

TEORIAS SOCIAIS DO DIREITO EM OTTO VON GIERKE

Antonio Celso Baeta Minhoto

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Professor de Teoria Geral do Direito Público

na Faculdade de Direito da Universidade Municipal de São Caetano – Imes.

Advogado atuante em São Paulo.

RESUMO

Breve estudo sobre a visão de Otto von Gierke sobre o Direito, sua inserção em sua época – fins do século XIX e princípio do século XX – e sua potencial contribuição à situação presentemente vivida pelo Direito.

ABSTRACT

A brief study about Otto von Gierke's vision of law, it's insertion on his time – end of the XIX's e beginning of the XX's – and its potential contribution to the currently law's situation.

1. INTRODUÇÃO

O campo de estudo delineado pelo tema contempla vários aspectos da chamada sociologia jurídica. Contudo, cumpre notar, já de plano, que o autor deste pequeno trabalho teve por preocupação primeira ou mesmo primordial a conexão, a formulação de uma ponte imaginária com o autor estudado, cujo campo de atuação preponderante situa-se na segunda parte do século XIX, trazendo suas idéias para a atualidade e, especialmente, se estas encontram aplicação ou contribuição para o Direito moderno.

O trabalho em foco, portanto, presta-se muito mais como um guia introdutório sobre o doutrinador alemão estudado – com alguns toques analíticos – do que como um tratado, bem de se ver, até mesmo descabido para o espaço e para o desiderato deste autor.

2. LOCALIZAÇÃO HISTÓRICA, GENERALIDADES SOBRE O AUTOR E SUA VISÃO DO DIREITO

Otto Friedrich von Gierke, que só recebeu o formalíssimo título nobiliárquico “von” já no final de sua vida, notabilizou-se como emérito professor da Faculdade de Direito de Berlim, tendo sido discípulo direto de Georg von Beseler, germanista de primeira hora e um dos mais destacados opositores do romanismo que campeava na Alemanha do final do século XIX, sendo ainda certo que o mesmo Beseler desempenhou papel fundamental nas futuras idéias de Gierke, igualmente germanistas e nacionalistas, de forma mais específica como orientador daquela que seria a mais conhecida das obras deste, *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, publicada em 1871.¹

¹ PENDÁS, Benigno. *El pensamiento político medieval en la teoría del derecho y del estado de Otto von Gierke*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 14-15; e STUTZ, Ulrich. *Zur Erinnerung an Otto von Gierke*, XLIII, 1922, apud PENDÁS, Benigno. *Op. cit.*, p. 13.

Em breves palavras e visando muito mais a facilitar a compreensão do autor em estudo do que a pretender um temerário resumo de suas idéias, poderíamos dizer que Otto von Gierke era essencialmente um nacionalista, germanista apaixonado, adepto de ideologias ligadas fundamentalmente à noção de comunidades e à aplicação do direito a estas comunidades.

Torna-se fácil entender, assim, por que o autor em análise mostrou-se como ferrenho opositor dos romanistas, de forma ainda mais profunda frente aos chamados pandectistas, liderados por Windschied e Savigny, esse último influenciado fortemente por Goethe, cada qual com a formação própria de suas escolas, mas encontrando-se basicamente no consenso de aplicação do direito romanista, notadamente com referência ao projeto de novo Código Civil alemão, futuro B.G.B. de 1896, que, por final, acatou em seu seio a tendência romanista já mencionada.

Gierke lhes oferecia forte oposição, nominando a corrente romanista como *antigermânica* e, ainda, de cunho “individualista, artificiosa e abstrata”, além de fazer pesadas críticas especificamente aos *pandectistas*, a quem dirige palavras enérgicas, dizendo que “bajo en ropaje del positivismo, revive una vez más, extrañamente, el viejo Derecho Natural (...) pero sin sua antigua grandeza”.²

Deve-se frisar que a obra do autor em questão é reconhecidamente vasta, não em extensão numérica, mas em profundidade analítica. Tanto assim é que Gierke notabilizou-se para a contemporaneidade, para o século XX, especialmente sua segunda metade, com um trabalho seu, igualmente notável e bastante profundo, chamado *Teorias políticas da Idade Média*, que, por sua vez, é parte daquela que é considerada sua maior obra ou pelo menos a que causou mais impacto em sua época, já mencionada (*Das Deutsche Genossenschaftrecht*).

Assim, focaremos nesse excerto ou pelo menos nessa parte dessa obra maior, para nos debruçarmos sobre esse verdadeiro tratado acerca da Idade Média e seu desenvolvimento político, em que o autor alemão ampara-se em vários doutrinadores, escritores, estudiosos e teóricos de toda ordem notabilizados na época medieval, para esmiuçar com extremo rigor temas bastante complexos como as relações Igreja/População, formação do poder organizado, surgimento do Estado, as diversas correntes doutrinárias então existentes e seus eventuais enfrentamentos (canonistas, iusnaturalistas, constitucionalistas, positivistas, dentre outros), delineando seus aspectos e características mais marcantes.

Nesse passo, o professor alemão traz ao entendimento do leitor toda a carga doutrinária existente naquela época medieval, mencionando autores como Tomás de Aquino, Marsílio de Padua, Occam, Nicolás de Cusa, Torquemada, Pedro de Alliaco, Leopoldo de Bebenburgo e muitos outros cujo conhecimento hoje, com todas as facilidades da pesquisa moderna, com bibliotecas vastas e Internet, é ainda limitado, aspecto que realça o cuidado e o rigor do trabalho de Gierke.

Muito embora tenha criticado abertamente a aplicação do Direito Natural pelos pandectistas alemães, a seu ver distorcida em face de seus caracteres originais, o fato é que Otto von Gierke, se não chegava a ser um entusiasta completo do Direito Natural, ao menos via com muito bons olhos algumas de suas idéias, notadamente de seus princípios emanados da própria natureza como fonte de construção de um sistema jurídico humano.

Para efeitos de um entendimento preliminar do que se pugnava como Direito Natural, convém citar breve trecho da obra em comento que, analisando as idéias medievais vigentes sobre esse ponto, diz que

“las normas del Derecho natural escapan al supremo poder terrenal, estando por encima del Papa

² OTTO, von Gierke. *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, VII, 1883, p. 1.191, *apud* PENDÁS, Benigno. *Op. cit.*, p. 21.

como del Emperador, por encima del gobernante y del pueblo soberano e, incluso, por encima de la comunidad de mortales; que ninguna ley o acto de gobierno, acuerdo del pueblo o costumbre pueden infringir los límites así fijados; que aquello que contradiga los principios eternos e indestructibles del Derecho natural es absolutamente nulo y no puede vincular nadie”.³

Não se trata aqui de tentar mostrar o jurista alemão em foco como mero defensor do Direito Natural, conclusão que até certo ponto se mostraria reducionista, mas o fato é que se constata que as idéias principais de Gierke, notadamente quanto à força das comunidades e corporações e, mais especificamente ainda, no que toca à construção de uma teoria realista ou realística do Direito, voltado para essas comunidades e corporações, é que são o verdadeiro sujeito de direito a ser tutelado e para onde as atenções do Estado devem estar voltadas.

Essa concepção se dá em total oposição ao conceito romanista de Direito então defendido, especialmente em relação à aplicação de um princípio ficcional no trato das comunidades/corporações como sujeitos de direito, levando a uma abstração de suas responsabilidades consubstanciadas na figura de seus representantes, conceito este que qualifica Gierke como “abstracto, individualista, lleno de ficciones e ignorante de la realidad de la vida comunitaria mas, por encima de todo, antigermánico”.⁴

Nas entrelinhas de seu trabalho que, tanto quanto pode, procura manter no campo preponderantemente analítico, Gierke deixa escapar sua visão purista e comunitária do Direito e do Estado, defendendo que “se sitúa el fin del Estado en la vida

feliz y virtuosa, en la realización del bien público y de la moral cívica”,⁵ ideiação que talvez tenha levado o autor germanista em foco a ser rechaçado no século XX por alguns autores, chegando Alf Ross a afirmar, literalmente, *tratar-se de um reacionário*, ainda que reconhecesse o valor de sua obra.

Para Gierke, era inconcebível que se buscasse aplicar na Alemanha os princípios romanistas de Direito, tratando-se de elementos rigorosamente estranhos à tradição jurídica germânica, toda ela erigida em torno e voltada à concepção de comunidade e de corporação, exigindo para seu reconhecimento a aplicação de uma *teoria da realidade* na fixação de responsabilidades de seus membros e representantes, como já dito.

Mas Gierke foi além.

Na verdade em seu tempo, mais especificamente nas décadas finais do século XIX, o doutrinador germanista contestou praticamente tudo o que vigia na Alemanha de então.

Ainda que diferentemente do Direito Social modernamente defendido nessa entrada de século XXI – e já desenvolvido por Georges Gurvitch nos começos do século XX⁶ –, o fato é que nosso autor já defendia, à sua maneira, um Direito Social que enfrentasse uma sociologia mecanicista e naturalista.

Em sua crítica Gierke envolvia até mesmo o marxismo, insistindo em defender um “Derecho de la sociedad precedendo a todo Derecho estatal”,⁷ entendendo, ainda, “lo social como antítesis y negación de los derechos subjetivos individuales (...) logrando, en suma, um Derecho alemán, social e justo”.⁸

³ GIERKE, Otto von. *Teorías políticas de la edad media*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 214.

⁴ E. WOLF, *Rudolf von Ihering. Otto von Gierke*, p. 86, *apud* PENDÁS, Benigno. *Op. cit.*, p. 24.

⁵ GIERKE, Otto von. *Op. cit.*, p. 244.

⁶ A respeito de GURVITCH e suas idéias ou concepções sobre o Direito social, ver *Le temp present et l'idée du droit social*. Paris: J.Vrin, 1932.

⁷ PENDÁS, Benigno. *Op. cit.*, p. 23.

⁸ PENDÁS, Benigno. *Op. cit.*, p. 24.

Gierke, em verdade, buscou mais que tudo, durante sua vida intelectual, montar uma estrutura de idéias suficientemente crível e persuasiva para oferecer uma alternativa à mera recepção, que se operava na Alemanha de então, quanto ao Direito romanista que, muito embora tenha sido visto como diametralmente oposto ao Direito germânico – como esforçou-se Gierke em demonstrar ao longo de sua vida e de suas obras –, era já então mais próximo, passível de complementação, alteração, cooperação e colaboração com o Direito germânico do que certamente o mestre alemão gostaria de admitir.

Bem de se ver, aqui, que o Direito germânico possuía mesmo muitas identificações com o Direito romano, podendo-se citar, como exemplo, o exercício do comando familiar (*mundium*), no Direito germânico, pelo varão da família e que, no Direito romano, é exercido praticamente sem modificações pelo pai. Há, portanto, certo exagero e, obviamente, apaixonado nacionalismo na análise de Gierke sobre esse tema.

O tema sobre o qual se debruça com mais profundidade Gierke, porém, é mesmo o das corporações e da criação de uma teoria da realidade aplicada às pessoas jurídicas.

Pode-se dizer que as corporações são “la institución que mejor refleja la peculiar concepción jurídica del pueblo alemán”⁹ e a teoria da realidade é também fundamental, para os germanistas, para entender de fato tal idéia de corporação, enxergando esta como um corpo único, composto por homens, é certo, mas com vontade, identidade e existência próprias, em oposição à noção clássica do Direito romanista de que só o homem é sujeito de direitos.

Como bem resume Benigno Pendás,

“en puridad, la persona jurídica germánica no se contraponen a sus miembros como um tercero, sino que está orgánicamente ligada a ellos : la persona colectiva y sus miembros constituyen una unidad, dotada de una voluntad propia (gesamtvilte) que no es la simple suma de las voluntades particulares, sino la voluntad común de todos, orgánicamente declarada”.¹⁰

3. CONTRIBUIÇÃO DE GIERKE AO DIREITO MODERNO

Concorde-se ou não com Gierke, é inegável, mesmo ao ver de seus adversários e oponentes, que sua obra resistiu ao tempo. Hoje, quando vemos o Direito em uma espécie de encruzilhada, acossado por várias forças que constantemente lhe questionam a validade, a força coercitiva e principalmente a efetividade,¹¹ lembramos as idéias do autor em análise. E por quê?

Porque não há nada mais atual hoje que defender alternativas ao Direito e suas instituições tal como conhecemos, tendo em vista que, como declara um dos estudiosos mais respeitados da atualidade nesse campo,

“qualquer que venha a ser o desdobramento do cenário internacional (...) uma coisa parece certa : dificilmente essas instituições jurídicas guardarão muita semelhança com o tipo de direito forjado pelo Estado moderno”.¹²

⁹ PENDÁS, Benigno. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁰ PENDÁS, Benigno. *Op. cit.*, p. 36.

¹¹ Comentando a situação de crise vivida pelo Direito atualmente, o que acaba afetando também o Estado de Direito e a Democracia, um respeitado estudioso afirma que há “situações inéditas, não rotinizadas, para as quais o sistema não possui memória jurisprudencial nem respostas exemplares. Um percurso que vai das brigas de torcedores nos campos de futebol aos crimes de colarinho branco, das zonas liberadas da imposição da lei e da ordem ao banditismo internacional do narcotráfico, da contrafação tecnológica à transnacionalização da economia, do risco dos acidentes nucleares às estratégias de controle da ‘aids’, da economia paralela aos arranjos neocorporativos. Enfim, uma conjuntura que questiona a eficácia da democracia, do direito e da regra da maioria”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1993, p. 58.

¹² FARIA, José Eduardo *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 323.

Esse raciocínio indica, a toda evidência, que o Direito tal como conhecemos não permanecerá. Para enfrentar esses desafios, vemos algumas tentativas doutrinárias e, de certa forma, mais conceituais que empiricamente avaliáveis, como o Direito Reflexivo, de Gunther Teubner; o Direito Autopoiético, de Niklas Luhmann; o Direito Responsivo, de Nonet e Selznick; o Pluralismo Político, de Boaventura de Sousa Santos e, em ponte com o autor alemão em análise, o Direito Social, já comentado, que agora reaparece com nova força e roupagem.¹³

Ou seja, após mais de 100 anos do auge de atividade intelectual de Gierke e 80 anos de sua morte, constata-se que suas teses acerca da socialização do Direito e, mais especificamente, da volta desse mesmo Direito à comunidade, tomam novo fôlego.

Ainda que seja certo que o Direito Social de que falava o professor alemão não seja, *ipsis litteris*, o mesmo que agora vemos, não há como negar que seus delineamentos mais marcantes encontram-se em perfeita identificação. Na verdade, formou-se uma certa unanimidade em torno da idéia de que dificilmente um modelo alternativo, puramente considerado, será capaz de substituir ou gerar modificações no modelo tradicional, o que poderá ser obtido apenas com uma conjunção de aspectos das várias teorias.

Em uma época em que se busca, de forma até certo ponto angustiada, tutelar as relações entre blocos comunitários de comércio, tais como Nafta, Mercosul, CE, comunidades que adquiriram importância, em algumas circunstâncias, bastante superior aos próprios Estados que representam, notamos a necessidade de estabelecer entendimentos comuns sobre conjunto de regramentos de que se possa lançar mão para tutelar esse tipo de relação ou, com mais acerto, reconhecer que nenhum conjunto de normas vai amparar a contento tais inovadoras relações e que um novo caminho, totalmente em construção e com alterações constantes de rota, está sendo percorrido.

Em um clima assim, chega a ser curioso que as idéias de um rígido professor alemão de Direito ligadas ao século passado se mostrem atuais e que seu nacionalismo exacerbado e sua visão peculiar do Direito Natural possam até ser mitigados em proveito do restante de sua obra, cujo trecho final aqui transcrevemos também como epílogo desse estudo:

“... del Derecho natural surgieron también entonces los inicios de una reconstrucción de la teoría de la corporación en el espíritu del moderno Genossenschaftrecht de raíz germánica”.¹⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1993.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GIERKE, Otto von. *Teorias políticas de la edad media*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

GURVITCH. *Le temp present et l'idée du droit social*. Paris: J.Vrin, 1932.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PENDÁS, Benigno. *El pensamiento político medieval en la teoría del derecho y del estado de Otto von Gierke*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

¹³ Para uma visão didática sobre as alternativas ao modelo tradicional de direito, ver MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

¹⁴ GIERKE, Otto von. *Op. cit.*, p. 262.