

# Textos Clássicos

## NOTAS SOBRE “A HISTÓRIA DO PRINCÍPIO DA MAIORIA”, DE OTTO FRIEDRICH VON GIERKE (1841/1921) \*

NILSON LAUTENSCHLAGER JR.

“[...] so erhebt sich in ununterbrochen aufsteigender Wölbung der erhabene Bau jener organischen Verbände, welche in immer größeren und umfassenderen Kreisen den Zusammenhang alles menschlichen Seins, die Einheit in seiner bunten Mannichfaltigkeit, zur äußeren Erscheinung und Wirksamkeit bringen. Aus der höchsten der das Einzelleben nicht überdauernden Verbindungen, der Ehe, wachsen Familien, (...) Staaten und Staatenverbände in reichhaltiger Abstufung hervor, und für diese Entwicklung läßt sich keine andere Grenze denken, als wenn sich in ferner Zukunft einmal die ganze Menschheit zu einem einzigen organisierten Gemeinwesen zusammenschließen [würde].“

(O. v. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 1)

Poucos autores na história do direito tiveram a coragem e a determinação de analisar uma questão tão complexa e direta, como a das maiorias. O texto de Otto von Gierke é assim uma verdadeira raridade histórica e não deve ser lido, mas degustado, pois que a rara erudição do texto nada prejudicou a profundidade dos elementos de reflexão que traz à luz.

Não poderíamos deixar de trazer referido texto, que se encontra ora traduzido para o português, sem referenciar sua aparição e importância, para que seja mais bem apreciado pelos leitores. Não é simples introduzir, ainda que de forma muito singela, a obra de um autor detentor de tamanha envergadura

intelectual, como aquela de Otto Friedrich von Gierke. Faz-se, necessário, entretanto.

Otto von Gierke iniciou seus estudos jurídicos em 1857 nas cidades de Berlim e Heidelberg. Obteve o título de doutor em direito junto ao importante historiador Carl Gustav Heymer. Filho de funcionários do governo prussiano e acostumado às discussões sobre política e economia em sua própria casa, carregava como marco mais contundente da sua obra a clara preocupação com os fundamentos sociais do direito, especialmente, do direito alemão em contraposição às ideias individualistas decorrentes do crescente renascimento dos estudos sobre o direito romano marcado pelo movimento pandectista alemão.

Principal obra de Otto von Gierke foi, indubitavelmente, a *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (*Direito Alemão das Associações*). Trabalho profundo e intenso no qual o autor

\* Tradução, introdução e revisão por Nilson Lautenschlager Jr. Colaboraram com parte da tradução, Klaus Peter Rieckmann e Jürgen Dittberner.

pesquisa a origem e a natureza histórica das diversas associações humanas, onde as interpreta historicamente como personificações ou corporações (*Körperschaften*) com independência e caráter próprios. Procura, assim, demonstrar que as associações humanas apresentam uma realidade peculiar, a qual suplanta a realidade e a existência dos seus próprios membros. Por isso, ficou tão conhecido como o pai da teoria realista das associações ou sociedades, embora tal classificação seja uma redução simplista, até mesmo desdenhosa, da complexidade da sua obra.

Passando pela construção histórica das associações humanas não deixou Otto von Gierke de perscrutar questões absolutamente basilares de tais formações ou criações, na melhor leitura da linguagem do autor. Foi, assim, com o processo decisório em tais entes. Otto von Gierke não permitiu que respostas que hoje temos como indubitáveis e, até mesmo, óbvias, deixassem de passar pelo escrutínio da indagação científica e histórica.

Assim, colocou o princípio da maioria, hoje aceito, quase que inconscientemente, por todos como regra básica de convivência humana, em perspectiva histórica, e mostrou a real importância de tal regra para a evolução das associações e corporações. Fica evidente, assim, a preocupação com indagações basilares do convívio social.

O elemento mais contundente do seu texto encontra-se no esclarecimento sobre a crise gerada pela perpetuação da maioria e os mecanismos, para não dizer artificiosos, sociais que foram emplacados para permitir a sua aceitação, pois que a falta de consenso absoluto era percebida como elemento de instabilidade social. O texto percorre exatamente os meandros da evolução de tal embate social para dar o real conteúdo histórico do princípio da maioria. Nenhuma introdução é mais reveladora, todavia, que o próprio texto de Otto von Gierke. Que o leitor brasileiro tenha a chance de apreciar o belo texto histórico desse grande autor.

## ***DA HISTÓRIA DO PRINCÍPIO DA MAIORIA\*\****

OTTO VON GIERKE

*O princípio da maioria na atualidade. Seu desenvolvimento histórico. Antiguidade. Direito Romano. Direito Germânico. Ato coletivo unânime original. Decisão em caso de disputa. Congressos políticos. Associações comerciais. Decisões judiciais. Desenvolvimento e significado da expressão: "A minoria deve seguir a maioria". Condenação. Influência do conceito de corporação. A teoria das corporações da jurisprudência medieval. Legistas. Canonistas. "Major et sanior pars." Teoria das entidades coletivas. Teoria da "persona ficta" coletiva. Disputa entre as duas correntes. A doutrina naturalista da sociedade. Sua derivação do princípio da maioria. Transmutação no correr do século XIX. Concepção histórico-orgânica das associações. Razão de validade e valor do princípio da maioria sob tais prismas.*

### ***O princípio da maioria na atualidade***

Talvez o princípio da maioria nunca tenha desenvolvido um papel tão importante quanto na atualidade. Em eleições gerais e

locais, nas decisões parlamentares e municipais, nos colégios administrativos e de magistrados, em todas as corporações privadas e públicas, nas associações com propósito econômico ou idealista é a voz da maioria que decide. Por todos os lados vale o que a maioria quer, como expressão da vontade de todos. Por meio de um cálculo exempli-

\*\* Discurso realizado no Congresso Internacional dos Historiadores, em Londres, abril de 1913.

ficativo fixa-se o que todos os participantes devam reconhecer como vinculante para si, trate-se de 16 milhões de eleitores, como na recente eleição presidencial americana, ou de uma votação em um colégio composto por três pessoas. Apenas quando esse número for abaixo de três não funciona mais tal panaceia para conflitos de opiniões. Para as sociedades duais não há maioria. O mais íntimo relacionamento humano, o casamento, não pode contar com a votação.

Em razão de tal reconhecimento geral aceitamos hoje o princípio da maioria como algo óbvio e não quebramos muito a cabeça a respeito dos motivos pelos quais, aqui, a parte equivale tanto quanto o todo. Também nos textos jurídicos, políticos e filosóficos raramente encontramos tentativas efetivas de justificá-lo.<sup>1</sup>

Não foi sempre assim! O princípio da maioria não imperou de forma alguma desde sempre. Impôs-se de forma gradual na história e desenvolveu-se de forma muito diferenciada. Suas razões de validade foram compreendidas e formuladas de maneira muito distinta e desigual. O grande interesse histórico por esse processo torna-se ainda maior quando se constata que há uma estreita relação desse processo com a mudança da concepção geral sobre a natureza das organizações humanas (*menschlichen Verbände*). Poderá, porém, ao mesmo tempo, servir para propiciar uma compreensão mais profunda da nossa atual situação jurídica.

### ***Seu desenvolvimento histórico.***

#### ***Antiguidade. Direito romano***

Gostaria, portanto, de chamar a atenção para a história do princípio da maioria. Para

1. Com detalhes Simmel trata o problema, *Soziologie*, 1908, pp. 186 até 197 (Digressão sobre o consenso). Uma explicação, que, porém, permanece ignorada, nas representações dos tempos mais primitivos, tenta também Bolze, *Der Begriff der juristischen Person*, pp. 109 e ss.

tanto, irei limitar-me à descrição do desenvolvimento ocorrido sob o direito germânico medieval e na era moderna. Não tratarei mais de perto, em especial, da história do princípio da maioria na antiguidade. Entre gregos e romanos, o princípio da maioria imperava de forma inequívoca nos tempos mais recentes, sobre os quais temos mais conhecimento, para todas as decisões coletivas. Para os estágios mais distantes, que ao certo ocorreram, não estamos informados de forma segura. De qualquer forma, mesmo que não consciente do princípio, não havia nenhuma dúvida sobre a legitimidade da decisão através da contagem de votos. Não encontramos na doutrina política grega reflexões sobre as razões de validade da maioria de votos. Somente com os juristas romanos ocorre a busca pelas razões de sua validade. Contentam-se, porém, com uma justificativa muito superficial. “Referetur ad universos quod publice fit per majorem partem”, diz Ulpiano na L. 160 § 1 D. de R. J. O mesmo pensa Scaevola em L. 19 D. Ad minicipalem (5, 1): “Quod major pars curiae effecit pro eo habetur, ac si omnes egerint”. Tais afirmações, que tiveram grande importância mais tarde, lastreiam-se em uma ficção jurídica, pela qual a maioria deve imperar como se o todo fosse. Como tal ficção relaciona-se com a conhecida regra jurídica positivada, que exigia a presença de dois terços nas cúrias municipais para a validade de uma decisão por maioria, não a explicitaram os juristas romanos, os quais sequer construíram uma teoria geral das decisões nas corporações.

#### ***Direito germânico***

Para o direito germânico, no estágio ainda desigualmente mais primitivo em que se encontrava quando de sua entrada para as luzes da história, permanecia o princípio da maioria algo desconhecido. Para o direito germânico, a vontade geral significava a vontade assemblear e a vontade assemblear, a vontade de todos os participantes. Para o

pensamento concreto e real dos tempos antigos, eram portadores de todo o direito da comunidade as assembleias e os dominadores (*Herrscher*) que podiam ser vistos. Não havia uma separação entre a personalidade individual dos dominadores e sua posição como líderes de uma comunidade e, assim, muito menos a separação entre a totalidade e a diversidade geral para as assembleias. O direito comum havia de ser exercido, portanto, pela assembleia dos integralmente legitimados em sua aparição única e de muitas cabeças. É no querer e agir coletivo de todos que surge o todo vivo.

#### *Ato coletivo unânime original*

Portanto, para toda decisão municipal ou do povo era necessário, em princípio, um ato coletivo unânime. Em caso de conflitos para se chegar ao ato, havia o conselho. Quando, porém, o poder de convencimento das razões ou a presença e a retórica dos homens antigos não conduziam para o consenso, então, se impunha, em regra, a opinião da maioria mais expressiva. Originalmente, tal não ocorria de forma alguma por meio de uma votação que vinculava por lei a minoria. Não se falava em voto ou contagem de votos. Muito pelo contrário. Os reunidos informavam em conjunto e em uníssono sua decisão. Abalroar de armas, ovações ou quaisquer aprovações com as mãos e boca correspondiam à aceitação, gritos altos e expressões de desaprovação, à rejeição de uma proposta. Assim descreve Tacitus a tomada de decisão nas assembleias germânicas antigas e fontes mais recentes a confirmam como uma prática geral dos povos germânicos.<sup>2</sup> Calando-se os

2. Germ. c. 11: “sin placuit, frameas concutiunt; honoratissimum assensus genus est armis laudare”; conf. *Hist.* vol. 17. O encontro de armas é visto também mais tarde entre os francônios como forma especialmente festiva de decisão do povo: abalroar dos escudos e ovações na eleição de Clodwigs pelos francos ripuários segundo Gregor Tur. II. 40; “vocibusque simul et armorum plausu sententiam ducis firmaverunt”, conf. *Annales Mettenses*, s. F. 690, MG. S.S. I 318. Entre os povos nórdicos como

que não concordavam, anunciava a assembleia, então, em conjunto e em uníssono a sua vontade. E mesmo a discordância de um ou outro, quando não escutada ou sufragada, não impedia o anúncio do resultado como uma decisão assemblear unânime.

#### *Decisão em caso de disputa*

Não havia, porém, uma obrigação legal de acatar a decisão da maioria ou mesmo tempo de aceitá-la como sua própria decisão. Aquele que mantinha sua posição contrária à decisão da maioria não se submetia à decisão dos demais membros, que não representavam mais a totalidade. Ele se separava da totalidade, em si unitária, dos demais. E se apresenta perante a totalidade como inimigo relegado à sua força bruta. Como não havia perspectiva para a resistência contra tais imposições em razão da força da maioria, em regra, a simples ponderação sobre as consequências do ato conduzia a minoria a desistir do posicionamento contrário. Apenas o poder de fato podia sobrepujar os obstinados. E quando a minoria também possuía força e confiava na vitória, então assumia a cena, no lugar da decisão assemblear unitária, a divisão em unidades fragmentadas, para as quais, em casos extremos, as armas decidiam.

Quadro muito claro da perenidade desse vetusto costume oferecem as eleições régias alemãs até a alta Idade Média adentro. Exigem a unanimidade, inicialmente unanimidade dos líderes comunitários reunidos e dos eleitores, em seguida a unanimidade dos príncipes<sup>3</sup> e, posteriormente, a partir do

*vápnatak* por ocasião de atos legislativos e coroação de reis. Entretanto, como se extrai de *Germ.* c. 11, o abalroar de armas não era a única forma de aprovação. Era suficiente a *acclamatio*. Nas coroações alemãs de reis é mencionado o ato de estender a mão ao alto, além dos aplausos; Widukind, *Res gest. Sax.* I. 26, II. 1. Portanto, tal como corresponde ao antigo formalismo jurídico, a aprovação com a mão e a boca.

3. Ainda *Sachsensp.*, III. 57 § 2, exige consenso de todos os príncipes sobre a eleição como fundamento

momento em que os príncipes eleitores se tornaram eleitores únicos através de pré-eleição, a unanimidade dos príncipes eleitores. Foi tão somente com a Bula Dourada que o princípio da maioria foi introduzido como elemento basilar do direito imperial.<sup>4</sup> Até então a minoria que não se coadunasse de forma voluntária era forçada a reconhecer o rei eleito pela força das armas. Os inúmeros combates entre os asseclas e adversários dos reis em eleições polarizadas são conhecidos na história.

### ***Congressos políticos.*** ***Associações comerciais***

Aliás, os costumes antigos também assim se mantiveram muitas vezes com insistência. Tanto nas eleições alemãs quanto nas da Francônia, a unanimidade era primeiramente exigida para a tomada de decisões e a submissão daqueles que se apartassem dela dependia da coerção da força preponderante. Somente após o fim do século XIII as decisões por maioria foram reconhecidas de forma definitiva, muito mais tarde a contagem de votos, introduzida com a fixação do peso dos votos, até que finalmente nos três colégios, nos quais se dividiam, o princípio da maioria se impôs, permanecendo necessária somente a unanimidade dos colégios ou, no caso da *itio in partes*, de ambos os corpos religiosos. Foi de forma lenta e incipiente que a unanimidade, em medida muito restrita, foi suplantada pelo princípio da maioria nas assembleias locais, e aqui também somente

da eleição formal: “sven die vorsten alle to koninge erwelt, den solen sie (die Kurfürsten) aller erst bi namen kiesen”.

4. Para a sanção de deliberações imperiais pelos príncipes eleitores, o princípio da maioria já havia sido reconhecido por um Costume Imperial de 1281 (MG. Const. III 290). Para as eleições imperiais foi fixado primeiramente na Const. Lud. Licet juris de 6 de agosto de 1338 o quórum deliberativo de uma maioria de quatro príncipes eleitores, sem ainda derrubar, porém, a exigência da unanimidade dos presentes.

em alguns organismos locais individualmente. Isso ocorreu de forma mais lenta ainda nas associações federais, como nas ligas alemãs de comércio e na Confederação Suíça. Também por todos os lados da Europa o princípio da maioria foi obrigado a lutar com muito sacrifício por sua eficácia formal, a qual foi finalmente conquistada, nas reuniões políticas. Em alguns países o princípio da unanimidade obteve até mesmo eficácia formal contra o princípio da maioria,<sup>5</sup> o qual obteve, porém, sua derradeira vitória somente na dieta polonesa com o rumoroso *liberum veto*.

Por mais tempo ainda que no alto da vida pública afirmou-se o antigo direito em suas bases. Especialmente nas associações de mercadores e agricultores do interior, as decisões eram sempre declaradas e decididas pela multidão reunida dos associados de forma uníssona e unânime. É compreensível que decisões que atingissem direitos individuais dos associados dependessem do consentimento desses; entre esses, porém, contava-se também muitas vezes, sob a perspectiva da antiga propriedade comum sobre o mercado, o ingresso de novos associados com direito de participar e toda a disposição sobre a servidão ou seus frutos em benefício de não associados, concedendo-se, assim, a cada associado em tais casos um direito de oposição formal, que se extinguiu somente pelo silêncio em um ano e dia.<sup>6</sup> Também quando simplesmente se tratava do exercício

5. Assim até 1292, em Aragão.

6. Sobre o ingresso de novos membros veja o meu *Genossenschaftsr.* II. 232, Comentário 1.567, Maurer, *Einl.* 141 ss., *Markenv.* 112 ss., e a respeito do direito originário, como informa o bem compreendido Tit. Leg. Sal. de migrantibus, o meu *Genossenschaftsr.* I. 76 ss. Para disposições sobre servidões, meu *Genossenschaftsr.* II. 232, observação 153, 158-160, Lamprecht, *Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter*, I. 310, observação 6; especialmente ainda a clientela de 1487, em Grimm, *Weist.* I. 400. Para permissão do desbaste conforme depoimentos de testemunhas de 1560, em Landau, *Territorien*, p. 117, observação 1; sobre isso compare Pollock e Maitland, I. 684.

do direito comum ou do bem-estar comum, quando o direito era provado ou definido, ou quando um superior ou funcionário público era eleito, havia necessidade de um ato assemblear único. Para tanto, a maioria claramente preponderava. A partir do século XIII foi sendo concedida mais e mais a primazia jurídica da maioria dos votos também nas assembleias cantonais.<sup>7</sup> Com isso, não se abandonou de forma alguma inicialmente, como veremos, a necessidade do derradeiro consenso de todos, de forma que, como mostram inúmeros documentos e brocados, mais e mais as decisões assembleares eram promulgadas como declarações de reuniões unânimes.<sup>8</sup>

### ***Decisões judiciais***

Não menos interessante permaneceu o raciocínio ancestral das decisões de todas as assembleias judiciais (*Gerichtsversammlungen*). A sentença prolatada somente se tornava eficaz através da *vulbort*, o consentimento geral dos competentes membros do júri. Onde os membros do júri ou outros juizes fossem obrigados a decidir sem rodeios, era indispensável ao menos uma aprovação unânime. E esse princípio sobreviveu novamente à introdução do princípio da maioria. Com o veredito do júri ocorreu um pouco diferente, pois que por natureza não era sentença, mas sim testemunho.<sup>9</sup> Entretanto, o testemunho geral também exigia um depoimento geral

7. Expressamente fala-se já no *Sachsensp.* II 55: “Spat so die burmester scheidt des dorpes vromen mit milkore der merren menie der bure, dat ne mach die minre deil nicht wederreden”. Compare *Schwabensp.* (L.) 214 (com o acréscimo: “dass selbe recht sol man halden in den stetten”). *Rupr. Freis.* I. 142. A esse respeito há muitas evidências do Weistümern no meu *Genossenschaftsr.* II 220 ss., 478 ss. Compare também Maurer, *Markenv.* p. 359 ss. *Dorfv.* L. 220, II. 86 ss.; Thudichum, *Gau. e Markv.* p. 315.

8. Veja o meu *Genossenschaftsr.* II, 483, 501 ss.

9. Mais detalhes sobre a relação de votos em vereditos são apresentados por Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, pp. 363-371.

unânime e falhava em caso de conflito de opiniões. O simples desconhecimento de um ou outro não deveria conspurcar a eficácia do veredito geral, como então formou-se a regra rígida no direito normando, já que para o veredito unânime bastavam 11 de 12 jurados. Entretanto, a contestação expressa de somente um único jurado impedia a prolação de um veredito válido.<sup>10</sup> A partir daqui se desenvolveu a inflexível necessidade da unanimidade no *jury* inglês.<sup>11</sup> Poderia também permitir a eclosão do princípio da maioria, seja porque permanecia necessária uma maioria preponderante, seja porque era decidido com simples maioria, tal como no direito normando era o caso nos processos possessórios<sup>12</sup> e, na Alemanha, nos casos que restavam somente testemunhos de relações possessórias através das circunstâncias.<sup>13</sup>

### ***Desenvolvimento e significado da expressão: “A minoria deve seguir a maioria”***

Como vimos, a tendência geral do desenvolvimento estava direcionada para o crescente reconhecimento do princípio da maioria, que na segunda metade da Idade Média, também na Alemanha, valia indubitavelmente nos tribunais, assembleias corporativas, comunas, cidades, corporações de ofício e grêmios e foi declarado como regra geral nos livros jurídicos, nos brocados jurídicos e em inúmeras outras fontes do direito. Pessoalmente já aponte para o fato de que, de início, não significou de forma alguma um rompimento com os conceitos tradicionais, mas sim que se incorporou nas suas estruturas como um instrumento jurídico para alcançar uma deliberação assemblear unânime. Assim, recebe-se o entendimento: “A minoria deve seguir a maioria”, *minor*

10. Brunner, *ob. cit.*, p. 365

11. Pollock e Maitland, II. 625 ss.

12. Brunner, *ob. cit.*, p. 367 ss.

13. *Sachsensp.* III. 21 § 1 a.1: “Sve de merren mennie an’me getüge hevet, die behalt dat gut”.

*pars sequatur majorem*.<sup>14</sup> Por meio de tal expressão ou expressões com significado semelhante declara-se que a minoria deve desistir de sua contestação e concordar com a maioria, de maneira que se forme uma vontade geral unânime: uma “sententia per approbationem et collaudationem communem, quae volga dicitur, ab omnibus et singulia stabilita”, como diz um brocardo de 1340.<sup>15</sup>

Mostra-se, aqui, o extraordinário progresso da doutrina. A superação da controvérsia não deve mais depender do maior poder de barganha e da força coercitiva, mas do cumprimento da obrigação jurídica imposta à minoria. Como decorrência da relação associativa, o membro, para garantir a união do todo, deve submissão ao resultado da votação, transformando, assim, a vontade da maioria em vontade de todos. Afinal de contas, ainda é necessária a unanimidade. Dessa forma, a decisão somente ganha força se a minoria realmente seguir a maioria. Caso a minoria continue a insistir na sua posição, talvez cometa um ato ilícito punível,<sup>16</sup> mas não se chega a nenhuma decisão válida da associação. Caso a solução do conflito seja absolutamente necessária, a essa somente se chega por decisão do órgão hierarquicamente superior.<sup>17</sup>

### Condenação

De forma muito clara, essas diferentes opiniões surgem no processo judicial.<sup>18</sup> Encontrada a sentença para a questão a ser

decidida pelo juiz, qualquer juiz honorário poderá contrapor a essa uma sentença que lhe pareça mais conveniente, argumentando contra a aprovação. Assim, aquele que na hora da votação tenha tais seguidores, continuará com sua opinião. Essa sentença receberá a aprovação por meio de adesão da minoria à decisão da maioria. A partir daí, essa decisão torna a sentença incontestável e transforma-se em sentença de todos, “comum”, “total”, “unânime”, “indivisa”. Somente o juiz honorário dissidente pode proceder de forma diversa, enquanto não tiver sido dada a aprovação. Ele pode “criticar” ou “desconsiderar” a sentença, mostrando que a considera proposta ilícita, e declarar a próprio risco que jamais seguirá a referida sentença, nem mesmo quando a maioria votar a favor dela. Nesse caso, não se chega a uma sentença “comum”, nem se pede a aprovação, e afastada fica qualquer possibilidade de uma decisão judicial pelo tribunal onde está tramitando o processo, que transite em julgado. Aqui, a solução do litígio ocorre por outro tribunal, talvez hierarquicamente superior, que decidirá em um novo processo se a sentença procede ou não. Quem perde o processo, não apenas perde sua sentença, mas também fica obrigado a pagar uma multa. Entretanto, o *Espelho dos Saxões (Sachsenspiegel)* ressalta o direito privilegiado dos saxões de escolher outro caminho. Nesse caso, a decisão é tomada por duelo judicial. Sete dos seus devem lutar com espadas contra sete dos outros: ganha o lado em que se encontra a maioria.<sup>19</sup> Aqui, estranhamente, o princípio da maioria foi aplicado à decisão de armas executada à moda antiga, realizada dentro do processo judicial: onde a maioria de votos fracassa, decide a maioria vitoriosa.

14. Reunião de inúmeras evidências no meu *Genossenschaftsr.* II. 482-483.

15. W. v. Trese em Grimm, I. 810.

16. Às vezes, o cumprimento da obrigação de seguir a decisão da maioria é prometido formal e antecipadamente, e tal compromisso está incluso no juramento do juiz honorário; meu *Genossenschaftsr.* II. 484, notas 25-26.

17. Meu *Genossenschaftsr.* II. 483, nota 23

18. Especialmente no *Sachsenspiegel* II. a. 12, com o qual encontram-se em conformidade as outras fontes saxônicas e aquelas do sul da Alemanha. Veja

sobre os aspectos a serem levados em consideração meu *Genossenschaftsr.* II. 483 ss.

19. *Sachsenspiegel* II. 12 art. 8 e I 18 art. 3 e *Lehn.* 69 art. 3. O vencido está obrigado a pagar ao juiz as custas e à outra parte, a multa.

***Influência do conceito de corporação.  
A teoria das corporações  
da jurisprudência medieval***

Contudo, mesmo nas áreas onde se aplica de forma irrestrita o princípio da maioria dos votos (“A minoria deve seguir a maioria”), não foi superada a antiga visão das entidades associativas, pois, ainda assim, considera-se a totalidade igual à multiplicidade de todos. Isso somente muda quando a decisão da maioria é considerada a expressão direta da vontade de todos. Esse passo da evolução tinha de ser alcançado assim que o termo da cooperativa foi ampliado ao termo da corporação, o que ocorreu mais cedo nas cidades.<sup>20</sup> De fato, é possível perceber como a configuração corporativa das associações acompanha essa nova visão do princípio da maioria e, portanto, o consentimento posterior da minoria some cada vez mais, por ser considerado mero formalismo desnecessário.

Enquanto o direito germânico realizava tal transformação do princípio da maioria partindo de si mesmo, sua forma terminológica foi determinada pela jurisprudência medieval com base no direito romano e canônico. Foi ela a primeira a criar uma teoria de corporação elaborada até os últimos detalhes, tornando-se a base para todos os tempos posteriores, nos quais o princípio da maioria teve um papel central.

***Legistas***

Os legistas, juristas especializados no direito romano, deduziram a validade de decisões majoritárias do *Corpus Juris Civilis*, justificando-a por uma ficção segundo a qual, juridicamente, a decisão da maioria deveria ser vista como se fosse a decisão de todos. Porém, enquanto os “glosadores” ainda ficaram presos à ideia de que a totalidade

corresponde à soma de todos,<sup>21</sup> os “pós-glosadores” introduziram a diferenciação entre *omnes ut universi* e *omnes ut singuli*, que, em Odofredus, já constitui o fundamento da doutrina das deliberações corporativas e, em Bartolus, recebe sua configuração final.<sup>22</sup> Somente onde a lei reúne uma diversidade como *universitas*, a maioria corresponde ao todo, enquanto que, onde a diversidade apenas é considerada a soma dos indivíduos, o consenso de todos os outros fracassa face à contestação de um único indivíduo. A partir desse ponto, foi reconhecida a prevalência da vontade da maioria como princípio especificamente corporativo. A prevalência foi deduzida da natureza da corporação, uma vez que esta associa os membros a *universitas*. Por outro lado, negava-se o reconhecimento ao princípio da maioria quando se tratava da mera sociedade ou da comunidade com o argumento de se tratar de uma relação *plures ut singuli*. Além disso, a validade da decisão majoritária ficou associada à forma da sua tomada, em assembleia devidamente convocada e realizada, pois, juridicamente, essa era a única forma através da qual a totalidade seria representada como unidade, constituindo, a partir daí, a detalhada doutrina dos requisitos de qualquer deliberação corporativa. Por meio de uma generalização baseada no direito romano dos *decuriones*, a capacidade de tomada de decisões da assembleia dependia da presença de dois terços dos membros, aceitando, porém, outras disposições constitucionais como válidas. Finalmente, com base na diferenciação de *omnes ut universi* e *omnes ut singuli*, foi desenvolvida a teoria do *jura singulorum*<sup>23</sup> intocável para a deliberação majoritária,

21. Sobre a doutrina dos glosadores veja meu *Genossenschaftsr.* III. 220 ss. Na *Gl. ord. ref.* 1.7 art. 1 *D. h.t.v. non debetur* (idem nota 107) ainda se lê: “universitas nihil aliud est quam singuli homines qui ibi sunt”.

22. Meu *Genossenschaftsr.* III. 391 ss.

23. O início se encontra no Uzo e no Glosse; ob. cit., p. 222, nota 108. Sobre a jurisprudência posterior pp. 393, nota 445 ss., 472 ss.

20. Este é o tema do meu *Genossenschaftsr.* II 573 ss., 829 ss.



que se consolidou no decorrer dos séculos, enquanto a delimitação de direitos especiais continua a ser o problema mais polêmico do direito corporativo até hoje. Por um lado havia a possibilidade da quebra de toda a força coercitiva da comunidade por ampliação exagerada do termo do *jura singulorum*, a exemplo do frequente questionamento da validade da maioria dos votos quanto à fixação dos impostos nas categorias profissionais, com o argumento de que a disposição sobre o dinheiro do cooperado certamente afetaria seu direito especial e até a posterior paralisação da força do Estado, ocorrida na Alemanha. Por outro lado, a manutenção dessa restrição representava um meio de proteção indispensável contra a tirania da maioria. Não obstante, a luta pelo *jura singulorum*, plena de reviravoltas, constitui um capítulo à parte na história do direito.

### *Canonistas*

Com a doutrina dos juristas medievais, os especialistas em direito romano encontraram a doutrina do direito canônico e dos canonistas,<sup>24</sup> que também ganhara cada vez mais influência sobre aqueles. Enquanto na Igreja o princípio da maioria sempre era excluído em questões de fé, este se aplicava de forma geral às eleições e a todas as deliberações colegiais, embora a unanimidade fosse considerada desejável. Nos primórdios da Idade Média, as ideias germânicas influenciaram a configuração do princípio da maioria, sendo esse princípio apenas tratado como meio para abrir o caminho para o *communis consensus*.<sup>25</sup> No entanto, a teoria canonista não se distinguia da teoria romanista quanto à igualação entre a vontade da maioria e a vontade da totalidade. Esta também ensinava em todos os “*negotia universitatis, quod major pars facit, totum facere videtur*”, em

virtude de ficção jurídica, ao contrário da “*res communes pluribus ut singulis*”, mas procurava uma razão interna e a encontrou no fato de que seria mais provável que muitos acertassem mais o que é certo do que poucos: “*quia per plures melius veritas inquiritur*”.<sup>26</sup>

### *“Major et sanior pars”*

Esse pensamento foi o motor para a estranha transformação do princípio da maioria através da introdução da frase de que a verdadeira maioria somente é a “*major et sanior pars*”.<sup>27</sup> A *pars numerosior* somente tem a seu favor a presunção do melhor reconhecimento, mas na maioria dos casos perde a validade a partir do momento em que seja provado o contrário. Desenvolvido pela doutrina e jurisprudência desde o século XII, o dogma “*major et sanior pars*” foi tratado como válido de forma geral no ano 1179, no terceiro *Concilio lateranensi*, por Alexandre III e, a partir daí, conquistou rapidamente lugar dominante e incontestado no direito canônico. A opinião de que os votos não só devem ser contados, mas também pesados, não foi estranha ao direito germânico e se expressou no sobrepeso dos votos dos mais reputados na hora da apuração da deliberação da assembleia. Mas foi o direito canônico que moldou esse ponto de vista de forma jurídica e internalizou a medida da avaliação. Para se verificar qual parte é a mais saudável, devem ser considerados, além da reputação (*auctoritas*) dos votantes, suas características intelectuais e morais (*ratio e pietas*), bem como a probidade de seus motivos (*bonus zelus et aequitas*). Além disso, deve ser examinada a razoabilidade do resultado (especialmente nas eleições: a dignidade do eleito). Nas exatas regras sobre a avaliação dos aspectos individuais, mostra-se de forma característica

26. Dizer do papa Inocêncio IV, *ibidem*, p. 324, nota 246.

27. Sobre a origem e a evolução desta teoria, v. *ob. cit.*, pp. 324 ss., 475.

24. *Ob. cit.*, pp. 312 ss.

25. *Ob. cit.*, pp. 323 ss.

o traço espiritualista do direito canônico. Por outro lado, a exigência da *sanioritas* representa subjugar o princípio da maioria ao princípio da autoridade hierárquica, pois o poder de decisão fica exclusivamente nas mãos do superior da Igreja. Muitas vezes foi defendida até mesmo a opinião de que pela *saniorita* o número menor se transforma em *maiors pars*, o que “detona” o próprio princípio da maioria. No fim, venceu a opinião de que *major et sanior* é indispensável para garantir a validade da deliberação, ou seja, o maior número e valor dos votos. E, pelo menos nas eleições, a opinião prevalecente é aquela segundo a qual, no caso da maioria de dois terços, a força da presunção aumenta pela *sanioritas* até que se torne certeza. O único caso em que não havia a possibilidade da verificação da *sanioritas* pelo superior da Igreja era o caso da eleição do papa, onde era necessária a maioria de dois terços.

Embora os canonistas tenham, no início, exigido o reconhecimento da validade geral do seu *major et sanior* e até recebido um ou outro aplauso,<sup>28</sup> no final venceu a opinião de que aqui se trata de uma particularidade do direito da Igreja.<sup>29</sup> Somente em alguns casos isolados aparecem limitações do princípio fora do direito canônico no mundo.<sup>30</sup> A opinião canonista, por outro lado, segundo a qual o sobrepeso forte, no mínimo o dobro, seria uma garantia da razoabilidade da decisão majoritária, ganhou importância geral. Daí decorre a exigência da maioria de dois terços ou três quartos em deliberações, especialmente no caso de emendas constitu-

cionais. Tanto é assim que ela já aparece na Idade Média<sup>31</sup> e hoje faz parte das restrições mais comuns do princípio da maioria.

### *Teoria das entidades coletivas*

Em muitos outros aspectos, os canonistas acrescentaram à sua doutrina das deliberações questões duradouras. Quero chamar a atenção para apenas dois itens. Comparado com a regra defendida pelos canonistas, segundo a qual a assembleia seria capaz de tomar decisões com a presença de dois terços dos membros, sobrepôs-se a opinião de que bastaria a presença de qualquer número, por menor que fosse, desde que a assembleia em si tivesse sido devidamente realizada, com o argumento de que os membros que não comparecessem se excluíssem dessa assembleia específica (*se alienos fecerunt*).<sup>32</sup> Portanto, todos os casos em que o quórum necessário para a tomada de decisões dependesse da presença de um determinado número de membros eram considerados exceções justificadas, o que também é o ponto de vista do direito atual. Mais tarde, os canonistas fomentaram a doutrina dos direitos individuais pela primeira vez utilizando a distinção entre os direitos individuais e os direitos especiais corporativos, o *jura singulorum propria* e o *jura singulorum collegialia* ou *in universitae*.<sup>33</sup>

Se olharmos para a relação entre a teoria da corporação romano-canonista e a opinião básica da natureza das associações, fica claro que a teoria tinha concluído pela abstração da multiplicidade para a unidade da totalidade por meio da distinção entre *omnes ut universi*

28. Veja as referências in ob. cit., p. 294, nota 169, p. 475, nota 284.

29. Idem, p. 475. No direito canônico o princípio da *major et sanior pars* nunca foi abandonado, mas perdeu força no decorrer do tempo. Com a admissão de votações anônimas, ele se tornou impraticável.

30. Veja os lugares de dizeres no meu *Genossenschaftsr.* II., 481, nota 14. Observe também o poder do Presidente do Tribunal Superior, de levar *ad votum imperatoris* uma decisão colegiada se essa tem apenas uma pequena maioria e não obviamente as melhores razões a seu favor.

31. Meu *Genossenschaftsr.* II. 481, nota 15

32. Idem. III. 320 ss., 467 ss. A consequência é que o “*jus universitatis recidit in ceteros vel in unum*”. Falava-se de uma “*magna controversia*” entre especialistas no direito romano e canonistas.

33. Idem, pp. 297 ss., onde são transcritos os lugares mais importantes de Inocêncio IV, Joh. Andrae, Antonius de Byrtrio e Panormitanus; veja pp. 445 ss., 472.

e *omnes ut singuli* ainda desconhecida no mundo germânico.

No início, a teoria ficou presa à identificação da corporação com a totalidade como termo homogêneo. A *universitas* coincide com o *omnes ut universi*. Por isso, sempre se denominava a assembleia de membros querendo e atuando como a própria corporação, a *universitas ipsa*.<sup>34</sup> No âmbito da aplicação do princípio da maioria, *universitas ipsa* aparece na *major pars*. Por meio de uma nova ficção, assembleias de representantes, como por exemplo, conselhos de cidades, igualam-se a *universitas ipsa*.<sup>35</sup> Em todos esses casos, a *universitas* atua *per se*. Por outro lado, existe um *agere per alium* quando encarregados ou funcionários públicos estão atuando. Eles são meros representantes da totalidade e somente praticam atos no lugar da *universitas*, em virtude de procuração legal ou particular, onde a *universitas ipsa* não consegue agir. Essa distinção entre os atos próprios da corporação e os atos de seus representantes é de importância fundamental para a criação da teoria de corporação medieval e dominava especialmente a doutrina dos delitos de corporações, que é considerada altamente polêmica.<sup>36</sup>

### **Teoria da “*persona ficta*” coletiva**

Além da opinião de associação coletiva, porém, uma opinião totalmente diferente daquela dos canonistas foi se formando com total nitidez e clareza, primeiramente por Inocêncio IV, no sentido do conceito canônico de instituição, que depois foi estendido a todas as entidades corporativas. Ela encontra a unidade de associação na natureza transcendente própria da totalidade de seus membros, uma personalidade especial da associação, representada tanto pela assembleia de todos os

membros como pelos encarregados e funcionários públicos. O meio de sua construção, porém, é uma nova ficção. É a pessoa ficta, insinuada no *Corpus Juris Civilis*, mas agora nitidamente esculpida e colocada no foco, a *persona ficta, representata, imaginaria*, o indivíduo inventado, artificial! Realizada essa ficção de forma consequente, a equiparação da totalidade dos membros com a *universitas ipsa* desaparece. A *universitas ipsa* é somente o sujeito jurídico ideal e invisível, que *per alium agit* até quando a assembleia delibera. Com isso, a teoria das deliberações corporativas foi levada a um nível mais alto, pois agora a eficácia de todos os atos da assembleia em assuntos corporativos pode ser mantida dentro dos limites de uma competência constitucional atribuída à assembleia em si, onde somente ela representa a pessoa ficta. Essa competência está limitada, sobretudo, pelo âmbito da vida corporativa, mas também pelas competências da diretoria e/ou de outros representantes do sujeito jurídico artificial. Nem sequer a deliberação unânime da assembleia consegue ultrapassar esse limite. Portanto, fracassa mais ainda o princípio da maioria, que carimba somente a vontade da maioria como vontade da assembleia. Entretanto, o preço que se paga por qualquer progresso desse tipo é o recalque da unidade da associação viva pelo fantasma da personalidade fictícia. A nova senhora das esferas comunitárias é um conceito incapaz de ter vontade ou de praticar atos, igualando-se a uma criança, ou melhor, visto que a criança ganha capacidade de ter vontade e atuar, a um louco incurável. Ela ficou desonerada da responsabilidade por atos ilícitos, mas, ao mesmo tempo, nos seus atos, ficou submetida à representação de curatela. O pensamento germânico de cooperativas foi eliminado. O conceito da corporação recebeu uma mera coloração de instituição.<sup>37</sup>

34. Idem, pp. 219 ss., 390 ss., 461 ss., 477 ss.

35. Idem, pp. 222 ss., 394 ss., 478 ss.

36. Idem, pp. 234 ss., 402 ss., 491 ss.

37. Sobre a origem canonista da teoria da *persona ficta* e sua importância para a teoria da vontade e atuação corporativa veja ob. cit., pp. 277 ss. 308 ss. 342 ss.

### *Disputa entre as duas correntes*

A teoria da *persona ficta* também foi adotada pelos civilistas e aparentemente dominava toda a jurisprudência dos séculos que se seguiram. Prestava importantes serviços à transformação de todo e qualquer direito das associações no espírito do Estado autoritário. Raramente foi posta em prática de forma consequente, e, na maioria das vezes, tendia a se arranjar com a opinião coletiva em que se insistia. Assim, mesmo na doutrina das deliberações das corporações, sobrepunha-se o tratamento da vontade consensual e de todos os membros como vontade da corporação em si. Portanto, posteriormente à deliberação por maioria, foi considerada declaração da vontade da *universitas ipsa*, na medida em que a equiparação jurídica da maioria com o todo era suficiente, e diferenciada entre atos próprios da comunidade e seus atos por representantes.<sup>38</sup> Com isso, se, por um lado, os defensores dessa teoria se perdiam em numerosas contradições, por outro lado ganhavam a possibilidade de atender às necessidades das figuras de origem germânica que tinham sobrevivido e de deixar espaço para pensamentos cooperativos. Somente no século XIX, Savigny e seus alunos levaram a sério o termo da pessoa fictícia como um estranho indivíduo artificial associado à totalidade e se aproveitaram dele como fundamento da sua reconstrução da doutrina das pessoas jurídicas, como era conhecida então, onde o princípio também recebeu de novo a correspondente versão.

### *A doutrina naturalista da sociedade*

Essa restauração surgiu da luta contra a doutrina social do direito natural, que se

38. Idem, pp. 363 ss., 390 ss., 402 ss., 425 ss., 461 ss., 491 ss. A negação da capacidade de cometer delitos das corporações nem sequer teve sucesso entre os canonistas; ob. cit., p. 343

desenvolveu nesse tempo, tornando-se uma supremacia que inundou o direito positivo. Isso porque o direito natural exagerou o entendimento coletivo de todas as formas associativas humanas. Partindo dos indivíduos livres e iguais, ele conduziu todas as formas de associação até o nível do Estado, a partir da união contratada dos indivíduos iguais e livres, formando um direito associativo como um direito individual confederado. O Estado lhe valia tanto quanto o matrimônio e cada sociedade com fins lucrativos significava uma *societas* fundada em contrato. O conceito de sociedade absorveu o conceito de corporação da mesma forma como o conceito de instituição. Porém, agora o contrato exige o consenso de todos os contraentes. Foi justamente por isso que o princípio da maioria causou relevantes dificuldades aos mestres do direito natural. Eles se fundamentaram na suposição de que, nos contratos sociais originais, a validade da vontade da maioria nos assuntos da sociedade era acordada de forma unânime. A sociedade constituída dessa forma poderia instalar uma constituição (estatuto) própria através das decisões da maioria. Nelas, podia-se determinar que no futuro a maioria fosse representada por uma assembleia mais restrita na qual, por sua vez, a decisão da maioria prevaleceria. Além disso, a maioria formada como *societas aequalis* teria que se subjugar a uma coerção tornando-se assim uma *societas inequalis*, caso a intenção fosse assegurar a subserviência ao contrato social. Assim surgiu o Estado como produto principal de um segundo contrato, através do qual a sociedade burguesa tinha transferido de alguma forma a *summa potestas* para um *imperans*. Na monarquia ela tinha se subjugado a um soberano único, na república a um regente coletivo. E, no segundo caso, foi novamente uma maioria em assembleia a quem tinha sido conferido o poder, de forma que não havia impedimento para construir na democracia um contrato especial de subordinação entre a maioria da totalidade original com poder de decisão e a

respectiva maioria futura de todos. A partir de uma rede de contratos desse tipo, surgiu, finalmente, um corpo societário uniforme. Já a sua unidade foi obra de relações coletivas e representativas produzidas artificialmente. Assim, ao se atribuir personalidade às unidades societárias, não se elevou ao conceito de uma personalidade independente do todo e, sim, ativeram-se aos conceitos de uma personalidade coletiva das totalidades e uma personalidade representativa dos dirigentes. A grande disputa a nível mundial na doutrina do direito natural do Estado estava entre a personalidade do povo e a do regente. A personalidade viva do Estado permanecia desguarnecida. A *persona ficta* supraindividual foi gradativamente eliminada. No seu lugar entrou o que os mestres do direito natural denominam *persona moralis*. Porém eles entendiam que uma pessoa moral é somente uma personalidade coletiva. Além disso, entendiam que várias pessoas em suas alianças sociais desempenham o papel de uma única pessoa, como, de modo inverso, uma única pessoa pode ser incumbida do poder de representar o papel de várias pessoas.

### ***Sua derivação do princípio da maioria***

Seguindo um pouco mais o entendimento de direito natural pelo princípio da maioria, encontramos em Grotius uma detalhada explicação do teorema onde a validade da maioria dos votos em um acordo unânime baseia-se no contrato social original.<sup>39</sup> Desde então, esse termo se transformou em um teorema da teoria social do direito natural. Hobbes e Locke, Ulrich Huber, Pufendorf, Thomasius, Christian Wolff, Nettelblatt e

39. Grotius, *De j. b. et p. ii. c. 5, § 17*. Nos antigos debates de filosofia do direito sobre o Estado e outras associações públicas, foi admitida, sem ressalvas, a validade do princípio da maioria e as demais regras sobre as decisões corporativas para toda *universitas* constituída e assim também para a maioria do povo; meu *Genossenschaftsr.* III, 599 ss., meu artigo sobre Johannes Althusius, p. 85, obs. 30, p. 138, obs. 48, p. 215, obs. 14.

Achenwall o apresentam de forma uníssona,<sup>40</sup> Rousseau o fundamenta,<sup>41</sup> e Kant declara expressamente que, nos grandes Estados, as instituições indispensáveis para as decisões da maioria e da representação de somente “uma aprovação unânime, ou seja, através de um contrato” podem ser justificadas a partir de uma suposição encerrada.<sup>42</sup> A ponderação de que cada indivíduo teria o direito ao fracasso de seu consenso, era eliminada com a indicação, de que ele, assim, teria se excluído da sociedade e de que essa teria sido constituída sem ele. Hobbes diz que, nesse caso, os demais aliados do Estado teriam recebido o direito de guerra do estado natural que, de acordo com Hobbes, foi um *bellum omnium contra omnes*. A maioria dos mestres do direito natural se esforça ao mesmo tempo para uma explicação racional do princípio da maioria, onde reduziram uma assunção geral, até que haja prova de convenções contrárias, para sua introdução contratual em cada constituição de uma sociedade. Deve-se supor que quem quisesse uma sociedade também desejava a sua perpetuação e capacitação. Para alcançar essa meta, o meio mais adequado seria o reconhecimento de decisões tomadas pela maioria. Grotius expõe que, tendo em vista que era necessário existir uma maneira racional de execução uniforme de negócios, onde o desejo da minoria sucumbiria à decisão da maioria, não restaria nada mais do que atribuir à maioria o *jus integri*. Hobbes, Pufendorf, Gundling e outros frisam que cada universo reunido em

40. Hobbes, *De cive*, c. 6, §§ 1-2; Locke, II. c. 8, § 96-99; U. Huber, *De jure civ.*, I. 2, c. 3, § 27 ss., II. 3, c. 1, §§ 21-22, c. 2, §§ 3-4; Pufendorf, *Elem. j. b.* 12, § 27, *Jus nat. et gent.* VII, c. 2, §§ 15-19, c. 5 § 6, *De officio civis*, II. c. 6, § 12; Thomasius, *Inst. jur. div.* III. c. 6, § 64; Wolff, *Inst.* §§ 841-845; Nettelblatt, *Syst.* § 388; Achenwall, *Jus nat.* II §§ 24-28. Especialmente detalhado, Ickstatt, *De jure majorum in conclusis civitatis communibus formandis*, Opusc. II. op. 1, principalmente c. 1, §§ 65-68. Veja também em Gundling, *Diss. de universitate delinquente*, §§ 6-8.

41. Rousseau, *Contr. soc.* IV. c. 2. Veja também Sieyès, I. 144 ss., 167, 207 ss.

42. Kant, *Werk*, VI. 328 ss.

uma sociedade teria que ser capaz de decidir como unidade, e que, para isso, não existiria nenhum meio de informação melhor do que a equiparação da vontade da maioria. Locke parte do conceito de que o corpo societário deve ser movimentado, assim como o todo corpo, por um poder único e de forma igual, e defende que o poder aqui somente poderia ser encontrado através do poder maior sustentado pela maioria; por isso, seria inerente às leis naturais e da razão fazer valer a vontade da maioria como vontade do todo. Em outros casos também se referia à supremacia da maioria pela força exterior.<sup>43</sup> Porém, nesse caso também recorreu à noção germânica para legitimar uma obrigação de obediência da minoria.<sup>44</sup> Em sua famosa diferenciação entre a *volonté générale* e a *volonté de tous*, Rousseau procurou comprovar, por meio de um truque dialético, que a vontade geral seria uma vontade necessária e ao mesmo tempo sensata e justa, já que não compreenderia o especial e o casual contidos na vontade individual. Porém, ficou devendo somente a explicação para isso, porque essa vontade geral se sobrepõe à vontade da maioria, satisfazendo-se com a ficção vaga do acordo unânime, contida no contrato original. No fundo a consequência dos pensamentos que lhe conduziram à recusa do princípio da representatividade, também deveria tê-lo conduzido à recusa do princípio da maioria. Alguns mestres do direito natural também chegaram até essa consequência extrema do individualismo. Afirmaram que a exigência de decisões unâimes se justificaria a partir do direito natural, e que por isso em

43. Assim principalmente Ickstatt, ob. cit., que esclarece que na *motiva disparia* as *motiva fortiora* deveriam decidir. Porém, o parâmetro só poderia ser externo.

44. Daries, *Inst. Jurispr. Univ.* §§ 750-762 (a unanimidade é necessária, porém para a minoria existe uma *obligatio perfecta* para a adesão). Essa é também a opinião de Pufendorf, quem reserva a si o seu *consensus*, não impede a decisão da assembleia, ligando-o muito mais à força da prescrição geral, *ut para se conformet ad bonum totius*.

cada sociedade haveria uma tendência ao princípio da unanimidade e que o direito da maioria somente poderia valer por força de exceções especialmente acordadas. Assim, por exemplo, pai e filho Schlözer de forma unânime.<sup>45</sup> O cúmulo, porém, conseguiu Fichte, simplesmente negando a validade jurídica do princípio da maioria e admitindo, em certos casos excepcionais, que a maioria teria o direito de excluir os dissidentes.<sup>46</sup>

### *Transmutação no correr do século XIX*

À medida que, no século XIX, a teoria societária de direito natural era superada, a sua explicação individual do princípio da maioria também perdia a notoriedade. Porém afirmou-se o pensamento germânico de cooperação preparado por ele. O entendimento das associações humanas avançou. Esse entendimento cooperativo das associações humanas avançou por sua vez vitoriosamente frente ao entendimento estatal e corporativo. Por isso, também não houve o sucesso, na visão das decisões majoritárias, da teoria romano-canônica. Muito mais, em detrimento dela, avançavam continuamente as novas visões desenvolvidas a partir da teoria cooperativa germânica desenvolvida no direito germânico mais recente.

### *Concepção histórico-orgânica das associações*

Porém eu não posso acompanhar a demanda das interpretações conflitantes e das numerosas tentativas de ajuste, até hoje não resolvida. Somente quero frisar rapidamente quais pontos de vista devem ser determinantes para a avaliação do princípio da maioria, à luz da interpretação histórico-orgânica de cooperação, que conseguiu alcançar a

45. A. L. Schlözer, *Allg. Staatsr.*, pp. 76 ff.; Chr. V. Schlözer, *De jure suffragii in societate aequali*, Göttingen, 1795, §§ 9-14.

46. Fichte, *Naturrecht, Einl.* n. III.i. 198, 217 ss. (tomos II, 16, 164, 178 ff, 184 ss.).

supremacia na percepção moderna, mantida viva durante séculos, onde essa construção jurídica é fundamentada somente na sequência da teoria cooperativista.

Se as associações humanas são organismos sociais, eles, como seres vivos independentes, desenvolvem-se sobre a existência individual e a existência da espécie, e também se apresentam para o direito frente às pessoas individuais como pessoas de ordem superior. Não podem ser entendidos, no sentido do direito natural, como aglomerações de indivíduos em unidades coletivas. Na interpretação da teoria da ficção, como indivíduos artificiais, não podem também ser segregados de totalidades unidas. Muito mais eles são pessoas íntegras e reais, seres comuns independentes com unidade de vida imanente, um conjunto orgânico, que é constituído de indivíduos, que por sua vez não satisfazem com a soma de suas partes. Por isso, não somente a aparência externa, mas também a vida interior das pessoas cooperadas, que ao mesmo tempo é a vida exterior das pessoas coligadas, são objeto da ordem jurídica. As normas jurídicas decidem tanto sobre a composição e a estruturação do corpo cooperativo, como sobre sua organização para uma unidade homogênea e sobre as relações das partes entre si e em relação ao todo. Foi assim que surgiu o termo jurídico do órgão constituído. Órgãos são os membros ou complexos dos membros, em um determinado ramo de atividade para a representação da personalidade cooperada. Não são representantes no sentido do direito individual, mas ferramentas visíveis da unidade viva invisível do corpo social. No sentido jurídico, o que o órgão quer e faz dentro de suas atribuições, a pessoa cooperada faz por si mesma. Através de órgãos, e somente através deles, o Estado e qualquer outra associação corporativa tomam decisões como seres vulgares com desejos e ações. Assim também a totalidade dos membros pode expressar o desejo coletivo, enquanto estiver constitucionalmente convocada a

sua assembleia ordenada nos termos da lei ou sua atuação coletiva conjunta ao órgão de vontade da pessoa cooperada. O ser coletivo em si é algo totalmente distinto da soma dos seus membros individuais, e nada é capaz de extrair da vontade individual concordante a vontade homogênea do Estado ou da corporação. Como membros da cooperativa, cada pessoa, em seu contexto organizado, somente pode representar a totalidade viva em sua unidade jurídica. Assim cada assembleia nada mais é do que um órgão. Mesmo quando engloba todos os membros e decide por unanimidade, ela permanece somente um órgão da associação e assim somente é soberana no segmento de sua competência constitucional para a formação e declaração coletiva de vontade. Ela é também um órgão, quando toma uma decisão majoritária por força da existência da corporação. Para explicar o princípio da maioria, não é suficiente nem necessária uma equiparação da maioria com a totalidade. A validade da decisão majoritária como meio constitucional para a obtenção de uma ação padronizada da assembleia é somente uma peça da formação juridicamente ordenada do órgão. Ela é um elemento da organização de um órgão composto.

#### ***Razão de validade e valor do princípio da maioria sob tais prismas***

Analisado sob este ponto de vista, o princípio da maioria não recebe uma validade absoluta na essência das associações humanas, mas apenas um valor historicamente condicionado. O simples poderio da maioria dos votos não pode cancelar em nenhuma associação ou muito menos no Estado o caráter de pessoa jurídica viva. Ao lado de uma assembleia dos membros com decisão pela maioria, sempre há a necessidade de órgãos líderes para que se constitua uma condição coletiva capaz de agir. Enquanto em uma constituição monárquica um líder

da associação é nomeado órgão supremo, a maioria de uma assembleia pode gerar, por si só, uma condição cooperada uniforme. Mas também onde, por força da constituição democrática, a essência decisória dos membros age como órgão supremo, o desejo comum se revela nas últimas decisões das votações a ele reservadas, enquanto outros órgãos independentes nas suas áreas de competência imediatamente revelam a personalidade do todo. Em qualquer organismo social, o princípio da maioria é complementado por força do princípio da autoridade na distribuição constitucional das funções. As instalações representativas essenciais em associações maiores também seguem nessa mesma direção e, por força destas, em vez da realização de eleições geralmente limitadas à totalidade dos membros com direito a voto, assembleias mais restritas ou colégios, que na sua constituição organizacional não são mandatários da coletividade, mas sim órgãos representativos imediatos do ser coletivo, são nomeados para a formação de uma vontade coletiva. Se para a tomada de suas decisões novamente vale o princípio da maioria, é impossível que isto signifique mais do que um princípio organizacional para uma parte do organismo total. Como o princípio da maioria vale por força da ordem jurídica positiva desenvolvida historicamente, dela dependem tanto sua conformação como sua limitação. Quanto a sua conformação, várias instituições visam ao impedimento da superação da maioria real por uma maioria aparente. Assim existem as exigências para a competência da decisão das assembleias, os escrutínios proporcionais, a obrigação da votação e da eleição. Outras instituições visam à redução da supremacia de um número maior. A essas pertencem todas as restrições relativas aos membros com direito a voto, todos os escalonamentos de peso do voto conforme capacidade, formação ou posse, através da formação de classes ou voto plural, todas os desmembramentos da votação conforme as classes ou profissões.

Quando se realiza a equalização da vontade coletiva com a vontade da maioria, todos são falsificações condenáveis da vontade coletiva. A interpretação orgânica de associação não pode conceder ao princípio mecânico de número de cabeças uma validade geral. Uma limitação do princípio da maioria está nas determinações, de acordo com as quais se necessita de uma maioria reforçada ou qualificada, ou até mesmo da unanimidade. Se por aqui ou por outros meios a minoria é capaz de impedir a decisão da maioria, nesse ponto o direito moderno tende ao reconhecimento dos direitos positivos de minorias, que permitem que a minoria para uma determinada representatividade aja em certos casos pela coletividade e funcione, dessa forma, como órgão da pessoa da associação. No sentido da dedução do princípio da maioria a partir da essência das associações, tais conformações são evidentemente irracionais. Finalmente, é evidente que a validade do princípio da maioria é limitada pela inviolabilidade dos direitos especiais. Aqui se trata, porém, de barreiras, onde, no sentido de nosso ordenamento jurídico, são retirados todos os poderes associativos, pois cada associação engloba as pessoas somente pela parte de seu ser e, além disso, mantém sua personalidade individual intocada. Os direitos especiais, mesmo com base nos direitos associativos, são classificados no direito individual reservado de seus membros. Portanto, nenhuma decisão unânime da corporação pode dispor sobre ele. Além disso, é necessária a participação de um ato individual de anuência.

Assim, para a análise histórico-orgânica, o princípio da maioria é um fator importante para a constituição das associações, embora não seja capaz, por si só, de conformar um corpo social vivo. O seu âmbito de validade não pode ser fundamentado racionalmente, mas apenas historicamente, e seu valor não pode ser determinado de forma absoluta, e sim medido apenas conforme seu respectivo efeito na vida orgânica do ser coletivo.