

Teoria do órgão e jurisdição administrativa no contexto constitucional alemão do século XIX

Paulo Sávio Peixoto Maia

Mestre em Direito, Estado e Constituição
pela Universidade de Brasília (UnB).

Professor de Direito Constitucional e de Direito
Administrativo na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Resumo: A partir da segunda metade do século XIX, a publicística alemã foi imersa em um profundo formalismo, que tinha como principal efeito neutralizar as pretensões liberais do constitucionalismo moderno. As entrelinhas da teoria do órgão são bem reveladoras dessas tensões. Mais que um meio de apenas “despatrimonializar” a Coroa, a teoria do órgão – seja em sua leitura mais normativista, com Paul Laband, seja na versão do organicismo jurídico, de Otto Bähr e Otto von Gierke – pode ser compreendida como um mecanismo de esvaziamento da pauta constitucional dos liberais, mormente por causa de um dos desenvolvimentos institucionais mais ontologicamente ligados à teoria do órgão: a jurisdição administrativa.

Mostra-se possível afirmar, sem nenhum exagero, que a história constitucional alemã da primeira metade do século XIX se resume à luta entre os partidários do princípio monárquico (*das monarchisches Prinzip*) e os sustentadores do *Rechtsstaat*, o Estado de Direito¹. Com o fracasso da Revolução de 1848, as monarquias alemãs, capitaneadas pelo exemplo da Prússia, levaram a efeito a assim-chamada Restauração. A tentativa de fazer com que o Estado fosse limitado pelo Direito, ou seja, que o Direito se portasse como normas efetivamente deontológicas, moldando a ação do Estado, não obteve sucesso. A vitória da Restauração, improvavelmente, causou uma curiosa neutralização do conceito *Rechtsstaat*, que é testemunhada por Friedrich Julius Stahl no § 36 da terceira edição,

¹ Para uma análise do conflito entre essas duas posições, Cf. MAIA, Paulo Sávio Peixoto. “Estado ou cidadão? *Rechtsstaat* como conceito de síntese do constitucionalismo alemão do século XIX”. In: HOLANDA, Ana Paula de Araújo (org.). *Direitos fundamentais: histórico e contemporaneidade*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009 (no prelo).

de 1856, de sua *Die Philosophie des Rechts*:

O Estado tem que ser um Estado de Direito; essa é a solução e é também, na realidade, a tendência da época atual. Este Estado de direito deve determinar com precisão, na forma do direito (*in der Weise des Rechts*), tanto a direção e limites de sua própria ação como o âmbito de liberdade de seus cidadãos, e deve assegurá-los de modo inquebrantável. Ele não tem que realizar a perseguição das idéias éticas pelos meios da autoridade estatal (*von Staatswegen*), ou seja diretamente, além da esfera do direito, isto é, além dos limites estritamente necessários (*bis zur notwendigsten Umzäunung*). Esse é o conceito de Estado de direito: não significa simplesmente, por exemplo, nem que o Estado possa dispor do ordenamento jurídico sem objetivos administrativos, nem que tenha que proteger por inteiro os direitos dos indivíduos. O Estado de Direito não se caracteriza, absolutamente, pela finalidade ou pelo conteúdo do Estado, mas somente ao modo e à maneira (*Art und Charakter*) de realizá-los².

Pondo a questão em tais termos, foi possível a Stahl retirar do conceito de *Rechtsstaat* a sua pretensão de fundar uma ordem política que tenha o indivíduo como ponto de partida. A um só golpe tal autor consegue, também, justificar a validade de qualquer ação do Estado – desde que por meio do direito positivo – já que os indivíduos não podem pretender limitar um Estado que só pode ser limitado por ele mesmo³. Nessa senda, a publicística alemã, naquela quadra, foi imersa em um profundo formalismo positivista que calhou muito bem a um edifício constitucional semi-absolutista que tinha como ápice um monarca que se colocava como a suprema

² Tradução indireta, a partir de: SCHÖNBERGER, Christoph. “État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 179.

³ GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 315.

cabeça do império, *Staatssoberhaupt*⁴.

Era a vitória do “princípio monárquico” que tinha como principais adversários o princípio da soberania popular e o da separação dos poderes, advindos do constitucionalismo francês revolucionário⁵. Sustentar que o princípio da separação dos poderes não seria aplicável à Alemanha, ao argumento de ser antitético ao princípio monárquico, que reza que o monarca é o ponto de união de todos os poderes do Estado, e assim aquele que pessoalmente garante a unidade do Estado, tem o efeito prático de sustentar uma suposta singularidade alemã que justificaria a negação do constitucionalismo moderno na terra de Goethe⁶.

Mas o dever de síntese que este escrito assume não pode olvidar o fato de que tal postura teórica não se fazia uníssona na Alemanha. Dissonâncias também eram ouvidas.

Uma delas respondia pelo epíteto “teoria do órgão”. Em apertada síntese, tal posicionamento teórico tenta explicar de que maneira o Estado, mormente a Administração Pública, externaliza a sua “vontade”, seu agir. Os órgãos do Estado têm a função, por isso, de formalizar aquilo que deseja uma pessoa coletiva. Uma pessoa que lhe é antecedente e a qual o órgão deve a sua existência. O órgão não tem personalidade jurídica – necessário perceber –, pois faz parte da pessoa jurídica na qual se insere e pela qual expressa seu querer em termos jurídicos⁷. A principal contribuição dessa teoria foi fixar o entendimento de que quando um indivíduo que ocupa um cargo ou função na Administração Pública emite um ato administrativo, esse ato não lhe é imputável pessoalmente, mas sim

⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 155-167.

⁵ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001, pp. 61-63.

⁶ Por exemplo: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (2ª ed. de 1911). Trad. Fernando de los Rios. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 454 e 478.

⁷ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado*. Trad. José Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 990.

ao órgão no qual ele é lotado: órgão que necessariamente se insere na estrutura do Estado. Assim, o órgão é o “instrumento do qual se vale o ser coletivo para o exercício de poderes que somente a ele pertencem”⁸.

A origem da teoria do órgão é alemã. Em 1837, Wilhelm Eduard Albrecht publicou uma aparentemente desprezenciosa resenha dos *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, de autoria de Romeo Maurenbrecher. Nela, Albrecht afirmou que o monarca, funcionários públicos e o parlamento não são entidades totalmente soberanas para fazerem o que bem desejarem: na verdade, são órgãos do Estado⁹. O que era uma tese assaz ousada. Tinha como principal efeito o de atacar o princípio monárquico e as idéias constitucionais absolutistas que ainda tinham boa audiência naquele tempo. Isso porque Albrecht contesta o tradicional entendimento patrimonialista da soberania, em que o reino e até o povo, ou melhor, os súditos, nada mais seriam do que parte do *patrimonium* do monarca¹⁰. No instante em que qualifica o Estado como uma pessoa jurídica, o monarca como um de seus órgãos, a teoria do órgão se insere na missão histórica da publicística européia, que desde o século XVII soma esforços no sentido de “estatizar a Coroa”, propondo a ela um caráter transpessoal¹¹.

Facilmente se pode verificar que a teoria do órgão, ao menos em sua origem, apresenta-se como ponta de lança do princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*); ela se contrapõe polemicamente ao princípio monárquico. Mas não custou para que a doutrina dominante, composta por sustentadores do princípio monárquico como Carl Friedrich von Gerber e Paul Laband – que podem ser concebidos como continuadores do formalismo de Stahl – esvaziasse

⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado*, p. 1006.

⁹ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, pp. 65-66.

¹⁰ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, p. 65, 344-345.

¹¹ SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. “Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006, pp. 205 e 213.

o conteúdo constitucionalista da teoria do órgão. Posicionamento que passou a ser conhecido por “método jurídico”¹².

Para um Laband, a teoria do órgão vai ser concebida em um viés meramente formalista. É o que se chama de posicionamento objetivista da teoria do órgão, que se revela no conceito de “função do Estado” (*Staatsamt*). É raro Laband citar o vocábulo “órgão”¹³. Ele prefere “função”. Laband é da opinião de que o Estado é por definição uma pessoa jurídica, mas que não se manifesta por si só: daí a “função estatal”, que se define como “um círculo de atribuições do Estado delimitado pelo Direito Público”. Função que não é nunca um sujeito de direito, mas sim “uma instituição objetiva, um conjunto de atribuições”¹⁴. Assim, o principal a ser visto na função, no órgão público, é que ele se traduz por um feixe de normas. Laband expressa, a nosso sentir, uma perspectiva mais descritiva, formalista, em que o papel de limitação do poder não é valorizado, mas sim o de organização normativa. A Alemanha, sob tal enfoque, seria um *Rechtsstaat* porque, a exemplo do que acredita um Stahl, há regras de direito que estabelecem círculos de competência que legitimam a ação do Estado.

Eis que surge um contraponto à doutrina dominante em 1864, através da pena de Otto Bähr, e com o claro objetivo de combater o conceito de *Rechtsstaat* de Stahl. Era o organicismo jurídico, que teve como maior expoente, ao lado de Bähr, claro, o também jurista alemão Otto von Gierke¹⁵.

¹² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24.

¹³ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*. Trad. C. Gandilhon e Th. Lacuire. Paris: Giard & Brière, 1901, pp. 10 e 13.

¹⁴ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*, p. 3.

¹⁵ Para o embate de Otto von Gierke com o “método jurídico” de Paul Laband, Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979, pp. 356-368.

O organicismo não se conformava com o positivismo formalista esposado por Stahl, Gerber e Laband que concebia o Estado como a única corporação (*Verband*) que produzia direito. Concomitantemente, não aceitava, por outro lado, a separação rígida entre indivíduo e Estado, oriunda do individualismo francês e que teria permeado o solo alemão através da pena de Jean-Jacques Rousseau¹⁶.

Para fazer frente a essa situação de formalismo positivista que acabava por resultar em um forte reforço do poder do monarca, os teóricos do corporativismo tentaram remediar a bipolarização entre indivíduo-Estado que permitia ao Estado um indesejado monopólio na produção do direito¹⁷. Com isso os organicistas pregaram uma limitação do poder estatal, a ser conseguida com o “retorno aos grupamentos corporativos intermediários entre o indivíduo e o Estado”¹⁸. Seriam esses corpos intermediários, concebidos como *Gesamtperson*, associações, pessoas jurídicas, que forjariam um limite ao poder estatal, e que estariam em condições de negar a reivindicação estatal de exclusividade na produção do direito¹⁹. Até porque o Estado seria apenas uma associação no âmbito de um vasto organismo social composto de várias outras associações. De se notar a audácia da construção: o Estado como um entre várias corporações. Para um Otto von Gierke, seria um equívoco do formalismo jurídico o de achar que os órgãos dos estatais seriam

¹⁶ VON GIERKE, Otto. *Natural Law and the theory of society 1500-1800*. Edição de Ernest Barker. Cambridge: Cambridge University Press, 1950, p. 167: “In Germany, as well as in France, the entry of Rousseau’s ideas was accompanied by his spirit of hostility to the principle of corporate life”.

¹⁷ ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l’État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 219.

¹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “L’État comme organisme: théorie de l’État et politique constitutionnelle aux débuts du constitutionnalisme”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000, p. 126.

¹⁹ ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l’État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 220.

uma criação do Estado: na verdade, o eram da coletividade²⁰. Uma teoria que era, por esse lado, muito audaz para a época.

Bähr vai além; sustenta que a vida de toda associação depende “da capacidade de combinar a supremacia e discricionariedade decisória dos governantes com a tutela das posições de vantagem dos associados”. E assim: “o que vale para qualquer associação vale também para o Estado, que é simplesmente o ápice de uma longa cadeia de grupos”²¹. Na busca desse delicado equilíbrio, entre supremacia da associação e respeito aos associados, Bähr sustenta que diante do Poder Legislativo (“Estado-legislador”) e do Poder Judiciário (“Estado-juiz”) o cidadão somente tem obrigações, e não direitos. A esperança dos organicistas, mormente, Bähr, que foi monografista sobre o tema, era a limitação do Estado-administrador: essa, a trilha a ser seguida para se conseguir um Estado de Direito diferente daquele de Stahl. *Seria a existência de uma tutela judicial dos direitos dos associados frente ao Estado-administrador que caracterizaria um Rechtsstaat*²².

Dada a total implausibilidade de um limite à legislação emanada do Imperador (que personifica a vontade do Estado na qualidade de *Staatssoberhaupt*), foi precisamente em relação aos atos administrativos que a atenção dos adeptos do *Rechtsstaat* foi direcionada, na quadra histórica do Império situada entre a década de 1870 até o seu crepúsculo, em 1918. O que se justifica, também, pela centralidade que a Administração Pública passou a ostentar, naquele tempo, devido ao início do assim-chamado Estado Social²³. Mas a busca de um controle da Administração foi também uma última cartada dos liberais.

²⁰ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, p. 345.

²¹ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 127.

²² COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, pp. 127-128.

²³ SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 213 e ss.

Talvez os teóricos formalistas que apoiavam a monarquia constitucional do *Reich* de Bismarck tenham notado que não haveria problema em adotar a recomendação institucional de Bähr, qual seja a de organizar uma justiça administrativa, porquanto algo que fosse oriundo do conceito organicista de direito jamais seria apto a fazer frente ao Estado. Se assim imaginaram, caso os monarquistas tenham realmente pensado dessa forma, o desenvolvimento histórico da Suprema Corte Administrativa da Prússia (*Oberverwaltungsgericht*) veio provar que eles estavam absolutamente corretos²⁴.

Entre 1872 e 1876, o *Landtag* da Prússia aprovou uma reforma de sua administração pública, o que levou à institucionalização de uma justiça administrativa. Para tanto, exerceu papel proeminente o liberal (conservador) Rudolf Gneist, cujo conceito de *Rechtsstaat* tinha como pedra angular a existência prévia de uma justiça administrativa, tal como para Otto Bähr²⁵. E até por isso, Gneist não tinha uma preocupação propriamente individualista, de modo que seu conceito de Estado de Direito também requer o agrupamento dos indivíduos em ordens, em corporações, o que significa uma continuidade com a tradição alemã de neutralização do constitucionalismo²⁶. De toda forma, os liberais já de algum tempo percebiam que, na impossibilidade de limitar o monarca-legislador, o controle da Administração seria um bom equivalente para se proceder ao controle jurídico da monarquia constitucional. Ledo engano:

²⁴ Cf., com análise jurisprudencial, inclusive: LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*. Vol. 37, nº 2. Leiden: Brill Academic Publishers, junho de 2004, pp. 203-224.

²⁵ ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. "Rudolf Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l'État de droit". In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 249.

²⁶ ROEHRSEN, Carlo. "Paul Laband, uno dei fondatori della grande scienza giurpubblicistica europea". In: *Revista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 44, nº4. Milano: Giuffrè, 1994, pp. 1116-1117.

Paradoxalmente, ao estabelecer um novo sistema de supervisão da ação administrativa do governo localizado em um novo sistema de cortes de jurisdição especial, os liberais no *Reichstag* legitimaram a ação do Estado e imunizaram-no contra críticas ao proporcionar o controle pelo meio do controle judicial no lugar da contestação política. Os liberais removeram da arena política o debate acerca do controle da arbitrariedade da ação do Estado que desrespeitava direitos individuais, e transferiram-no para a litigância, para a arena judicial²⁷.

Na atenta análise de Kenneth Ledford, muito antes de se estabelecer uma limitação da monarquia constitucional pelo *medium* do direito, a Suprema Corte Administrativa realizou, improvavelmente, uma neutralização dos argumentos liberais²⁸. Assim, esse movimento acabou por fortalecer, na verdade, a monarquia constitucional, que a despeito de agir em estrito cumprimento da lei sancionada pelo seu monarca, poderia ao mesmo tempo violar direitos fundamentais²⁹. Foi o que aconteceu, principalmente quando o assunto era polacos, dinamarqueses e social-democratas: nesses casos, a Suprema Corte chegava até a corroborar na limitação dos direitos dessas minorias³⁰. Tudo isso mostra que um conceito de *Rechtsstaat* que acredita que a simples submissão dos atos administrativos a um controle efetuado por uma justiça administrativa difere muito pouco, em seus efeitos, de um conservadorismo *à la Stahl*³¹.

²⁷ LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*, p. 222.

²⁸ No mesmo sentido, Franz Neumann imputa a paternidade intelectual dessa "despolitização", levada a efeito pela noção de *Rechtsstaat*, ao liberal Rudolf Gneist: NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Ed. Herbert Marcuse. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 157.

²⁹ VON GIERKE, Otto. "German constitutional law in its relation to the American Constitution". In: *Harvard Law Review*. Vol. XXIII, nº 1-4. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1909-1910, p. 285.

³⁰ LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*, p. 224.

³¹ LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*, p. 223.

Afinal, a justiça administrativa apenas verifica se existe uma lei que autorize a ação da Administração. Seria até um método seguro de controle do poder se não fosse um detalhe: uma lei sancionada pelo monarca pode, em seu conteúdo, violar direitos fundamentais. Ainda mais quando se recorda do controle exercido pelo Imperador no *Bundesrat*, em que a Prússia detinha grande parte dos assentos, e pela estreita margem de ação que o Chanceler do *Reich* concedia ao *Reichstag*, uma vez que não necessitava da moção de confiança de tal casa legislativa – motivo pelo qual a Alemanha não era parlamentarista, mas sim uma monarquia semi-absoluta³². Dessa maneira, a nova noção de *Rechtsstaat*, após as reformas administrativas, “paradoxalmente, possui seu centro de gravidade mais no reforço da atividade do Estado e da Administração do que na proteção do indivíduo, se inscrevendo, assim, na tradição especificamente alemã”³³. Um controle formal da regularidade normativa com base na qual a Administração age não quer dizer muito. A justiça administrativa nada mais é do que um mero órgão do Estado. Como tal, a parte não pode ir contra o todo. A parte depende do todo para ter sentido. O que é muito cômico a um direito constitucional que assume como principal tarefa a manutenção de uma mítica “unidade do Estado”³⁴.

Com isso, se pode concluir que por mais que Bähr já vislumbre a necessidade de uma organização formal para operacionalizar a sua noção de Estado de Direito, a distância entre seu conceito de *Rechtsstaat* para o de Stahl é tão pequena quanto a do organicismo jurídico para o “método jurídico”, formalista por antonomásia. Para Bähr ou von Gierke, a dimensão orgânica e comunitária do Estado o faz com que ele consista em um totalidade

³² STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 68.

³³ ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. “Rudolf Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 252.

³⁴ Cf. BARTHÉLEMY, Joseph. “Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l’Empire”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, pp. 717-758, um excepcional inventário do princípio monárquico.

que precede as suas partes, os indivíduos. Por um lado, eles são enfáticos em afirmar, contra os formalistas, que os direitos não são concessões do Estado, visto que derivam, na verdade, do “*Mitgliedschaft*, o comum pertencimento dos seus titulares à orgânica e viva comunidade política”³⁵. Por outro lado, sendo o direito uma expressão da comunidade, e sendo o Estado a maior expressão associativa da vida em comunidade, o direito não pode ser oponível ao Estado: no que se igualam a um von Gerber ou a um Laband³⁶. Assim, seja para formalistas ou para organicistas, o Estado continua como centro e vértice da sociedade, o que faz com que o soberano permaneça, em último caso, incontrolável, pois a justiça administrativa não combate isso³⁷.

Por tudo isso, a teoria do órgão não pode ser adequadamente compreendida – consoante quer Ernst Forsthoff – como uma construção acadêmica que findou por retirar a substância do poder real, esvaziando assim a monarquia³⁸. Essa despatrimonialização da monarquia, que despersonaliza o monarca na medida em que o concebe como um órgão do Estado, é apenas um dos efeitos da teoria, mas que desconsidera um outro efeito, que se pode adjetivar de “colateral”. Na verdade, o que ocorreu foi uma engenhosa neutralização do constitucionalismo moderno³⁹, que ocorreu na exata medida em que a posição que combatera os formalistas, qual seja o organicismo jurídico, nada mais fez do que reforçar a *Herrschaft* estatal, ao imunizá-la de ataques políticos, dada a aparência de imparcialidade que tinha a justiça administrativa.

Bibliografia

³⁵ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 131.

³⁶ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 132.

³⁷ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 136.

³⁸ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975, p. 13.

³⁹ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, p. 344.

ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. “Rudof Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

BARTHÉLEMY, Joseph. “Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l’Empire”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*, pp. 717-758.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “L’État comme organisme: théorie de l’État et politique constitutionnelle aux débuts du constitutionnalisme”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000.

CARRÉ DE MALBERG. Raymond. *Teoría General del Estado*. Trad. José Depetre. Cidade do México: Fónodo de Cultura Económica, 1948.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell’Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975.

GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo

(orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (2ª ed. de 1911). Trad. Fernando de los Rios. Cidade do México: Fónido de Cultura Económica, 2004.

LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*. Trad. C. Gandilhon e Th. Lacuire. Paris: Giard & Brière, 1901.

LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*. Vol. 37, nº 2. Leiden: Brill Academic Publishers, junho de 2004, pp. 203-224.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. "Estado ou cidadão? *Rechtsstaat* como conceito de síntese do constitucionalismo alemão do século XIX". In: HOLANDA, Ana Paula de Araújo (org.). *Direitos fundamentais: histórico e contemporaneidade*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009 (no prelo).

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Ed. Herbert Marcuse. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

ROEHRSEN, Carlo. "Paul Laband, uno dei fondatori della grande scienza giuspubblicistica europea". In: *Revista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 44, nº4. Milano: Giuffrè, 1994.

SCHÖNBERGER, Christoph. "État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl". In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle*

de l'Allemagne. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. “Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006.

SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987.

STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.

VON GIERKE, Otto. “German constitutional law in its relation to the American Constitution”. In: *Harvard Law Review*. Vol. XXIII, nº 1-4. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1909-1910.

VON GIERKE, Otto. *Natural Law and the theory of society 1500-1800*. Edição de Ernest Barker. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l'État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.