indivíduos sexualmente neutros, donos da propriedade em suas pessoas, se teria a impressão de que a promessa emancipatória do contrato seria realizada.

5. O casamento no Código Civil brasileiro e o entendimento feminista de Pateman

Para as devidas considerações no que diz respeito à capacidade civil e ao nome da mulher, é preciso falar sobre o casamento, pois esse instituto e suas mudanças se refletem, conseqüentemente, nos institutos da capacidade civil e do nome civil das mulheres. E uma das formas para compreender essas evoluções sociais da vida civil das mulheres brasileiras pode ser feita por meio das análises de Carole Pateman, ainda em seu *Contrato Sexual*.

Para Pateman (2020, p. 167), “o poder natural dos homens como indivíduos (sobre as mulheres) abarca todos os aspectos da vida civil. A sociedade civil como um todo é patriarcal. As mulheres estão submetidas aos homens tanto na esfera privada quanto na pública”.

Nesse sentido também é possível observar apontamentos relevantes da autora, que buscou entender a história do contrato sexual, objetivando auxiliar a explicar por que aparecem problemas – que inclusive nunca são mencionados na maioria das discussões contratuais clássicas – específicos nos contratos em que as mulheres “figuram como parte”, nesse caso, do casamento.

As mulheres não participam do contrato originário, já que não desempenham papel nele. Os teóricos contratualistas, a exceção de Hobbes, consideraram o contrato matrimonial como parte do estado natural e, conseqüentemente, questionavam como as mulheres, como seres que não têm capacidade de fazer contratos, podem, contudo, participar continuamente desse contrato.

A grande questão para Pateman em relação ao casamento é compreender que o contrato matrimonial era, na verdade, um contrato de trabalho doméstico que a mulher tinha com o seu marido. A autora construiu seu raciocínio acerca do trabalho

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

doméstico da mulher, demonstrando que a vida social é baseada no contrato sexual, que estabelece o acesso sistemático ao corpo da mulher, e em uma divisão do trabalho na qual as mulheres estão subordinadas aos homens.

Na Inglaterra, por exemplo, nos anos 1950, a esposa tornou-se a única serva na família, mas não só elas eram responsáveis por esses trabalhos nos vínculos familiares. Para além do casamento, para fins de trabalhos domésticos sem pagamento, às demais mulheres da família também era delegada a responsabilidade com o lar.

Nesse sentido, Pateman aponta o caso de Christiene Delphy, uma esposa que contribuiu como assistente de pesquisa (para acadêmicos); faz-se anfitriã (para os homens de negócio); atende os telefones e controla livros (para os pequenos negociantes), e tudo isso sendo dona de casa, sem ser paga por tais serviços possivelmente pagáveis. Pode-se concluir, dessa forma, que o contrato de casamento e a subordinação da esposa como um tipo de trabalhador não podem ser compreendidos na ausência do contrato sexual e da construção patriarcal do homem e da mulher e das esferas pública e privada. Dentre as similaridades do papel desempenhado pela esposa como trabalho, como no caso de Delphy, deve-se, principalmente, ressaltar a similaridade com o trabalho escravo, uma vez que ambos – mulheres e escravizados – servem ao seu senhor.

A autora abordou que, ainda à época da escrita do livro, ao final dos anos 1980, as mulheres já conseguiam obter mais qualificações educacionais e habilidades que as possibilitavam encontrar bons trabalhos. Entretanto, a observação cotidiana revela que poucas mulheres ocupam posições bem remuneradas nas profissões ou nos negócios, uma vez que o mercado capitalista é patriarcal. E, lamentavelmente, essa observação não é exclusiva de uma ou duas áreas profissionais.¹⁰

Mesmo Pateman (p. 207) tendo feito tal observação na década de 1980, essa ainda é pertinente para os dias atuais:

Uma dona de casa não é um trabalhador que por acaso está fora dos locais de trabalho e está submetida a seu marido, ela não é um trabalhador de forma alguma. O trabalho da dona de casa – o trabalho doméstico – é o de um ser submetido sexualmente, que está destituído de controle sobre a propriedade em sua própria pessoa, a qual inclui a capacidade de trabalho.

10 Com intuito de exemplificar tal discrepância existente até hoje, o estudo realizado por Patrícia Bertolin (2017) mostra a ascensão das advogadas ao topo da carreira nos maiores escritórios brasileiros que se estruturam como sociedades de advogados e as dificuldades encontradas por essas mulheres para ascender profissionalmente. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/v47n163/1980-5314-cp-47-163-00016.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

O ingresso das mulheres casadas na força de trabalho remunerada se deu muito depois e, mesmo assim, é possível encontrar maridos que acreditam que essas esposas precisam de sua permissão, ou que devam dar ao marido a autonomia do salário por ela recebido,¹¹ o que hoje, ao menos no Brasil, pode ser combatido por meio da Lei Maria da Penha.¹²

Pateman é clara, o contrato de casamento é, na verdade, um contrato sexual que determina uma relação antes de mais nada política, pois pressupõe a subordinação das mulheres aos homens. Um aspecto pouco mencionado é que o homem (marido) possuía a propriedade do corpo da sua mulher.

Para Rousseau, segundo observou Pateman, a troca da propriedade em sua pessoa, isto é, a força de trabalho pelo salário, submete o trabalhador a uma situação de subordinação e, na verdade, de perda de liberdade.

É possível dizer que o legado dessas mulheres que lutaram por um ‘contrato’ melhor de casamento, é, sem dúvida, importante até hoje para desatar as amarras sociais às quais as mulheres ficaram presas por anos. Sem compreender o quanto a própria ideia de contrato estaria comprometida originalmente com a ideia de contrato sexual e de igualdade entre ‘indivíduos’, não seria possível lutar pela alteração e evolução dessas leis.

6. A capacidade civil das mulheres – do Código Civil de 1916 até a atualidade

Quando da vigência do Código Civil de 1916, a capacidade da mulher estava interligada a seu cônjuge, tornando-a relativamente incapaz, assim como era também a situação dos indígenas, dos pródigos e dos menores, simplesmente por se acreditar na sua inferioridade intelectual.

A capacidade civil faz parte do conjunto de atributos que compõem a personalidade. Segundo César Fiuza (2009), essa é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações. Ainda segundo o autor, a “capacidade

11 Violência patrimonial é qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos.

12 O item IV do art. 70 da Lei Maria da Penha deixa claro: “qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”, o que caracteriza violência patrimonial, sendo o termo, comum entre os juristas, e popularmente chamado abuso financeiro.

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

de Direito é, portanto, o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil” (FIUZA, 2009, p. 128).

A fim de buscar soluções a essa problemática, mesmo após o advento do Código Civil de 2002, uma possível estratégia de resgate da participação das mulheres na construção histórico-política da sociedade é uma análise tanto jurídica quanto social do movimento feminista e das lutas que as mulheres enfrentaram – e enfrentam até hoje – estando inseridas em uma sociedade capitalista patriarcal.

Observou Maria Berenice Dias, em seu texto sobre a mulher no Código Civil, que, mesmo hoje, persistem as prerrogativas de submissão da mulher, posicionamento este oriundo das bases do patriarcado, bem como da divisão de gêneros arraigada na sociedade machista na qual se vive, o que, conforme já se observou, apontou Pateman anos atrás, mesmo que contextualizada em outra sociedade e outro país.

Muito embora estejam salvaguardados direitos para homens e mulheres, antes do advento do atual Código Civil estes não eram igualmente garantidos às mulheres. Estas possuíam capacidade cerceada pela sua condição de gênero, que era diretamente ligada à sua fragilidade e incapacidade intelectual.

As mulheres, ao se casarem, tornavam-se “senhora” do lar, por meio da aderência do sobrenome do marido – devendo-se sempre refletir o *status* de senhora aqui posto, pois, como muito bem abordou Pateman, o casamento reforçou o trabalho doméstico da mulher, sem qualquer remuneração.

Dedicar-se a compreender esses motivos equivale a debruçar-se inevitavelmente não só sobre os estudos jurídicos, sua evolução e a forma como estes vêm sendo aplicados, mas também observar a forma histórica pela qual se deu tal conquista. Esta, de acordo com estudos e percepções de movimentos sociais, deu-se em razão da luta de mulheres precursoras e feministas em prol das demais, zelando pela igualdade de direitos e liberdade entre todos.

Em outros tempos, sob a longa égide do Código Civil de 1916, a capacidade civil da mulher era, por assim dizer, “tutelada” pelo marido, pois, ao se casar, perdia, nos termos do art. 233 do Código Civil de 1916, a capacidade civil plena, pois só podia trabalhar ou realizar transações financeiras se tivesse autorização do marido para tanto.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251) (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962);

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311) (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962);

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277 (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). (BRASIL, 1916).

A mulher nos termos do Código Civil de 1916 detinha, ao lado dos silvícolas, pródigos e menores púberes, capacidade relativa, pois, para gerir os atos da vida civil, necessitava da assistência do marido (BARRETO, 2010).

De acordo com Caio Mário Pereira (2005, p. 263), concomitantemente à ideia de personalidade, a norma jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos seus direitos, bem como para exercê-los por si próprios diretamente ou, em se tratando de incapacidade relativa, quando representados ou assistidos por alguém.

A importância de analisar como ocorreram as evoluções desses institutos, sob ótica feminista, é identificar as problemáticas sociais, buscar combatê-las e continuar a lutar para que esses avanços se mantenham e possam evoluir ainda mais em prol de todas as mulheres.

7. Sobre o nome civil da mulher no direito brasileiro

A obrigatoriedade da adoção do patronímico do marido também estava diretamente ligada às constatações de Pateman quanto ao casamento.

O nome civil é importante instituto que compreende os direitos personalíssimos ou da personalidade, sendo sua manifestação mais expressiva. Este individualiza o ser humano na sociedade, até mesmo após a morte. Em conformidade com o pensamento de grandes autores, tais quais Savigny, Jhering e Clóvis Beviláqua, o nome é a forma pela qual o indivíduo aparece na ordem jurídica. Não é objeto de direito subjetivo, mas de todo um complexo de direito (FIUZA, 2009, p. 139). De acordo com o professor Silvio Venosa (2009), a notoriedade deste é tamanha que não só as pessoas necessitam de sua

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

atribuição, como também firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc.

Ainda conforme Venosa (2009, p. 208) “o nome é um dos meios pelos quais o indivíduo pode firmar-se na sociedade e distinguir-se dos demais”. A questão da nomeação é entendida também como exercício do poder, o que consequentemente pressupõe a obrigatoriedade, seja jurídica ou moral, da adoção pela mulher do sobrenome do marido.

A *igualdade* entre cônjuges não era sequer assimilada pela cultura da primeira metade do século XX e a identificação da norma se dava em função da *diferença* entre mulheres e homens vista como negativa tanto jurídica quanto socialmente. Se o padrão masculino é o que prevalecia em termos de valor jurídico, as diferenças femininas e, pois, das mulheres, só poderiam ser vistas como um desvalor.

Mesmo que o direito ao nome sempre tenha coincidido com a busca por valores referentes à dignidade da pessoa humana, os deveres e direitos advindos do casamento, sob a constância do Código Civil de 1916, sempre receberam tratamento diferenciado no que se referiam às relações jurídicas entre homem e mulher no casamento.

Portanto, quaisquer manifestações em favor do direito pelo nome só assim são pelo direito à identidade. Assim, essa adoção do apelido de família do homem pela mulher, na forma como ocorria à época, feria, diretamente, o princípio da isonomia, mostrando-se as determinações do Código Civil ainda anacrônicas em relação aos princípios constitucionais de igualdade que foram determinados na Constituição de 1988.

Hoje não há mais essa obrigatoriedade, tornando-se facultativa e, ainda, há a possibilidade de o homem adotar o sobrenome da mulher, conforme se observa no art. 1.565 do Código Civil de 2002.¹³

É possível identificar uma crescente utilização pelos homens dessa possibilidade. Segundo levantamento da Associação dos Notários e Registradores do Estado do Paraná (Anoreg-PR),¹⁴ por exemplo, em maio de 2017, foi observado que:

13 Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

14 Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/numero-de-maridos-que-adoptam-sobrenome-da-esposa-cresce-40-978317.htm>. Acesso em: 1º abr. 2021.

[...] Nos últimos cinco anos, houve um aumento de 40% no número de maridos que adotam o sobrenome das esposas. Somente em 2016 foram realizados 1.576 matrimônios com essa prática, ante 1.120 em 2012. Em Londrina o número de homens que adotaram o sobrenome da mulher passou de 42 (2012) para 90 (2016), um aumento de 114%.¹⁵

Mas, ainda assim, em razão do machismo enraizado, o homem que assim o faz é muitas vezes visto como “submisso” à sua esposa e continua a entender que somente o contrário seria possível.

A exemplificar essa situação, interessante analisar reportagem de 2017, do jornalista Vitor Ogawa para o jornal Folha de Londrina, que, em entrevista sobre o tema, isto é, o crescimento do número de maridos que adotam sobrenome da esposa, dois homens entrevistados disseram:

Ao ser informado sobre esse crescimento, o autônomo Eloir Durello Guidis, 63, fez uma careta. “Acho que cada um é cada um. No meu tempo não precisava disso, mas hoje a modernidade está aí. Eu não adotaria o nome de minha esposa. Eu já tenho o meu, já nasci com o meu sobrenome”, aponta, dizendo ser a favor da tradição do País de a mulher adotar o sobrenome do homem.

O caminhoneiro aposentado José Carlos Antero, 54, também acha que não dá certo. “Eu sou criado na roça, sou meio caboclo, e tive uma educação mais rígida. Eu não concordaria. O nome representa tudo para a pessoa”, destaca. Questionado se o nome não representa tudo para a mulher dele também, ele concordou. “Eu tenho filho, e se ele quiser casar e adotar o nome da esposa dele e achar que está certo para ele, eu concordaria e o apoiaria”, destaca.

Curioso reparar o entendimento de homens que viveram ao longo das alterações das leis e como, embora o registro civil esteja atualmente regulamentado supostamente a fim de igualar direitos entre homens e mulheres, ainda assim, os costumes da sociedade tendem a prevalecer.

Deve ser compreendido, portanto, que um longo trajeto de luta foi percorrido pelas mulheres a fim de tornar-se facultativo o uso do patronímico do marido por ela para auferir somente na promulgação da Constituição Cidadã a igualdade de direitos

15 Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2017/05/18/numero-de-maridos-que-adotaram-sobrenome-da-esposa-cresceu-no-parana/>. Acesso em: 1º abr. 2021.

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

prevista. Fato é que a questão do direito da mulher em relação ao nome civil é dada como um traçado da identidade ao longo da história jurídica (SANTOS, 2004).

8. Conclusão

Neste artigo, foram analisados os principais traços de desequilíbrio e assimetria entre mulheres e homens, no tocante a institutos jurídicos civilistas, como o casamento, a capacidade e o nome civil, à luz da teoria feminista liberal de Carole Pateman, descrita em sua obra *O Contrato Sexual*.

Foi possível perceber como, ao longo do tempo, a sociedade brasileira enfrentou barreiras oriundas de problemas de gênero que compõem um sistema patriarcal, ainda não superadas, mas já sendo possível se registrar alguns avanços, ressaltados no decorrer do artigo. Essas barreiras, ao longo da história, têm dificultado a independência da mulher em todos os âmbitos da vida social.

Demonstrou-se a influência do movimento feminista em relação a conquistas de direitos civis das mulheres no Brasil, e como tais conquistas foram positivas perante a legislação pátria. Procurou-se interligar aspectos do direito da personalidade (capacidade civil e nome), bem como o casamento das mulheres, face às tantas atividades por elas exercidas, seja no âmbito privado, enquanto donas de casa, esposas e mães, seja no âmbito público, enquanto trabalhadoras que enfrentam os efeitos da divisão sexual no trabalho sobre o seu trabalho remunerado.

Por meio da análise realizada, é possível concluir que houve grande impacto do feminismo sobre o direito, em especial quando se reflete sobre os aspectos trazidos por Carole Pateman, que renovou a teoria do contrato social clássica, permitiu a compreensão de que o direito não é neutro.

REFERÊNCIAS

- BERTOLIN, P. T. M.; ANDREUCCI, A. C. P. T. (org.). *Mulher, sociedade e Direitos Humanos*. São Paulo: Riddel, 2010, p. 188-210.
- BERTOLIN, P. T. M.; CARVALHO, S. A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la? In: BERTOLIN, P. T. M.; ANDREUCCI, A. C. P. T. *Mulher, Sociedade e Direitos Humanos*. São Paulo: Rideel, 2010, p. 179-210.
- BEAUVOIR, S. de. *O segundo sexo: II a experiência vivida*. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct. Acesso em: 30 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Entrega da carta das mulheres na sessão de 26 de março de 1987, publicada no DANC de 27 de março de 1987*, p. 972. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-constituin-te/carta-das-mulheres-1>. Acesso em: 1º nov. 2020.

CAVALCANTE, I. F. *Uma história da mulher na obra de Lygia Fagundes Telles*. Disponível em: http://www.sbhe.org.br/novo/congressos/cbhe1/anais/065_ilane.pdf. Acesso em: 1º nov. 2020.

DIAS, M. B. *A mulher e o Direito*. Porto Alegre: Publicação eletrônica. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_732\)23__a_mulher_e_o_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23__a_mulher_e_o_direito.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

FANINI, M. A. *Como ficou chato ser moderna, serei eterna: Lygia Fagundes Telles, o feminismo e a academia brasileira de letras*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/2801>. Acesso em: 1º nov. 2020.

GASPARI, L. T. *Educação e Memória: imagens femininas nas “Gêmeas do Iguaçu” nos anos 40 e 50*. 2003. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, Paraná, 2003, p. 31.

KERGOAT, D. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: EMÍLIO, M.; TEIXEIRA, M.; NOBRE, M. et al. (orgs.). *Trabalho e cidadania ativa para as mulheres: desafios para as Políticas Públicas*. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2003. p. 55-63.

LEMOS, A. *Gênero e ciência na ficção científica de Berilo Neves*. 2014. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

MACHADO, M. S. *As mulheres brasileiras e o acesso à educação superior: conquista de autonomia ou reafirmação da desigualdade?*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

MIGUEL, L. F. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 32, n. 93, e329303, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000100503&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 2 abr. 2021.

MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY, J. N.; NERY, R. M. de A. *Código Civil Comentado*. 11 ed. [s. l.]: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2020.

• KAREN MACHADO FREIRE
• PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN

PATEMAN, C. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2020.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RELATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU, 2000. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2000.html>. Acesso em: 2 abr. 2021.

ROUSSEAU, J.-J. *Emílio ou da Educação*. Livro V. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RUIZ, A. *De las Mujeres y el derecho*. Por una teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Ed. Del Puerto/ Fac: Derecho UBA, 2001.

SANTOS, M. G. *Modelo familiar: igualdade e facticidade*. 2004. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

SANTOS, M. G. A isonomia ético-jurídica entre cônjuges e companheiros: uma questão de gênero no direito. In: ASSIS, Z, de. *Família em perspectiva: uma abordagem multidisciplinar*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 157-191.

SANTOS, M. G. O processo de construção da isonomia ético-jurídica entre os gêneros. *Revista Brasileira de Filosofia*. fasc. 230, v. 56, abr.-maio-jun., 2008.

TELES, M. A. de A. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 171.

YAMAMOTO C. T. *A evolução dos direitos das mulheres até a criação da Lei n. 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2217>. Acesso em: 2 abr. 2021.

WOLLSTONECRAFT, M. *Reivindicação dos direitos da mulher*. Tradução Ivania Pocinho Motta. São Paulo: Boitempo, 2016.

A PASSAGEM DO FORDISMO PARA O PÓS-FORDISMO E O IMPACTO SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL*

Luiz Ismael Pereira**

Mariana Resende***

RECEBIDO EM:	15.3.2021
APROVADO EM:	2.8.2021

* Agradecemos as sugestões dos pareceristas anônimos durante o processo de avaliação.

** Professor doutor dos cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Administração, ambos da Universidade Federal de Viçosa (MG). Pesquisa de pós-doutorado em andamento no PPG em Difusão do Conhecimento da UFBA/UNEB/IFBA/UEFS/LNCC/SENAI-CIMATEC. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Políticas na América Latina - DIPAL. Membro do GT CLACSO Crítica Jurídica y Conflictos Sociopolíticos e do Núcleo Interdisciplinar de Estudos de Gênero - NIEG/UFV. *E-mail*: luiz.ismael@ufv.br

*** Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito e Políticas na América Latina - DIPAL. Bolsista do CNPq. *E-mail*: mariana.resende@ufv.br.

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

- **RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo a análise da racionalização da formulação das políticas públicas no Brasil, uma lógica de intervenção fordista, no período de uma economia política de diminuição de gastos, característica do pós-fordismo. O problema da pesquisa está em compreender a forma pela qual se dá a relação entre as políticas públicas de desenvolvimento e setoriais, próprias de um Estado desenvolvimentista e de uma Constituição Dirigente e um momento histórico de abertura dos mercados nacionais no campo de serviços públicos. Objetiva-se analisar a ótica de restrição dos gastos nos serviços públicos em momentos de crise do capital, ainda mais evidenciado durante a pandemia da Covid-19. A metodologia seguiu a técnica de revisão bibliográfica no referencial da teoria da regulação francesa e no debate da derivação do Estado. Conclui-se que os momentos de crise forçaram uma lógica de um Estado regulador a distância com altos custos sociais.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Fordismo; pós-fordismo; políticas públicas.

THE PASSAGE FROM FORDISM TO POST-FORDISM AND THE IMPACT ON PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

- **ABSTRACT:** This work aims to analyze the rationalization of the formulation of public policies in Brazil, a logic of Fordist intervention, in the period of a political economy of reduced spending, characteristic of post-Fordism. The research problem is to understand the relationship between developmental and sectoral public policies, typical of a developmental State and of a Directive Constitution, and a historic moment of the opening of national markets in the field of public services. The objective is to analyze the perspective of restricting spending on public services in times of crisis of capital, even more evident during the Covid-19 pandemic. The methodology followed the technique of bibliographic review in the framework of the French regulation theory and in the debate on the derivation of the State. It is concluded that the moments of crisis forced the logic of a remote regulatory state with high social costs.
- **KEYWORDS:** Fordism; post-Fordism; public policies.

1. Introdução

O ano de 2020 iniciou com a centralidade da discussão sobre a participação do Estado na promoção de políticas públicas de saúde. O estágio pandêmico provocado pelo SARS-CoV-2, causador da doença respiratória Covid-19, forçou a retomada da discussão sobre os gastos públicos para o financiamento da saúde pública, universal e de qualidade (CRODA *et al.*, 2020; LANA *et al.*, 2020; SCHMIDT; MELLO; CAVACANTE, 2020; RAFAEL *et al.*, 2020; MIDDLETON *et al.*, 2020; GEISSLER; PRINCE, 2020). A discussão reascendida, pela primeira vez em décadas, consegue abalar as estruturas do modo de acumulação pós-fordista, como veremos à frente, bem como os meios de atuação para a regulação da vida (KICKBUSCH *et al.*, 2020; MASCARO, 2020; DAVIS *et al.*, 2020).

Nesse contexto, surge a justificativa de se pensar as prioridades dos gastos com as políticas públicas, sendo que, a partir dos estudos científicos e da análise de dados orçamentários no Brasil no período de 1989 a 2016, é possível realizar um acompanhamento da lógica fordista no pós-fordismo brasileiro por meio do exame dos gastos públicos, uma vez que o entendimento orçamentário do país é fundamental para compreender a fiscalização e a concretização das políticas públicas.

O Estado é o principal formulador das políticas de desenvolvimento, pois, em busca da constituição de um sistema econômico nacional, ele introduz a dimensão política no cálculo econômico (BERCOVICI, 2006, p. 143). Segundo Lourdes Sola (1998), o processo de formação de políticas públicas resulta de uma complexa e dinâmica interação de fatores econômicos, políticos e ideológicos, sendo o papel político do Estado central nesse sistema de criação de políticas públicas. Porém, o aumento significativo dos gastos públicos e a redução do poder regulatório do Estado, com expansão da atuação estatal na efetivação das garantias constitucionais básicas da população, é um dos fenômenos constitutivos das sociedades modernas e configuram uma importante problematização teórica na ciência social contemporânea.

A atuação intervencionista estatal nas políticas sociais emergiu no século XIX na sociedade inglesa em virtude do contexto econômico e político vivenciado pelo país e converteu-se, posteriormente, em amplos sistemas de proteção social na Europa e no restante do mundo moderno.¹

1 No campo teórico, sobre a relação entre Estado e as formas sociais reprodutoras de direitos, ou seja, a compreensão da forma política como necessária para a reprodução das relações sociais, cf.: PEREIRA, 2019.

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

De acordo com Boyer (1990; 2009), a teoria da regulação francesa, desde 1980, preocupou-se com questões como a continuidade, as crises e as mudanças históricas das sociedades capitalistas. Por conseguinte, com essa teoria, torna-se possível entender a dinâmica da sociedade capitalista e os processos de transformação ligados a ela. A teoria da regulação voltou sua atenção e análise para o significado das diferentes fases do desenvolvimento capitalista com sua estratégia de valorização, suas formas político-institucionais e suas relações sociais de forças e, nesse contexto, destacou seu estudo para as condições de persistência e desenvolvimento de uma sociedade capitalista atravessada por antinomias estruturais. Dessa forma, ela passou a representar uma alternativa significativa não apenas para a teoria econômica do atual neoliberalismo dominante, mas, também, para as variantes da teoria da modernização e do individualismo metodológico nas ciências sociais.

A presente pesquisa tem como objetivo geral identificar os principais conceitos necessários para a compreensão da lógica da Economia Política existente na atuação do Estado na formulação das políticas públicas, em especial nos modos de regulação fordista e pós-fordista para, então, analisar a ótica de restrição dos gastos nos serviços públicos em momentos de crise do capital.

Para tanto, os objetivos específicos são: a) revisão bibliográfica e análise das referências de uma teoria materialista do Estado em correlação com a teoria da regulação; b) revisão bibliográfica e análise das referências em políticas públicas em interface com o direito; e c) sistematização dos conceitos-chave em ambos os campos de conhecimento.

O problema de pesquisa está relacionado com os meios pelos quais se dá a relação entre as políticas públicas de desenvolvimento e setoriais, próprias de um Estado desenvolvimentista, instituidor de uma Constituição Dirigente (lógica fordista) num momento histórico de abertura dos mercados nacionais para o capital estrangeiro no campo produtivo, financeiro e de serviços, isto é, quando também há a participação forte de particulares nos campos de direitos sociais (lógica pós-fordista).

O debate da teoria da regulação, como referencial teórico, dentro da análise materialista do Estado e do direito, como marco teórico, mostra-se produtivo para compreender, em especial, como essa dinâmica relacional entre dirigismo estatal e atuação do mercado influi na escolha dos campos de atuação das políticas públicas na periferia do capitalismo. O marco temporal para a análise de documentos está entre a estrutura constitucional desde 1988, com a Constituição Federal Brasileira que estabelece

objetivos ao Estado brasileiro, chegando a 2016, quando a promulgação da Emenda Constitucional nº 95 promoveu o congelamento dos gastos públicos com grande impacto sobre as políticas públicas.

2. A teoria da regulação francesa: elementos da passagem do fordismo para o pós-fordismo

Robert Boyer (1990; 2009) aponta que a teoria da regulação francesa, desde a década de 1980, preocupou-se com questões como a continuidade, as crises e as mudanças históricas da sociedade capitalista, gerando uma nova narrativa para o sentido da atuação do Estado na Economia e nas políticas públicas. Por meio dessa teoria, torna-se possível compreender a dinâmica da sociedade capitalista e os processos de transformações ligados a ela, em especial relativas ao próprio modo de produção.

A teoria da regulação deu enfoque para o significado das diferentes fases do desenvolvimento capitalista com sua estratégia de valorização, suas formas político-institucionais e suas relações sociais de forças, e priorizou, também, seu estudo para as condições de persistência e desenvolvimento de uma sociedade capitalista atravessada por antinomias estruturais.

Nos Estados Unidos da América, a partir do período entre guerras e na Europa, após o segundo pós-guerra, houve, historicamente, a progressiva difusão da ideia de intervenção estatal na economia. A crise do liberalismo, do *laissez-faire* e de seu sistema de governo internacional, nas décadas de 1920 e 1930, surgiu como um horizonte imanente da regulação pelo mercado das regulações econômicas e culminou na chamada Grande Depressão. Em decorrência da crise sistêmica do capitalismo e da Grande Depressão, os países europeus, com o intuito de salvar o sistema capitalista, queriam desenvolver meios próprios de economia, buscando a proteção nacional. Em 1933, o Presidente Roosevelt é eleito nos Estados Unidos da América e implementa o *New Deal*, que objetivava restabelecer o mercado, por intermédio da fiscalização do Estado, a especulação na bolsa de valores e aos empresários. Com a derrota da Alemanha, o modelo americano tornou-se referência em um processo de reconstrução das economias europeias intensamente delineado pela ativa intervenção estatal na regulação econômica.

O capitalismo implantou, então - embora de modo diferenciado de acordo com as particularidades de cada país -, toda uma institucionalização salarial, incluindo o desenvolvimento do direito de trabalho e da previdência social (COCCO, 1999). Nesse

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

contexto, foram elaboradas novas normas de produção e consumo. A organização e os contratos de trabalho asseguraram, respectivamente, a demanda permanente para o crescimento da produção (e, principalmente, da produtividade nos diversos ramos da economia) e a distribuição de renda entre a massa de operários (NASCIMENTO, 1993).

Durante esse período, o fordismo foi a característica marcante e se qualificava como um regime de acumulação intensivo, com consumo em massa e produção direcionada basicamente para o consumo interno, sob regulação monopolista. Assim, o fordismo se fundamentou em uma organização do trabalho que combinava os princípios tayloristas pautados na divisão do trabalho manual e intelectual à mecanização, à pesquisa e desenvolvimento e à organização racional do trabalho, isto é, realizou uma articulação entre um regime de acumulação e um modo de regulação da repartição dos ganhos da produtividade. O modelo fordista de regulação implicou, no âmbito de mercados fundamentalmente autocentrados, o surgimento acentuado de formas apropriadas de representação política e integração social dos atores estratégicos do novo modo de produção, ou seja, o Estado-planejador de base fordista-keynesiano se consolidou como dispositivo de integração do conflito social.

Desse modo, dentro do modelo fordista, alcançava-se uma maior produtividade por meio das economias de escala, assim como da desqualificação, intensificação e homogeneização do trabalho (CLARKE, 1991). Em decorrência desse contexto, surge a figura do trabalhador de massa, organizado em sindicatos burocráticos que almejavam e negociavam salários uniformes que cresciam proporcionalmente aos aumentos da produtividade. Os padrões de consumo homogêneos refletiam a homogeneização da produção que forneciam, para o mercado, bens de consumo padronizados. Nessa sistemática, o equilíbrio geral entre a oferta e procura era obtido por meio de políticas keynesianas de macroeconomia, ao passo que o equilíbrio entre salários e lucros era alcançado por meio de acordos coletivos supervisionados pelo Estado.

Conforme Boddy (1990), é possível apontar uma indicação mais geral a respeito da forma do Estado keynesiano-fordista, uma vez que essa não deve ser pensada como a própria de um período de estabilidade política e de regularidades econômicas. Ele infere, portanto, que o Estado planejador é um Estado-crise, ou seja, um Estado produto da crise cuja característica fundamental advém da capacidade de integrar o conflito reconhecendo-o e transformando-o no próprio vetor do crescimento econômico. O modo de regulação fordista, dentro dessa perspectiva, emergiu como um dispositivo endógeno diante da relação salarial onde as regras institucionais possuem apenas um

papel na medida que elas reconhecem e generalizam as relações de força que nesta se determinam (CASTRO; FRANCHINI, 2004). Assim, o consumo e a produção em massa se alimentam de forma recíproca pelas reivindicações salariais e pelo incremento da composição orgânica do capital.

À medida que a produção fordista se aproxima de seus limites, são criados métodos de produção. Dessa forma, a subsequente crise do fordismo promoveu a fragmentação econômica, social e política que originou um novo regime “pós-fordista”. David Harvey (2011, p. 140) explica a passagem, ou transição, do fordismo ao pós-fordismo:

A acumulação flexível [...] é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, novos mercados de trabalho, dos produtos e padrões. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões de desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego do chamado “setor de serviços”, bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas (tais como, a Terceira Itália, Flandes, vários vales e gargantas de silício, para não falar da vasta profusão de atividades dos países recém-industrializados).²

Assim, com a saturação dos mercados de massa, houve uma crescente diferenciação dos produtos com foco na qualidade. Por conseguinte, uma vez que os produtos passaram a obter maior diferenciação, surgiu a exigência de turnos de trabalho mais curtos e, portanto, unidades de produção menores e mais flexíveis. As novas tecnologias desenvolvidas forneceram os meios adequados e aptos a realizar vantajosamente essa produção flexível. Contudo, tal produção demandou máquinas mais flexíveis e de finalidades genéricas e mais trabalhadores “polivalentes”, altamente qualificados para operá-las, isto é, com um grau mais elevado de responsabilidade e autonomia.

2 Como no caso de formações sociais localizadas historicamente, a transição do fordismo para o pós-fordismo sofre da mesma situação. Como Bob Jessop e Ngai-Ling Sum (2006, p. 127) apontam essa característica de incoerência nos caminhos tomados, mas unificados por quatro pautas que tomam configurações diversas a partir dos interesses locais: “States have adopted various strategies in managing the crises in/of Fordism and in promoting a transition to post-Fordism but these strategies are rarely coherent or unchanging. [...] But four basic strategic lines can still be distinguished: neoliberal, neo-corporatist, neo-statist, and neo-communitarian. Elements of these strategies can be combined in different ways, but one is usually dominant, complemented or flanked by others”.

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

Conseqüentemente, uma produção com maior flexibilidade requer mecanismos mais flexíveis de controle de produção que, por sua vez, requerem o desmantelamento das burocracias corporativas. Os interesses de uma força de trabalho mais diferenciada não eram mais representados, de forma eficaz, por sindicatos e partidos políticos fordistas, caracterizados por serem monolíticos e burocráticos. Para essa representação, tornaram-se necessários acordos descentralizados para negociar sistemas de pagamento mais complexos e individualizados que buscavam recompensar a qualificação e iniciativa dos operários (HARVEY, 2011).

Até a crise do fordismo, que ocorreu no final dos anos 1960 e início dos anos 1970, era comum retratar o crescimento econômico como resultado da acumulação de capital, fomentada pelo progresso tecnológico. A denominada família de modelos de crescimento, de natureza ora neokeynesiana, ora neoclássica, promoveu avanços na busca por explicar analiticamente como se desenvolvia, com o passar do tempo, tal processo. Todavia, devido a própria natureza de sua formulação teórica, esses modelos desconsideravam certos aspectos fundamentais para a compreensão da dinâmica do crescimento, por exemplo, as inovações tecnológicas e o ambiente institucional eram considerados elementos exógenos. O legado desses modelos constitui a busca por uma situação de equilíbrio, visto que se invalidava qualquer possibilidade de mudanças estruturais nos parâmetros dos modelos (CONCEIÇÃO, 2002).

A partir da década de 1970, houve um agravamento nos indicadores das atividades econômicas desempenhadas nos principais centros desenvolvidos, ou seja, verificou-se uma retração nas taxas de lucratividade e de produtividade das grandes empresas, revelando a complexidade da crise que se emergia. De acordo com o texto “Trabalho, cidadania e eficiência da regulação econômica”, de Jaime Marques-Pereira, a internacionalização do sistema produtivo a partir dos anos 1970, ao reconfigurar a posição do comércio exterior no regime de acumulação, retirou dos Estados-Nações a margem de manobra monetária que possuíam anteriormente para sustentar uma política expansionista, que subsidiava o progresso do investimento produtivo e do gasto social, validada pelo emprego da população ativa fomentado por meio do Estado do Bem-Estar (MARQUES-PEREIRA, 1998).

Contudo, embora esse modelo de produção pós-fordista promettesse criar as condições necessárias para a prosperidade econômica e a harmonia social, simultaneamente com a oferta de novas oportunidades para a realização humana e o controle democrático, não havia e não há nenhuma garantia de que essas promessas possam ser

alcançadas e concretizadas. A realização do projeto fordista perdurou por quase cinco décadas e teve que superar a oposição política durante todo esse período. Atualmente, as forças sociais e políticas ainda vinculadas a essa velha ordem constituem empecilhos para a concretização de fato do projeto político-econômico proposto pelo modelo pós-fordista, baseado em uma necessidade histórica (CLARKE, 1991).

Nesse contexto pós-fordista, os modelos de crescimento não mais eram aptos a explicar a nova crise capitalista mundial e, devido a isso, foram desenvolvidas outras abordagens que almejavam contemplar os fatores estruturais, sociais e institucionais das mudanças decorrentes da crise como a abordagem neoinstitucionalista, da Nova Economia Industrial, da Economia das Convenções e da Teoria da Regulação, entre outras. O autor Marques-Pereira (1998) ressalta que a Teoria da Regulação se tornou notável no pensamento econômico institucionalista como um mecanismo conceitual mais adequado devido a formalização que realizou do quadro de compromissos institucionalizados, partindo desse pressuposto para explicar a estabilização do crescimento econômico atingido pelas nações desenvolvidas nos “trinta anos gloriosos”. Desse modo, a teoria regulacionista demarcou um quadro de análise das mudanças que define a regulação econômica como uma interação sistêmica entre cinco campos de interesses em que se institucionalizam os compromissos sociais, como a relação salarial e a inserção internacional.

Assim, a Teoria da Regulação, ao afirmar que as condições de uso e remuneração do trabalho consolidadas pelo modelo fordista na organização da cadeia de produção, na produtividade e no desenvolvimento das despesas sociais constituíram a base da adequação entre a dinâmica da oferta e da demanda que promoveu o crescimento econômico, inferiu que os compromissos institucionalizados no regime de proteção social e na relação salarial determinaram o regime de crédito e que, juntamente com o regime de concorrência oligopolística, conformaram uma regulação econômica estabilizadora do regime de acumulação (MARQUES-PEREIRA, 1998).

3. A relação entre escolhas econômicas e a formulação de políticas públicas

A partir dos estudos e debates realizados, percebe-se que o Estado, a partir do próprio conceito de Estado Democrático de Direito que funda a República brasileira e seus objetivos (BUCCI, 2013, p. 38-39), torna-se responsável pelo planejamento dos meios para atingir os objetivos delimitados pelo Constituinte Originário de 1988.

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

Nesse contexto, as políticas públicas constituem um meio necessário e mais eficaz para a efetivação dos direitos de cidadania, ou seja, os direitos civis, políticos e sociais, independentemente da ordem com que possam surgir em determinada sociabilidade. É, então, por meio das políticas públicas, como categoria jurídica, que o Estado permitirá o acesso às garantias fundamentais presentes em vários dispositivos da Constituição Federal (BUCCI, 2006; BUCCI, 2013; SOUZA, 2006).

Outro ponto relevante de discussão refere-se à forte influência do juspositivismo ético, que, além de seguir a lógica dos direitos liberais, constrói um modelo obrigatório e principiológico para o Estado. Os direitos sociais são subordinados, nessa seara, a direitos como liberdade concorrencial e negocial e à igualdade jurídica, isto é, podem ser concretizados se não colocarem em risco a razão própria da autorreprodução do capital internacional.³

Conseqüentemente, há necessidade de formação e compreensão do papel do gestor público na efetivação dos direitos sociais, o qual é responsável por estabelecer as prioridades da atuação do Estado e dos gastos públicos que estão previstos nas leis orçamentárias cujo intuito é racionalizar o orçamento e estudar o desenho institucional.

Ademais, também se configurou como alvo de discussões a multidisciplinariedade das políticas públicas com diversas áreas pilares do Estado, como o Direito, a Política, a Economia, a Saúde Coletiva etc. O Estado é o principal formulador das políticas de desenvolvimento, pois, em busca da constituição de um sistema econômico nacional, ele introduz a dimensão política no cálculo econômico (BERCOVICI, 2006). Segundo Lourdes Sola (1993), o processo de formação de políticas públicas resulta de uma complexa e dinâmica interação de fatores econômicos, políticos e ideológicos, sendo central o papel político do Estado nesse sistema de criação de políticas públicas. Por essa razão, Maria Paula Dallari Bucci (2019) introduziu no direito a visão da política pública, não propriamente como área de conhecimento, disciplina ou campo de análise, mas, sim, como abordagem para a discussão dos mais diversos objetos.

3 Comentando o caso sul-africano de estrutura subdesenvolvida semelhante à brasileira, Henry Bernstein (2006, p. 178-179): diz "Neoliberal ideology promotes deregulation as the expansion of freedom. This is certainly true for capital as deregulation means removing controls on its mobility and operations, including its modes of recruitment and deployment of labour - so-called labour market flexibilisation. It also means, in effect, reducing its contributions to the social income of the workers employed by particular capitals and to the social reproduction fund generally through taxation and government spending on social provision: the redistributive 'transfers' abhorred by neoliberalism. At the same time, of course, the outright or creeping privatisation of public goods represents a massive new frontier for investment and profit by transnational capital in water, energy supply, telecommunications, transport systems, health services, pensions and so on".

A política é institucional e jurídica e, dessa forma, os resultados das políticas econômicas não dependem apenas de sua coerência econômica, mas, também, de sua viabilidade política e das opções institucionais. Tal contexto se torna mais perceptível em relação as políticas de desenvolvimento de longo prazo, cujo objetivo principal é a melhoria das condições sociais da população (SOLA, 1993).

O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos mediante prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal delas. O desenvolvimento econômico e social atrelado à eliminação das desigualdades pode ser considerado a síntese dos objetivos históricos nacionais (BERCOVICI, 2006). “A questão nacional é, essencialmente, a questão colocada pelo conceito de subdesenvolvimento” (OLIVEIRA, 1997).

O subdesenvolvimento exige uma política nacional de desenvolvimento, planejada e de longo prazo, alcançando todos os setores da vida social. No Brasil, o Estado desenvolvimentista se impôs como tarefa a coordenação, dinamização e reorientação das transformações econômicas e sociais (BERCOVICI, 2006).

O que se percebe, contudo, é que as escolhas promovidas pelo Estado intervencionista, tanto no campo econômico como no social (se é possível separar um do outro), demonstram uma relação necessária entre aquele e o modo de produção em que está inserido. “O Estado assume, no fordismo, proeminências ainda maiores que aquelas havidas nas fases anteriores do capitalismo” (MASCARO, 2013, p. 121). A regulação centra nas instituições estatais (capitalismo monopolista), na manutenção das condições de sobrevivências atreladas ao salário (previdência, assistência sociais, políticas educacionais, capacitação para o mercado de trabalho etc.), bem como na sua instituição em padrões mínimos. Ou seja, o Estado mantém as condições básicas de competição no mercado. Por isso, para Mascaro (2020), seria possível caracterizar o próprio Sistema Único de Saúde (SUS), que estrutura os serviços de saúde desde a atenção primária até a alta complexidade, como sendo “semipúblico”.

Será também por meio do Estado que as políticas neoliberais serão implementadas no pós-fordismo. Essas políticas o colocarão como um regulador a distância, com o intuito de separar o prestador de serviços (mercado) daquele que observa e controla as regras de concorrência e de proteção das relações de consumo. Sobre esse regime: i) “o crescimento econômico [impulsionado pelo Estado] representa o empobrecimento para a grande maioria da população” (HIRSCH, 2010, p. 265); e ii) a regulação da produção e transferência de tecnologia, seja nos postos de trabalho,

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

seja na comunicação de massa, tendem a afastar ainda mais a população dos ganhos sociais da globalização.

A tensão existente entre o processo de regulação social e a emancipação humana se constitui em contradição de vital importância nos Estados Nacionais, na medida em que não se tolera a existência de meios de garantia da vida para fora das instituições jurídicas. Essa regulação social a partir e por meio do neoliberalismo está relacionada com a criação de “práticas cotidianas, modos de vida, modos de consumo, relação entre os sexos e o sistema de valores atuais” (HIRSCH, 1999, p. 291). Como muito bem destaca Maria Paula Dallari Bucci (2006), o ordenamento jurídico só pode ser identificado com as próprias instituições, fora dele não há campo de atuação. Os espaços conseguidos pelo chamado pluralismo jurídico são, em regra, espaços de tolerância do direito que acopla determinadas iniciativas, chancela seus resultados, e, por vezes, acredita seus valores ao institucionalizar os movimentos sociais.

O debate atual sobre a pandemia provocada pelo SARs-COV-2 está centrado exatamente neste ponto: de um lado, há partidários da tese de que o mercado, em especial a indústria farmacêutica, é capaz de resolver os problemas contingentes da saúde pública, focando nos desastres econômicos causados pelas políticas de isolamento defendidas por cientistas e pela Organização Mundial da Saúde (OMS); de outro, há os que entendem que o Estado-Governo-Administração Pública (triade institucional) é responsável pela coordenação de forças nacionais e internacionais no combate à crise da saúde, promovendo formas de socorro econômico para empresários e trabalhadores. Em ambas as situações, o cálculo econômico coloca o Estado como o agente que viabiliza a solução ou atua diretamente nos campos da saúde e da economia.

Outras cartas são colocadas na mesa quando se pensa nas escolhas do gestor no processo de formulação das políticas públicas: a quem se presta a política? Como vemos, os objetivos socialmente relevantes e materialmente determinados são o foco de solução das políticas públicas (BUCCI, 2006). Mas esse é justamente o cálculo social e humano que é colocado de lado. Tratando somente do caso nacional, temos as seguintes situações: aglomerações populacionais em habitações com pouco ou nenhum saneamento básico em comunidades carentes; força contratual desigual nas relações de trabalho aprofundadas pela reforma trabalhista aprovada em 2017; falta de equipamentos de proteção individual (EPI) a profissionais da saúde, em regra do gênero feminino; alta taxa de subemprego racialmente determinada que é resultado histórico da

junção de quatro fatores: o processo de desigualdade social, a escravidão e o genocídio negro e indígena, a acumulação privada da terra e da propriedade urbana e, por fim, a dependência econômica.⁴

4. O caso brasileiro: o que aprendemos do período pós-fordista de 1989 a 2016

A Constituição de 1988 promoveu, com a expansão dos gastos da seguridade social, a ampliação da abrangência das políticas públicas em favor de inúmeros grupos que compõem a sociedade brasileira, os quais, historicamente, estiveram à margem dos benefícios produzidos pela expansão da riqueza nacional, com o intuito de reduzir a desigualdade social (ULHÔA, 2017, p. 46). Sob essa ótica:

[...]o sistema de seguridade social visava enfrentar os graves problemas socioeconômicos do país e que estão, ainda hoje, longe de ser superados. Os níveis elevados de concentração da renda, o grande contingente de pessoas vivendo em condições miseráveis e a inexistente capacidade de poupança da maioria da população tornava a seguridade social, baseada na noção de solidariedade e de cidadania, o caminho mais indicado para enfrentar estes problemas. A Constituição de 1988 significou um compromisso claro nesta direção (SANTOS; GENTIL, 2009, p. 153).

Dessa forma, é notável que a Constituição Federal estabeleceu parâmetros que se tornaram imprescindíveis para a constituição e efetivação de políticas públicas de longo prazo, o que pressupõe a incorporação de diretrizes estratégicas às ações de curto prazo declaradas na Lei Orçamentária Anual. Nesse sentido, a Constituição de 1998 determinou no art. 167 (BRASIL, 1988): o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Orçamentária Anual (LOA) (ULHÔA, 2017).

4 Como diz Harvey (2020, p. 21), essa é a linha de frente do enfrentamento ao novo coronavírus: “inações ‘costumeadas’ que estão evidentes em todos os lugares. Para começar, a força de trabalho que se espera que cuide dos números crescentes de doentes é tipicamente altamente sexista, racializada e etnizada na maioria das partes do mundo. Ela reflete a força de trabalho baseada na classe que se encontra, por exemplo, em aeroportos e outros setores logísticos”. Sendo a linha de frente do enfrentamento, ao final e ao cabo, esses trabalhadores estão na ponta mais frágil da corda de proteção social. No 4º trimestre de 2019, a taxa de desocupação entre mulheres era de 13,4%, enquanto entre homens era 9,2%; no mesmo quesito, a taxa entre pessoas pretas era 13,5%, entre pardas 12,6% e entre brancas 8,7%; já o rendimento médio do trabalho principal entre homens era R\$ 2.495,00 e entre mulheres R\$ 1.958,00; no mesmo quesito, pessoas pretas recebiam R\$ 1.639, as pardas R\$ 1.691 e as brancas R\$ 2.261, em média (IBGE, 2020).

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

Desse modo, mostra-se inviável executar políticas públicas de curto prazo sem vinculá-las a diretrizes estratégicas de longo prazo, visto que as ações do poder público devem sempre ser acompanhadas das prioridades e das metas que se almejam (ULHÔA, 2017). As bases fiscais do Estado expandiram o espectro das políticas públicas, com o intuito de mitigar as desigualdades de renda, ampliar o bem-estar e o consumo das classes que detêm um menor poder aquisitivo. Assim, as políticas públicas, especialmente no âmbito fiscal, adquirem relevância, por se tornarem um instrumento de combate aos padrões injustos de distribuição de riqueza (ULHÔA, 2017, p. 18).

A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, criou um sistema de proteção social que envolveria a coordenação da máquina administrativa para uma correlação de forças que atravessaria o campo político (sucessão de governos, multipartidarismo), o legislativo (composição das casas legislativas, aprovação de medidas provisórias, discussão das leis orçamentárias), o social (ampliação dos mecanismos de participação popular, fortalecimento dos grupos identitários, a presença da luta sindical) e o judicial (Ministério Público independente na fiscalização dos gastos e da moralidade administrativa, Poder Judiciário paulatinamente mais atuante no controle de legalidade e constitucionalidade das políticas públicas) etc.

Em uma verificação preliminar nos Plano Plurianuais (PPA) a partir do ano de 1989, é possível verificar que as políticas públicas surgem ainda desconfiguradas como conjunto de ações governamentais nos primeiros governos pós-ditadura, possivelmente devido aos objetivos de reestabelecer bases democráticas após aquele período.

Com Fernando Henrique Cardoso, as políticas sociais passam a ser repensadas em pontos como a redistribuição regional e a articulação federativa proposta pela Constituição de 1988 (ABRUCIO, 2005). Sônia Draibe (2003, p. 71) aponta que houve atenções diferenciadas em ambos os períodos de governo: *promovendo reformas* nos setores do Ensino Fundamental, Previdência Social e Seguro Desemprego; *implementando* as já realizadas na Saúde e Assistência Social; ou *introduzindo* novas reformas no Ensino Médio, Inserção Produtiva e Combate à pobreza (período de 1995-1998); *promovendo reformas* na Saúde; e *introduzindo* no Ensino Infantil e na Transferência de Renda (período de 1999-2002). Em contrapartida, nos setores de infraestrutura, finanças e estrutura financeira, tal atenção no campo social concorreu com a política de diminuição de gastos; a reforma gerencial promovida por Bresser-Pereira, onde o Estado passou a regular por meio de agências, abriu espaço para a atuação da iniciativa privada em campos sensíveis, como a saúde e a educação; bem como a privatização dos

bancos estatais, promovendo o distanciamento da ideologia com a prática constitucional (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 65-67; SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 118-119).

Embora claramente marcado por pautas sociais, as políticas nos governos de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) não conseguiram se distanciar da marca neoliberal e permaneceram dependentes do mercado financeiro internacional. Isso ficou claro no dia 22 de junho de 2002, ponto de virada das eleições daquele ano em que foi lançada a *Carta ao povo brasileiro*. A forte ideologia neoliberal de continuidade de pagamento da dívida pública e juros contraídos com organismos internacionais aponta como compromisso de governo. Mais uma vez, as políticas sociais tiveram forte presença do Estado brasileiro, como no Programa Bolsa Família, Programa Universidade para Todos - Prouni, reforma da previdência e as políticas de correção salarial, acompanhadas de maior autonomia dada ao Banco Central (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 139) e uma reforma do Poder Judiciário promovendo os parâmetros estabelecidos no Documento Técnico n° 319, do Banco Central.⁵

A Emenda Constitucional n° 95 (EC 95), de 15 de dezembro de 2016, concretizou uma mudança constitucional que instituiu um Novo Regime Fiscal (NRF) no país. Esse Novo Regime Fiscal divide o orçamento da União em partes independentes, configurando uma delas o Poder Executivo, que inclui o Ministério da Educação (MEC). De acordo com esse regime fiscal, a partir de 2018 até o ano de 2036, o orçamento do Poder Executivo não poderá sofrer reajustes por percentuais acima da inflação do ano anterior (AMARAL, 2017). A análise das execuções orçamentárias demonstra, claramente, a luta pelos recursos do fundo público na sociedade, tal como evidencia a escritora Marilena Chauí (1999, p. 7), “eis por que a luta política democrática na sociedade de classes contemporânea passa pela gestão do fundo público pelo qual a igualdade se define como direito à igualdade de condições”.

A tendência é que as políticas públicas, gradativamente, percam espaço dentro do sistema econômico e que a capacidade do Estado de intervir na dinâmica capitalista se torne restrita, pois a emenda constitucional n° 95 esvazia as possibilidades de manejar os instrumentos fiscais, com o objetivo de alterar as expectativas dos agentes econômicos, no sentido de incrementar os investimentos privados para

5 Exemplos de análises de políticas públicas setoriais e seus impactos econômicos neoliberais: Pereira, 2015; Belconi, Pereira, 2016; Leite, Pereira, 2016.

- LUIZ ISMAEL PEREIRA
- MARIANA RESENDE

expandir os níveis de emprego e renda e, conseqüentemente, o crescimento econômico (ULHÔA, 2017, p. 207).

Tal tendência se verifica, além do campo das políticas de saúde, no campo da habitação, da educação básica e universitária, entre outros. Com a imposição do teto de gastos, os entes federados tendem a transferir para a iniciativa privada campos de vital importância para a dinâmica dos objetivos socialmente relevantes: produção de material didático; a Base Nacional Comum Curricular do Ensino Infantil e Fundamental (BNCC); desenvolvimento de tecnologia da informação e comunicação (TCIs) para o ensino a distância, ou “Educação 4.0”, que ganhou espaço no debate do isolamento social provocado pela SARs-CoV-2); gestão das Universidades Públicas por meio de Organizações Sociais e o incentivo à captação privada de recursos com estímulo à competitividade, conforme o Programa Future-Se, ainda em elaboração (PEREIRA; EVANGELISTA, 2019; XIMESES, CASSIO, 2019).

Para o aprofundamento no exemplo da atual situação da crise nas políticas públicas de saúde evidenciadas na pandemia da Covid-19, percebe-se que a escolha neoliberal por políticas de austeridade durante o enfrentamento dos problemas de tal magnitude se trata, também, de um dilema ético. No Brasil, vemos, de um lado, o desgaste do Sistema Único de Saúde (SUS) entre o voluntarismo de governos e profissionais da saúde, e, de outro, a criação de uma política de desinformação e resistência a gastos com leitos, aquisição e distribuição de vacinas. Apesar da proatividade de uns, vê-se por trás a agonia do sistema de saúde pública que “está se debatendo”. Trata-se de uma “troca neoliberal de capital para as empresas e a austeridade para os trabalhadores pobres” que no fundo é antiética e inadequada para ideias como a progressividade dos direitos sociais, o desenvolvimento humano completo e o atendimento a partir de critérios de equidade (AHLBACH; KING; DZENG, 2021, p. 205).

Hoje, estamos criando diversos caminhos para dar sentido à encruzilhada histórica provocada pela pandemia da Covid-19. Todos eles passam pela ideia de crise: política, econômica, humanitária, ética ou de justiça social. Em todas elas, há conjecturas para pensar o papel do Estado, das políticas públicas, do modo de regulação e regime de acumulação pós-crise, da barbárie, do comunismo, da social-democracia, do totalitarismo etc. (AGAMBEN, 2020; MASCARO, 2020; WALBY, 2021; ZIZEK, 2020). A partir da realidade brasileira, de uma coisa não podemos escapar: as conseqüências negativas das políticas de austeridade e da lógica de privatização que colonizaram o Estado e a coisa

pública⁶ nos dão condições para pensar sobre um papel em branco, um dever histórico que, hoje, tornou-se urgente.

5. Considerações finais

Assim, a sistematização de tais conceitos, bem como a correlação entre os elementos da Economia Política nas escolhas do Estado periférico a partir da década de 1990 (atrasado em relação aos países centrais), foram de fundamental auxílio para que possamos, na continuidade desta pesquisa, analisar a ótica de restrição dos gastos nos serviços públicos em momentos de crise do capital, em especial como se apresentou na pandemia da Covid-19. Ou seja, verificar em que medida as discussões do referencial teórico encontram os dados quantitativos.

Para tanto, os objetivos específicos foram atingidos:

1. A revisão bibliográfica e análise das referências da teoria da regulação em complemento com uma teoria do Estado (JESSOP; SUM, 2006, p. 376), que tenha por olhos as relações materiais de reprodução social, permitem compreender as escolhas tomadas com base na lógica dos regimes de acumulação do capital, em especial quando falamos do Estado intervencionista. Nas décadas seguintes ao estabelecimento da Constituição Dirigente de 1988, o Brasil passou por um processo contraditório entre estabelecer objetivos para superação do subdesenvolvimento e diminuição das desigualdades, ao mesmo tempo que toma medidas de restrição dos gastos públicos. Portanto, percebe-se que a forma política estatal, de autonomia relativa, encontra dilemas antiéticos na solução dos problemas sociais. A pandemia da Covid-19 tem relevado a persistência desses dilemas com a desidratação do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Vacinação, como no caso da tentativa de aquisição particular de vacinas por empresas.

2. A revisão bibliográfica e análise das referências em políticas públicas em interface com o direito nos auxiliaram a entender essa correlação de forma mais próxima: sendo as políticas públicas de atuação primordial do Estado para a resolução de um

6 Para Martha T. McCluskey (2017, p. 24), a privatização vai além de processos de terceirização do serviço público para a atividade privada, envolve uma lógica de ação dentro da própria Administração Pública, suas intenções, interesses, finalidades, a expropriação da própria eficiência socialmente referenciada: "Privatization consists not only of the outsourcing of government services and regulatory authority to private businesses or to non-governmental organizations. Another method of privatization is the inverse: embedding private authority and private interests into public institutions. Privatization aims not simply to change the institutional location and form of government, but also to change ideas about the public interest and social responsibility".

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

objetivo socialmente relevante e politicamente determinado (BUCCI, 2006, pp. 38-39), a formulação do conjunto de programas governamentais permite entender sua lógica de escolhas econômicas. Esse caminho toma um sentido específico no processo de constituição da regulação no pós-fordismo brasileiro, um caráter de desenvolvimentismo liberal, importando em escolhas pelo aumento do consumo, fortalecimento do capital financeiro, ao mesmo tempo que, ainda que timidamente, propõe atividades de bem-estar;

3. A sistematização dos conceitos-chave em ambos os campos de conhecimento também nos auxiliou a lançar bases para as pesquisas de abordagem quantitativa e qualitativa com a verificação dos gastos públicos dentro do referencial teórico adotado. Isso nos leva a futuras pesquisas que necessitam compreender o panorama dos gastos a partir do empenho e liquidação de gastos em direitos sociais nos anos subsequentes à Constituição Federal de 1988.

A pesquisa permitiu reconhecer o anacronismo existente entre a implementação das políticas públicas de caráter intervencionista, portanto fordistas, na época em que se pleiteia, por força das políticas de mercado, a retirada do Estado no âmbito da regulação dos direitos sociais, caracterizando, portanto, o contexto da lógica pós-fordista.

Outro dado relevante a se concluir é que os conceitos de regime de acumulação e modo de regulação, com base no referencial teórico regulacionista, permitiram a compreensão da lógica da Economia Política existente na atuação do Estado na formulação das políticas públicas. A relevância dessa conclusão está relacionada à lógica de escolhas efetuadas nas crises que tendem ao aumento da restrição dos gastos públicos em setores sensíveis, provocando altos custos sociais em campos sensíveis, como saúde, educação e seguridade social. Esta lógica constrói políticas que colocam o Estado como um regulador a distância, com o intuito de separar o prestador de serviços (mercado) daquele que observa e controla as regras de concorrência e de proteção das relações de consumo.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, p. 41-67, 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=23802405>. Acesso em: 20 abr. 2020.

AGAMBEM, G. *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Macerata: Quodlibet, 2020. E-pub sem paginação regular.

- AHLBACH, C.; KING, T.; DZENG, E. The Covid-19 Pandemic and ethical challenges Ppoded by neoliberal healthcare. *Journal of General Internal Medicine*, v. 36, 2021, p. 205-206. doi: <https://doi.org/10.1007/s11606-020-06316-w>
- AMARAL, N. C. Com a PEC 241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)? Universidade Federal de Goiás: *Revista Brasileira de Educação*, 2017.
- BALCONI, L. R.; PEREIRA, L. I. Direito econômico e políticas sociais: impacto econômico do programa Minha Casa Minha Vida. In: DUARTE, C. S. et al. (org.). *Reflexões acadêmicas para superar a miséria e a fome*. Bauru, SP: Canal 6, v. 1, 2016, p. 332-349.
- BERCOVICI, G. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões para um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agoniada Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas*. v. XLIX, p. 57-77, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24845>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BERNSTEIN, H. Globalisation, neoliberalism, labor, with reference to South Africa. In: SAAD-FILHO, A.; YALMAN, G. L. (ed.). *Economic transitions to neoliberalism in middle-income countries: policy dilemmas, economic crises, forms of resistance*. Abingdon: New York: Routledge, 2006, p. 176-189.
- BODDY, M. Reestruturação industrial, pós-fordismo e novos espaços industriais. In: VALLADARES, L.; PRETECEILLE, E. (org.) *Reestruturação urbana: tendências e desafios*. Rio de Janeiro: Nobel/IUPERJ, 1990.
- BOYER, R. *Teoria da regulação: os fundamentos*. Tradução Paulo Cohen. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.
- BOYER, R. *Teoria da regulação: uma análise crítica*. Tradução Renée Barata Zicman. São Paulo: Nobel, 1990.
- BUCCI, M. P. D. *Elementos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, M. P. D. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430>. Acesso em: 20 abr. 2020. doi: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.430>
- BUCCI, M. P. D. (org.). *Políticas públicas: reflexões para um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASTRO, G. P. C.; FRANCHINI, A. A. *A teoria da regulação: uma revisão*. *Revista Eletrônica de Economia*, ano II, n. 4, 2004. Disponível em: <http://intranet.viannajr.edu.br/revista/eco/art004.asp>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- CHAUI, M. Universidade em liquidação. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 11 jul. 1999. Caderno Mais!, p. 3.
- CLARKE, S. Welfare e experiências neoliberais: crise do fordismo ou crise da social-democracia. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. n. 24. São Paulo, 1991. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200007. Acesso em: 1º ago. 2019.
- COCCO, G. *Trabalho e cidadania: produção e custos na era da globalização*. São Paulo: Editora Cortez, 1999.

• LUIZ ISMAEL PEREIRA
• MARIANA RESENDE

CONCEIÇÃO, O. A. C. *Instituição, crescimento e mudança na ótica institucionalista*. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2002, Série tese FEE, n. 1. Disponível em: http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

CRODA, J. et al. Covid-19 in Brazil: advantages of a socialized unified health system and preparation to contain cases. *Rev. Soc. Bras. Med. Trop.*, v. 53, e20200167, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0037-86822020000101000&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2020. doi: <https://doi.org/10.1590/0037-8682-0167-2020>

DAVIS, M. et al. *Coronavírus e luta de classes*. Terra sem Amos: Brasil, 2020.

DRAIBE, S. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. *Tempo soc.*, v. 15, n. 2, p. 63-101, nov. 2003. doi: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702003000200004>

GEISSLER, P. W.; PRINCE, R. J. *Frontline: Primary Health Care and Covid-19 in Kenya*. Disponível em: <http://somatosphere.net/forumpost/primary-health-care-covid-19-kenya/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. 21. ed. São Paulo: Loyola, 2011.

HARVEY, D. Política anticapitalista em tempos de Covid-19. In: DAVIS, M. et al. *Coronavírus e luta de classes*. Terra sem Amos: Brasil, 2020, p. 13-23.

HIRSCH, J. Globalisation, class and the question of democracy. *Socialist Register*, v. 35, p. 278-293, 1999. Disponível em: <https://socialistregister.com/index.php/srv/article/view/5721>. Acesso em: 19 mar. 2021.

HIRSCH, J. *Teoria materialista do Estado*. Tradução Luciano Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

IBGE. *PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral*. Tabela 6402 - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, total, na força de trabalho, ocupadas, desocupadas, fora da força de trabalho, e respectivas taxas e níveis, por cor ou raça. 2020. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6402>. Acesso em: 20 abr. 2020.

JESSOP, B.; SUM, N.-L. *Beyond the regulation approach: putting capitalist economies in their place*. Cheltenham: Northampton: Edward Elgas Publishing Ltd., 2006.

KICKBUSCH, I. et al. Covid-19: how a virus is turning the world upside down. *BMJ*. 2020, 369. doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.m1336>

LANA, R. M. et al. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. *Cad. Saúde Pública*, v. 36, n. 3, e00019620, 2020. doi: <https://doi.org/10.1590/0102-311x00019620>

LEITE, T. S. C.; PEREIRA, L. I. Políticas públicas de urbanismo, cidadania e dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito (UFU)*, v. 44, p. 1-16, 2016.

MARQUES-PEREIRA, J. Trabalho, cidadania e eficiência da regulação econômica. In: THÉRET, B.; BRAGA, J. (org.). *Regulação econômica e globalização*. Campinas: Unicamp, 1998.

MASCARO, A. L. *Crise e pandemia*. São Paulo: Boitempo, 2020. E-pub sem paginação regular.

MASCARO, A. L. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MCCLUSKEY, M. T. Big government against social responsibility: a vulnerability critique of privatization's public priorities. In: FINEMAN, M.; ANDERSSON, U.; MATSSON, T. (eds.). *Privatization, vulnerability, and social responsibility: a comparative perspective*. Routledge: London: New York, 2017, p. 24-33.

MIDDLETON, J. et al. ASPHER statement on the novel coronavirus disease (Covid-19) outbreak emergency. *Int J Public Health*, 2020. doi: <https://doi.org/10.1007/s00038-020-01362-x>.

NASCIMENTO, E. P. Notas a respeito da Escola Francesa de Regulação. *Revista de Economia Política*, v.13, n.12, abr./jun., 1993.

OLIVEIRA, F. M. C. Viagem ao olho do furacão: Celso Furtado e o desafio do pensamento autoritário brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, SP, v. 48, 1997.

PEREIRA, J. N. P.; EVANGELISTA, O. Quando o capital educa o educador: BNCC, Nova Escola e Lemmann. *Movimento: Revista de Educação*. ano 6, n. 10, p. 65-90, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistamovimento/article/view/32664/18804>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PEREIRA, L. I. Elementos para uma teoria materialista do Estado Latino-Americano. In: BENENTE, M.; NAVAS A., M. (org.). *Derecho, conflicto social y emancipación: entre la depresión y la esperanza*. Buenos Aires: Pasro: CLACSO/Universidad de Nariño: 2019, p. 291-312.

PEREIRA, L. I. O fim da plena educação superior: questões teóricas a partir da comparação dos quadros de políticas públicas do Brasil e Bolívia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, v. 3, p. 144-157, 2015.

PEREIRA, L. I. O impacto do debate do populismo na teoria jurídica das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio et al. *Políticas públicas no Brasil: trajetórias, conquistas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31-52.

RAFAEL, R. de M. R. et al. Epidemiologia, políticas públicas e pandemia de Covid-19: o que esperar no Brasil? *Revista Enfermagem UERJ*, v. 28, p. e49570, abr. 2020. doi: <https://doi.org/10.12957/reuerj.2020.49570>

SAAD FILHO, A.; MORAIS, L. *Brasil: neoliberalismo versus democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018.

SCHMIDT, F.; MELLO, J.; CAVALCANTE, P. Estratégias de coordenação governamental na crise da Covid-19. *Nota Técnica nº 32*. Ipea: Brasília, 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9828/1/NT_32_Diest_Estrat%3%a9gias%20de%20coordena%3%a7%3%a3o%20governamental%20na%20crise%20da%20Covid_19.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

SOLA, L. Estado, transformação econômica e democratização. In: SOLA, L. (org.). *Estado, mercado, democracia*. Política e economia comparada. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

ULHÔA, W. M. M. *O modus operandi do regime fiscal brasileiro no período de 2000 a 2016*. Tese (Doutorado em Economia) - Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2017.

- LUIZ ISMAEL PEREIRA
- MARIANA RESENDE

XIMENES, S.; CASSIO, F. (org.). *Future-se? Impasses e perigos à educação superior brasileira*. Santo André: UFABC, 2019.

WALBY, S. The Covid pandemic and social theory: social democracy and public health in the crisis. *European Journal of Social Theory*, v. 24, n. 1, p. 22-43, 2021. doi: <https://doi.org/10.1177/1368431020970127>

ZIZEK, S. *Covid-19 shakes the world*. New York: London: OR Brooks, 2020. E-pub sem paginação regular.

COMPLIANCE OFFICER: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA ATUAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

José Alberto Monteiro Martins*
Viviane Coêlho de Séllos Knoerr**
Augustus Bonner Cochran III***

RECEBIDO EM:	26.7.2021
APROVADO EM:	19.8.2021

- * Advogado. Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (2019). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (2014). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Universidade da Califórnia, Irvine (UCLA) (2002). Bacharel em Direito com especialização em Direito Empresarial pela Universidade de São Paulo (USP) (1983). E-mail: alberto.moma@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2246-7376>.
- ** Advogada. Realizou estágio pós-doutoral em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC) (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC) (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba/UNICURITIBA. Membro da diretoria do CONPEDI, da Sociedade Paranaense de Letras e do Instituto dos Advogados do Paraná. E-mail: viviane@sellosknoerr.com.br
- *** Professor de Ciência Política no Agnes Scott College, em Atlanta, Geórgia, EUA. Doutor pela Universidade da Carolina do Norte, EUA, em Ciências Políticas, e JD em Direito pela Universidade do Estado da Geórgia, EUA. E-mail: gcochran@agnesscott.edu

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

- **RESUMO:** O foco deste estudo é investigar o histórico, o desenvolvimento e o enquadramento profissional da função do *compliance officer* debatido e utilizado nos Estados Unidos da América, com foco no seu reporte dentro da hierarquia das organizações de grande porte. A metodologia utilizada na presente pesquisa é dedutiva, por meio de pesquisa de doutrina, artigos científicos e de legislação dos EUA. Verificou-se que a função de *compliance officer* não está consolidada no ambiente legislativo dos EUA e também não apresenta um enquadramento em todas as áreas de risco, exceto na área de investimentos em valores mobiliários. Não há uma forma de reporte plenamente livre de conflito de interesses, o que afeta a independência do profissional de ética. O presente estudo oferece como contribuição a divulgação dos debates e conclusões já havidos sobre o tema nos EUA como Estado pioneiro na instituição das atividades de *compliance officer*.
- **PALAVRAS-CHAVE:** *Compliance officer*; atribuição; conflito de interesses.

COMPLIANCE OFFICER: AN ANALYSIS ON ITS PERFORMANCE IN THE UNITED STATES OF AMERICA

- **ABSTRACT:** The focus of this study is to investigate the history, development and professional framework of the function of the compliance officer discussed and used in the United States. The methodology used in this research is deductive, through research on doctrine, journals and legislation of the United States. It was verified that, the function of a compliance officer is not yet consolidated in the legislative environment of the United States and also does not present a general framework, except in the area of investments in securities. The study offers as a contribution the dissemination of debates and conclusions already held on the subject in the United States, as a pioneer State in the institution of compliance officer activities.
- **KEYWORDS:** Compliance officer; job description; conflict of interests.

1. Introdução

O aumento da atenção aos programas de *compliance* e ao tema de ética empresarial e integridade no mundo corporativo refletem a importância prática e crescente do tema. O aparelhamento das empresas aumentou significativamente após escândalos corporativos, mediante a instituição de programas de *compliance* e a contratação de profissionais de ética e conformidade para desenvolver a cultura organizacional da empresa e detectar condutas reprováveis de seus empregados e executivos.

A figura do *compliance officer* é o resultado dessa motivação das empresas em buscar agir corretamente e dentro da lei, com o objetivo de reduzir riscos corporativos e criminais.

O foco deste estudo será investigar o histórico, o desenvolvimento e o enquadramento profissional da função do *compliance officer* debatido e utilizado nos Estados Unidos da América, com foco no seu reporte dentro da hierarquia das organizações de grande porte, nas suas atribuições, na percepção do mercado em vista dos vários escândalos que envolveram grandes empresas entre 1980 e 2010, e na independência de sua atuação no ambiente corporativo.

Delimitar-se-á o estudo para as práticas corporativas e a legislação dos Estados Unidos da América, por ser o Estado precursor na instituição do *compliance* e de todas as implicações que derivam desta disciplina, servindo como referência e fonte de informação e de lições aprendidas para a continuidade do seu aprimoramento por Estados que incorporam o comportamento ético como um valor fundamental nos negócios.

Adicionalmente, a pesquisa limitar-se-á especificamente para empresas de grande porte, majoritariamente sociedades anônimas, listadas na Bolsa de Valores de Nova Iorque, que têm um conselho de administração e a necessidade de manter um departamento de ética e *compliance* institucionalizado, dirigido por um *compliance officer*.

Utilizar-se-á neste estudo, majoritariamente, a expressão *compliance officer*, por representar a denominação mais corrente nos mercados nacional e internacional; e, também, por uma questão de facilidade de entendimento, abarcando as mais variadas expressões que têm o mesmo significado nesse contexto, como profissional de ética, diretor de ética e de conformidade, profissional de conformidade, diretor de integridade, profissional de integridade, diretor de conformidade e profissional de *compliance*, entre tantos outros termos que têm significado similar. Da mesma forma, utilizar-se-á indistintamente as expressões *compliance*, integridade e conformidade; e programa de

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

compliance, programa de integridade e programa de conformidade. A metodologia utilizada na presente pesquisa é dedutiva, por meio de pesquisa de doutrina e legislação dos Estados Unidos da América. As fontes bibliográficas e documentais empregadas consistem na pesquisa de livros, revistas científicas, periódicos e artigos retirados da *internet*, bem como de legislação editada pelo Departamento de Justiça e pela *Securities and Exchange Commission*, ambas dos Estados Unidos da América.

2. As raízes legais e o histórico-cultural do *compliance* nos Estados Unidos da América

Uma revisão da literatura estadunidense sobre as raízes do *compliance* traz a argumentação de que o *compliance* corporativo surgiu no setor privado, no início do século XIX, como um elemento substancial de autorregulação dentro das empresas. A motivação por trás da implementação de estruturas autorregulatórias em empresas é fruto de muitas causas profundas. Bettina Palazzo (2002) aponta que a disciplina parece ter suas origens no princípio religioso do protestantismo, havendo uma relação positiva entre os negócios e a ética, em que se atribui à ética puritana do trabalho, ao enfatizar a laboriosidade e a frugalidade como o poder de levar à salvação.

Ao abordar a aceitação da cultura da integridade pelo mercado e pelo povo em geral, a autora sugere também que, na relação profissional nos Estados Unidos da América, há menos pessoalidade do que entre os europeus, sendo mais fácil para os estadunidenses aceitarem a declaração de normas morais, por exemplo, um código de ética ou um código de conduta emitido por um empregador. Na verdade, como resultado desses desenvolvimentos culturais, a ética do povo estadunidense nos negócios parece muitas vezes ser bastante legalista, de forma que tende a compreender a ética em termos de *compliance* como um certo conjunto de regras universais. A popularidade de diretrizes e princípios nos Estados Unidos da América é inerente a esse entendimento; deste modo, argumenta-se que o histórico cultural da sua conformidade corporativa poderia ser potencialmente rastreado até o início do século XIX, devido à forte denominação religiosa (PALAZZO, 2002).

Geoffrey P. Miller esclarece que o ponto de partida legal inicial da conformidade corporativa pode ser considerada a Lei do Comércio Interestadual de 1887. Em 1890, o impulso para a expansão industrial, a conclusão da rede ferroviária, a necessidade de autofinanciamento das empresas e a necessidade de os banqueiros de investimento

serem financeiramente independentes foram os primeiros pilares das demandas por profissionalismo no capitalismo corporativo nos Estados Unidos; conseqüentemente, este desenvolvimento histórico refletiu em esforços autorregulatórios projetados para eliminar a corrupção corporativa e melhorar os problemas de conformidade dentro das empresas (2014).

As leis de mercado de capitais aprovadas após o colapso dos mercados financeiros nos Estados Unidos, em 1929, são um passo adicional na direção da conformidade. Após a Depressão de 1930, a regulamentação governamental teve uma grande influência no desenvolvimento de negócios corporativos e bancos de investimento. Aparentemente, importantes origens legislativas de conformidade foram estabelecidas nas leis bancárias e de valores mobiliários de 1933.

Na generalidade, em resposta à crise financeira, o colapso dos mercados financeiros e a Depressão na década de 1930 levou o Poder Legislativo dos Estados Unidos da América a aprovar leis exclusivamente na área de mercado de capitais, indicando as primeiras origens da regulamentação de integridade no setor de serviços financeiros. A Lei de Valores Mobiliários, de 1934, conferiu à *Securities and Exchange Commission* (entidade similar à Comissão de Valores Mobiliários do Brasil) uma ampla autoridade sobre todas as dimensões da indústria de valores mobiliários.

Um aspecto que enfatizou a importância da conformidade no mercado de capitais refere-se à obrigatoriedade de o corretor e seus empregados conduzirem os seus negócios de acordo com as suas obrigações legais, regulamentares e profissionais. Inicialmente, a legislação permitia que a *Securities and Exchange Commission* disciplinasse apenas a empresa, ignorando o empregado infrator; entretanto, posteriormente, mediante as alterações da Lei, em 1964, a corretora ou pessoa associada também passou a sujeitar-se a sanções. Desde que as disposições adicionais entraram em vigor, a necessidade de uma função firme, ou seja, de conformidade, foi reforçada. Ademais, a *Securities and Exchange Commission* exigiu que as empresas de serviços financeiros tivessem um departamento de *compliance* e um *compliance officer*. Com o passar do tempo, essa abordagem também se tornou um modelo para as outras empresas. Em conclusão, a principal fonte legislativa de conformidade foi estabelecida nas leis de valores mobiliários que regem o setor de serviços financeiros (FANTO, 2013).

Miriam Baer esclarece que os departamentos de *compliance* e a sua respectiva função de forma independente foram instituídos no início de 1960, no setor de valores mobiliários (2009). Antes daquele período, a responsabilidade pelo cumprimento legal

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

era atribuída aos departamentos jurídicos, e a pessoa responsável pela conformidade costumava relatá-lo ao conselho de administração da empresa (2014, p. 142).

Várias leis federais foram editadas nos Estados Unidos da América nas décadas de 1960 e 1970, como a Lei do Ar Limpo (EUA, 1963) e a Lei da Água Limpa (EUA, 1972), bem como a instituição de um novo órgão administrativo federal, a Agência de Proteção Ambiental (EPA), sugerindo a relevância do *compliance* em várias áreas multidisciplinares.

O escândalo de *Watergate* (1972) pode ser considerado o marco da posição moderna de ética e de *compliance* nos Estados Unidos da América. As consequências do escândalo, que levaram à realização de audiências no Congresso e a investigações sobre pagamentos ilegais, clamaram a atenção do público para as ações antiéticas de empregados e consultores na qualidade de pessoas físicas. Com base nessa investigação, mais de 400 empresas admitiram fazer pagamentos ilegais, o que incentivou o governo federal do país a melhorar o comportamento ético das empresas por meio de legislação. Para esse fim, em 1977, o legislativo aprovou o Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, conhecida internacionalmente por FCPA (EUA, 1977). Os agentes de negócios estadunidenses não fizeram esforços significativos para estabelecer um controle sistemático, até que houve o impacto coletivo de cinco anos de escândalos sem precedentes, no período compreendido entre 1985 e 1990.

Ao tratar desse tema, Michael Josephson esclarece que os escândalos começaram com uma variedade de más condutas e de má gestão na Indústria de Defesa no Pentágono, resultando na nomeação da Comissão Blue Ribbon para estudar a questão. O principal impulso para a realização dos estudos foi o “escândalo das peças de reposição”, que eclodiu em 1985 (2014).

O Congresso dos Estados Unidos da América e o público ficaram indignados ao descobrir que o Pentágono estava pagando preços absurdos por peças de reposição, incluindo uma máquina de café no valor de US\$ 7.622, um martelo no valor de US\$ 435 e um assento de vaso sanitário no valor absurdo de US\$ 600. Ressalta-se que esses valores são históricos; portanto, representariam algumas vezes mais hodiernamente (JOSEPHSON, 2014).

De acordo com a contabilidade do Governo, quase US\$ 37 bilhões foram utilizados na compra de peças de reposição a preços altamente inflacionados. Estranhamente, o episódio não foi considerado um problema de integridade e, de forma insólita, ninguém foi condenado criminalmente. No entanto, o preço exagerado praticado pelos

vendedores e o pagamento absurdamente inflacionado do Departamento de Defesa foram amplamente considerados antiéticos (JOSEPHSON, 2014).

O episódio tratado pela Comissão Blue Ribbon ecoou e expandiu as disposições da FCPA de 1977, intensificando a exigência de controles internos adicionais para prevenir condutas ilegais e antiéticas. Na época, recomendou-se, também, que os contratantes do Ministério da Defesa melhorassem voluntariamente o processo de aquisição por meio de aumento de autogovernança (JOSEPHSON, 2014).

Posteriormente a tal evento, Josephson relata que Jack Welch, então presidente da General Electric, empresa que também vivenciou má conduta corporativa e escândalos, juntamente com os presidentes e empregados de alto escalão de 17 empresas, reuniram-se para formar uma organização voluntária, denominada *Iniciativa da Indústria de Defesa em Ética e Conduta Empresarial*, cujo objetivo era editar um padrão elevado de conduta ética na indústria de defesa; promover o autopolicamento para garantir a conformidade com os padrões éticos, mesmo quando eles excedessem os requisitos legais; e organizar um fórum para compartilhar as melhores práticas em lidar com a ética e a conduta empresarial. A retórica tratou sobre a ética, que é um conceito que claramente abraça a questão, do qual o significado é mais amplo do que a conformidade (2014).

As empresas nos Estados Unidos da América estabeleceram programas de ética por várias razões: a General Dynamics, por exemplo, foi a primeira empresa a instituir uma nova geração de escritórios de ética corporativa em 1985. Na época, a General Dynamics estava sob investigação do Governo por conta de irregularidades no seu faturamento; a empresa, entretanto, estabeleceu um escritório de ética e uma linha direta de ética para que os empregados relatassem problemas éticos anonimamente (MORF; SCHUMACHER; VITTEL, 1999).

Ademais, em 1984, o Congresso estadunidense aprovou uma lei que estabeleceu um conjunto de diretrizes de condenação federal (*Sentencing Reform Act*) (EUA, 2018). Em 1991, o estabelecimento das Diretrizes de Sentenciamento para Organizações pelo Governo do Estados Unidos da América editou a primeira base para as leis relacionadas a programas de conformidade corporativa. Esse foi um marco significativo no avanço do *compliance* corporativo.

As emendas que ocorreram posteriormente, a partir de 2004, impuseram às empresas a responsabilidade pelo programa de conformidade a uma “autoridade governante” ou “pessoal de alto nível” da empresa, concluindo-se que a função de

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

profissional de *compliance* é um componente-chave de um programa de conformidade eficaz (EUA, 2018).

Acrescenta-se que a mencionada lei delineou sete elementos de eficácia, cujos padrões servem como um guia para os executivos garantirem que a conformidade seja efetivamente estabelecida nas empresas; portanto, a lei que editou as Diretrizes de Sentenciamento para Organizações desenvolveu a primeira estrutura de justiça criminal para um programa corporativo eficaz e íntegro. Considera-se esse o ponto de partida legal para as empresas desenvolverem seus programas (GREENBERG, 2012).

Finalmente, ao abrigo da legislação em comento, as empresas poderiam impor multas e penalidades em casos envolvendo crimes corporativos. Como resultado, as diretrizes incentivaram as empresas a elaborar estruturas internas para ajudar a prevenir, detectar e denunciar o comportamento criminoso. Adicionalmente, a legislação oferecia incentivos para que as empresas contratassem profissionais de ética e conformidade.

Os escândalos corporativos do início de 2000 levaram à promulgação da Lei *Sarbanes-Oxley*, denominada internacionalmente de SOX (EUA, 2002), segundo a qual todas as empresas que operam em bolsa de valores nos Estados Unidos da América, bem como as empresas estrangeiras, devem conformar-se. A Lei *Sarbanes-Oxley* introduziu significativas mudanças na legislação de práticas financeiras e de governança corporativa, cujo objetivo foi proposto para estabelecer padrões significativamente mais elevados de responsabilidade corporativa e governança para proteger os investidores.

A Lei *Sarbanes-Oxley* exige que as empresas apliquem as melhores práticas, por exemplo, a aplicação da conformidade com padrões profissionais e o estabelecimento de um código de ética para executivos financeiros. Nesse contexto, referida lei abordou questões relativas ao papel dos executivos corporativos e impôs-lhes novos deveres legais, como a obrigatoriedade de supervisionar as principais tarefas, a conduta cotidiana das atividades da unidade de negócios e garantir que os empregados cumpram as leis e os regulamentos aplicáveis. O foco da Lei *Sarbanes-Oxley* é garantir a aplicação das normas éticas e legais de dentro para fora das empresas, de modo que os empregados, a estrutura e os processos de conformidade possam ser caracterizados como mecanismos de governança interna.

As leis federais editadas neste contexto foram uma resposta à ampla divulgação de suborno corporativo. Além disso, após o colapso das instituições de seguro e de empréstimo, bem como a perda de confiança na integridade do sistema financeiro

estadunidense, novos regulamentos bancários foram promulgados. Finalmente, a crise financeira de 2007 até 2009 acarretou a introdução de atos normativos novos, como a Lei *Dodd-Frank*, de 2010 (EUA, 2010), que concedeu ao governo maior poder para controlar as pessoas que estão encarregadas de prevenir, investigar e punir irregularidades e más condutas dos empregados nas empresas.

Geoffrey Miller pontua que esse desenvolvimento resultou em uma “mudança tectônica” no sistema do Direito consuetudinário estadunidense. No geral, reconhece-se que, hodiernamente, as empresas certamente enfrentam mais problemas de conformidade do que há um século. Em resposta, muitas empresas instituíram procedimentos sólidos para internalizar a aplicação da lei (2014). A função de conformidade evoluiu ao longo do tempo como um componente das iniciativas de autorregulação das empresas, a fim de evitar escândalos corporativos e multas elevadas por conta do quadro jurídico cada vez mais rigoroso.

Devido às crises financeiras, paulatinamente, intensificou-se a edição de leis para coibir a corrupção. Na sequência de uma série de escândalos corporativos de alto perfil, desenvolveram-se departamentos de *compliance* em empresas fora do setor de serviços financeiros (DESTAFANO, 2014). Finalmente, a posição de diretor de integridade foi estabelecida como o resultado dos esforços das organizações para garantir que os empregados não violassem as leis aplicáveis (MILLER, 2014).

3. A origem da função de *compliance officer*

Nos Estados Unidos da América, a função de *compliance officer* atrai muita atenção pública e acadêmica; o ocupante do cargo é reconhecido como o membro de uma profissão. Como regra, os membros de uma profissão estabelecem os seus padrões para desempenhar uma função importante e servir a um objetivo social público.

Como explanado anteriormente, os responsáveis pela conformidade surgiram no cenário corporativo no início da década de 1960, dentro dos departamentos jurídicos. Desde então, os Estados Unidos da América tiveram um aumento significativo na atenção dispensada a essa posição e à quantidade de profissionais atraídos para este novo ramo de atividade. Ao longo do tempo, a função de conformidade desenvolveu-se ainda mais, em resposta aos escândalos corporativos, às mudanças na aplicação da lei e ao novo ambiente regulatório; conseqüentemente, função de conformidade passou a ser o centro das atenções no mundo corporativo (ADOBOR, 2006).

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

O título *compliance officer* apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos na década de 1970, época em que a empresa Cummins, Inc. adicionou uma posição em seu quadro de empregados, cuja descrição de cargo guarda muita semelhança com o diretor de integridade. Além daquele episódio, em 1978, o Congresso dos Estados Unidos da América aprovou a Lei de Ética para o governo, que instituiu o conceito de um profissional de ética dentro de cada agência executiva. No governo, a função começou apenas como uma atribuição técnica limitada, observando-se que os avanços recentes no setor privado se estenderam ao setor público, de forma que as melhores práticas entre os profissionais de ética atualmente incluem muitos procedimentos conectados com o profissional de ética do setor privado.

O crescimento repentino desse novo tipo de líder organizacional serviu de motivo para a constituição, em 1992, da *Ethics Officer Association* (EOA), por Michael Hoffman e Craig Dreilinger (ADOBOR, 2006). A primeira reunião do *Ethics Officer Association* contou com 19 profissionais de ética e revelou a necessidade de uma nova organização e de um novo campo de atividades. Indagava-se, na época, por que simplesmente não fazer parte das Associações de Recursos Humanos.

As audiências governamentais que resultaram nas diretrizes do *United States Sentencing Commission* (EUA, 2018) revelaram que o governo dos Estados Unidos da América não desejava que os profissionais de ética ficassem lotados nos departamentos de recursos humanos, que focavam na capacitação de gerentes corporativos. O governo, em contraste, queria profissionais de ética para enfrentar os gerentes que cometem má conduta e para apropriarem-se da independência profissional para denunciá-los ao governo, caso fosse necessário (ADOBOR, 2006).

Questionava-se, também: por que não participar da *American Corporate Lawyer Association*, a associação interna de advogados? Muitos líderes públicos entendiam que os profissionais de conformidade, membros do Departamento Jurídico, estavam atentos a proteger a empresa de responsabilidades, como uma atribuição típica do mundo dos advogados. Michael Hoffman e Mark Rowe também esclarecem que os profissionais de ética necessitavam de habilidade para escrever com clareza e oferecer treinamento, e essas habilidades não eram ensinadas nos cursos de ciências jurídicas (2010).

Em 1992, os 19 executivos da *Ethics Officer Corporation* decidiram elaborar uma nova organização que definiria o cargo do profissional de ética como uma função corporativa que nunca havia existido antes: “o empregado que trabalha para fazer a coisa

certa e disseminar ética na organização, até mesmo se houver conflito com a alta administração” (HOFFMAN; ROWE, 2010).

Após os estardalhos promovidos pelas empresas World.com, Tyco, Enron e Adelphia no mercado estadunidense e a subsequente dissolução da empresa de auditoria Arthur Andersen, entre os anos de 2000 e 2005, o ceticismo do investidor e o aumento do escrutínio levou a uma outra contabilidade sobre os escândalos corporativos. As empresas de todos os tamanhos responderam prontamente ao contratar consultores de ética, instituir posições de *chief compliance officer*, estabelecer comitês para lidar com reclamações de má conduta e a emitir códigos corporativos de ética (FREEMAN, 2007).

Algumas empresas esperavam que a aparência de um ambiente de negócios ético iria convencer promotores federais em situações desconfortáveis. Essas ações eram frequentemente uma fachada, e pouco se fez para instituir uma cultura organizacional ou influenciar o público positivamente para angariar mais fé na “América corporativa”. Naquela época, os profissionais de *compliance* eram frequentemente chamados de policiais corporativos (FREEMAN, 2007).

A Lei *Sarbanes-Oxley*, sancionada em 2002, conforme mencionado anteriormente, tornou-se rapidamente uma das normas legais mais significativas nas alterações da lei federal de valores mobiliários desde a Grande Depressão. A lei visou a coibir a corrupção corporativa e a buscar a restauração da confiança dos investidores nas corporações dos Estados Unidos da América. Referido diploma legal concentrou-se na divulgação, na gestão de risco, na auditoria e no relato de informações financeiras às comunidades investidoras e à *Securities and Exchange Commission*.

As disposições mais significativas da Lei *Sarbanes-Oxley* tratavam da responsabilidade pelos relatórios financeiros e a função do auditor independente, bem como de relatórios de negociações por *insiders*; relatórios públicos de remuneração do diretor-presidente e diretor financeiro, lucros, independência do auditor e a proibição de empresas de auditoria em oferecer serviços de valor agregado (devido ao conflito de interesses) e de consultoria financeira.

Atualmente, as empresas são obrigadas a ter auditores externos que certificam os relatórios dos auditores internos e dos relatórios financeiros firmados pelo diretor-presidente e diretor financeiro. A Lei *Sarbanes-Oxley* também exigiu que os diretores certificassem pessoalmente a exatidão das demonstrações financeiras, aumentando a sua responsabilidade executiva, pois o envio de declarações falsas poderia resultar em até 20 anos de prisão (DE CELESTINO, 2007).

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

4. O conceito de *compliance officer*

O *compliance officer* tem, majoritariamente, formação jurídica ou empresarial; suas principais atribuições são a elaboração de códigos de conduta, acompanhamento do programa de integridade, realização de programa de treinamentos de integridade e a garantia de que os empregados operem o negócio da empresa em conformidade com a legislação. O *compliance officer* participa esporadicamente de investigações internas de supostas violações por parte dos empregados.

A partir dessas diretrizes mestras, os responsáveis pela ética e conformidade no mundo corporativo estão atentos principalmente em supervisionar a conduta ética de todos os empregados, devendo garantir que as empresas e os seus empregados cumpram todas as leis e regulamentos aplicáveis (FANTO, 2013), observando-se que as tarefas da função de conformidade incorporam o dever e as obrigações de prevenir atividades ilegais por parte dos empregados (MILLER, 2014). Na opinião de Christine Parker (2000), essa posição deve ser uma combinação de políticas de detecção, prevenção e resposta de conformidade.

Edward Freeman esclarece que o profissional de conformidade deve ter autoridade para remediar uma conduta inapropriada com autonomia para impor uma sanção. O profissional deve ter um forte e preestabelecido procedimento para monitorar as atividades de empregados e o compromisso de aplicá-los. A gestão deve fornecer os recursos necessários para ser eficaz, mesmo que seja improvável haver um benefício tangível para a organização. Finalmente, na descrição da função, deve-se enfatizar a vigilância no monitoramento por conduta questionável e a ação antecipada para minimizar o dano causado (2007).

A função de conformidade deve analisar e influenciar as estruturas e as práticas de conformidade da empresa e os custos, os benefícios e os riscos da não conformidade. Sendo assim, foi reconhecido que um *compliance officer* é um indivíduo responsável pela revisão detalhada e pelo monitoramento de procedimentos e políticas de conformidade (ROSEN; PARKER; NIELSEN, 2012, p. 297).

Ademais, observou-se que o *compliance officer* ocupa uma posição delicada entre os negócios da empresa e a regulação a que as atividades da empresa estão submetidas. Por um lado, ele não se dedica aos negócios da empresa, porém, deve entendê-los; por outro lado, ele é responsável por revisar e monitorar procedimentos, políticas, leis e regulamentos de conformidade (FANTO, 2013, p. 2-3). Essas são tarefas de gestão.

O padrão dualístico aplicável ao papel do profissional de conformidade e ética é devido, primeiramente, aos seus deveres de cuidado e, em segundo lugar, ao padrão de responsabilidade. Há uma dualidade inerente ao cargo. O profissional de integridade deve equilibrar a sensibilidade às necessidades do negócio, na medida em que tem a oportunidade de dizer “não” a novas ideias potencialmente lucrativas, se elas resultarem no incumprimento legal. Com base no exposto, infere-se que a função do diretor de conformidade é uma posição de “dupla função”, devido à sua atribuição simultânea de supervisão de negócios e deveres de supervisão.

De maneira geral, dentro da organização, o profissional de ética é responsável por muitas questões relacionadas à ética, apesar de a lista mudar de acordo com a indústria e o Estado em que a organização opere. Uma lista comum de responsabilidades do profissional de ética inclui e/ou previne: (i) as questões gerais de ética empresarial (quebra de promessas ou violação de compromissos; mentira, engano e outros tipos de desonestidade); (ii) a falta de integridade; injustiça; desrespeito; e outras violações dos valores da organização; (iii) a conformidade criminal; (iv) o conflito de interesses, negociação própria e oportunidades corporativas (um empregado utilizando-se de uma oportunidade que pertence à empresa); (v) as práticas comerciais desleais (manipulação de licitações); (vi) a fraude (esquemas financeiros para falsificar a entrada de valores em um relatório de despesas); (vii) as informações confidenciais ou proprietárias (uso impróprio ou utilização de informação pertencente à organização); (viii) suborno e propinas (violação de leis e regulamentos anticorrupção); (ix) presentes e entretenimento (*o lado ético* do suborno, onde um empregado dá ou recebe presentes ou entretenimento de uma forma que pode ou altera a sua tomada de decisão contra o melhor interesse da organização); (x) retaliação (de um empregado contra outro empregado porque este usou a linha de ajuda ou ajudou de outra forma a empresa a identificar aquele que cometeu má conduta); (xi) o uso de ativos da empresa (um empregado que utiliza secretamente vários notebooks pertencentes à organização para administrar seu próprio negócio); (xii) o assédio sexual; (xiii) a discriminação; (xiv) furtos; (xv) a inteligência competitiva, espionagem e outros comportamentos anticompetitivos (violações de leis ou regulamentos antitruste ou apropriação de informações dos concorrentes); (xvi) o favoritismo (promoção de um amigo, embora ele não seja o candidato mais qualificado); (xvii) as informações privilegiadas (negociação de ações fora dos períodos legalmente permitidos (*insider trading*)); e (xviii) as irregularidades contábeis/relatórios imprecisos (ROFFMAN; ROWE, 2010).

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

As questões atuais que os profissionais de ética enfrentam estão divididas em desenvolvimentos positivos e realidades negativas. Entre essas, ocorrem atitudes que têm atormentado os profissionais de ética desde o início: a falta de respeito praticada por líderes da organização aos profissionais de integridade; a cultura enraizada de que o único propósito dos negócios é obter lucro; e, portanto, a não valorização da ética, exceto em raras ocasiões em que se pode aumentar os lucros praticando a ética. Felizmente, a melhor percepção e entendimento da educação ética nas escolas de administração de empresas dos Estados Unidos da América está lentamente modificando esse pensamento; entretanto, ainda há muitos casos de empregados, gerentes e executivos que não entendem, apreciam ou respeitam o profissional de ética ou a função que ele desempenha na organização (MAZUR, 2015).

O *Bureau of Labor Statistics* (EUA, 2020) relata que, em 2018, um total de 319.900 *compliance officers* estavam empregados nos Estados Unidos da América, cuja educação básica típica é o bacharelado. Espera-se que essa ocupação aumente para 338.500 até 2028. Conforme discutido acima, há três razões principais para o estabelecimento da função de executivos de ética e conformidade nos Estados Unidos da América que foram reconhecidas (1) como resposta a uma sequência de escândalos e crises em empresas corporativas; (2) que, desde então e por meio das Diretrizes de Sentenciamento para Organizações pelo Governo dos Estados Unidos da América e a Lei *Sarbanes-Oxley*, forneceram uma estrutura de justiça criminal para impedir e penalizar a má conduta organizacional; e (3) como uma tendência crescente em negócios que promovem, reforçam e incentivem um clima ético são necessários para o desenvolvimento de empresas eficazes e lucrativas (EUA, 2020).

Observa-se, adicionalmente, que a importância da ética no trabalho do *compliance officer* tem sido apoiada por padrões globais recentes. Primeiramente, ocorreram atualizações em 2004 e 2010 nas diretrizes do *United States Sentencing Commission* (EUA, 2016), em que a palavra *ética* foi adicionada à legislação 62 vezes.

Em 2010, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico publicou o seu Guia de Boas Práticas em Controles Internos, Ética e *Compliance*, que destacou a importância da ética pela primeira vez em âmbito global.

Em 2014, a *International Standards Organization* publicou a ISO 19600, uma nova norma sobre a gestão de conformidade que reconheceu a importância da ética nos negócios. A ISO repetiu esse reconhecimento no padrão ISO 37001, que trata do combate à corrupção (MAZUR, 2015). No ano de 2020, também foi possível constatar que há

guias de boas práticas disseminados na *internet* pela maioria das empresas de grande porte e associações comerciais, tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil.

Conclui-se que, nos Estados Unidos da América, o *compliance officer* pode ser definido como um executivo de alto nível, encarregado de gerenciar uma estrutura de conformidade interna eficaz, em estreita colaboração com todos os empregados e a administração. Ele trata diplomaticamente as necessidades do negócio e garante o cumprimento da legislação aplicável. A sua função deve ser eficaz e pode, às vezes, restringir a criatividade e a lucratividade do negócio por meio de regras, procedimentos e monitoramento. Por fim, a natureza e a descrição do cargo de *compliance officer* nos Estados Unidos da América foram definidas como uma função de supervisão e controle (FANTO, 2013, p. 4; ADOBOR, 2006).

4.1 A definição de *compliance officer* editada pela *Securities and Exchange Commission*

Em 1995, a *Securities and Exchange Commission* enfatizou a necessidade de um único ponto de autoridade para supervisionar o programa de conformidade corporativa, observando que o programa somente poderia ser eficaz se o profissional de integridade tivesse autoridade para remediar a conduta inadequada. A sua autoridade deveria incluir a capacidade de sancionar ou, talvez, até demitir empregados desonestos. No mínimo, o profissional de ética e *compliance* deveria ter a capacidade de notificar e acompanhar executivos da alta administração, até que o problema fosse resolvido (FREEMAN, 2007).

As Leis de Mercado de Capitais e de Consultores de Investimento (o *Investment Company Act* e o *Investment Advisers Act*, ambos de 1940) foram alteradas, em 2004, para incluir novas regras que dispõem sobre o que se exige de cada empresa de investimento e de cada consultor de investimento registrado na *Securities and Exchange Commission*: (i) adoção e implementação de políticas e procedimentos escritos para evitar a violação das leis federais de valores mobiliários; (ii) revisão dessas políticas e procedimentos anualmente para verificar a sua adequação e eficácia de sua implementação; e (iii) designação de um profissional de integridade para ser responsável pela administração das políticas e procedimentos. No caso de empresa de investimento, o profissional de conformidade reportar-se-á diretamente ao conselho do fundo. Essas regras foram elaboradas para proteger os investidores, garantindo que todos os fundos e consultores

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

tenham programas internos para aumentar a conformidade com as leis de investimento em títulos federais (EUA, 2015):

C. Chief Compliance Officer

1. Consultores de Investimento.

A Regra 206 (4) -7 exige que cada consultor registrado na Comissão designe um diretor de conformidade para administrar suas políticas e procedimentos de conformidade. O diretor de conformidade de um consultor deve ser competente e bem informado sobre a Lei dos Consultores e deve ser investido de total responsabilidade e autoridade para desenvolver e fazer cumprir as políticas e procedimentos adequados para a empresa. Portanto, o diretor de conformidade deve ter uma posição de antiguidade e autoridade suficientes dentro da organização para obrigar outros a aderir às políticas e procedimentos de conformidade.

A regra 38a-1 exige que cada fundo de investimento nomeie um diretor de conformidade que seja responsável por administrar as políticas e procedimentos do fundo aprovados pela diretoria de acordo com esta regra. O diretor de conformidade deve ser competente e bem informado sobre as leis federais e deve ter total responsabilidade e autoridade para desenvolver e aplicar políticas e procedimentos apropriados para o fundo. O diretor de conformidade de um fundo, assim como o diretor de conformidade de um consultor de investimentos, deve ter senioridade e autoridade suficientes para obrigar outros a aderir às políticas e procedimentos de conformidade.

Em segundo lugar, o diretor de conformidade reportar-se-á diretamente à diretoria. Ele deve fornecer anualmente ao conselho um relatório escrito sobre o funcionamento das políticas e procedimentos do fundo e de seus prestadores de serviços. [...]. Adicionamos uma definição do termo “questão relevante de conformidade” à regra, para esclarecer que o relatório deve informar a diretoria sobre os assuntos de conformidade sobre os quais precisa saber para supervisionar a conformidade do fundo. Terceiro, exigimos que o diretor de conformidade se reúna em sessão executiva com os diretores independentes pelo menos uma vez por ano, sem a presença de mais ninguém (como gestores de fundos ou diretores interessados). A sessão executiva cria uma oportunidade para o diretor de conformidade e os diretores independentes para falar livremente sobre quaisquer questões de conformidade sensíveis que preocupem qualquer um deles, incluindo quaisquer reservas sobre a cooperação ou práticas de conformidade da gestão de fundos.

[...] A Regra 38a-1 proíbe os dirigentes, diretores, funcionários ou seu consultor, subscritor principal, ou qualquer pessoa agindo sob a direção dessas pessoas, de tomar, direta ou indiretamente, qualquer ação para coagir, manipular, enganar ou influenciar fraudulentamente o cumprimento principal do fundo oficial no desempenho de suas responsabilidades de acordo com a regra.

Enfim, colacionou-se acima algumas regras consideradas mais importantes da *Securities and Exchange Commission* sobre a atuação do *compliance officer*, a sua responsabilidade perante os órgãos reguladores e o seu caráter de independência dos demais órgãos da empresa.

Aliado às regras da *Exchange and Securities Commission* acima mencionadas, acrescenta-se o entendimento do Departamento de Justiça dos Estados Unidos sobre a atuação do *compliance officer*, conforme disposto no Guia de Recursos para a Lei de Práticas de Corrupção no Exterior dos Estados Unidos da América, editado pela Divisão Criminal do Departamento de Justiça (DOJ) e pela Divisão de Cumprimento de Legislação da *Securities and Exchange Commission* dos Estados Unidos da América (EUA, 2015):

Supervisão, autonomia e recursos. Na avaliação de um programa de conformidade, o DOJ e a SEC também consideram se uma empresa atribuiu a responsabilidade pela supervisão e implementação do programa de conformidade de uma empresa a um ou mais executivos seniores específicos dentro de uma organização. Esses indivíduos devem ter autoridade apropriada dentro da organização, autonomia adequada da gestão e recursos suficientes para garantir que o programa de conformidade da empresa seja implementado de forma eficaz. Autonomia adequada geralmente inclui acesso direto à autoridade governamental de uma organização, como o conselho de administração e comitês do conselho de administração (por exemplo, o comitê de auditoria). Dependendo do tamanho e da estrutura de uma organização, pode ser apropriado que a responsabilidade operacional do dia-a-dia seja delegada a outros indivíduos específicos dentro de uma empresa. O DOJ e a SEC reconhecem que a estrutura de relatórios dependerá do tamanho e da complexidade de uma organização. Além disso, a quantidade de recursos dedicados à conformidade dependerá do tamanho da empresa, complexidade, setor, alcance geográfico e riscos associados ao negócio. Ao avaliar se uma empresa tem controles internos razoáveis, o DOJ e a SEC normalmente consideram se a empresa dedicou pessoal e recursos adequados ao programa de conformidade, dado o tamanho, estrutura e perfil de risco da empresa.

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

Inferre-se da legislação estadunidense e das práticas do Departamento de Justiça e da *Securities and Exchange Commission* a importância que é atribuída ao cargo de *compliance officer* nas organizações, como forma de fortalecer a cultura de ética da empresa, coibir a má conduta dos seus executivos e empregados e realizar uma gestão de risco adequada.

5. O jogo de força entre os advogados e os demais profissionais de ética na apropriação do cargo de *compliance officer*

Os profissionais de ética enfrentam no mercado dos Estados Unidos da América uma dificuldade adicional nos esforços praticados pelos advogados em controlar o campo de ética e de *compliance*. Os profissionais de ética surgiram a partir de uma realidade em que os profissionais de conformidade (a maioria deles advogados), nas décadas de 1960, 1970 e início dos anos 1980, falharam repetidamente em evitar má conduta corporativa (MAZUR, 2015).

Historicamente, as assessorias jurídicas de muitas empresas desempenharam a atividade de conformidade da empresa devido a mesma ser considerada legal e regulatória. Esse hábito ainda segue comum atualmente, mas a opinião generalizada da doutrina e os costumes empresariais alteraram-se substancialmente nos últimos anos. Hodiernamente, a preferência, especialmente entre as grandes empresas e as indústrias altamente reguladas, é separar a totalidade das funções entre *compliance* e assessoria jurídica, devido a uma crescente consciência de que a conformidade de hoje frequentemente abarca questões muito distantes do estrito cumprimento legal ou regulatório, conceitos como a ética, os valores da empresa e a integridade organizacional, que cobram uma especial relevância (JAEGER *apud* RODRIGUEZ, 2015).

No final dos anos 1980 e na década de 1990, mais de 90% dos profissionais de ética eram advogados; no entanto, esse número tem diminuído anualmente. Em 2014, a *Ethics and Compliance Officer Association* (o novo nome do EOA) revelou que menos da metade de seus membros eram advogados. A advocacia nos Estados Unidos da América tem lutado contra esta perda de poder ao pressionar os diretores jurídicos a convencer os presidentes das empresas de que os responsáveis pela ética devem ser advogados (MAZUR, 2015).

Mazur entende que muitos advogados que atuam como profissionais de ética e *compliance* ignoram as atribuições éticas do trabalho, em um esforço para retornar a

função à sua atribuição original, como um responsável pela conformidade. Para atingir o seu objetivo, a comunidade jurídica e outros profissionais instituíram um grupo comercial - *Society for Corporate Compliance and Ethics* (SCCE, 2017) - para competir com a *Ethics and Compliance Officer Association*. Apesar de ter a palavra “ética” em seu título, o SCCE nunca apresentou um especialista em ética em sua liderança (2015).

6. A importância da atuação independente do *compliance officer*

A contratação de empregados nos Estados Unidos da América é livre; o que significa que as empresas podem demitir empregados imotivadamente, exceto em raras exceções, como a discriminação. Os diretores de ética representam a primeira função interna corporativa em que a sua maior prioridade é “fazer a coisa certa”, mesmo que essa atitude entre em conflito com as ações, por exemplo, do diretor presidente da empresa; ou seja, se o profissional de ética desempenha o seu papel adequadamente, ele deve confrontar o diretor presidente ou os demais executivos que estejam cometendo uma conduta inadequada.

Devido ao mercado de profissionais nos EUA ser tão vasto e rico em oportunidades, há uma maior facilidade para despedir-se um profissional de *compliance* e contratar outro para substituí-lo. Muitos profissionais de ética já foram demitidos por exercerem a sua independência e defenderem posições distintas da diretoria da empresa.

Uma forma de combater esse problema é a contratação do profissional de ética mediante a condição de somente poder ser demitido em circunstâncias específicas, unicamente com a aprovação do presidente do conselho de administração da empresa ou do comitê de auditoria. Embora essa seja uma solução excelente, acredita-se que menos de 5% dos profissionais de ética têm contratos de trabalho firmados que apresentem condições específicas para a sua rescisão.

Como visto, os profissionais de integridade enfrentam o desafio da proteção da independência de sua função, que é uma atribuição única desse profissional. Ao afirmar que um *compliance officer* deve ser capaz de operar independentemente da equipe de gestão da organização em que trabalha, trata-se especificamente da noção de que esse profissional deve ser capaz de desempenhar o seu papel definido sem conflito de interesses. Se a sua função é, pelo menos em parte, proteger os interesses de outros agentes que não os gerentes, tal como acionistas, empregados e clientes, o profissional

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

de integridade deve ser capaz de fazer uma gestão de forma independente e sem conflito de interesses com a gestão organizacional (HOFFMANN; NEIL; STOVAL, 2007, p. 89).

Há ao menos duas áreas na função padrão do profissional de ética em que a falta de independência compromete a sua atuação e a sua posição na empresa. Os conflitos de interesses podem surgir devido (1) à relação de subordinação (ou seja, para quem o *compliance officer* relata as descobertas); e (2) ao poder da gestão da empresa sobre o *compliance officer*.

Primeiramente, é provável que haja um conflito de interesses se o profissional de integridade relatar as suas descobertas diretamente para a gestão da empresa, em vez de relatá-las a uma parte potencialmente independente, como o conselho de administração da empresa. Parece óbvio que, se um profissional de integridade relata potenciais violações éticas diretamente para a gestão da empresa, os ocupantes dos cargos executivos podem ser capazes de silenciar ou manipular tais descobertas antes que elas tornem-se conhecidas por vários agentes corporativos ou órgãos de supervisão, incluindo a diretoria e gerência.

A segunda maneira pela qual o *compliance officer* pode se inserir em uma situação de conflito de interesses seria no evento de um gerente ou diretor ter a capacidade de aplicar pressão, ou seja, imprimir poder sobre o profissional de integridade ao tentar desempenhar as suas funções, na medida em que esse dirigente tenha a faculdade de demitir, definir, promover ou alterar a remuneração do *compliance officer*; ou seja, parece provável que o profissional de integridade possa ser impedido de relatar informações negativas sobre um superior quando o superior tem algum grau de poder econômico sobre o profissional de *compliance*.

Inferese, do exposto, que não há uma situação ideal para o reporte do profissional de ética e *compliance* para que esteja totalmente livre de conflito de interesses dentro da organização, de modo que este alcance a sua plena independência. Busca-se, certamente, o reporte que traga menor possibilidade de conflito de interesses e a maior independência do profissional de ética. Nesse prisma, a melhor alternativa a se considerar seria, independentemente do comportamento ético da diretoria, o reporte diretamente para o conselho de administração. Hoffman *et al.* entendem que o profissional de conformidade teria uma função de maior peso, respeitabilidade e relevância se: (1) fosse admitido/demitido pelo conselho de administração; (2) tivesse a sua remuneração ajustada pelo conselho de administração; e (3) reportasse-se diretamente para o conselho de

administração. Esse procedimento seguramente traria maior proteção para a independência do profissional de ética (2007, p. 92/93).

Atendo-se ao lado positivo, percebe-se uma mudança de atitude nas empresas. Diferentemente da maioria dos profissionais pioneiros de ética e de *compliance*, que se reportavam direta e unicamente ao diretor jurídico da organização, há uma forte tendência a que esses profissionais hodiernamente se reportem diretamente ao diretor presidente ou diretor operacional, ou até mesmo ao comitê de auditoria (Hoffman et al. 2008). Nota-se que essa atual forma de reporte é uma evolução na proteção à independência do profissional de ética; no entanto, ainda não é a melhor alternativa, conforme acima exposto.

O motivador mais forte para essa melhoria originou-se no Escritório do Inspetor-Geral do Departamento de Saúde e Serviços Humanos (OIG) dos Estados Unidos da América, devido às falhas repetidas em programas liderados por diretores jurídicos que antecederam o início da década de 1990, o que pressionou o OIG a determinar que um programa de integridade não poderia qualificar-se como eficaz se o reporte do profissional de integridade fosse realizado ao departamento jurídico da empresa (MAZUR, 2015).

7. Considerações finais

A função de profissional de integridade nos Estados Unidos da América originou-se no século XIX e veio aprimorando-se paulatinamente, até o ponto em que deixou de significar apenas a conformidade com a lei e regulamentos e adquiriu novas atribuições ligadas à ética.

Os escândalos financeiros ocorridos no início deste século foram impactantes, cujos protagonistas foram as empresas Enron, Tyco, World.com e Adelphia entre outras, além da prestadora de serviços de auditoria externa Arthur Andersen. Houve também a edição de leis mais duras para a coibir a corrupção. Nesse aspecto, os programas de integridade e seus agentes principais, os profissionais de integridade, passaram a assumir uma posição de destaque no mundo corporativo, de forma a promover a melhora da cultura ética nas empresas, detectar más condutas e agir preventivamente para a redução de riscos corporativos.

A doutrina estadunidense atentou-se em conceituar a função de *compliance officer* e foi seguida pelas diretrizes do Departamento de Justiça, que passou a mitigar muitas

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

e penalidades para as empresas infratoras que construíram um programa efetivo de integridade, direcionado por um profissional de integridade.

Após muitos debates e experiências negativas acumuladas, conclui-se que os profissionais de ética e conformidade não devem ficar sob a gestão do departamento jurídico, dado que à função de conformidade corporativa acrescentou-se também às atribuições de ética empresarial, ensejando conflito entre as atividades precípua de advogados na defesa de seu cliente e os direcionamentos éticos

Por fim, conclui-se, também, que não há uma situação ideal para o reporte do profissional de ética e conformidade que esteja totalmente livre de conflito de interesses dentro da organização, de modo que o *compliance officer* alcance a sua plena independência. Nesse prisma, a melhor alternativa a se considerar é, independentemente do comportamento ético da diretoria, o reporte direto para o conselho de administração, com o qual o profissional de ética teria uma função de maior peso, respeitabilidade e importância se (1) fosse admitido/demitido pelo conselho de administração; (2) tivesse a sua remuneração ajustada pelo conselho de administração; e (3) reportasse-se diretamente para o conselho de administração. Esse procedimento seguramente traz maior proteção para a independência do profissional de ética.

REFERÊNCIAS

ADOBOR, H. Exploring the Role Performance of Corporate Ethics Officers. *Journal of Business Ethics*. [s.l.], n. 69, p. 57-75, 2006. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-006-9068-7>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BAER, M. Governing Corporate Compliance. *Boston College Law Review*. Newton, Massachusetts, v. 4, ed. 4, n. 4, 2009. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2423&context=bclr>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BAER, M. Governing Corporate Compliance. *Boston College Law Review*. Newton, Massachusetts, v. 50, ed 3, n. 4, 2014. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2423&context=bclr>. Acesso em: 15 ago. 2020.

DE CELESTINO, C. M. Krispy Kreme, Sarbanes-Oxley, and Corporate Greed. *University of Miami Business Law Review*. Miami, California, v. 15, n. 2, 2007. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=umblr>. Acesso em: 15 ago. 2020.

EUA. Foreign Corrupt Practices Act. *Department of Justice*. 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 15 ago. 2020.

EUA. Guidelines Manual Annotated. *United States Sentencing Commission*. 2018. Disponível em: <https://www.ussc.gov/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

EUA. The Role of Chief Compliance Officers Must be Supported. Commissioner Luis A. Aguilar. *U.S. Securities and Exchange Commission*. 2015. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/statement/supporting-role-of-chief-compliance-officers.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

EUA. Department of Justice and Securities Exchange Commission. *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 2012. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

EUA. Sentencing Reform Act. *United States Sentencing Commission*. 2015. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>. Acesso em: 18 ago. 2020.

EUA. USSC. 2016. Disponível em: www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-8. Acesso em: 17 ago. 2020.

EUA. U.S. Bureau of Labor Statistics. 2020. Disponível em: <https://www.bls.gov/opub/mlr/2020/home.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

EUA. *Sarbanes-Oxley Act of 2002*. Public Law p.107-204 30 jul. 2002. Disponível em: https://pcaobus.org/About/History/Documents/PDFs/Sarbanes_Oxley_Act_of_2002.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

EUA. *Dood-Frank Wall Street Reform and Consumer Act*. Public Law 111-203 de 21 de julho de 2010. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

FANTO, J. Surveillant and Counselor: A Reorientation in Compliance for Financial Firms. *Brooklyn Law School, Legal Studies*. [s.l.], paper n. 358, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2321317. Acesso em: 15 ago. 2020.

FREEMAN, E. H. Regulatory Compliance and the Chief Compliance Officer. *Information Systems Security*. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/10658980701805050>. Acesso em: 16 ago. 2020.

GREENBERG, M. *Corporate Culture and Ethical Leadership Under the Federal Sentencing Guidelines*. What Should Boards, Management, and Policymakers Do Now? 2012. Disponível em: https://www.rand.org/pubs/conf_proceedings/CF305.html. Acesso em: 15 ago. 2020.

HOFFMAN, M.; ROWE, M. The Ethics Officer as Agent of the Board: Leveraging Ethical Governance Capability in the Post-Enron Corporation. *Research Gate*, [s.l.], 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/W_Hoffman/publication/254784641_Ethics-Officers/links/56fc177508ae8239f6dc448b/Ethics-Officers.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

HOFFMAN, W. M.; NEIL, J. D.; STOVAL, O. S. An Investigation of Ethics Officer Independence. *Journal of Business Ethics*. Berlim, Alemanha, n. 78, p. 87-95, 2008. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-006-9312-1>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MILLER, G. P. The Compliance Function: An overview. *NYU Law and Economics Research Paper*. Nova Iorque, n. 14-36, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2527621>. Acesso em: 15 ago. 2020.

JAEGER, J. *apud* RODRIGUEZ, M. T. *Legal Compliance: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa*. In: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidade Carlos III de Madrid, 2015, pp. 935-948. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/29407557.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

- JOSÉ ALBERTO MONTEIRO MARTINS
- VIVIANE COELHO DE SÉLOS KNOERR
- AUGUSTUS BONNER COCHRAN III

JOSEPHSON, M. History of the Integrity, Ethics and Compliance Movement: A cautionary tale for CEOs and corporate directors. *Ethikos*. Minnesota, EUA, jan./fev., 2014 Disponível em: <https://assets.corporatecompliance.org/portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-01-ethikos-josephson.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

MAZUR, T. C. Ethics Officers. *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*. Springer International Publishing AG, [s.l.], 2017. Disponível em: http://springer.iq-technikum.de/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-31816-5_2378-1.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020.

MORF, D.; SCHUMACHER, M.; VITELL, S. A Survey of Ethics Officers in Large Organizations. *Journal of Business Ethics*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 2000. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1006000131803>. Acesso em: 16 ago. 2020.

PALAZZO, B. US-American and German Business Ethics: An Intercultural Comparison. *Journal of Business Ethics*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 2002. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1023/A:1021239017049.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PARKER, C. The Ethics of Advising on Regulatory Compliance: Autonomy or Interdependence? *Journal of Business Ethics*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 2000, n. 28. Disponível em: <http://link.springer.com/content/pdf/10.1023/A:1006396809305.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ROSEN, R.; PARKER, C.; NIELSEN, V. L. The Framing Effects of Professionalism: Is There a Lawyer Cast of Mind? Lessons from Compliance Programs. *Fordham Urban Law Journal*, v. XL, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283356. Acesso em: 15 ago. 2020.

SCCE. *Society of Corporate Compliance and Ethics*. 2017. Disponível em: www.corporatecompliance.org/AboutSCCE/SCCEEmployees.aspx. Acesso em: 16 ago. 2020.

PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO PRIVADO ALEMÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

RECEBIDO EM:	22.7.2021
APROVADO EM:	28.8.2021

* Livre-docente e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Professor universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de direito civil, direitos intelectuais e direito do consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Foi delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos juizes federais de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, e diretor acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo. *E-mail:* lezanini@jfsp.jus.br

• LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI

- **RESUMO:** O presente texto realiza um estudo panorâmico da evolução histórica do direito privado alemão, com destaque à sua relevância para o direito brasileiro. Para tanto, utiliza-se de metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e legislativa. O trabalho parte da recepção do direito romano pelos estados germânicos, passando pelo período influenciado pelo Iluminismo, pelo surgimento da Escola Histórica e da Ciência das Pandectas, bem como pela Jurisprudência dos Interesses. O artigo analisa o movimento de codificação que culminou com a criação do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) e os desenvolvimentos do direito privado ocorridos durante a República de Weimar, na ditadura nacional-socialista, bem como após a Segunda Guerra Mundial até os dias atuais. Examina-se, brevemente, a situação do direito privado na Alemanha Ocidental, na Alemanha Oriental e após a reunificação do país. Por fim, a pesquisa aborda a europeização do direito privado.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito privado; história do direito; direito privado alemão; codificação; europeização do direito privado.

HISTORICAL OVERVIEW OF GERMAN PRIVATE LAW AND ITS IMPORTANCE FOR THE DEVELOPMENT OF BRAZILIAN PRIVATE LAW

- **ABSTRACT:** This article conducts a panoramic study of the historical evolution of German private law, highlighting its relevance to Brazilian law. Therefore, it uses a descriptive and deductive methodology, based primarily on bibliographic and legislative research. The text starts from Romans law reception by the Germanic states, going through the period influenced by the Enlightenment, the emergence of the Historical School, the Science of Pandects, and the Jurisprudence of Interests. It analyzes the codification movement, which culminated in the creation of the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), and the developments in private law, that occurred during the Weimar Republic, in the National Socialist period, after the Second World War, and the present day. The situation of private law is briefly examined in West Germany, in East Germany, and after the country's reunification. Finally, the research addresses the Europeanization of private law.

- **KEYWORDS:** Private law; legal history; German private law; codification; Europeanization of private law; civilian tradition.

1. Introdução

A história do direito privado alemão é um campo de pesquisa muito importante, amplo e desenvolvido, que certamente não comporta um estudo exaustivo em apenas um artigo. O estudo aprofundado dessa temática demandaria inúmeros volumes e esse não é logicamente o objetivo deste texto.

De fato, o presente artigo objetiva realizar um estudo panorâmico da evolução histórica do direito privado alemão, o que guarda relação com a compreensão do próprio direito privado brasileiro, especialmente as codificações pátrias. É que ao contrário do que muitos podem pensar, o direito privado alemão foi e continua sendo fonte de inspiração para o direito privado brasileiro, o que decorre não somente da recepção do direito romano pelos estados germânicos, mas também pelos desenvolvimentos jurídicos ocorridos nos séculos XIX e XX, que levaram muitos juristas brasileiros a admirar e a difundir o modelo alemão.

Ao mesmo tempo que informa, a análise da evolução histórica do direito privado alemão também busca colocar em evidência que muitas das soluções jurídicas brasileiras são, em realidade, adaptações de institutos jurídicos desenvolvidos pelo direito alemão. Igualmente, são feitos alguns apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos, que certamente permitirão uma melhor compreensão do direito privado brasileiro.

Ademais, vale notar que se trata de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e legislativa.

Por conseguinte, estuda-se a evolução histórica do direito privado alemão para que se compreenda melhor o direito privado brasileiro, o qual, diferentemente do que se passou em outros países da América Latina, teve sua formação fortemente influenciada pelos alemães. Aliás, mesmo em livros alemães encontra-se facilmente menção a essa influência (SCHMIDT, 2009, *passim*).

2. Os quatro grandes períodos da história alemã

A história jurídica alemã pode ser dividida de diferentes maneiras. Entre elas, é muito difundida a divisão em quatro grandes períodos. O primeiro desses períodos se inicia no ano de 962 e vai até 1648, dominado pelo Sacro Império Romano-Germânico e marcado pela recepção do direito romano. O período seguinte vai de 1648 até 1871, com o predomínio de vários grandes estados alemães e o aparecimento das primeiras codificações. O próximo período vai de 1871 até 1945, com destaque para a união da Alemanha em torno da Prússia e o surgimento da grande codificação do direito civil. Por fim, o último período vai de 1945 até a atualidade, e é representado pelo nascimento de uma nova Alemanha, democrática e equilibrada, que toma suas dimensões definitivas em 1990 (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 16).

3. A recepção do direito romano

Como a maioria dos sistemas jurídicos da Europa continental, o direito alemão foi profundamente marcado pela recepção do direito romano, movimento que se iniciou no século XII, após a redescoberta das compilações de Justiniano. Nesse processo, denominado recepção do direito romano (*Rezeption des römischen Rechts*), foi importante a influência do Sacro Império Romano-Germânico (*Heiliges Römisches Reich*), fundado no ano de 962 d.C., quando Otton I foi coroado imperador pelo papa João XII (EISENHARDT, 2008, p. 77).

A recepção do direito romano foi um fenômeno que ocorreu não somente na Alemanha, mas também em toda a Europa, de norte a sul e de leste a oeste, com exceção da Inglaterra e do País de Gales. Apesar da dimensão da recepção, é certo que a influência do direito romano foi bastante variada, podendo-se dizer, em princípio, que ela foi mais forte nas regiões ao sul do que nas localidades ao norte da Europa (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 10).

Entre os povos germânicos, é importante notar que a recepção do direito romano foi bastante vigorosa, tomando dimensões de uma verdadeira “invasão”.¹ Realmente, isso se deve ao fato de que se decidiu, por volta de 1500 d.C., abandonar os

1 Recepção significa receber ou assumir ideias ou bens culturais estrangeiros. Ocorre que, na Alemanha, é importante notar, não foi adotado diretamente o direito romano clássico ou o direito do período de Justiniano, mas sim o *ius commune* do final da Idade Média (MEDER, 2008, p. 223).

costumes medievais e receber o direito romano como direito nacional. Assim sendo, a influência do direito romano entre os germânicos foi muito marcante (CAENEGEM, 1995, p. 3).

Os estudiosos apresentam múltiplas causas para explicar o fenômeno da recepção do direito romano pelo Sacro Império Romano-Germânico, valendo destacar, entre elas, as seguintes: a) a fraqueza do poder imperial; b) direitos locais não adaptados às novas necessidades econômicas e sociais do fim da Idade Média (WITZ, 2018, p. 9); c) a ausência de uma justiça imperial poderosa, que poderia ter elaborado um direito comum germânico, não obstante a existência de coleções de costumes,² entre as quais merece destaque o Espelho da Saxônia (*Sachsenspiegel* - 1215-1235).³

Outrossim, existe um importante fator de ordem ideológica e política: é que o direito romano não era sentido como um direito estrangeiro, uma vez que o Sacro Império Romano-Germânico se entendia como continuador do Império Romano (*translatio imperii*) (MEDER, 2008, p. 223). Ora, se o imperador alemão era então considerado imperador romano, consequentemente o direito romano era tido como direito imperial (ZIMMERMANN, 1996, p. 2). Além disso, o direito romano tinha condição de oferecer um rico leque de conceitos e modos de raciocínio, os quais podiam ser aplicados racionalmente a problemas complexos (WITZ, 2018, p. 10).

Nesse contexto, dado o caráter bastante primitivo e a falta de unidade do direito consuetudinário, os jovens juristas alemães tomaram o caminho das universidades italianas, em particular a Universidade de Bolonha (fundada em 1100), onde estudaram o direito romano através das compilações de Justiniano.⁴ Esse interesse pelo direito romano foi encorajado pelo próprio imperador, que pretendia retomar a tradição romana, considerando que o direito romano tinha vocação para ser o direito do Sacro Império Romano-Germânico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

Assim sendo, foram os juristas eruditos, formados nas universidades italianas - e, a partir do século XIV, nas universidades alemãs - que contribuíram para a propagação

2 A situação na Alemanha contrasta com a da França, onde o direito consuetudinário permaneceu preponderante, especialmente na metade norte do país, região em que a redação dos costumes foi imposta pelo decreto real de Montil-lès-Tous (1434) e foi realizada durante o Século XVI (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

3 As coleções de costumes surgiram principalmente no século XIII, entre as quais o *Sachsenspiegel*, elaborado por Eike von Repgow, ganhou especial popularidade (LEIPOLD, 2010, p. 15).

4 Os livros jurídicos de Justiniano (*Institutas*, *Digesto* ou *Pandectas*, *Código* e *Novelas*) tornaram-se objeto de pesquisa e ensino desde a alta Idade Média, primeiro na Itália, depois em Paris e, finalmente, também nas universidades alemãs (WOLF; NEUNER, 2016, p. 84). O *Digesto* contém uma coleção de fragmentos de escritos dos juristas romanos, particularmente do primeiro ao terceiro século d.C. (ROBBERS, 2017, p. 148).

da aplicação do direito romano.⁵ Foi o apogeu do direito dos juristas (*Juristenrecht*), que levou, progressivamente, à imposição do direito romano como *ius commune* (*gemeines Recht*) do império, fenômeno que ocorreu do século XV ao início do século XVI. A partir do século XVI foi desenvolvido o “*usus modernus Padectarum*”, bem-sucedido em fazer coexistir o direito romano com os direitos locais, tanto no plano teórico como no prático (WITZ, 2018, p. 10).

Dessa forma, a recepção do direito romano teve importância inegável no direito alemão moderno, o qual tem, paradoxalmente, um caráter mais romano e menos germânico (CAENEGEM, 1995, p. 3). Ela foi mais sentida no direito das obrigações e no direito das coisas, bem como em certos aspectos da teoria geral do direito (particularmente em relação à capacidade jurídica e no que toca às pessoas jurídicas e fundações). Em contrapartida, essa recepção foi limitada no âmbito do direito de família e das sucessões (WITZ, 2018, p. 10). Ademais, vale notar que a recepção do direito romano conduziu os juristas alemães a seguir uma abordagem científica (*Verwissenschaftlichung*) na prática jurídica, o que perdura até a atualidade (MEDER, 2008, p. 226).

4. O direito natural moderno e o Iluminismo

Na Grécia Antiga já se conhecia um direito natural que se postava acima do direito positivado, cujo fundamento se encontrava na natureza ou na ordem divina (MEDER, 2008, p. 239). Nos séculos XVII e XVIII, entretanto, em função do Iluminismo, considerado o grande movimento intelectual e cultural da Europa daquele período, viu-se a eclosão e o apogeu de uma Escola Moderna do Direito Natural.⁶

Na Alemanha, esse movimento do pensamento é denominado Escola do Direito da Razão (*Vernunftrecht*), uma variante da Escola do Direito Natural. Samuel Pufendorf (1632-1694), nascido na Saxônia, está entre os expoentes dessa escola, sendo considerado como sucessor de Hugo Grotius (1583-1645), Christian Thomasius (1655- 1728) e Christian Wolff (1679-1754).

5 Em 1348, foi fundada a primeira universidade no território do Sacro Império Romano-Germânico, em Praga, que na época era a capital do imperial (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

6 Vale notar que não se pode mencionar exatamente a existência de uma escola no sentido acadêmico, “visto que, paralelamente a algumas características comuns, cada um dos expoentes dessa orientação de pensamento formou-se por conta própria e exprime ideias e posições específicas; há de comum nesses autores o papel central atribuído à elaboração de uma doutrina e de um sistema: teorias que têm a ambição de não apenas de justificar o fundamento teórico do direito natural, mas de delinear dentro de um quadro sistemático os conteúdos de suas regras tanto no campo do direito público como no campo do direito privado” (SCHIOPPA, 2014, p. 237).

A Escola do Direito Natural seguia um raciocínio quase matemático, princípios gerais fundados na razão e na natureza humana, bem como um corpo de regras sempre mais preciso, formando um conjunto piramidal coerente e racional (CAENEGEM, 1995, p. 9). Procurava estabelecer certezas objetivas e universais, que seriam válidas para toda a humanidade, assim como imutáveis (EISENHARDT, 2008, p. 183-184).

Nas universidades, prevaleceu um método de pensamento racional e abstrato, falando-se na passagem do *Juristenrecht* para o *Professorenrecht*, isto é, o direito dos professores, que teve o efeito de liberar a ciência do direito privado de seus vínculos de princípio com as fontes romanas e com as velhas autoridades (WITZ, 2018, p. 11). Também serviu, no século XVIII, como poderoso instrumento na luta contra o Antigo Regime, uma vez que o direito natural era constantemente invocado para justificar as novas normas e os novos sistemas (CAENEGEM, 1995, p. 145).

Não obstante ter se verificado a incapacidade de realização da sua vocação universal, é certo que a Escola do Direito Natural deixou herança bastante importante no plano da sistemática e dos conceitos do direito privado, o que foi imprescindível para a elaboração da Parte Geral do BGB. De fato, essa escola forjou as noções fundamentais de declaração de vontade, de ato jurídico e de direito subjetivo. Outro importante legado é a crença nas virtudes da lei e da codificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 146).

5. Os códigos do Iluminismo

Nos territórios de língua alemã, a modernização da legislação e a promulgação de códigos foi obra de déspotas esclarecidos, que tinham o objetivo de promover a unificação dos seus domínios.

O primeiro código importante do período, no âmbito do direito privado, foi o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756. O código bávaro refletiu “o direito da razão”, o que fica evidente pelas soluções dadas às questões controvertidas, bem como pelo emprego de uma língua alemã clara e compreensível (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 135). No entanto, a despeito da codificação de direito privado poder ser vista como o início de reformas iluministas, garantindo maior segurança jurídica e dando mais elevado grau de previsibilidade à administração da justiça (EISENHARDT, 2008, p. 199), ainda seguiu a tradição de atribuir um papel suplementar ao direito comum (*ius commune*) (CAENEGEM, 1995, p. 125).

Na Prússia foi promulgado o Código Geral dos Estados prussianos (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten - ALR*), de 1794, que não se limitou ao direito civil, encampando toda a ordem jurídica, com exceção do processo civil. A codificação prussiana reproduz as tendências iluministas, mesmo porque seus autores, os juristas Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), Ernst Ferdinand Klein (1744-1810) e Johann Heinrich Casimir von Carmer (1720-1801), eram assíduos frequentadores dos círculos iluministas de Berlim (PALMA, 2019, p. 338). Aliás, é evidente a influência do pensamento de Pufendorf sobre o sistema dessa codificação, que parte da natureza dual do homem (*Doppelnatur des Menschen*), isto é, como indivíduo e como membro de comunidades maiores (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 136).

O movimento de codificação no espaço germânico teve continuidade na Áustria, no território dos Habsburgos, com a adoção do Código Civil Geral austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie - ABGB*), de 1811, que também refletiu os ideais da Europa Iluminista. O Código austríaco, mais moderno do que o código prussiano, apresenta semelhanças com o *Code Napoléon* e ainda está em vigor (EISENHARDT, 2008, p. 200-201).

Outrossim, vale notar que a codificação civil de Napoleão (1804) também faz parte da história do direito privado alemão do século XIX, uma vez que foi adotada, por pressão de imperador francês, por alguns Estados da Confederação do Reno (*Rheinbund*). Esse é o caso do Grão-ducado de Baden, que, a partir de 1810, passou a utilizar uma versão traduzida e modificada do *Code civil*, que vigorou até 1º de janeiro de 1900 (WITZ, 2018, p. 13). Contudo, a maioria dos Estados alemães acabou seguindo o exemplo da Prússia, que preferiu não elaborar uma codificação após 1815, a qual sofreria, sem dúvida, influência do *Code Napoléon* (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 20). Em todo caso, não se pode negar que o direito privado francês impactou, significativa e diversamente, o direito privado alemão (EISENHARDT, 2008, p. 209).

6. A Escola Histórica e a Ciência das Pandectas

Os ensinamentos de Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831) serviram de alicerce para a doutrina alemã da primeira metade do século XIX, que viu o triunfo da Escola Histórica (*Historische Rechtsschule*) associada, em linhas gerais, ao nome de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e do importante germanista Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854) (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Para a Escola Histórica, que tem características diametralmente opostas às da Escola da Exegese,⁷ o direito repousa fundamentalmente sobre a consciência popular (*Volksgeist*).⁸ A ciência jurídica é histórica e as tradições de uma nação constituem a fonte do direito por excelência. Assim sendo, o direito é elaborado de maneira orgânica pela consciência do povo e se exprime pelos usos e costumes, pela ciência jurídica e pela prática.⁹

Nessa linha, o legislador não cria o direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, como resultado das aspirações e necessidades do povo, de tal maneira que uma intervenção legislativa somente deva ocorrer se for realmente necessária uma regulamentação específica. O direito não corresponde, então, a uma criação arbitrária do Estado, mas sim representa o produto da consciência popular.¹⁰

Aliás, como o direito era considerado uma manifestação característica da livre consciência do povo, entendia-se que não podia ser codificado em um determinado estágio de desenvolvimento (ROBBERS, 2017, p. 149). Os integrantes da Escola Histórica se opunham à codificação do direito privado alemão. E a ideia fundamental da Escola Histórica se reflete claramente na famosa polêmica entre Savigny e Thibaut acerca da necessidade de codificação do direito privado (*Kodifikationsstreit*) (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), importante professor de direito romano na Universidade de Heidelberg, defendeu, em 1814, em seu famoso panfleto “Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha” (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), a elaboração de um Código Civil comum para toda a Alemanha (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 137). Tal codificação, segundo o estudioso, deveria se orientar pelos modelos do Código Geral dos Estados

7 Os adeptos da Escola Exegética “acreditavam que o direito era idêntico aos códigos e que, como o estatuto era agora a única fonte do direito, a ciência devia confinar-se à interpretação exata (...) dos estatutos em geral, acima de tudo dos códigos. Essa abordagem excluía inevitavelmente qualquer sistema filosófico como o direito natural” (CAENEGEM, 1995, p. 144).

8 É de tal período que data o abismo que separa a doutrina francesa da alemã, que tomou um novo desenvolvimento, fundando-se essencialmente sobre um direito romano “revisitado” (WITZ, 2018, p. 14).

9 Os juristas brasileiros do século XIX – entre os quais merecem destaque Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) e Clóvis Bevilacqua (1859-1944) – tiveram acesso aos estudos dos autores alemães da Escola Histórica, contribuindo, então, para a recepção das fontes germânicas no direito nacional. Desse modo, é inegável a importância e a influência dessa escola alemã entre os estudiosos brasileiros envolvidos no processo de codificação do direito civil pátrio (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).

10 De acordo com a Escola Histórica, a intervenção legislativa era secundária e se dava para: “a) modificar o direito existente por exigência de fins políticos e sociais; e b) esclarecer os pontos obscuros ou demarcar os limites da validade do costume” (DINIZ, 2019, p. 114).

prussianos (ALR), do Código Civil Geral austríaco (ABGB) e, em particular, do Código de Napoleão (HÄHNCHEN, 2016, p. 309).

Savigny era contrário à própria ideia de codificação do direito. Também era hostil aos dois códigos que poderiam servir de modelo, o Código Civil francês e o Código Civil austríaco, os quais ele julgava serem tecnicamente imperfeitos e superficiais. O jurista alemão considerava que a codificação colocaria em risco o processo natural de desenvolvimento do direito, artificializando-o. É que a codificação leva à ilusão de que o direito que se aplica é o do código, pelo que os estudos se centralizam no direito codificado (DINIZ, 2019, p. 115). Assim sendo, o autor expressou a sua reprovação às ideias de codificação das leis civis em sua obra do ano de 1814: “Da vocação da nossa época para a legislação e a ciência do direito” (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) (AICHELE, 2017, p. 112-113). Portanto, Savigny era a favor de uma ciência jurídica passível de se tornar comum a toda a nação alemã, mas essa unidade não surgiria a partir de uma peça legislativa, de uma codificação, mas pelo aprofundamento das fontes históricas do direito existente, por uma ciência jurídica organicamente progressiva (ZIMMERMANN, 1996, p. 4). Em todo caso, entendia o jurisconsulto que faltava à nação alemã, naquele momento, maturidade para realizar a obra codificadora (REALE, 2002, p. 410).

Deixando de lado a referida polêmica, vale ressaltar que Savigny e Eichhorn criaram, em 1815, a conhecida “Revista de Ciência Histórica do Direito” (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*).¹¹ Entretanto, a Escola Histórica, nesse ponto, acabou rapidamente se dividindo em dois ramos: o dos romanistas e o dos germanistas. Eichhorn fundou a Escola dos Germanistas, que pregava o fortalecimento do direito de origem alemã, enquanto Savigny se postou entre os romanistas (pandectistas), os quais se ocupavam do estudo do direito romano (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Integrando a Escola dos Romanistas, Savigny se dedicou à análise do direito romano clássico, que deveria se livrar de todos os acréscimos e distorções acumulados ao longo dos séculos. O estudo científico do direito romano e a construção de um sistema do direito romano atual deveria determinar aquilo que ainda era utilizável no presente (KROESCHELL, 1993, p. 130). Em seu grande tratado, considerado um clássico da ciência jurídica, o “Sistema do direito romano atual” (*System des Heutigen Römischen Rechts*),

11 É interessante observar que, no segundo volume da referida revista, publicada em 1816, Jacob Grimm expressou sua convicção no sentido de que a lei, da mesma forma que a linguagem e a poesia, nasce do povo (KROESCHELL, 1993, p. 130).

publicado em oito volumes, de 1840 a 1849, o juriconsulto preconizou o retorno às fontes, com o objetivo de substituir o “*usus modernus*” (WITZ, 2018, p. 15). Também merece destaque a sua doutrina acerca dos princípios da separação e da abstração (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*), que teve efeito revolucionário (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 14).

Savigny e seus sucessores acreditavam ter à disposição no *Corpus Juris Civilis* um “tesouro de figuras jurídicas eternas” (*Schatz an Rechtsfiguren von Ewigkeitswert*). Diante disso, procuraram explorar o *Digesto* (Pandecta em grego) para construir um corpo de conceitos, regras e princípios que pudessem ser usados no direito positivo, desde que corretamente ordenados e sistematizados, lançando as bases do estudo germânico das Pandectas (*Pandektistik*) (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 139). Por sua tecnicidade e sua abstração, aproxima-se da Escola Moderna de Direito Natural. Todavia, o historicismo continuou sendo a base teórica e dogmática desse novo estilo científico (SCHLOSSER, 2012, p. 252).

A partir de meados do século XIX, a ciência das Pandectas assumiu um novo rumo.¹² Deixa de lado a pesquisa puramente histórica para se dedicar a uma dogmática jurídica que pudesse regular as questões práticas, no que deu lugar a um sistema de construção conceitual das normas jurídicas, que considera o direito como uma totalidade, o qual se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas.¹³ Tal sistema já apresentava reflexos em textos legais em meados do século XIX.¹⁴

Essa concepção de sistema veio a informar a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), fundada por Georg Friedrich Puchta (1798-1846),¹⁵ retomada e desenvolvida por Rudolf von Jhering (antes que ele se afastasse dela) – também defendida por Windscheid. A Jurisprudência dos Conceitos, de certo modo, iniciou o afastamento da dogmática jurídica da história do direito, pregando que cada conceito deve ser objeto de uma definição rigorosa, que, por sua vez, é integrada em um todo ou em um sistema. Segundo Jhering, a combinação dos vários elementos permite que a ciência crie noções

12 O estudo das Pandectas garantiu a liderança alemã no mundo dos estudos jurídicos do século XIX. Foi um movimento muito admirado pelos juristas de toda a Europa, exercendo influência significativa no desenvolvimento jurídico de muitos países (ZIMMERMANN, 1996, p. 5).

13 Nessa linha, é muito claro o programa traçado por Rudolf von Jhering, em 1852, isto é: uma teoria jurídica produtiva deve substituir uma teoria puramente receptiva, graças a um arsenal de conceitos, que pode satisfazer a necessidade de plenitude do sistema jurídico e dar resposta aos novos problemas (WITZ, 2018, p. 15).

14 O Código Civil da Saxônia (1863), um dos mais notórios exemplos dessa influência, continha uma parte inicial intitulada “*allgemeine Bestimmungen*” (MORAES, 2018, p. 96).

15 Conforme o entendimento de Puchta, não era mais o “*Volksgeist*”, mas sim somente os juristas que deveriam decidir acerca da criação do direito (HÄHNCHEN, 2016, p. 310).

e novas regras (WITZ, 2018, p. 16). Assim sendo, a ciência do direito se assemelha à matemática, de maneira que os problemas jurídicos poderiam ser resolvidos por cálculos lógicos, o que reduziria a função do juiz à de um autômato da subsunção (ROBBERS, 2017, p. 149), visto que o magistrado estava estritamente vinculado aos termos legais que se faziam presentes no direito positivo (SCHLOSSER, 2012, p. 253).

Por derradeiro, o segundo ramo da Escola Histórica, a Escola dos Germanistas, lida com as fontes puramente locais da vida jurídica alemã.¹⁶ Eichhorn, o fundador da referida escola, parte do princípio de que o direito privado na Alemanha é composto de dois componentes iguais: as Pandectas e o direito de origem alemã. Reyscher, por outro lado, defende o retorno de todo o direito de origem local, correspondente às particularidades do povo, sendo o direito romano qualificado como um corpo estranho, um direito estrangeiro. E, no fim do século XIX, a obra de Otto von Gierke, o mais famoso representante da Escola dos Germanistas, constitui uma soma das instituições germânicas do direito alemão (WITZ, 2018, p. 16).

7. A jurisprudência dos interesses

Rudolf von Jhering (1818-1892) inicialmente se apresentou como um romanista tradicional, mas se tornou insatisfeito com o raciocínio lógico abstrato. Envolveu-se com problemas sociais de seu tempo, voltando-se para uma ciência do direito pragmática, o que resultou dos estudos da obra do inglês Jeremy Bentham (1748-1832). Com isso, deu os primeiros passos rumo ao desenvolvimento da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*).¹⁷

O seu trabalho “*Der Kampf ums Recht*” (A Luta pelo Direito), de 1872, abriu uma nova etapa nos estudos jurídicos, apresentando explicitamente o direito como objeto de uma luta pelos interesses coletivos e pelo poder, como resultado de forças políticas (CAENEGEM, 1995, p. 163).

Jhering considerava que a vida não deve se curvar aos princípios, os princípios que devem ser amoldados à vida. Parte da ideia de que a finalidade (*Zweck*), e não a lógica,

16 A Escola dos Germanistas gozou de menos prestígio se comparada à Escola dos Romanistas. Os germanistas se dedicaram à apresentação sistemática do direito alemão medieval do período anterior à recepção do Direito Romano. Consideravam que, nesse direito, estava incorporada a verdadeira consciência popular alemã (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 149).

17 A dogmática do direito civil moderno tem grande débito para com Jhering, pois ele elaborou vários institutos jurídicos hoje indispensáveis. Entre outros, pode-se citar a doutrina da responsabilidade pela “culpa in contrahendo” e a doutrina da natureza abstrata da procuração (SCHLOSSER, 2012, p. 255-257).

é a criadora de todo o Direito. A finalidade é considerada pelo autor como a força motriz do Direito. Aliás, a finalidade também faz parte do título de sua célebre obra “*Der Zweck im Recht*” (A finalidade do Direito), de 1877, bem como seu lema: “A finalidade é a criadora do Direito”. Foi com base nisso que o autor desenvolveu seu conceito de direito subjetivo, o qual o conduziu a formular o próprio conceito de Direito (WITZ, 2018, p. 17).

Nessa linha, a Jurisprudência dos Interesses considera que na base de toda regulamentação jurídica existem determinados interesses que o legislador quer promover ou equilibrar. Daí que a verdadeira compreensão da norma só pode ser obtida por meio do conhecimento desses interesses (WITZ, 2018, p. 17).

É inegável que a Jurisprudência dos Interesses deixou uma marca duradoura na doutrina e na jurisprudência alemãs. A despeito disso, os estudiosos alemães não perderam o gosto por conceitos precisos e pela visão matemática do direito, que o BGB ajudou a preservar até os dias atuais.

8. A lenta marcha em direção à unidade do direito

Com o fim das Guerras Napoleônicas, a Prússia se tornou o maior estado alemão, alcançando também prosperidade econômica. A vitória sobre Napoleão fez crescer a esperança de unificação dos estados alemães em uma única nação, porém, isso acabou não acontecendo na primeira metade do século XIX (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

Mais tarde, na segunda metade do século XIX, assumindo uma política hábil e belicosa, Otto von Bismarck (1815-1898) levou a Prússia a duas campanhas militares vitoriosas: uma contra a Áustria e a outra contra a França. Após a vitória na Batalha de Königgrätz (1866), a Prússia promoveu novas anexações (Schleswig-Holstein, Hannover, Kurhessen, Nassau e Frankfurt) e constituiu, em 1867, uma Federação de Estados da Alemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*), o que foi aceito pela Áustria, que saiu derrotada da Guerra Austro-Prussiana (HÄHNCHEN, 2016, p. 323). Em seguida, com a vitória sobre a França, a Prússia obteve a adesão dos Estados da Alemanha do Sul à Confederação da Alemanha do Norte, surgindo o Império Alemão (*Deutsches Reich*). O título de imperador foi oferecido ao rei da Prússia (EISENHARDT, 2008, p. 366-368).

A partir da criação do Império Alemão, em 1871, entendeu-se que a Alemanha unificada deveria ter os próprios códigos. A exigência de codificação do direito fazia parte do programa do liberalismo burguês do século XIX (SCHLOSSER, 2012, p. 251). Os primeiros passos dados foram no sentido de unificar e modernizar a organização judiciária, o processo civil e a legislação de falência. Houve então a aprovação e a promulgação da Lei de Organização Judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz* - GVG), do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* - ZPO), da Lei sobre jurisdição voluntária (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* - FGG) e da Lei de Falência (*Konkursordnung* - KO) (ZIMMERMANN, 1996, p. 6).

As competências do *Reich*, que inicialmente eram bastante restritas, foram rapidamente ampliadas (WIEACKER, 2004, p. 536). Foi justamente nesse processo de alargamento das competências do Império que entrou o direito civil, visto que, para a sua unificação, foi necessária uma modificação constitucional, pois a competência legislativa do *Reich* apenas abrangia o direito das obrigações, o direito comercial, o direito penal e o direito do processo judicial.¹⁸ Ao se promover referida modificação constitucional, estava então aberto o caminho para o processo de elaboração de um Código Civil alemão (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Os estudiosos do direito e os legisladores promoveram, então, um esforço comum com o objetivo de criar unidade jurídica na Alemanha, pelo menos no que toca à área do direito civil, que era bastante fragmentado, o que não era conveniente para uma nação moderna, visto que dificultava o desenvolvimento econômico (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84). De fato, vigoravam legislações civis muito variadas, como o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* na Baviera, o *Allgemeines Landrecht* na Prússia, o Código Civil de 1863 na Saxônia (*Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*), o *Badisches Landrecht* (baseado em uma tradução do Código Civil francês) no Grão-ducado de Baden, bem como outras legislações locais (LEIPOLD, 2010, p. 16). Nesse processo, a influência da Escola Histórica foi decisiva, limitando as fontes da codificação aos sistemas jurídicos que já tinham vigorado na Alemanha. Contudo, em virtude de disputas políticas, não foi fácil a preparação do BGB, o que exigiu mais de vinte anos (EISENHARDT, 2008, p. 382).

18 Referida modificação constitucional, datada de 20 de dezembro de 1873, que ampliou a competência legislativa do *Reich* para compreender todo o direito civil, é conhecida como “Lex Miquel-Lasker”, em homenagem aos deputados liberais nacionalistas Lasker e Miquel (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84).

9. O processo de criação do Código Civil alemão

Em 28 de fevereiro de 1874, foi atribuída a uma comissão preparatória (*Vorkommission*)¹⁹ de cinco juristas a elaboração de um parecer sobre o plano e a metodologia de um projeto de lei para a elaboração do BGB (SÄCKER, 1993, p. 7).

Em seguida, em 2 de julho de 1874, foi constituída uma comissão de onze membros (*erste Gesetzgebungskommission*), que trabalhou a portas fechadas durante treze anos. A comissão era composta por seis juízes, dois professores e três altos funcionários do ministério, sendo, dessa forma, bastante diversificada. Contava, entre seus membros, com o célebre pandectista Bernhard Windscheid (1817-1892), autor do famoso “*Lehrbuch des Pandektenrechts*”, que teve papel decisivo nos trabalhos, influenciando no espírito e na forma do primeiro projeto (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 15).

Em 1887, a comissão tornou público o seu projeto, acompanhado de cinco volumes de exposição de motivos (*Motive zum Ersten Entwurf*). Tal projeto, conhecido como “primeiro projeto” (*Erster Entwurf*), foi duramente criticado em relação à sua forma e conteúdo. Em razão da forte influência da ciência das pandectas, o projeto apresentava forma muito dogmática. Sua linguagem jurídica hermética, pesada e abstrata, estranha ao povo e em busca de precisão, não apresentava a clareza que se esperava. Ainda, sua técnica de reenvio também sofreu forte oposição em virtude de sua complexidade (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145).

Otto Friedrich von Gierke (1841-1921), o mais importante germanista, censurou o projeto particularmente por ter adotado princípios do direito romano, abandonando as instituições de origem germânica, bem como por seguir as tendências capitalistas, sendo puramente individualista, formalista e antissocial, mais parecendo um *Pandektenkompendium* (EISENHARDT, 2008, p. 383-385).

Ainda mais acerbadas foram as críticas de Anton Menger von Wolfensgrün (1841-1906), um jurista austro-húngaro que lecionou na Universidade de Viena. Em sua obra publicada em 1890 (*Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*), o estudioso denunciou os efeitos nocivos do princípio da liberdade contratual, do direito de pro-

19 A tradução literal do termo *Vorkommission* seria “pré-comissão”, como consta inclusive na tradução da obra de Franz Wieacker para o português (WIEACKER, 2004, p. 537). A despeito da possível tradução literal, preferimos traduzir *Vorkommission*, na linha do que foi adotado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, como comissão preparatória, termo que dá maior fluência ao texto e é autoexplicativo (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).

priedade individual, bem como do direito das sucessões, cuja orientação se voltava para a proteção dos interesses das classes dominantes, em detrimento dos mais fracos, isto é, aquelas classes que não tinham posses. Todavia, tais críticas, que chamavam a atenção para o caráter conservador do projeto, tiveram efeitos relativamente limitados (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Considerando as críticas lançadas ao trabalho em torno do “primeiro projeto”, o Governo Imperial, em 4 de dezembro de 1890, instituiu uma segunda comissão, mais substancial, a qual também era formada por não juristas. O relator geral dessa comissão foi Gottlieb Karl Georg Planck (1824-1910), juiz e professor honorário da Universidade de Gotinga (*Universität Göttingen*), que mais tarde publicou um dos primeiros comentários ao BGB, além de ser considerado por muitos juristas como o pai intelectual do BGB (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Windscheid foi excluído, não fazendo mais parte da comissão. Também ficaram de fora da segunda comissão os célebres jurisconsultos da época: Gierke, Kohler e von Jhering (WITZ, 2018, p. 20).

O segundo projeto (*Zweiter Entwurf*) foi concluído em 1895 e encaminhado ao Conselho Federal (*Bundesrat*), isto é, a câmara alta do Parlamento alemão. Foram feitas correções e complementações no primeiro projeto, de maneira a temperar seu individualismo gélido, o que Gierke chamou de “uma gota de óleo socialista” (*ein Tropfen sozialistischen Öls*).²⁰

Em 1896, após novas alterações promovidas pela Comissão Judiciária, o projeto foi submetido, juntamente com um memorando preparado pelo governo (*Denkschrift des Reichsjustizamtes*), ao *Reichstag* (a câmara baixa do Parlamento alemão), que o analisou com o nome de terceiro projeto (*Dritter Entwurf*), primeiro em comissão e posteriormente em plenário (SÄCKER, 1993, p. 8).

O Código Civil foi aprovado pelo *Reichstag* em 1º de julho de 1896, com 222 votos favoráveis e 48 contrários, e publicado em 18 de agosto de 1896, o que marcou o fim do longo período de fragmentação jurídica alemã no âmbito do Direito Civil (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 16). Na mesma data foi promulgada a Lei de Introdução ao Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* -

20 A crítica de Gierke foi feita na obra “*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*”, publicada em 1889. Contudo, vale observar que o jurisconsulto não defendia um BGB socialista, mas sim que a codificação devia ter postura mais social (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Aliás, tal frase talvez constitua “uma réplica inconsciente do célebre dito de Ludwig Uhland na Igreja de S. Paulo em 22 de janeiro de 1849 - não haveria de brilhar na Alemanha nenhuma cabeça que não estivesse temperada com uma gota de óleo democrático -, mas sem a força expressiva poética do jogo de palavras de Uhland, que aludia à unção do rei com os óleos sagrados” (WIEACKER, 2004, p. 538-539).

EGBGB), dedicada aos conflitos de leis no tempo e no espaço. A entrada em vigor do BGB foi marcada para 1º de janeiro de 1900, ao argumento de que o novo século deveria ser aberto com a nova legislação (LEIPOLD, 2010, p. 18).

O BGB é inegavelmente o resultado lógico do trabalho científico dos professores alemães. Esses professores dominaram intelectualmente as comissões de *experts* encarregadas da elaboração do código no período de 1874 a 1895. Os elementos materiais utilizados para a construção da codificação decorrem do estudo sistemático do direito romano do período de Justiniano, o que representou, pode-se afirmar, uma segunda recepção do direito romano pelos alemães (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Como consequência disso, o Código alemão se caracteriza por um grande esforço de abstração e de generalização das regras, o que levou à criação da célebre “parte geral” (*Allgemeiner Teil*), que foi colocada no início da codificação e que posteriormente foi copiada pela legislação de muitos outros países (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 70). Trata-se de uma parte que reúne todas as regras comuns às diferentes áreas do direito civil, abrangendo as teorias da capacidade, da declaração de vontade, do ato jurídico, da execução de deveres jurídicos e da prescrição.²¹ Os redatores ainda empreenderam um grande esforço para que a legislação alcançasse a excelência e o rigor terminológico. O resultado é que o texto é complexo, de difícil leitura para o leigo, mas muito sistemático e muito lógico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Por fim, vale observar que o BGB marcou época, gozando de elevada reputação em outros países, de forma semelhante à do *Code Napoléon*.²² De fato, o BGB serviu de modelo de codificação para várias nações e, no caso do Brasil, a codificação alemã tem ainda especial relevância, haja vista a tradicional influência germânica na legislação civil brasileira, o que se nota facilmente no Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua.²³

21 Além da parte geral, é evidente a influência dos pandectistas em toda a estrutura do BGB, que conta ainda com os livros referentes ao direito das obrigações (*Schuldrecht*), direito das coisas (*Sachenrecht*), direito de família (*Familienrecht*) e direito das sucessões (*Erbrecht*) (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145). Aliás, tal forma de subdividir o direito privado remete à famosa classificação tripartite introduzida por Gaius em suas Institutas: *personae, res, actiones* (ZIMMERMANN, 1996, p. 9). Tal influência dos pandectistas também pode ser facilmente notada em relação ao Código Civil brasileiro de 1916, bastando, para tanto, uma comparação com o BGB no que toca à sua estruturação. O mesmo pode ser dito quanto à Consolidação das Leis Civis, obra de Teixeira de Freitas, que mais de quarenta anos antes do BGB já se organizava com uma parte geral (LÔBO, 2021, p. 44).

22 É interessante observar que o principal seguidor do BGB foi o Japão, que adotou a codificação alemã em 1898, antes mesmo da sua entrada em vigor na Alemanha. O BGB também exerceu forte influência no código suíço de 1907 (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) e no código chinês de 1929 (CAENEGEM, 1995, p. 246).

23 Conforme leciona Lôbo, o Código Civil brasileiro de 1916 era “um misto das contribuições de Teixeira de Freitas, do Código Civil francês de 1804 e dos pandectistas alemães do final do século XIX (assim denominados porque seus estudos tinham como referência as *Pandectas* do *Corpus Juris Civilis*, adaptadas às necessidades da Alemanha, que se industrializava), além do Código Civil alemão de 1900” (LÔBO, 2021, p. 40).

10. Do início do século XX ao fim da República de Weimar

A República de Weimar (1918-1933) foi uma democracia de feição social, a qual teve os sociais-democratas, pode-se dizer, como seus verdadeiros fundadores (KROESCHELL, 1993, p. 251). Foi um período breve e bastante conturbado, que, ao lado de convulsões institucionais, também foi marcado pela profunda crise econômica e monetária do pós-guerra. Todas essas dificuldades promoveram notáveis repercussões em todos os ramos do direito.

No âmbito do direito civil, a codificação já ocupava o papel central. A despeito disso, em função dos problemas econômicos e sociais decorrentes da Primeira Guerra Mundial, foi necessária a intervenção do legislador por meio de muitas leis nas áreas de locação, trabalho e propriedade (KÖHLER, 2013, p. 17). Entre referidas leis, merecem ser lembradas duas que, fora do BGB e com acentuado caráter social, procuraram proteger os locatários de habitações: a lei de 1922 fixou os aluguéis de forma autoritária (*Reichsmietengesetz*), enquanto a lei de 1923 protegeu os inquilinos contra a rescisão unilateral da locação (*Mieterschutzgesetz*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86). Ainda, objetivando combater a especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir um imóvel, foi promulgada a Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht - ErbbauVO*) (ZANINI, 2016, p. 74-75), de 15 de janeiro de 1919, que regulou a matéria de forma detalhada, substituindo as disposições lacunosas e impraticáveis do BGB (§§ 1012 a 1017) (SÄCKER, 1993, p. 11).

Vale notar que o conteúdo social dessas leis pode ser mais bem compreendido quando se considera que a Constituição de Weimar, que se caracterizou por seu espírito liberal e social, determinou que “a propriedade obriga”, isto é, sua utilização deve ao mesmo tempo servir ao bem comum (art. 153, 3).²⁴

Outrossim, para lidar com o colapso econômico e monetário do pós-guerra, a solução encontrada pelo *Reichsgericht* foi a utilização das cláusulas gerais do BGB (§§ 242 e 138). É a chamada “fuga nas cláusulas gerais” (*Flucht in die Generalklauseln*), que contou com a orientação e o incentivo de escolas de pensamento, como a Jurisprudência dos

²⁴ Art. 153, 3 da Constituição de Weimar: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*”.

Interesses e a Escola do Direito Livre (KROESCHELL, 1993, p. 253). Tal movimento possibilitou a revisão judicial dos contratos cuja manutenção intangível se tornaria insuportável para uma das partes. Nesse contexto, a teoria do desaparecimento da base contratual (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) foi, de fato, reação aos efeitos da hiperinflação, apenas uma aplicação particular do princípio da boa-fé (*Leistung nach Treu und Glauben*), estabelecido pelo § 242 BGB (KÖHLER, 2013, p. 17).

Realmente, as importantes criações jurisprudenciais desse período devem muito ao clima doutrinário, marcado pelo apogeu da Jurisprudência dos Interesses. Ademais, a turbulência intelectual também se manifestou com a criação da Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*), fundada por Ernst Fuchs e Hermann Kantorowicz. Para tal escola, o juiz deve tomar a decisão que, segundo sua convicção, seria a do legislador ou, na sua falta, segundo o direito livre.²⁵

Por conseguinte, durante a República de Weimar, é notório que a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre forneceram os elementos que levaram a importantes mudanças estruturais no direito privado.

11. O período nacional-socialista

A partir da ascensão do Nacional-Socialismo foram tomadas medidas para garantir a manutenção e a expansão do poder do regime, como a promulgação de leis e a criação de tribunais especiais. Nesse contexto, depara-se com a degeneração do direito²⁶ pela legislação nacional-socialista, que pode ser reduzida a três máximas principais: o princípio do líder (*das Führerprinzip*), o princípio da desigualdade racial (*das Prinzip der völkisch-rassischen Ungleichheit*) e o princípio da comunidade nacional (*Prinzip der Volksgemeinschaft*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86).

A degeneração do direito atingiu seu ápice com a legislação racial, que teve início em 1935 com as infames “Leis de Nuremberg”: a) a Lei de Cidadania do *Reich*, que restringia os direitos políticos dos judeus; b) a Lei de Proteção ao Sangue e à Honra Alemã, que interessa particularmente ao Direito de Família, pois proibia casamentos entre judeus e súditos de sangue alemão ou assimilado, bem como relações extracon-

25 Contudo, vale notar que as graves derivações da interpretação jurisprudencial do período nacional-socialista mostraram, posteriormente, todos os perigos inerentes à livre interpretação da lei (WITZ, 2018, p. 22).

26 A doutrina alemã contemporânea também se refere ao fenômeno como a “perversão do direito” (*Rechtsperversion*) (RÜTHERS, 2016, *passim*).

jugais, aplicando-se aos infratores pesadas penas de prisão (WITZ, 2018, p. 22-23). Outras expressões importantes da ideia de discriminação racial podem ser encontradas na Lei sobre Contratos de Locação com Judeus (*Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden*), de 1939 e na Lei sobre Testamento (*Testamentsgesetz*), de 1938 (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

No âmbito do direito civil, a ditadura Nacional-Socialista pretendia empreender profundas reformas, o que envolvia a revogação do BGB, que era desprezado pelo partido, pois era considerado como produto de uma era liberal, materialista e individualista (VLIET, 2000, p. 193). O caráter conceitual e a abstração do sistema do BGB ofereciam pontos adicionais para as críticas dos nacionais-socialistas, que eram a favor de uma legislação mais concreta (KÖHLER, 2013, p. 18).

No lugar do BGB, seria aprovado um “Código do Povo” (*Volksgesetzbuch*), que negaria a tradição do direito romano e retornaria à pureza do direito germânico (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Esse código seria forjado segundo a nova ideologia, fazendo apelo à consciência popular, à alma de raça (*Rassenseele*), bem como aos interesses da comunidade, que devem prevalecer sobre os interesses dos indivíduos (“*Du bist nichts, dein Volk ist alles*”).²⁷ Nessa linha, o § 1 do Livro I do Projeto de Código previa: “Cada companheiro do povo deve, por meio de sua pessoa e de seu patrimônio, dar à comunidade popular o que é necessário para sua existência e sua prosperidade”. Também se propunha a abolição da distinção entre Direito Público e Direito Privado (WITZ, 2018, p. 24).

Apesar das intenções do Nacional-Socialismo, o BGB provou ser um código muito estável (CAENEGEM, 1995, p. 162). Desse modo, como o novo código não foi promulgado, os nazistas tiveram que se contentar em forçar os juízes a interpretar e a aplicar o BGB de acordo com a visão nacional-socialista do mundo (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 24). Nesse ponto não se pode olvidar da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais (especialmente a boa-fé objetiva e os bons costumes), que foram bastante convenientes para impregnar o sistema jurídico com o espírito da nova ideologia jurídica nacional (*völkisch*) (ZIMMERMANN, 1996, p. 25).

Outrossim, a comunidade jurídica conheceu as mesmas divisões da população alemã. De fato, muitos juristas que se opuseram aos defensores do regime acabaram

²⁷ Os trabalhos preparatórios para a elaboração do *Volksgesetzbuch*, realizados até meados de 1942 na Academia de Direito Alemão (*Akademie für Deutsches Recht*), sob a direção do professor de direito Justus Wilhelm Hedemann, fracassaram miseravelmente (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 150).

seguindo o caminho do exílio e tiveram que tentar se reorientar em um novo e estranho ambiente. Outros realizaram resistência (passiva ou ativa) ou tentaram sobreviver mantendo o mínimo possível de relação com o novo regime. E há ainda aqueles que tentaram provar ser dignos da confiança neles depositada por terem sido agraciados com uma promoção acelerada nos cargos vagos (ZIMMERMANN, 1996, p. 23).

Ademais, vale ainda notar que nesse período as faculdades de direito perderam um terço dos seus quadros. Grandes mestres emigraram, como foi o caso de Ernst Rabel, Max Rheinstein, Stefan Riesenfeld, Rudolf B. Schlesinger. Parte desses estudiosos permaneceu no exterior, lá desempenhando um papel doutrinário de liderança (WITZ, 2018, p. 24). A maioria dos docentes que permaneceu na Alemanha continuou a carreira no país no pós-guerra. Vários deles se tornaram grandes mestres em sua disciplina. Entretanto, a posição de alguns professores durante o período sombrio continua a causar acalorada polêmica (RÜTHERS, 2016, *passim*).

Tudo isso expõe o obscuro capítulo da atividade do Nacional-Socialismo no que toca ao Direito Privado, o que representa apenas uma das facetas da decadência da cultura jurídica no período do terceiro *Reich* (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

12. O período de ocupação da Alemanha pelos aliados

Em 1945, o exército alemão se rendeu incondicionalmente e o território alemão foi ocupado pelas tropas aliadas. Até 1949, a Alemanha foi governada pelas forças de ocupação (*Besatzungszeit*), que revogaram expressamente uma grande quantidade de leis do período nacional-socialista que contrariavam a igualdade das pessoas perante a legislação.²⁸

Em 1949, foi criada, nas três zonas de ocupação ocidental, a República Federal da Alemanha (*Bundesrepublik Deutschland*), que marcou a divisão do país, a qual durou mais de quarenta anos. Somente em 1990 ocorreu a reunificação da Alemanha, quando o território da antiga República Democrática da Alemanha foi incorporado à República Federal da Alemanha.

²⁸ A “descontaminação” do direito privado durante o período de ocupação se limitou basicamente ao disposto na *Kontrollratsgesetz Nr. 1*, relativa à revogação do Direito Nacional-Socialista (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88).

13. O direito da Alemanha Ocidental

O término da Segunda Guerra Mundial marcou o início do processo de desnazificação (*Entnazisierung*) (EISENHARDT, 2008, p. 469). Nesse contexto, o direito da Alemanha Ocidental do pós-guerra se caracterizou pelo retorno ao federalismo, pelo restabelecimento da democracia, pela adoção de um regime parlamentar bastante clássico e pela primazia dos direitos fundamentais, tendo como primeiro garante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) (WITZ, 2018, p. 26).

Viu-se, nesse período, a constitucionalização de vários ramos do direito, valendo aqui notar que o direito brasileiro foi fortemente influenciado pela dogmática alemã em matéria de direitos fundamentais, com particular destaque para a relação dos direitos fundamentais com o direito privado, isto é, a chamada *Drittwirkung* (WOLFGANG SARLET, 2017, p. 65-66).²⁹

O estabelecimento de um Estado de Direito pela Lei Fundamental³⁰ assume todo o seu significado à luz da barbárie do Terceiro *Reich*. Contudo, a maior parte dos funcionários dos tribunais, dos funcionários públicos, bem como dos professores universitários permaneceu em suas funções, o que alguns consideram ser uma mancha indelével da República de Bonn (RÜTHERS, 2016, *passim*).

No Direito Privado, certas características da República de Weimar são encontradas na República Federal da Alemanha (RFA). O desenvolvimento do Direito Privado foi moldado pelos valores da Lei Fundamental, que garantiu a liberdade contratual, o direito à propriedade, o direito à sucessão hereditária, bem como enfatizou a vinculação social (*soziale Pflichtbindung*) (KÖHLER, 2013, p. 19). Ainda, o recurso às cláusulas gerais do BGB para moralizar a vida contratual (§ 138 do BGB) e para reforçar o princípio da boa-fé (§ 242 do BGB) foi tão mais alargado quanto essas cláusulas gerais que se tornaram pontos de violação de direitos fundamentais no direito privado (WITZ, 2018, p. 27).

A atividade legislativa se intensificou e no âmbito do direito privado patrimonial foi necessária a sua adaptação às mudanças econômicas e aos avanços tecnológicos.

²⁹ Vale observar, entretanto, que na Alemanha a eficácia dos direitos fundamentais em relação ao Direito Privado é indireta (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) (KÖHLER, 2013, p. 19).

³⁰ A denominação Lei Fundamental foi utilizada no lugar de Constituição, pois ela deveria ser um texto provisório, destinado a organizar a nova República. Isso se explica pelo fato de que a Lei Fundamental deveria ser substituída por uma verdadeira Constituição a partir do momento em que ocorresse a reunificação das duas partes da Alemanha (FERRAND, 1997, p. 11).

Entre as leis mais importantes, vale destacar aquela que positivou as condições gerais de contratação (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB-Gesetz*), de 9 de dezembro de 1976.³¹

Outrossim, é necessário destacar que uma parte significativa da atividade legislativa é representada pela necessária transposição das diretivas europeias (*Richtlinie*), que objetivam harmonizar os direitos nacionais dos estados membros. Isso levou ao surgimento de um direito do consumidor e de um regime específico de responsabilidade para produtos defeituosos (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte – Produkthaftungsgesetz*) (SCHLOSSER, 2012, p. 308), de 15 de dezembro de 1989.

No que toca ao direito de família, houve vigorosa renovação, não obstante tenha permanecido quase inalterado durante a primeira metade do século XX. Realmente, foi necessária a adaptação do direito de família às novas condições sociais e econômicas existentes após a Segunda Guerra Mundial, o que recebeu um impulso especial da Lei Fundamental, a qual estipulou que homens e mulheres têm direitos iguais (*“Männer und Frauen sind gleichberechtigt”*) e que as leis que contrariassem tal princípio deveriam deixar de vigorar (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 150).

Nessa linha, vale citar, entre as alterações do direito de família: a) a lei sobre a igualdade entre homens e mulheres (*Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts*), de 18 de junho de 1957; b) a lei sobre a condição jurídica do filho ilegítimo (*Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder*), de 19 de agosto de 1969, a qual determinou que a simples pensão de alimentos ao filho natural dá lugar a uma paternidade dotada de verdadeiro estatuto jurídico; c) a lei sobre a reforma do casamento e da família (*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*), de 14 de junho de 1976, que substituiu o divórcio por culpa por aquele baseado na ruptura do casamento, reforma esta que muitas vezes foi considerada demasiado radical; d) a lei sobre a adoção (*Adoptionsgesetz*), de 2 de julho de 1976; e) a lei relativa à autoridade parental (*Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*), de 18 de julho de 1979. Mais uma vez é a influência direta dos direitos fundamentais que está na origem de grande parte da reforma do Direito de Família, ainda que aí se encontrem as principais tendências dos países ocidentais.

31 Atualmente a referida lei não está mais em vigor, visto que a reforma do direito das obrigações no ano de 2002, feita pela “Lei de modernização do direito das obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), incluiu as condições gerais de contratação no BGB (§§ 305 a 310) (BROX; WALKER, 2019, p. 39-40).

Ademais, a Alemanha dos chanceleres Schmidt e Kohl também se caracterizou pelo estabelecimento de duas comissões de reforma do Direito Privado, uma para o Direito de Falências, em 1978, e a outra para o Direito dos Contratos, em 1985. Contudo, tais reformas somente tiveram sucesso mais tarde (WITZ, 2018, p. 28).

14. O direito da Alemanha Oriental

Pouco após a fundação da República Federal da Alemanha, os soviéticos promoveram, em sua zona de ocupação, a criação da República Democrática Alemã (RDA). Tratava-se de um estado totalitário que existiu de 1949 até 1990 (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Baseava-se teórica e ideologicamente no modelo jurídico russo-soviético, fazendo parte dos países que adotavam um modelo jurídico socialista, mas desenvolveu sua própria maneira de moldar o Direito Privado socialista no território alemão oriental (SCHLOSSER, 2012, p. 335).

O Direito Privado da República Democrática Alemã foi moldado pela teoria jurídica comunista, que apresenta um posicionamento bastante peculiar no que toca à propriedade privada e à autonomia privada, haja vista os postulados voltados para o interesse coletivo (EISENHARDT, 2008, p. 536-537). Assim sendo, foi necessária a promoção de muitas alterações na legislação civil, incluindo a adoção de diversos códigos, entre os quais vale mencionar o Código de Família (*Familiengesetzbuch - FGB*), de 20 de dezembro de 1965, o Código Trabalhista (*Arbeitsgesetzbuch - AGB*), de 16 de junho de 1977, e o Código Civil (*Zivilgesetzbuch - ZGB*), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976, data até quando o BGB, em grande parte desmantelado, permaneceu em vigor (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88).

Entre os traços característicos do ZGB, é possível dar ênfase no seguinte: a) não continha uma Parte Geral (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89); b) previa a distinção fundamental entre a propriedade socialista (*sozialistisches Eigentum*), relativa aos meios de produção, e a propriedade individual (*persönliches Eigentum*); c) abandonou o princípio da separação e da abstração em matéria de transmissão da propriedade, bem como deixou de distinguir entre o ato de constituição da obrigação e o ato translativo da propriedade, sem que seja consagrada a transmissão *solo consensu*, uma vez que a transmissão se operava quando do ato da entrega, ou, em caso de venda a prazo, no momento do pagamento do preço (LÜKE, 2018, p. 2); d) proibiu a cláusula de reserva de domínio, que se tornou, é certo, totalmente inútil; e) proibiu a dívida fundiária e as alienações

ou cessões fiduciárias a título de garantia, remanescendo apenas a hipoteca e o penhor, com ou sem posse (WITZ, 2018, p. 29).

Em todo caso, vale observar que o ZGB teve uma existência muito breve, isto é, apenas quinze anos. É que com a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA), a unidade jurídica alemã foi restabelecida no âmbito do Direito privado (KÖHLER, 2013, p. 19).

15. A reunificação

Após a queda da União Soviética e a revolução pacífica na República Democrática Alemã, houve a abertura da fronteira entre a Alemanha Ocidental e Oriental. Não havia dúvida de que os sistemas jurídicos dos dois estados iriam se aproximar, mas se imaginava que seria um processo que levaria muitos anos. Entretanto, a velocidade em que ocorreu a reunificação alemã, após a queda do muro de Berlim, tanto no plano político como no jurídico, foi uma de suas características mais marcantes. Após a assinatura de uma série de tratados, em 3 de outubro de 1990 a divisão da Alemanha teve fim (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 152-153).

O caminho percorrido para alcançar a reunificação não foi a fusão de dois estados em um novo estado, nem a simples anexação de um estado pelo outro, mas sim a adesão (*Beitritt*) dos Estados (*Länder*) da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Isso foi realizado com base no art. 23 Lei Fundamental, que contempla a sua aplicação em “outras partes da Alemanha” após sua adesão. Assim, os territórios da ex-RDA (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt e Thüringen) tornaram-se, em 3 de outubro de 1990, *Länder* da RFA (EISENHARDT, 2008, p. 559-560).

Nesse contexto, a unificação do direito foi realizada, não pela elaboração de um direito novo, nem pela introdução progressiva da legislação da RFA, que seria difícil de concretizar, haja vista a criação da união monetária, econômica e social, mas pela recepção, quase total, pelos novos *Länder* da ordem jurídica da RFA (*Überleitung von Bundesrecht*) (WITZ, 2018, p. 30).

Desse modo, o BGB e sua Lei de Introdução entraram em vigor nos cinco novos *Länder* em 3 de outubro de 1990, ressalvadas algumas disposições transitórias, específicas de cada livro do BGB e do direito internacional privado (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89).

16. O direito da Alemanha reunificada

Após a reunificação alemã, as reformas no Direito de Família continuaram a florescer, valendo destacar: a) a Lei sobre a nova regulamentação do sobrenome (*Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts*), de 16 de dezembro de 1993, que promoveu a total igualdade dos sexos, reforma esta que resultou em uma complexidade nunca vista; b) a Lei que reformou o estatuto jurídico da criança, de 16 de dezembro de 1997, criando um Direito da criança totalmente uniforme e eliminando as últimas fontes de desigualdade entre filhos legítimos e naturais em matéria de filiação, de autoridade parental, de obrigação alimentícia e de sucessão; c) a Lei sobre a igualdade de herança, de 16 de dezembro de 1997; d) a Lei sobre a parceria de vida, de 16 de fevereiro de 2001, reservada a pessoas do mesmo sexo; e) a Lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de 20 de julho de 2017 (WITZ, 2018, p. 31).

No Direito privado patrimonial, por seu turno, teve como reforma mais importante a modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), realizada pela lei de 26 de novembro de 2001, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002. O BGB saiu vigorosamente rejuvenescido pela reforma, o que também ocorreu no campo da prescrição (*Verjährungsrecht*), bem como foi reforçado pela incorporação de inúmeras leis especiais, em particular a legislação de defesa do consumidor (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 73).

De qualquer forma, a despeito das inúmeras alterações promovidas em seu texto e das leis especiais que foram promulgadas, é certo que o BGB continua sendo, mesmo passados mais de cem anos de sua entrada em vigor, a base essencial do direito civil alemão (KÖHLER, 2013, p. 9).

17. Europeização do direito privado

O ingresso da Alemanha na União Europeia foi bastante significativo no campo jurídico. A influência que o direito europeu exerceu nas últimas décadas gerou muitas alterações no Direito privado alemão (HÄHNCHEN, 2016, p. 439).

Entre os objetivos da União Europeia temos o afastamento das barreiras comerciais, o incentivo à criação de empregos e a garantia de um elevado nível de proteção ao consumidor. As diretivas certamente assumiram uma posição de destaque entre as ferramentas legislativas à disposição da União Europeia no âmbito do Direito privado,

particularmente nas áreas do direito contratual, empresarial e autoral, conduzindo à uniformização da regulamentação, bem como promovendo a alteração do direito interno dos países membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 90).

Aliás, a política da União Europeia de harmonização jurídica da legislação dos Estados Membros pela transposição das diretivas fica muito evidente, no âmbito do direito privado, com a implementação de diretivas sobre comércio eletrônico, sobre cláusulas abusivas em contratos com consumidores, sobre crédito ao consumidor, sobre a proteção dos consumidores em relação aos contratos a distância e sobre a responsabilidade por produtos defeituosos (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152). E esse processo gradual de aproximação jurídica também pode ser sentido quando se considera que a interpretação das leis alemãs de origem europeia se liga às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 66).

Ao lado disso, a europeização do direito privado também é objeto de estudo de vários grupos de pesquisa, valendo destacar o grupo *Commission on European Contract Law*, que elaborou os *Principles of European Contract Law (Lando-Prinzipien)*, um marco no longo caminho para a aproximação jurídica dos Estados Membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 91).

Também se oferece aos integrantes da União Europeia uma legislação modelo, partindo da ideia de um chamado quadro de referência comum, sem efeito vinculante, mas que funciona como instrumento para a elaboração de novas leis e auxilia nas decisões judiciais. Esse é o caso, por exemplo, do *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

Ademais, existe a ideia de um futuro Código Civil europeu. O Parlamento Europeu, já em 1989, e em 1994, solicitou às instituições europeias que se preparassem para a criação de um Código Civil europeu (KÖHLER, 2013, p. 23). Entretanto, essa questão é muito mais complicada do que a promoção de aproximação das legislações internas dos países, como tem sido feito atualmente. Aliás, em virtude das mais recentes crises europeias, no meio político e entre os juristas tem crescido o ceticismo em torno de uma codificação europeia. E existem ainda aqueles que simplesmente consideram não ser desejável tal unificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152).

Em todo caso, superadas as barreiras políticas e o nacionalismo no que toca à tradição dos códigos nacionais, como o BGB e o *Code Civil*, quem sabe num futuro não muito distante, com a progressiva unificação da legislação dos países europeus, não seja factível a criação de um Código Civil europeu.

18. Considerações finais

A análise da evolução histórica do direito privado alemão, objeto do presente texto, é inegavelmente de grande interesse e importância para a compreensão do direito privado nacional, uma vez que é tradicional a influência germânica na doutrina e na legislação civil brasileira.

Diferentemente do que ocorreu em boa parte da América Latina, o direito privado brasileiro se inspirou não somente no modelo Napoleônico (francês), mas também na sistematização germânica do direito privado. No ápice desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil está o BGB, mas não se pode olvidar todo o processo evolutivo que permitiu à Alemanha a criação de tal monumento jurídico.

De fato, como foi visto nesta exposição, não foi nem o legislador e nem o juiz que assumiu o papel fundamental na elaboração e no desenvolvimento do direito privado alemão, mas sim o professor de direito. Aliás, até hoje o professor de direito tem papel muito importante na Alemanha, dando maior cientificidade ao direito alemão, o que representa um grande contraste quando se compara com outros países que seguem o modelo de direito continental. E, ao se embebedar nas fontes germânicas, o direito civil brasileiro também recepcionou um pouco dessa cientificidade jurídica, o que fica evidenciado pela tecnicidade, pela clareza e pelo excesso de abstração na redação do Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua (1859-1944) e nitidamente influenciada pela pandectística.

Ao lado de Clóvis Beviláqua, no século XIX, vale ainda destacar a forte inclinação germânica de renomados juristas brasileiros, como foi o caso de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912), que se dedicaram ao estudo dos autores alemães da Escola Histórica. Recentemente, é inegável o intercâmbio jurídico entre Brasil e Alemanha, visto que tem sido cada vez mais frequente a presença de alunos e professores brasileiros no ambiente acadêmico alemão, fato que renova o vigor das fontes germânicas na doutrina pátria, tanto que é quase impossível encontrar um tratado, um curso ou mesmo um manual de direito civil brasileiro que não faça alusão a dispositivos do BGB.

Por conseguinte, o que se procurou nesta breve investigação foi certamente destacar a relevância do estudo da história do direito privado alemão para a construção do direito privado brasileiro, temática que não pode ser esquecida por aqueles que se

dedicam ao direito civil brasileiro. Mais ainda, destaca-se quão fundamental é a história do direito para a formação do espírito de juristas de elevado nível, disciplina que conta com prestígio nas faculdades alemãs, mas que, infelizmente, tem sido negligenciada por muitas escolas de direito do Brasil.

REFERÊNCIAS

- AICHELE, Al. *Rechtsgeschichte*. München: C.H. Beck, 2017.
- BRAUNEDER, W. *Europäische Privatrechtsgeschichte*. Wien: Böhlau, 2014.
- BROX, H.; WALKER, W.-D. *Allgemeines Schuldrecht*. 49. ed. München: C.H. Beck, 2019.
- BROX, H.; WALKER, W.-D. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- EISENHARDT, U. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2008.
- FERRAND, F. *Droit privé allemande*. Paris: Dalloz, 1997.
- FROMONT, M.; KNETSCH, J. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- HÄHNCHEN, S. *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*. 5. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.
- KÖHLER, H. *BGB Allgemeiner Teil*. 37. ed. München: C. H. Beck, 2013.
- KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 2. ed. Wiesbaden: Springer, 1993, v. 3.
- KÜHL, K.; REICHOLD, H.; RONELLENFITSCH, M. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- LEIPOLD, D. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- LÔBO, P. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1.
- LÜKE, W. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- MEDER, S. *Rechtsgeschichte*. 3. ed. Köln: Böhlau, 2008.
- MORAES, B. B. Q. de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e convencimento de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018.
- PALMA, R. F. *História do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- REALE, M. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBBERS, G. *An Introduction to German Law*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

· LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI

- RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- RODRIGUES JUNIOR, O. L. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.
- RÜTHERS, B. Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen? Zu den “Erinnerungskulturen” in Jurisprudenz und Justiz. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 15, p. 1068-1068, 2016.
- SÄCKER, F. J. Einleitung. In: SÄCKER, F. J. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 3. ed. München: Verlag C.H. Beck, 1993, v. 1.
- SCHIOPPA, A. P. *História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea*. Tradução Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- SCHLINKER, S.; LUDYGA, H.; BERGMANN, A. *Privatrechtsgeschichte*. München: C.H. Beck, 2019.
- SCHLOSSER, H. *Neuere Europäische Rechtsgeschichte*. München: C.H. Beck, 2012.
- SCHMIDT, J. P. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- SCHUSTER-OPPENHEIM, S. *Privatrechtsgeschichte*. In: KRÜPER, J. (org.). *Grundlagen des Rechts*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 135-155.
- SCHWAB, D.; LÖHNIG, M. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.
- VLIET, L. P. W. van. *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2000.
- WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- WITZ, C. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- WOLF, M.; NEUNER, J. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- WOLFGANG SARLET, I. Direitos fundamentais e Direito privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, v. 12, p. 63-88, jul./set. 2017.
- ZANINI, L. E. de A. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- ZANINI, L. E. de A. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, n. 1, p. 71-91, jan./mar. 2016.
- ZIMMERMANN, R. An Introduction to German Legal Culture. In: EBKE, Werner F.; FINKIN, M. W. (org.). *Introduction to German Law*. Haia: Kluwer Law International, 1996, p. 1-41.
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.