

INTERPRETAÇÃO JUDICIAL NA TRANSIÇÃO DO ANTIGO REGIME AO CONSTITUCIONALISMO*

JUDICIAL INTERPRETATION IN TRANSITION FROM THE ANCIEN RÉGIME TO CONSTITUTIONALISM

Michael Stolleis**

RESUMO: “Todas as leis precisam de interpretação” (Thomas Hobbes, *Leviathan*, parte 2, cap. 26). Se isso for pressuposto, uma questão essencial que surge é: quem será o intérprete e que limites ele terá que respeitar? No início do período moderno, quando o Estado absolutista surgiu, o juiz não era realmente independente, mas um instrumento obediente do príncipe. Desde a formação do Estado constitucional, o Judiciário ganhou cada vez mais independência. Em consequência, também a interpretação tornou-se “livre” – apenas limitada pelo texto da lei e da Constituição. A história da interpretação é uma história contínua de constitucionalizar o poder político no interesse dos direitos fundamentais do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação; Separação dos poderes; Independência do Judiciário; Estado Constitucional.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conceito de soberania. 2. O juiz como um agente do príncipe. 3. A caminho da independência. 4. O juiz independente como intérprete limitado. 5. Interpretação e a vontade dos parlamentos. Referências.

ABSTRACT: “All Lawes need Interpretation” (Thomas Hobbes, *Leviathan*, Part 2, chap. 26). If this is to be assumed, one essential question arises: who will be the interpreter and which limits has he to respect? In early modern period, when the absolutist state emerged, the judge was not really independent, but an obedient instrument of the prince. Since the formation of the constitutional state, the judiciary gained more and more independence. In consequence also the interpretation became “free” – merely restricted by the text of the law and of the constitution. The history of interpretation is a continuous history of constitutionalizing the political power in the interest of the fundamental rights of the individual.

KEYWORDS: Interpretation; Separation of powers; Independence of justice; Constitutional state.

INTRODUÇÃO

Há poucas declarações mais universalmente aceitas do que a famosa glosa de Thomas Hobbes: que “todas as leis precisam de interpretação”.¹ Essa ideia continua a ser um tema da ciência do Direito em pauta desde a antiguidade, pois mesmo antes de legislação no sentido moderno existir, os juízes eram obrigados a determinar “a correta” interpretação de qualquer dada lei.² As deficiências das leis e textos jurídicos são reconhecidas e bem conhecidas:

* Publicação original: STOLLEIS, Michael. *Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism*. In: MORIGIWA, Yasutomo; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (Eds.). *Interpretation of the Law in the Age of Enlightenment. From the Role of the King to the Rule of Law*. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2011, pp. 3-17. Tradução de Gustavo Castagna Machado, com a autorização do autor.

** Professor emérito de Direito Público (Öffentliches Recht) e de História do Direito da Modernidade (Neuere Rechtsgeschichte) da Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Ex-diretor do Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (1992-2009).

¹ HOBBS, Thomas. *Hobbes's Leviathan*. Reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W. G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 212.

² Assim a frase muitas vezes citada do discurso de 23 de fevereiro de 1803, relativa à apresentação do código civil de Portalis, “Il y avait des juges avant qu'il y eût lois ...” (MOHNHAUPT, Heinz. *Potestas legislativa und*

aquelas tanto óbvias como latentes, e aquelas existentes ou alegadas. Não somente isso, a lei também contém uma cegueira bem conhecida para o futuro e, como todos os textos, pode ser interpretada de forma diferente, dependendo do contexto. Portanto, se a sociedade deve funcionar harmoniosamente, uma autoridade é necessária: uma autoridade que encerre a batalha da interpretação.

Essa batalha tem sido um constante problema da ciência do Direito. Todos os textos são ambíguos, sejam eles mandamentos divinos ou normas humanas; simples orientações ou manuais de instrução. Quando a palavra “interpretation” é inserida no Google, sessenta e nove milhões de registros são encontrados, revelando que, em qualquer sentido da palavra, a interpretação é um problema fundamental da comunicação humana.

1 O CONCEITO DE SOBERANIA

Para determinar um ponto de partida dentro da *polêmica* em torno da interpretação jurídica, vamos começar com Thomas Hobbes. Na medida em que Hobbes nomeia o soberano secular como a autoridade final – seja ele quem for: seja um homem, como em uma monarquia; ou uma assembleia de homens, como em uma democracia ou aristocracia – Hobbes nomeia-o, simultaneamente, como o legislador do Direito civil.³ Esse soberano não só é capaz de fazer, suprimir ou mudar as leis; ele também é capaz de interpretá-las. Isso foi previamente observado por Bodin, em seu reconhecimento de que o soberano pode tanto *donne & casser la loy* como *changer & corriger* a lei.⁴ Para sustentar isso, aqui Bodin refere-se às obras de Bártolo, Baldo e Accursio, e de forma direta ao Digesto e instituições de Direito Romano.

Além disso, durante toda Alta Idade Média o Direito canônico permitiu ao papa *omne ius tollere et de iure supra ius dispensare*. Assim, quem quer que tivesse o direito de legislar também era capaz de interpretar a lei autêntica e legitimamente: *Unde ius prodiit, interpretatio quoque procedat* (Liber extra 5.39.31, Dekretale Inter alia).

Gesetzesbegriff im Ancien Régime. In: MOHNHAUPT, Heinz. *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*. Frankfurt am Main: M. V. Klostermann, 2000, p. 223).

³ HOBBS, Thomas. *Hobbes's Leviathan*. Reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 204: “The Sovereign is Legislator.”

⁴ BODIN, Jean. *Les six livres de la République*, Chap. I, 8. Principi Leges a se latas sua voluntate ac sine subditorum consensu abrogare, vel ex parte legibus derogare vel subrogare vel abrogare licere. Na versão francesa: Le Prince souverain peut déroger aux lois, ou icelles casser ou annuler cessant La justice d’icelles.

Thomas Hobbes pode ser situado nesse debate sobre o absolutismo, que ocorreu desde a época de Justiniano aos papas jurídicos medievais; e de Bodin ao absolutismo da época de Hobbes. Hobbes reconheceu a incapacidade do soberano em tomar todas as decisões interpretativas e jurídicas sozinho. Assim, Hobbes legitimou o direito de interpretação judicial como um produto de delegação entre atores sociais. Os juízes são nomeados por um Estado soberano e tomam decisões em nome do soberano.⁵ Essas decisões não adquirem validade em virtude de serem sentenças privadas de juízes, mas porque são feitas no âmbito da autoridade do soberano. Dessa forma, a decisão judicial se torna não só a sentença do *soberano*, mas também lei vinculativa e exequível. Mesmo interpretações do Direito comum ou local são legítimas somente se implícita ou explicitamente atendem à vontade do soberano. Em outras palavras: o poder do soberano sobre o Direito subjuga a interpretação deste. No modelo de Hobbes não há justiça independente, não há separação de função estatal e não há interpretação autônoma por parte do juiz.

Apesar de estarmos familiarizados com as distinções entre “legislação”, “administração” e “jurisdição”, sob o Direito romano apenas o termo singular “jurisdição” existiu. Esse termo continha as conotações tanto de *imperium* como de *potestas* (poder) (Ulpiano D. 2.1.3.).⁶

Inicialmente, a jurisdição foi definida como um poder autoritário (*maiestas*); um poder que determinava, estabelecia, modificava e declarava em um pronunciamento tanto a lei como o Direito. A respeito desse ponto, Bártolo expõe: *facere statuta est iurisdictio in genere sumpta* e Baldo segue para afirmar que *statuta condere est iurisdictionis: Quia qui statuit, ius dicit...*: aquele que determinou, determinou a lei; aquele que tem jurisdição, é soberano. Na Espanha e na França, “aquele que determinou” era o rei. Na Alemanha, o imperador e os estamentos do império tiveram de concordar coletivamente com a criação de novas leis. Nessas circunstâncias, o debate dos juristas sobre reivindicações de “jurisdição”, no sentido romano (D 2.1.3.), girava em torno desse problema de poder contencioso.

Desde a época da jurisdição medieval à época de Hobbes, o objetivo de Bodin foi examinar e esclarecer os debates anteriores. Mesmo o próprio Bodin estava inicialmente inseguro de sua direção. No entanto, em primeiro lugar, no “Methodus” de 1566, ele declarou

⁵ STOLLEIS, Michael. *Im Namen des Gesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

⁶ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. I. München: C. H. Beck, 1988, 156 ss.

que a nomeação dos principais funcionários era o atributo mais importante da soberania e, depois disso, a aprovação ou a revogação de leis. Em *Les six livres de la République* de 1576, o poder de criar a legislação é mencionado sobretudo como a *première marque de souveraineté, c'est donner loy à tous en général, et à chacun en particulier* (Lib. I, chap. X). Desde então, o conceito de soberania definiu – e permitiu – que a concentração do poder legislativo ficasse nas mãos do soberano.

2 O JUIZ COMO UM AGENTE DO PRÍNCIPE

Thomas Hobbes – com quem começamos – não mudou nada em relação a esse conceito de soberania. Em uma complexa interação entre o poder político e teoria política e jurídica, as diversas esferas de poder do soberano foram consolidadas sob o título central de “soberania”. Como consequência, os “estamentos” (*Stände*) perderam sua posição: eles foram vencidos pelo poder do soberano, e contornados pelos poderes que poderiam ignorá-los completamente. Um exemplo disso é a situação em que um príncipe poderia criar novos impostos sem o consentimento dos estamentos. Os estamentos eram convocados com cada vez menos frequência, ou até mesmo não eram; eles estavam sendo abandonados.

A linguagem de comandos torna essa estrutura hierárquica de poder clara: *nous disons, déclarons, ordonnons*, ou *volumus et iubemus* ou *ordenamos y mandamos*.⁷ Nesse mundo do absolutismo o juiz tornou-se nada mais do que o órgão da vontade do soberano. Nesse mundo, toda interpretação feita pelo juiz automaticamente incorporou um ato de encontrar a justiça em nome do monarca. Embora, na prática, era o juiz que estava agindo e que julgava cada caso (*ius dicit*), na teoria, continuava a ser o monarca. Mesmo assim, durante esse período, nenhum monarca poderia influenciar diretamente ou controlar os veredictos de seu sistema judiciário. Em vez disso, ele conduzia o trabalho dos juízes, e interferia de tempos em tempos quando deficiências eram relatadas. Os juízes foram controlados da mesma forma que os outros funcionários superiores ou inferiores, fiscais, militares ou diplomatas, funcionários judiciais ou ajudantes. Durante esse período, o princípio orientador era a “máquina”, guiada por um ponto de energia ou controlador central.⁸

⁷ Segue-se Mohnhaupt (nota 2) p. 225 ss.

⁸ STOLLBERG-RILINGER. Barbara. *Der Staat als Maschine: Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*. Berlin: Duncker and Humblot, 1986.

No entanto, dentro da própria instituição judicial, o envolvimento teórico do monarca não se estendia de fato a casos individuais ou ações judiciais típicas, e, portanto, não pode ser interpretado em qualquer sentido real. No entanto, a situação teórica era exatamente do jeito como Hobbes a descreveu. Qualquer dado juiz estava autorizado a consolidar a ordem jurídica em nome do soberano (ou da autoridade adequada).

No cumprimento desse papel, os juízes focavam na redação do Direito romano – ou mesmo de outras fontes do Direito – e também se preocupavam com a doutrina do precedente. Em algumas circunstâncias, os juízes até consultavam textos acadêmicos para as suas opiniões. No entanto, em última instância, essas tarefas eram pouco mais do que preparação. Isso acontecia porque a decisão final – tomada após toda a interpretação – era feita em nome do rei (*au nom du roi*), ou em nome do império. Como o último ponto de legitimação, o soberano permanecia no topo da hierarquia; no vértice da pirâmide.

Por conseguinte, a função do Poder Judiciário de interpretar o Direito tornou-se uma parte do Poder Executivo. O judiciário não era independente, mas em vez disso era um instrumento da vontade do soberano. A famosa descrição de Montesquieu do Judiciário como *bouche de la loi* (*De L'Esprit des Lois*, XI, 6) descreve bem essa relação. Essa descrição é muitas vezes incompreendida, bem como as conotações que ela implica para a separação de poderes.⁹ Isso não implica que a interpretação judicial não é útil, mas apenas que o Direito – no sentido mecânico – contém soluções para tudo, e o juiz desempenha o papel da boca para falá-lo em voz alta.¹⁰

A afirmação de Montesquieu não é um endosso ao compromisso moderno ao “Estado de Direito” (*état de droit*), nem à ideia de que o Judiciário está proibido de se desviar dele. Montesquieu está apenas descrevendo a relação jurídica entre o monarca e o sistema judiciário, e, nesse contexto, a metáfora é apta. Ela limita-se a denotar a hierarquia do Direito que decorre do soberano. Todos os historiadores do Direito concordam que a ideia moderna de Direito não existia durante este período, na medida em que o Direito moderno foi um produto do movimento constitucional do século XIX. O Direito moderno pode ser visto como um produto de um parlamentarismo em evolução, e sua distinção entre o poder executivo (que

⁹ SEIF, Ulrike. Der missverstandene Montesquieu: Gewaltenbalance, nicht Gewaltentrennung. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 22, 2000, p. 149 ss.

¹⁰ OGOREK, Regina. De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde (1983). In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, p. 67 ss.; id., Die erstaunliche Karriere des „Subsumtionsmodells“ oder wozu braucht der Jurist Geschichte?, op. cit., p. 87 ss.

só pode promulgar decretos) e o legislativo, que pode promulgar a Direito.¹¹ Em 1748, na época de Montesquieu, as ideias jurídicas modernas ainda não tinham se desenvolvido na França ou na Alemanha (que se manteve relativamente subdesenvolvida e politicamente desigual).¹²

3 A CAMINHO DA INDEPENDÊNCIA

Durante o período do Iluminismo, a partir de meados do século XVIII em diante, as críticas ao absolutismo cresceram. Na França, essa crítica foi dirigida à igreja muito mais cedo e com muito mais força, enquanto que na Alemanha foi mais moderada e sutil. Em 1750 essa crítica se intensificou e tornou-se mais difundida. Nessa fase, a atenção das classes educadas estava focada em questões de ordem estatal, reforma e limites da soberania.¹³ Em um sentido teórico esse movimento foi forte, mas na prática foi fraco. Na Alemanha, por exemplo, ao nível do reino (os territórios específicos de cidades autônomas) os homens reagiram às demandas por reforma de forma muito lenta, ou não reagiram. Apesar dessa resposta lenta, no sentido teórico a soberania do Estado tinha sido recém-fundada.

Ao longo de esse movimento a tensão entre velhas e novas ideias cresceu. Uma dissidência existia entre a ideia de *ius publicum universal* – ou, a base jusnaturalista do poder do Estado – e a de aplicação prática da teoria do contrato social. A aceitação da ideia de que o soberano não foi nomeado por meio de Deus, mas que sua posição foi legitimada por meio de um contrato social fictício, simboliza um dos maiores processos de secularização da era moderna.

O desenvolvimento da ideia do contrato social (pelo qual o poder individual irrestrito desfrutado no “estado de natureza” é entregue ao Estado em troca de ordem política) ilustra algumas das principais ideias que foram debatidas desde a época de Hobbes a Rousseau.

¹¹ MENGER, Christian-Friedrich; WEHRHAHN, Herbert. Das Gesetz als Norm und Maßnahme. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 15, 1957, p. 3 ss.; ROELLECKE, Gerd; STARCK, Christian. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 34, 1976, p. 7 ss.; EICHENBERGER, Kurt; NOVAK, Richard; KLOEPFER, Michael. Gesetzgebung im Rechtsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 40, 1982, p. 7 ss.

¹² UNVERHAU, Thassilo. *Lex. Eine Untersuchung zum Gesetzesverständnis deutscher Publizisten des 17. und 18. Jahrhunderts*. Diss. Jur. Heidelberg: Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg, 1971.; Mohnhaupt (nota 2), p. 248 ss.

¹³ LINK, Christoph. *Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*. Wien, Köln, Graz: Böhlau, 1979.

Enquanto que o principal argumento de Hobbes era que o soberano teve de estabelecer um monopólio sobre o uso da força para garantir a ordem social e evitar a guerra, no século XVIII a premissa subjacente era uma expectativa de que o Estado garantiria a felicidade individual.

Já não se esperava mais que o soberano fosse um simples protetor e garantidor da segurança (isso era dado como certo); em vez disso, esperava-se que o soberano fosse um provedor de bem-estar para seus cidadãos. Em consonância com a tradição aristotélica, pressupunha-se que cada cidadão encontraria a sua própria “boa vida” e alcançaria a felicidade. Como a expectativa de “segurança” transformou-se em “felicidade” ou “bem-estar”, a ênfase anterior no coletivo deslocou-se para uma ênfase no cidadão individual. O cidadão individual era agora um parceiro fictício em um contrato social com o Estado. Como parceiro desse contrato, os cidadãos esperavam o bem-estar do Estado, bem como a proteção de sua liberdade para crescer e se desenvolver como indivíduos. O mantra de “liberdade e propriedade” tornou-se uma força ativa e poderosa de 1750 em diante, e veio a desempenhar um papel enorme na determinação do que era esperado por parte do Parlamento ao longo do século XIX. Manuais de Direito natural publicados durante esse período afirmaram liberdade em uma variedade de áreas: na verdade, “liberdade” não era vista como simplesmente a capacidade de cumprir uma concepção individualizada ou pessoal de bem-estar ou felicidade. Por exemplo, a liberdade econômica também foi afirmada em oposição à abrangente regulação estatal. Os novos empreendedores cívicos reclamaram das regulações estatais e de corrupção e falta de eficiência administrativa.

Mesmo assim, não menos importante aos olhos dos contemporâneos era o desejo de que a liberdade religiosa deveria ganhar sua própria esfera de operação livre: primeiro por meio da garantia do *forum internum*; depois, por meio da permissão do culto doméstico; e, posteriormente, até mesmo por meio da permissão do exercício público da religião. Além disso, essa ideia estendeu-se ainda ao domínio da liberdade civil. Mais especificamente, de qualquer forma, as exigências centraram-se no domínio da liberdade pessoal – com foco na libertação do estilo de vida agrário, libertação de tributos, liberdade de emigração e liberdade de propriedade pessoal. Isso ocorreu em conjunto com exigências por liberdade de expressão e propostas por redução de censura: essencialmente, uma exigência de liberdade de comunicação.

Originalmente, a ideia de *libertas naturalis* foi percebida pelo Estado como um conceito perigoso, mas, mesmo assim, era algo que só o Estado poderia conceder. Nessa fase,

no entanto, já era tarde demais: o povo desejava o resto de sua liberdade natural – o seu “paraíso perdido”. Esse conceito foi incorporado nos conhecidos escritos de Rousseau, que descreveu o “bom selvagem” como um indivíduo que vive em um estado de liberdade natural. Essas demandas por liberdade definiram o cenário intelectual da segunda metade do século XVIII: agora, a “justiça” foi apresentada como um dos principais argumentos contrários ao absolutismo.

Lentamente, a questão de saber se o modelo de justiça absolutista deveria continuar a existir foi levantado cada vez mais. Sob o absolutismo, os códigos de processo mencionavam uma lista de casos em que o juiz era obrigado a informar imediatamente à Corte ou ao monarca. Esses eram casos como traição, blasfêmia, libelo escandaloso, casos de emigração e crimes graves.¹⁴ Além disso, os casos que eram duvidosos aos olhos dos juízes, ou obscuros em si mesmos, também tinham de ser imediatamente comunicados.¹⁵ Em outras palavras, durante o absolutismo a interpretação foi deixada ao monarca. Ele poderia *ex plenitudine potestatis* (de seu poder abrangente) revogar um veredicto ou alterá-lo;¹⁶ ele poderia reorganizar o processo, ou remetê-lo para algum outro tribunal; e ele poderia até mesmo explicitamente determinar a interpretação de uma lei.¹⁷

Mais dúvidas a respeito do absolutismo surgiam quando um monarca sem sofisticação jurídica metia-se a interpretar a lei em um determinado caso, em virtude de sua autoridade, e errava grosseiramente. O monarca em questão era Frederico II, que decidiu um processo civil de forma incorreta. Esse caso é famoso, porque marcou um ponto de viragem na história do Direito prussiano e alemão.¹⁸ A partir desse momento, as decisões do soberano (*ex plenitudine*

¹⁴ OGRIS, Werner. Maria Theresia Judex. In: OGRIS, Werner (Hrsg.). *Elemente europäischer Rechtskultur*. Wien: Böhlau, 2003, p. 643 s.

¹⁵ OGRIS, loc. cit., p. 644.

¹⁶ Em 1730 Frederico Guilherme I da Prússia decidiu contra a sentença branda da corte marcial contra Hans Hermann von Katte. Ele foi condenado à morte por causa de deserção.

¹⁷ Compreende OGOREK, Regina. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 2. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, p. 18 ss.

¹⁸ STAMMLER, Rudolf. *Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*. Bd. 2. München: C.H. Beck, 1932, p. 411 e 496; SCHMIDT, Eberhard. *Rechtssprüche und Machtsprüche der preußischen Könige des 18. Jahrhunderts*. Leipzig: Hirzel, 1943; id., *Die Justizpolitik Friedrichs des Großen. Heidelberger Jahrbücher*, VI, 1962, p. 95 ss.; REGGE, Jürgen. *Kabinettsjustiz in Brandenburg-Preußen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977; DIESELHORST, Malte. *Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen*. Göttingen: Schwartz, 1984; LUEBKE, David M. Frederik the Great and the Celebrated Case of the Miller Arnold (1770-1779): A Reappraisal. *Central European History*, V. 32, I. 4, pp. 379-408, 1999.

potestatis)¹⁹ foram vistas não só como desvios da norma, mas quando elas eram feitas, elas eram agora percebidas como o oposto das decisões judiciais. Como Werner Ogris afirma, a esse respeito houve um giro na opinião, e alguns até tentaram proibir tais *dicta*. No entanto, essas tentativas de proibição de *dicta* não se concretizaram, tanto no caso do código civil prussiano de 1794, como no do código civil geral de 1811.²⁰

4 O JUIZ INDEPENDENTE COMO INTÉRPRETE LIMITADO

Sem surpresa, era mais do que apenas um giro nas opiniões. Outros fatores em jogo foram a Revolução Francesa e a substituição do monarca pela lei abstrata. Além disso, a fragmentação e especialização gradual do *plenitudo potestatis* também influenciou o curso dos acontecimentos. Por fim, foi posta em prática a independência dos juízes como um contraste direto ao poder dos monarcas. Em vez de um giro nas opiniões, a mudança histórica e justeórica dizia respeito a mudanças de poder importantes: mudanças pelas quais a interpretação foi vista a partir de uma nova perspectiva.

Não descreverei toda a mudança do Estado absolutista ao Estado constitucional aqui. O movimento constitucional que se espalhou por toda a Europa ocorreu sob diferentes condições e tradições políticas, que variaram entre os países. Na França, por exemplo, o movimento foi a transição do absolutismo para a monarquia constitucional; do *Régime du Terreur* para a constituição de 1791; a transição por etapas ao *Directoire*; e, finalmente, o império de Napoleão e o retorno à monarquia constitucional na *Charte Constitutionnelle* em 1814. Embora esses eventos tenham sido observados em outros países, eles não foram adotados.

No caso da Alemanha, as primeiras constituições apareceram em 1814, e as constituições do sul da Alemanha (Baviera, Baden, Württemberg) em 1818-1819. Essas constituições incorporaram uma mudança jurídica significativa, na medida em que proclamaram a independência do Judiciário em relação ao soberano. Essa independência foi garantida pela proibição de *dicta* que havia prevalecido no século XVIII. Mesmo assim, a justiça ainda era de “propriedade” e influenciada pelo rei, enquanto que ele detivesse o título

¹⁹ OGRIS, Werner. De sententiis ex plenitudine potestatis. Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts. In: GAGNÉR, Sten; SCHLOSSER, Hans; WIEGAND, Wolfgang (Hrsgg.). *Festschrift für Hermann Krause*. Köln, Wien: Böhlau, 1975, p. 171 ss.

²⁰ OGRIS, Werner. Machtspruch. In: ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard (Hrsgg.). *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Bd. III. Berlin: Erich Schmidt, 1984, pp. 126-128 (127).



de soberania. Em outras palavras: o modelo absolutista permaneceu, mas a possibilidade de o monarca intervir diretamente no sistema de justiça foi abolida. Erros judiciais só poderiam ser corrigidos por meio de processos judiciais, em vez de por despedida monárquica de juízes. As novas constituições declararam esse ponto explicitamente. Por exemplo, foi escrito na Constituição da Baviera de 1818 que a jurisdição foi deixada ao rei (“O rei é o chefe do Estado, reunindo em si todos os direitos de autoridade do Estado e exercícios que lhe foram conferidos ao abrigo das disposições constitucionais atuais”). A Constituição de Baden de 1818 também declarou que: “Os tribunais são independentes no âmbito de suas responsabilidades”. Finalmente, a Constituição de Württemberg de 1819 declarou que: “A Jurisdição é em nome do rei, e por ele supervisionada, pelos tribunais educados colegiados, administrada em instâncias processuais legais. Os tribunais, civis e penais, são independentes dentro dos limites de sua profissão.”

Nessa fase do desenvolvimento constitucional, esse compromisso entre a monarquia e o Judiciário parecia ser razoável. Por um lado, a justiça permaneceu nas mãos do soberano; por outro lado, estava vinculada ao Direito, e foi-lhe dada independência prática e fatural. Assim, os juízes estavam livres para interpretar o Direito por sua própria conta. Eles não tinham mais a temer a possibilidade de que o monarca pudesse reivindicar essa tarefa como sua. Essa solução foi aceita como razoável, dada a organização dos estados alemães e a sua percepção da necessidade de um sistema de justiça prático, centralmente controlado. Especialmente nos estados do sul da Alemanha que cresceram ao longo da era napoleônica, essa percepção da necessidade de um sistema de justiça centralizado foi especialmente forte. Nesses estados, alguma jurisdição clerical permaneceu, bem como os tribunais patrimoniais. Além disso, fortes diferenças regionais e territoriais significava que sem a mão reguladora do Estado, o novo sistema teria falhado. Apesar desses incrementos, um fato político importante deve ser ressaltado: o poder ainda permanecia com o monarca, e não diminuiria sob o novo sistema. Mais especificamente, o soberano manteve todos os direitos clássicos como a legislação e soberania. Uma influência do Parlamento sobre a prestação de justiça – por exemplo, por meio da eleição de juízes – era impensável.

No entanto, a literatura de ciência política nesse período colocou ênfase em outras coisas. Por exemplo, Romeo Maurenbrecher, um autor conservador, escreveu sobre o “poder judicial do monarca” e enfatizou a atuação individual, seguindo a tradição liberal do século XVIII. Ao contrário, Klüber, um autor liberal, afirmou que: “toda a administração da justiça

emana do Estado”. A referência ao “Estado” não significava o monarca, mas o “Estado” como uma pessoa abstrata que havia se tornado a “pessoa jurídica” e não mais a *persona moralis*. A pessoa jurídica foi descrita pela primeira vez por Georg Arnold Heise em 1807, e mais tarde por Savigny como um “sujeito artificial admitido por meio de uma pura ficção”. Mais especificamente, devido ao trabalho de Wilhelm Eduard Albrecht, a “pessoa jurídica” tornou-se – contra a opinião de Maurenbrecher – o princípio fundamental para a compreensão do Estado.²¹

Assim, o Estado abstrato veio para encarnar o compromisso político entre a soberania da monarquia e a soberania do povo. Se o Estado era o titular da justiça, não haveria mais *dicta*; os juízes eram agora independentes (dentro dos limites da lei) e eles interpretavam “em nome do Estado”, mas já não eram legitimados pelo monarca.²² Eles estavam vinculados à lei, mas independentes. Até mesmo a obrigação de informar ao monarca, suas câmaras, ou a comissão legislativa nos casos de interpretação duvidosa, foi preterida. Em todo o caso, essa obrigação não era viável na prática, na medida em que o processo gerava atrasos significativos. Além disso, o juiz, como um servo do Estado, poderia agora decidir os casos de forma independente do monarca – e assim ele fez. Para as pessoas da sociedade civil liberal (que estavam agora em condições de preencher os cargos do judiciário), a lei tornou-se um farol de esperança e a justiça tornou-se o escudo de proteção mais importante da liberdade.²³

Mesmo assim, até meados do século, a “justiça” foi ainda vista como uma ideia dissidente. Por exemplo, em Hesse (Alemanha) a “justiça” agiu como uma importante força motriz na revolta dos funcionários públicos e dos militares contra seu governante. No entanto, o sistema de justiça criminal agora seguia o modelo jurídico defendido por Feuerbach, que exigia narrativas precisas de fatos,²⁴ proibia retroatividade da lei e garantiu a posição do “juiz determinado por lei”.²⁵ A justiça civil fornecia proteção contra intervenções arbitrárias na liberdade e propriedade, e também substituiu o sistema ausente dos tribunais administrativos, ao permitir a reivindicação de indenização contra o tesouro, ou *fiscus*. Assim, citando Dieter

²¹ E. A. (Wilhelm Eduard Albrecht). Resenha em *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1837, p. 1489, 1492 s., 1496 s. (reimpressão 1962).

²² Assim era o julgamento na Prússia, Baviera e Württemberg e assim foi até o final da monarquia “em nome do rei”. Para mais detalhes ver Stolleis (nota 4).

²³ Ogorek (nota 15) p. 37 s.

²⁴ Ogorek (nota 15) 39 ss.

²⁵ SEIF, Ulrike. *Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. A garantia do juiz natural foi qualificada pelo Tribunal Constitucional Federal como um “elemento sólido do desenvolvimento constitucional alemão” *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE)*, Bd. 82, 159, (194).

Simon: “a oferta de liberdade para garantir os fatores como foram adquiridos e discutidos na Era Pré-Março estava delimitada: tribunais autônomos que foram organizacionalmente blindados contra a influência do poder executivo ou do legislativo (separação de poderes, independência da justiça), que dispunham de juízes neutros, pessoais e independentes, bem como a obediência dos juízes à lei e à garantia do juiz natural foram instrumentos estabelecidos para garantia das liberdades civis”.²⁶

Os manuais de Direito Constitucional *apenas* lentamente seguiram essa mudança fundamental na compreensão da justiça. Até meados do século XIX, o Judiciário foi visto como ramo do poder executivo. No entanto, a demanda principal era clara – um sistema de justiça completamente independente. Isso foi enfatizado em várias constituições da Era Pré-Março (período *Vormärz*), mas mesmo na Constituição de Paulskirche, que afirmou que: “jurisdição emana do Estado. Os tribunais patrimoniais não serão permitidos” (§ 174); “o poder legal é exercido pelos tribunais de forma independente...” (§ 175); e, finalmente, “juiz e administração devem ser distintos e independentes uns dos outros” (§181). Isso pavimentou o caminho para a lei judiciária alemã de 1877,²⁷ após o atraso da Constituição imperial de 1871, devido às condições políticas.²⁸ De 1871 em diante, a justiça se tornou um “terceiro poder” separado. Isso prosseguiu sob a Constituição de Weimar (Art. 102) e ainda está consagrado no artigo 97 da Lei Fundamental hoje. Apenas alterações semânticas insignificantes foram feitas, tais como: “O poder judicial é praticado por tribunais independentes que são leais à lei”, foi alterado para: “Os juízes deverão ser independentes e sujeitos apenas à lei” (Art. 97 Abs. 1GG).

5 INTERPRETAÇÃO E A VONTADE DOS PARLAMENTOS

No entanto, até mesmo fórmulas simples estão cheias de dificuldades. Todo jurista sabe que a adesão total à lei pode causar uma série de problemas. Por exemplo, nesta fase do século XIX, o Direito não estava completamente codificado. Em muitos lugares, um “Direito comum” estava estabelecido (por meio de manuais de ciência do Direito acadêmica), mas a sua existência significava que algumas deficiências óbvias ou escondidas no Direito ainda

²⁶ SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 5.

²⁷ O que só continha os poderes do Estado para “o processo legal” (Art. 4, n. 13).

²⁸ Lei constitucional do tribunal de 27 de janeiro de 1877 (RGGI 77), § I: “O poder legal emana de tribunais independentes, que estão vinculados à lei”.

permaneciam. No entanto, o debate não era a respeito da criação de um sistema perfeito. Uma consulta ao legislador (*référé législatif*) já não era possível. Na verdade, o juiz civil do século XIX usava agora muitos, constantemente em mudança, métodos para chegar a uma decisão jurídica, tais como métodos gramaticais, métodos históricos, lógicos e sistemáticos.²⁹ Além disso – se o juiz era obrigado a interpretar um texto – ele poderia até ter recorrido a hermenêutica, uma disciplina descrita pela primeira vez por Schleiermacher.³⁰

Durante esse período, ocorreram os principais eventos que marcaram a paisagem legal do século XIX. A primeira dessas ocorrências foi o desaparecimento do argumento jus-naturalista, e sua substituição por um moderno argumento “filosófico”; em segundo lugar, a transformação do Direito romano do *Usus modernus* em “Direito romano moderno”; terceiro, a disputa a respeito da presunção de inocência e do Direito comum; e, finalmente, a qualificação da ciência como fonte do Direito e da tentativa de construir conceitos jurídicos coerentes. Todos esses foram, de certa forma, um reflexo das construções filosóficas do século XVIII, como descrito por Christian Wolff. Durante o século XIX, a ordem jurídica foi flexibilizada de várias formas, nominadamente por meio de argumentos de “equidade”; por meio da doutrina das “pré-condições” (*Voraussetzung*); pela aplicação da *clausula rebus sic stantibus* de acordo com o Direito civil e, finalmente, pela adaptação do conceito de Husserl de intencionalidade e da ideia de interpretação teleológica.

Essa área complicada foi examinada por Regina Ogorek, Hans-Peter Haferkamp e Jan Schröder, então eu não desejo explicá-la ainda mais. Embora esse debate seja importante, seu quadro constitucional é ainda mais. Agora vou descrever como a “ruptura” ou “descontinuidade” europeia de 1789 afetou o papel dos juízes na esfera interpretativa. Em primeiro lugar, o monarca e a administração monárquica perderam seu monopólio do poder legislativo. *La Loi est l'expression de la volonté générale* está escrito no artigo 6º da Declaração des droits de l'homme et du citoyen, de 26 de agosto de 1789. O “*voluntas principis*” foi substituído pela própria lei – embora tenha sido um longo processo que durou o século XIX. A criação da legislação era (em teoria) transferida do monarca ao Parlamento, livre das *dicta*, e que também se tornou mais independente de várias maneiras. Ou seja, a redação da própria legislação tornou-se o tema da interpretação judicial, e novas leis foram

²⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Veit, 1840, p. 215. Ver MOHNHAUPT, Heinz. Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys. In: WILHELM, Walter (Hrsg.). *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1972, p. 243 ss.

³⁰ DILTHEY, Wilhelm. Die Entstehung der Hermeneutik (1900). In: MISCH, Georg. (Hrsg.). *Gesammelte Schriften*. Bd. V. Leipzig und Berlin: Teubner, 1924.

criadas pelo Parlamento sozinho. Isso levantou a questão a respeito de em que medida os juízes poderiam ampliar sua licença interpretativa sem sair dos limites do texto.

Embora o Direito criado pelo juiz (*judge-made law*) seja agora visto como um aliado legítimo que pode complementar – e agir como um substituto para – a lei, alguns autores criticam alguns aspectos da interpretação judicial. Por exemplo, ainda hoje é desaprovado quando o Direito criado pelo juiz parece dar um passo para fora do significado “certo” ou pretendido de um texto (*contra legem*).³¹ No século XIX, o Judiciário foi muito mais independente em áreas onde não existia legislação, por exemplo no âmbito flexível e de textura aberta do Direito civil. Aqui eles fizeram uso do Direito romano contemporâneo, do Direito comum e de abordagens baseadas na “filosofia”, “princípios fundamentais”, “evidência” e em uma “abordagem natural” (*natürliche Betrachtungsweise*) ao texto. Mas, no entanto, a interpretação era muito flexível. Tradições existiram no ensino de técnicas interpretativas; a presunção de inocência; os constrangimentos e as pressões de trabalhar dentro de uma hierarquia judicial; e o rápido desenvolvimento dos periódicos jurídicos que discutiam a legislação criticamente.³²

No entanto, em contraste com a posição oficial, e as constituições que declaravam independência, o Judiciário ainda estava limitado pelas exigências práticas de interpretação. Por exemplo, uma obrigação de seguir precedentes existia, e o desvio desses poderia influenciar a carreira de um juiz. Além disso, o Judiciário tinha de considerar o volume de precedentes relevante; e, finalmente, estava limitado em poder ou não conceder um apelo. Além disso, o Estado continuou a ser o empregador (*Dienstherr*), pagou o salário do Judiciário, e, além disso, ditou as exigências educacionais para – e as chances de – tornar-se um juiz.

Estudos recentes mostram que a disciplina direta e indireta do Poder Judiciário em todo o século XIX foi muito eficaz na formação da interpretação judicial.³³ Por exemplo, depois de 1850, os salários especiais e a política pessoal lentamente transformaram os juízes

³¹ RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999, § 24. Richterliche Gesetzesabweichungen, especialmente Rdnr. 947 s.

³² STOLLEIS, Michael (Hrsg.). *Juristische Zeitschriften*. Die neuen Medien des 18. - 20. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.

³³ ORMOND, Thomas. *Richterwürde und Regierungstreue: Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866-1918*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994.

liberais da Era Pré-Março em juízes conservadores, monárquicos e nacionalistas. Em outras palavras: ao contrário da independência judicial que as constituições proclamaram, na realidade, o Judiciário permaneceu influenciado e limitado pela monarquia.

Essas restrições normativas e de fato na independência judicial – e, portanto, na liberdade de interpretação – são conhecidas e são válidas até hoje.³⁴ Mesmo assim, minha discussão dessas termina aqui. Para fechar, gostaria de descrever o desenvolvimento de longo alcance da jurisdição constitucional. Uma pesquisa histórica do papel do Judiciário na Europa a partir de meados do século XVIII até o presente revela que a Revolução Francesa foi o evento principal no jogo. O movimento constitucional do século XIX abriu o caminho para um “terceiro poder” autônomo e independente. No final do século XIX – pelo menos na Alemanha – a posição do Judiciário foi reforçada mais uma vez, quando os juízes receberam o poder de verificar os atos da administração e declará-los contrários ao Direito. O ramo do Judiciário da Justiça Administrativa foi criado entre 1863 e 1875. Outros ramos foram posteriormente estabelecidos, tais como a Justiça Fiscal em 1919, a Justiça do Trabalho em 1927 e a Justiça Social em 1951.

Ao mesmo tempo, o Judiciário também começou a desenvolver um sistema de controle de constitucionalidade pelo qual examinava a constitucionalidade da lei civil. A primeira etapa desse desenvolvimento envolveu uma análise formal, em que o judiciário examinava a legalidade da criação e da estrutura da lei. Após a Primeira Guerra Mundial, o judiciário também realizou uma segunda fase de controle: análise do conteúdo material da lei pela compatibilidade com a Constituição. Eventualmente, o Judiciário veio a possuir a sua própria jurisdição constitucional, o que lhe permitiu verificar a lei de maneiras formais e materiais.³⁵ A velha forma de envio ao soberano – o *référé* legislativo – tornou-se agora um envio ao tribunal constitucional federal, onde a “autêntica” ou “legítima” interpretação ocorria (Art. 100 GG). O tribunal constitucional federal tornou-se o árbitro final em questões de interpretação, embora o soberano ainda pudesse aprovar legislação pelo Parlamento.

³⁴ Para detalhes ver Simon (nota 26).

³⁵ GUSY, Christoph. *Richterliches Prüfungsrecht: Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985; HERRMANN, Nadine E. *Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001; STOLLEIS, Michael. *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*. *Ratio Juris*, v. 16, pp. 266-280, 2003.

Como consequência, um modelo completamente novo nasceu: um modelo que era radicalmente diferente daquele do século XVIII. Nesse novo modelo, um juiz independente interpretaria e decidiria com base no Direito, e foi assim semi-soberano. Se o juiz tivesse dúvidas razoáveis, ele apresentaria a lei ao Tribunal Constitucional federal. O direito de o tribunal constitucional federal ser o árbitro final da lei implicava necessariamente que ele também era semi-soberano. O Parlamento – na verdade, o verdadeiro soberano – também poderia ser apenas semi-soberano, devido à sua obrigação para com a constituição e para com o Tribunal Constitucional federal. Essa semi-soberania produz um paradoxo no interior dos Estados constitucionais com judiciários totalmente independentes. Esse modelo já foi conhecido como “Estado Judicialista” (*Justizstaat*) e muita discussão cercou a ampliação dos poderes judiciais de interpretação. Na verdade, a reputação da magistratura e a influência real na República Federal foram tremendas. Em 1949 o Judiciário foi descrito como o “terceiro pilar da democracia”.³⁶

No entanto, esses incrementos podem ter sido influenciados por outros fatores. Em especial, a mudança que eu descrevi também pode ser vista como a transformação de uma sociedade agrária do século XVIII em uma sociedade industrial. Legislação controlada politicamente era um processo muito lento, e também muito defeituoso para as rápidas mudanças que estavam ocorrendo. Essas mudanças, e a abundância resultante de casos individuais, exigiu um maior grau de controle pelo Poder Judiciário. As atribuições do poder judicial em si foram divididas de duas maneiras: primeiro, o Judiciário dividiu-se em jurisdições especializadas; e, segundo, o *référé legislativo* foi utilizado para encaminhar casos ao Tribunal Constitucional quando houvesse dúvidas quanto à interpretação. À luz dessa divisão do trabalho, é plausível que um soberano institucional já não exista, mas que, em vez disso, exista um sistema legal funcionalmente diferenciado, que seja capaz de resolver os conflitos de uma forma muito mais adequada.

Em conclusão, a batalha da interpretação terminou com o truísmo que a interpretação judicial só é legítima se for realizada por meio de um alinhamento permanente da interpretação do Direito e da Constituição. No entanto, enquanto que a Constituição é a mais alta norma jurídica, a própria norma foi formada por meio da “interpretação” do Poder Judiciário, o qual, por sua vez, está vinculado à Constituição.

³⁶ HÄBERLE, Peter (Hrsg.). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Bd. 1. Neue Folge (1951). 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 2010, p. 728.

REFERÊNCIAS

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 82. Tübingen: Mohr, 1991.

DIESSELHORST, Malte. *Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen*. Göttingen: Schwartz, 1984.

DILTHEY, Wilhelm. Die Entstehung der Hermeneutik (1900). In: MISCH, Georg. (Hrsg.). *Gesammelte Schriften*. Bd. V. Leipzig und Berlin: Teubner, 1924, pp. 139-204.

E. A. (Wilhelm Eduard Albrecht). [Resenha.] *Göttingische gelehrte Anzeigen*, Bd. 2, pp. 1489-1504, 1837.

EICHENBERGER, Kurt; NOVAK, Richard; KLOEPFER, Michael. Gesetzgebung im Rechtsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 40, pp. 7-151, 1982.

GUSY, Christoph. *Richterliches Prüfungsrecht: Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

HÄBERLE, Peter (Hrsg.). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Bd. 1. Neue Folge (1951). 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 2010.

HERRMANN, Nadine E. *Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

HOBBS, Thomas. *Hobbes's Leviathan*. Reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909.

LINK, Christoph. *Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*. Wien, Köln, Graz: Böhlau, 1979.

LUEBKE, David M. Frederik the Great and the Celebrated Case of the Miller Arnold (1770-1779): A Reappraisal. *Central European History*, V. 32, I. 4, pp. 379-408, 1999.

MENGER, Christian-Friedrich; WEHRHAHN, Herbert. Das Gesetz als Norm und Maßnahme. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 15, pp. 3-108, 1957.

MOHNHAUPT, Heinz. Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime. In: MOHNHAUPT, Heinz. *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*. Frankfurt am Main: M. V. Klostermann, 2000, pp. 221-273.

_____. Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys. In: WILHELM, Walter (Hrsg.). *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1972, pp. 243-264.

OGOREK, Regina. De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde (1983). In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, pp. 77-86.

_____. Die erstaunliche Karriere des „Subsumtionsmodells“ oder wozu braucht der Jurist Geschichte? In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, pp. 87-104.

_____. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 2. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008.

OGRIS, Werner. De sententiis ex plenitudine potestatis. Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts. In: GAGNÉR, Sten; SCHLOSSER, Hans; WIEGAND, Wolfgang (Hrsgg.). *Festschrift für Hermann Krause*. Köln, Wien: Böhlau, 1975, pp. 171-187.

_____. Machtspruch. In: ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard (Hrsgg.). *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Bd. III. Berlin: Erich Schmidt, 1984, pp. 126-128.



_____. Maria Theresia Judex. In: OGRIS, Werner (Hrsg.). *Elemente europäischer Rechtskultur*. Wien: Böhlau, 2003, pp. 641-656.

ORMOND, Thomas. *Richterwürde und Regierungstreue: Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866-1918*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994.

REGGE, Jürgen. *Kabinettsjustiz in Brandenburg-Preußen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

ROELLECKE, Gerd; STARCK, Christian. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 34, pp. 7-143, 1976.

RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Veit, 1840.

SCHMIDT, Eberhard. Die Justizpolitik Friedrichs des Großen. *Heidelberger Jahrbücher*, VI, pp. 95-110, 1962.

_____. *Rechtssprüche und Machtsprüche der preußischen Könige des 18. Jahrhunderts*. Leipzig: Hirzel, 1943.

SEIF, Ulrike. Der missverstandene Montesquieu: Gewaltenbalance, nicht Gewaltentrennung. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 22, pp. 149-166, 2000.

_____. *Recht und Justizhoheit*. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975.

STAMMLER, Rudolf. *Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*. Bd. 2. München: C.H. Beck, 1932.



STOLLBERG-RILINGER, Barbara. *Der Staat als Maschine: Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*. Berlin: Duncker and Humblot, 1986.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. I. München: C. H. Beck, 1988.

_____. *Im Namen des Gesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

_____. Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic. *Ratio Juris*, v. 16, pp. 266-280, 2003.

_____. (Hrsg.). *Juristische Zeitschriften*. Die neuen Medien des 18. - 20. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.

UNVERHAU, Thassilo. *Lex*. Eine Untersuchung zum Gesetzesverständnis deutscher Publizisten des 17. und 18. Jahrhunderts. Diss. Jur. Heidelberg: Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg, 1971.

Submissão: 24/12/2014
Aceito para Publicação: 27/12/2014