INFLUÊNCIAS DA GERMANÍSTICA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A. B. COTRIM NETO

SUMÁRIO: — 1. Os alemães no descobrimento do Brasil. 2. O alemão Hans Staden, primeiro cronista do Brasil. 3. Objeto deste estudo. 4. A teoria do Fisco (alemã) prepara alicerces para a teorização do Estado de Direito e da Personalidade Jurídica do Estado. 5. A influência anglo-francesa no Direito Constitucional e no Direito Administrativo do Brasil-Império. 6. Os juristas germânicos lançam as teorias fundamentais do Direito Público contemporâneo. 7. Tobias Barreto e a introdução da germanística jurídica em nosso País. 8. A contemporânea reprivatização da germanística jurídica, no Brasil.

1. Em 1431, o príncipe português D. Henrique fundou um estabelecimento de pesquisas e explorações náuticas, e estabelecimentos navais, que iniciaram, para seu país e para o mundo, a era das chamadas “grandes navegações”: essa foi a famosa Escola de Sagres, que esteve, para o seu tempo, como os grandes centros cosmonáuticos americanos para a nossa época. Em Sagres pululavam geógrafos, cartógrafos, astrônomos, atraídos de toda a Europa pela generosidade do príncipe, o qual, por demais, era o homem mais rico de Portugal. E não faltavam os alemães, que, em grande número, daí por diante ficariam vinculados, para sempre, à epopéia marítima do povo lusitano.

Dentre as figuras que mais se destacaram, no período que se seguiu a Sagres, e agora em pleno fervilhar das grandes expedições na busca do caminho marítimo das Índias, temos de apontar o cartógrafo, astrônomo e matemático Behaim, nuremberguês, criador do primeiro globo terrestre, e o “Bacalareus” Johann, certamente alemão, no entendimento dos melhores historiadores bra-

sileiros, como Pedro Calmon, conquanto de origem indeterminada: o primeiro foi conselheiro do rei de Portugal, por volta de 1490; o segundo figura na história do descobrimento do Brasil com o maior destaque. O “Bacalareus” Johann — o “mestre João” dos registros históricos lusitanos — juntamente com um destacamento de 35 artilheiros e arcabuzeiros (“Büchenschüsser”), participou da frota que o navegador Pedro Álvares Cabral conduzia para as Índias, e que descobriu o Brasil, a 22 de abril do ano de 1500: para dar ao rei português a boa notícia do descobrimento, foi escrita uma carta, por notário em viagem para o Oriente, a qual um navio correio levou para Portugal, juntamente com a descrição da posição geográfica e das referências astronômicas da terra descoberta; este segundo documento foi elaborado por “mestre João”, em duas singelas folhas de papel, que ainda hoje existem nos arquivos de Lisboa. Nestas condições, foi um alemão quem primeiro apontou para o mundo científico a colocação geográfica do Brasil, como igualmente foi quem primeiro registrou, como uma cruz, a constelação do Cruzeiro do Sul que figura no atual escudo de armas deste País.

Não vem ao caso mencionar que nas iniciais explorações das costas do Brasil participaram sempre os alemães, como o referem todos os historiadores desses fatos: entretanto, um deles não pode deixar de receber particular destaque, exatamente por ter sido quem primeiro publicou um livro sobre a terra, a qual já começava a surgir nas cartas com o nome que hoje tem uma das maiores nações do mundo.

2. Hans Staden chamou-se tal homem. Ele nasceu entre 1525 e 1528, na cidade de Homberg, Estado do Hesse; em 1547, viajou a Portugal, donde embarcou para a América do Sul, como arcabuzeiro. Esta viagem teve a duração de 16 meses, e nela o jovem hesseniano teve ensejo de conhecer os indígenas e largos trechos das costas do Brasil. Três meses após retornar à Europa, em janeiro de 1550, Staden viajou novamente para a América do Sul, agora embarcado num navio espanhol: esta foi a que seria a viagem aventureira para o alemão que, depois de dois naufrágios e de ter estado a serviço dos colonos portugueses no sul do Brasil, acabou em mãos de indígenas antropófagos que estiveram em vias de devorá-lo.

Todavia, antes dessa aventura entre os indígenas, Hans Staden serviu durante algum tempo no melhoramento material das instalações defensivas de estabelecimentos portugueses, situados nas proximidades da que é hoje a cidade de Santos, e o mais movimentado porto do Brasil.

Em poder dos índios tupinambás, que eram inimigos dos portugueses, Staden permaneceu quase onze meses, até que foi resgatado pelo comandante

de um navio francês e trazido de volta à Europa e ao seio de seus compatriotas, tendo chegado em fevereiro de 1555.

Das duas viagens que fez ao Brasil, Hans Staden transmitiu impressões num livro que, dedicado ao *Landgraf* do Hesse, foi publicado em Marburg, no ano de 1557.

Para se fazer idéia da importância do livro a que nos referimos, basta seja dito que dele já foram tiradas mais de 25 edições em alemão, 15 em português, e feitas traduções em todas as línguas cultas. Sobre ter sido a primeira obra escrita a propósito do Brasil, ele contém o mais antigo e o mais seguro relato dos usos e costumes das populações primitivas do país: o notável etnólogo Herbert Baldus afirma, por exemplo, que o livro de Staden é, ainda hoje, “uma das mais valiosas fontes da etnologia, em geral, da tupinologia (estudo dos índios tupis, da região), especialmente”. Para o Dr. Carlos Oberacker, autor de excelente e denso livro publicado sob o título de “A Contribuição Teuta à Formação da Nação Brasileira” (a sua primeira edição foi feita em alemão), o rude lansquenê, com seu pequeno livro ao qual intitulou de “Wahrhaftige Historia und Beschreibung eines Landes der Wilden...” transformou-se num precursor de v. Martius, de von den Steinen ou de Koch-Gruenberg; e acrescenta: “A *História Verdadeira* não é apenas manancial etnológico inexcedível, sobre os habitantes costeiros há muito exterminados, que não tem similar em língua portuguesa; encerra, outrossim, observações apreciáveis, a respeito da terra, fauna, flora, como ainda importantes indicações sobre o desenvolvimento histórico do país no século XVI”.

3. Entretanto, não se objetiva, neste nosso trabalho, focalizar a obra global que o espírito e a iniciativa germânicos desenvolveram no Brasil, o que noutra oportunidade fizemos, quando das conferências por nós proferidas nas universidades de Bonn e de Stuttgart — no outono de 1971 — sobre a influência alemã na cultura brasileira” (“*Deutscher Einfluss auf die brasilianische Kultur*”).

Aliás, esse estudo global já tinha sido feito antes, e magistralmente, no citado livro de Oberacker. Para nós, aqui, o que simplesmente interessa é fazer um registro sobre certa particularidade da influência exercida pelo direito alemão nas instituições jurídicas de nosso País. — Queremos nos referir à penetração das doutrinas do Direito Público germânico e das marcas por elas deixadas bem impressas no direito brasileiro.

4. Na história da humanidade ocorreram determinados inventos, que alteraram todo o teor de vida do homem, e sem cuja existência seria até impossível conceber civilização e cultura dinâmicas: a invenção da roda; por

exemplo, foi que deu energia à nossa civilização. O desconhecimento desse instrumento condenou duas civilizações incipientes — a dos Incas e a dos Aztecas — a um rápido perecimento, diante de alguns punhados de aventureiros, que, entretanto, com seus cavalos, tinham a rapidez de deslocamentos com que não contavam os autóctones.

No que concerne ao Direito Público, e agora não falamos apenas do brasileiro, mas do Direito Público contemporâneo e universal, seria impossível concebê-lo sem a atribuição de personalidade jurídica ao Estado. Por certo que muitas escolas reivindicam tal extraordinária criação ou invenção, na teórica jurídica: é de nosso entendimento, porém, que haveria sido impossível chegar-se à personalização jurídica do estado sem a sutil criação da “Fiskustheorie”, mercê da qual — e na Alemanha da segunda metade do século XVIII, na época do iluminismo, do “Aufklaerung” — foi possível conciliar-se o vigente absolutismo monárquico com os nascentes ideais de liberdade.

Por demais, foi com a teoria do Fisco que, pela primeira vez na história do direito, tornou-se possível atribuir-se características de *sujeito*, de pessoa ficta, a um setor do Estado, ou ao patrimônio do Estado, à parte do *soberano*, que então usufruía das mais amplas imunidades e aparecia como a personalização do próprio Estado e a fonte da Lei e da Justiça. Institucionalizado o “Fisco” tornou-se lícito ao súdito reivindicar direitos contra a Administração do Estado absoluto, porque se artificializou uma entidade que poderia ser convocada como parte processual.

Com o seu fecundo desenvolvimento posterior, entrado já o século XIX, a teoria do Fisco — de cujo histórico tanto se ocuparam Otto Mayer, Gierke como Hatschek — ensinaria, ademais, os primeiros tímidos ensaios da teorização do Estado de Direito, que seriam lançados, ao redor de 1830, pelo egrégio Robert v. Mohl e, logo em seguida, proporcionaria certamente a inspiração da idéia de atribuir personalidade jurídica ao Estado, a W. E. Albrecht, no estudo crítico de um livro de Maurenbrecher, que ele publicaria nas páginas do “Goettinger Gelehrte Anzeige”, de 1837. (*Nota infra*)

E todo esse admirável esforço criativo que se verificava além do Reno — o qual até 1814 constituía a fronteira norte da França — enquanto neste país raiavam as explosões da Revolução Francesa e suas seqüelas, não inteiramente extintas antes de 1848, tudo isso seria, entretanto, ignorado no Brasil, até quase o limiar de nosso século.

5. Com efeito, durante a maior parte do século XIX, os pensadores responsáveis pela formação jurídica de nosso País só tinham olhos para a França ou para a Inglaterra, na tomada de modelos a empregar no aperfeiçoamento

mento das instituições políticas do Brasil-Império. E isso porque, enquanto nossos homens de Estado e nossos constitucionalistas se ocupavam de plasmar o parlamentarismo caboclo, o estilo seria copiado de Londres; quando se havia construir para o Direito Administrativo, cujo magistério aqui fora introduzido em 1851, as fórmulas seriam tomadas de Paris. Assim, o Marquês de São Vicente, José Antonio Pimenta Bueno, e o Visconde do Uruguai, Paulino José Soares de Souza, como Antonio Joaquim Ribas, publicistas que pelos meados da centúria anterior escreveram as melhores obras editadas no Brasil sobre a Constituição e as instituições administrativas do País, só tinham olhos para a literatura jurídica e os modelos ingleses ou franceses. Não foi — também — por uma circunstância eventual que Joaquim Nabuco, em “Minha Formação”, dedicou todo um capítulo ao publicista inglês Bagehot, o qual recentemente (em 1869) havia publicado um estudo sobre a Constituição da Inglaterra, onde, segundo confessou o eminente brasileiro, ele tomaria os elementos para a formação do seu ideário político.

Surpreende deveras, quando se relê as excelentes obras do Marquês de São Vicente, do Visconde do Uruguai e do Conselheiro Ribas — entre outras — sobre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo do Império do Brasil, a quase total ignorância por eles demonstrada, no concernente à literatura jurídica da Alemanha.

Contudo, por essa época, já Carl Friedrich Gerber retumbantemente desenvolvia seu trabalho de criação de um Direito Público alemão, para desvinculá-lo da quase servil filiação à escola francesa, em que ele vinha caindo. Acompanhavam-no nesse esforço, com uma produção intensa, juristas da categoria de Lorenz v. Stein, de Cumplowicz e, logo depois, Laband, Jellinek, Otto Mayer e muitos mais, que se preocupavam com o estudo da Administração Pública encarada cientificamente no quadro de uma disciplina capaz de conciliar — dentro do Direito Público — o que nós determinamos Direito Constitucional, e o Direito Administrativo, para a formação de um ramo particular, a que eles chamariam de “Direito do Estado”.

6. Não obstante, muito antes que os franceses — com a reforma administrativa napoleônica do ano VIII do calendário da Revolução (1800) — tivessem dado início à construção jurídica que Zanobini refere como o “ato de nascimento do Direito Administrativo” (in: “Corso di Diritto Amministrativo”, Giuffré, 8ª ed., pág. 41), já os alemães, discretamente, no recém-criado Estado da Prússia, e sob o reinado de Frederico Guilherme I, em 1727, instalavam as primeiras cátedras para o magistério da “Cameralfística”, que correspondia ao que mais tarde, com ligeira modificação de conteúdo, seria chamado de “Ad-

ministração Científica” (v. “Verwaltungswissenschaft in europaeischen Laendern”, obra coletiva ed. por Duncker & Humblot, 1968, pág. 223: escrito de Fritz Morstein Marx).

Posteriormente, mas sempre no século XVIII, os alemães — como vimos acima — construíram a teoria do Fisco, com a qual os súditos já podiam contar com uma via de direito para enfrentar o Estado, onde o monarca ainda dispunha de poderes absolutos; foi então, segundo descreve o professor Hans Wolff, que se constituíram certos institutos jurídicos, que mais tarde viriam a enriquecer o Direito Administrativo. Foi sobretudo mercê das repercussões da “Fiskus-theorie” que a propriedade individual passou a ser protegida contra os confiscos, e, nos casos de desapropriação, passou a ser indenizada como se tivesse sido objeto de um negócio de compra-venda, embora compulsória; que as relações de emprego público perderam a característica medieval de serviço obrigatório sob regime de suzerania, para se tornarem objeto de um genuíno contrato de serviço; que as licenças para exercícios profissionais, as quais por tantos séculos estiveram limitadas pelos privilégios corporativos, tornaram-se um direito de trabalho sem restrições (in: “Verwaltungsrecht”, 6^a ed. Beck’sche, vol. I, pág. 37).

Daí, isto é, do controle jurisdicional de certos atos da Administração Pública, admitida com o artifício da teoria do Fisco — que não envolvia o monarca nas malhas do processo judiciário — para a elaboração de um sistema em que o Estado e a Administração respondessem pelos seus atos, num regime que passaria a chamar-se como “Estado de Direito”, seria apenas questão de tempo. — E isto se verificaria quando Robert v. Mohl editou sua famosa obra o “Direito do Estado do Reino de Wuerttemberg” (1829), na qual estabelecia os fundamentos do que seria mister, para que as relações entre a Administração Pública e os administrados se transformassem numa relação jurídica sistemática.

Para v. Mohl — que, no referido livro (consoante registro de Forsthoff), estudara separadamente o Direito Constitucional e o Direito Administrativo — a Constituição se ocupa da determinação dos fins do Estado e das suas relações fundamentais com os súditos, enquanto a Administração tem por objeto a “aplicação das prescrições gerais da Constituição às diferentes relações e casos que se verificam diariamente”, bem como o comando de todo o procedimento e forma da atividade do Estado (*apud* “Lehrbuch des Verwaltungsrechts”, 1^o vol., 9^a ed. C. H. Beck, 1966, de Forsthoff, pág. 42). — Na opinião deste eminente professor de Heidelberg, do qual tomamos as observações de Mohl, na obra do jurista wurtenberguês estariam assentados os elementos essenciais para o posterior desenvolvimento do Direito Administrativo, sobre tudo quando

ele, aproveitando-se da exposição sistemática do conceito de Sociedade, pouco antes desenvolvido por Hegel em sua “Grundlinien der Philosophie des Rechts”, apontava o Estado e a Sociedade como realidades diferenciadas.

Não se pode, a bem da verdade, deixar de salientar que a contribuição dos franceses no desenvolvimento científico do Direito Administrativo haveria de ser primordial. Entretanto, nunca é demais enaltecer o significado da construção de v. Mohl, no concernente ao Estado de Direito: e sobretudo quando sua ideação genial, que teria desenvolvido na obra subsequente de outros juristas germânicos, da envergadura de Rudolf v. Gneist e de Otto Baehr, haveria de ser um dos elementos essenciais para a ulterior edificação da teoria da personalidade jurídica do Estado, também inventada na Alemanha, ambas as quais se tornariam dois pilares indispensáveis para a construção dogmática do Direito Público contemporâneo.

Não exageraríamos, mesmo, se disséssemos que as teorizações do Estado de Direito e da Personalidade Jurídica reconhecida no Estado estão para o Direito Público como a roda para a civilização contemporânea: sem elas o nosso mundo jurídico haveria de ser inquestionavelmente diferente. E, sobretudo, tornaram-se princípios axiomáticos do Direito Brasileiro, no plano do Direito Constitucional como do Direito Administrativo.

7. É curioso assinalar, que, precisamente quando os imigrantes alemães afluíram em grande número para o Brasil, desde os primeiros anos do Império, os representantes de nossa cultura jurídica tanto ignorassem a obra dos juristas alemães.

Apenas quando o Império marchava para encerrar o seu ciclo, aparecia a obra do verdadeiro introdutor do germanismo entre nós, Tobias Barreto. Figura admirável de devotado às letras latinas, foi através do interesse dedicado a essa língua clássica que ele, certamente, resolveu penetrar nos arcanos da língua e das instituições jurídicas da pátria de Ihering, de Bluntschli, mas sobretudo dos principais teorizadores do Estado de Direito, Mohl e Gneist, aos quais votava particular admiração.

Entretanto, com Tobias Barreto o direito germânico entrou no Brasil para ficar, tendo tido como pólo de irradiação a sua Faculdade de Direito do Recife, donde a maioria dos seus mestres — com destaque necessário para Gondim e Bevilaqua — irradiava para o País inteiro o magistério jurídico dos gigantes de Goettingen, de Heidelberg, de Berlim...

Dáí em diante tornar-se-ia quase lei que, quem pretendesse aspirar à qualidade de *jurista*, entre nós, teria de necessariamente saber a língua alemã para perlustrar os autores da Alemanha. Acreditamos não exagerar se dissermos

que a influência da jurisprudência germânica ao Brasil — em certa época que antecedeu a II Guerra Mundial — não teve competidora nem mesmo na influência italiana ou na francesa, apenas tendo em parte cedido ante a americana, mercê, neste caso, da presença de Rui Barbosa, sobretudo, e um pouco de Carlos Maximiliano, no culto do Direito Público da grande república do norte do continente.

8. Com a guerra que o nazismo deflagrou na Europa, e as repercussões da infeliz política alemã entre 1933 e 1945, degradou-se o interesse pelos estudos da germanística no campo do direito, inclusive, ainda, pela circunstância de que os próprios juristas da Alemanha reduziram sua produção.

Não obstante, com o restabelecimento da democracia na Alemanha, sentimos, hoje, que voltam ali a florescer, como nos melhores tempos de sua história, os estudos jurídicos e a produção bibliográfica. Em todos os campos do Direito as publicações novas enchem catálogos, não somente trazendo a lavra de juristas mais velhos, como é o caso de Forsthoff, de Nawiasky e de Hans Wolff — no Direito Administrativo e no Direito Constitucional, *ad exemplum* — mas apresentando nomes de jovens, ou até de clássicos cujos livros aparecem em magníficas edições fac-similares.

Deixa de ser surpreendente, em face disso, que os juristas mais novos, entre nós, se estejam voltando para o estudo do alemão, ansiosos por desfrutar dos benefícios que o conhecimento da língua volta a oferecer para quem pode entendê-la e, dessa forma, penetrar na rica literatura jurídica recente e ainda não traduzida.

Destarte, o que vem ocorrendo é o que bem poderíamos classificar de uma onda reprivatizatória dos estudos da germanística jurídica, no Brasil, com os óbvios reflexos disso na formação do pensamento do País.

NOTA

Parece certo haver sido Hobbes quem primeiro teria admitido a personalização do Estado, em famoso livro de 1651, ao qual intitulou simbolicamente “Leviathan” e com o qual — conforme se lê na Introdução — ele identificava “um *Commonwealth*, ou *civitas*, que é uma pessoa artificial, embora de maior estatura e força do que a pessoa natural, cuja proteção e defesa foi-lhe atribuída” (ed. “Encyclopedia Britannica”, 1952, vol. 23, pág. 47). — Essa prioridade também é admitida pelo professor torinese Alessandro Passerin D’Entrèves, em seu estudo sobre “La Dottrina dello Stato” (ed. Giappiccelli, 1967, pág. 157).

Não obstante, Hobbes não foi um jurista, mas um filósofo, e quando entendeu de personalizar o Estado, à imagem do homem, não considerou critério jurídico, antes parecendo que — no tópico transcrito por nós, como em outros subseqüentes — teria dado às suas palavras um sentido de imagem literária.

A nosso ver foram mesmo os juristas alemães os verdadeiros idealizadores da personalidade jurídica do Estado, numa obra desenvolvida paulatinamente, desde quando, segundo referimos, edificaram a Teoria do Fisco, no século XVIII.

--oOo--

Quando a justiça, ferida pela injustiça, se apresenta diante do Tribunal e os juízes não lhe tiram o dardo, eles mesmos são por este feridos.

CÓDIGO DE MANU, art. 8^o
(Reconstituição de Deslongchamps)