

**CEM ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
DE WEIMAR
(1919-2019)**

QUARTIER LATIN

GILBERTO BERCOVICI

COORDENADOR

**CEM ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
DE WEIMAR
(1919-2019)**

Airton Cerqueira-Leite Seelaender
Alessandro Octaviani
Alysson Leandro Mascaro
André Ramos Tavares
Antônio José Avelãs Nunes
Ari Solon
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Bernardo Ferreira
Carlos Miguel Herrera
Carlos Petit
Chris Thornhill
Clarice Seixas Duarte
Cristiano Paixão
Daniel Francisco Nagao Menezes
David Salomon
Dimitri Dimoulis
Enzo Bello
Ester Gammardella Rizzi
Fábio Sampaio Mascarenhas
Filomeno Moraes
Friedrich Müller
Geraldo Miniuci
Gilberto Bercovici
Gustavo Capela
Heinz Mohnhaupt

Ingo Wolfgang Sarlet
Irene Patrícia Nohara
José Augusto Fontoura Costa
José Tadeu De Chiara
Leticia Vita
Luís Fernando Massonetto
Luiz Felipe Brandão Osório
Marcelo A. Cattoni de Oliveira
Martonio Mont'Alverne B. Lima
Mário André Machado Cabral
Mario G. Losano
Maurizio Fioravanti
Michael Stolleis
Milene Chavez Bercovici
Oliver Eberl
Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Pietro Costa
Raquel Machado
Rene José Keller
Ricardo Spindola
Roberto Bueno
Rodrigo Oliveira Salgado
Sebastián Martín
Walquíria Domingues Leão Rêgo
William E. Scheurman

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2019
quartierlatin@quartierlatin.art. br
www.quartierlatin.art. br

SUMÁRIO

Introdução, 15

Gilberto Bercovici

Constituição Democrática, Pluralismo e História: Anotações ao Feuerbach de Radbruch, 21

Airton Cerqueira-Leite Seelaender

O Marxismo e Weimar, 53

Alysson Leandro Mascaro

Da Segunda Internacional a Weimar.....	54
Marxismo e Weimar ao Tempo	60
De Weimar ao Nazismo: Balanços Marxistas.....	70

A Defesa da Constituição de Weimar, 83

André Ramos Tavares

1. As Razões deste Ensaio	83
2. O Contexto Constitutivo de Weimar	86
2.1. O Artigo 48 da Constituição de Weimar.....	89
2.1.1. Bases para o Artigo 48	90
2.2. As Primeiras Defesas de Weimar.....	91
3. O Artigo 48 como Determinante do Defensor Constitucional	92
3.1. A Suposta Legitimidade Democrática do Chefe do Reich.....	92
3.2. O Artigo 48 Suspende a Constituição	94
4. A Política e os Tribunais	95
4.1. Esclarecimentos	95
4.2. O Tribunal Supremo do <i>Reich</i> como Defensor da Constituição de Weimar.....	96
4.3. A Ascensão do Terceiro Reich: A Contribuição Política Indefensável dos Tribunais.....	100
5. A Retomada da Proposta de Kelsen com a Derrota do Eixo	102
5.1. O Tribunal como <i>Herr</i> da Constituição?.....	103

**A República de Weimar e a Constituição
de Weimar, Cem Anos Depois, 107**

Antônio José Avelãs Nunes

Atenas em Weimar: Kelsen, Schmitt e os Gregos, 135

Ari Marcelo Solon e Ricardo Spindola

1. Introdução: Weimar e Atenas	135
2. <i>Gigantomachie</i> – A Luta de Gigantes pela “Pureza” na Crise da Modernidade.....	139
3. O Debate Kelsen-Schmitt Lido através da Grécia	149
3.1. O Expressionismo Reacionário de Schmitt	154
3.2. O Classicismo Revolucionário de Kelsen.....	157
4. Conclusão: <i>Nomos, Nomizomena, Nomizetai</i>	159

**“O Mais Claro Suicídio da História Constitucional”:
Carl Schmitt Confronta a Constituição de Weimar, 165**

Bernardo Ferreira

Estado de Direito, Lei e Parlamentarismo.....	170
O Sistema de Legalidade do Estado Legislativo	178
O Colapso do Sistema de Legalidade.....	190
Bibliografia	199
Textos de Carl Schmitt.....	199
Textos secundários.....	199

**Constituição e Socialdemocracia em Weimar:
Por uma Periodização, 201**

Carlos Miguel Herrera

A Improvisação Jurídica	205
O Otimismo Social	209
A Defensiva Institucional.....	213

**Democracia y Derecho Mercantil: Texto y
Contextos de Joaquín Garrigues, *Nuevos Hechos,
Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas* (1933), 219**

Carlos Petit

A Constituição de Weimar como uma Constituição Militar, 243

Chris Thornhill

Introdução	243
A Constituição de Weimar e a Dialética do <i>Soldat-Citoyen</i>	249
O Regresso do <i>Soldat</i>	265
Conclusão	270

***Bildung* Tupiniquim: A Constituição de Weimar e a Disciplina Constitucional da Educação Brasileira, 273**

Clarice Seixas Duarte e Fábio Sampaio Mascarenhas

1. A Constituição de Weimar e a Educação	273
2. Estado e Educação no Brasil: Um Panorama das Constituições Brasileiras a partir de 1930	278
3. A Educação na Constituição de 1988	292

Crise Constitucional na Experiência de Weimar (1919-1933), 299

Cristiano Paixão e Paulo Sávio N. Peixoto Maia

Introdução	299
1. Identificação e Narrativa das Crises	300
2. Unidade do Estado como Objetivo, Dissolução Pluralista como Diagnóstico	304
3. Crises Constitucionais, Radicalismo Político e Extremismo Narrativo	312
Conclusão	319

A República de Weimar Tropicalizada: As Aproximações de Francisco Campos e Carl Schmitt no Ataque ao Estado Social, 321

Daniel Francisco Nagao Menezes

Introdução	321
1. Intervenção na Sociedade	322
2. Da Estrutura Econômica	329
Considerações Finais	341

**Havia Positivistas na República de Weimar? Reflexões
sobre a Interpretação Constitucional na “Controvérsia
sobre Métodos e Tendências”, 345**

Dimitri Dimoulis

1. Weimar na Perspectiva dos Juspublicistas. A Controvérsia sobre Tendências	345
2. Berlim 1919. O que Pensam os Juspublicistas?	349
3. <i>Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer</i> : Palco da Controvérsia entre Positivistas e seus Críticos.....	354
4. Houve Interpretações Positivistas em Weimar? Dois Exemplos	358
4.1. No Silêncio da Constituição, os Juízes Podem Fiscalizar a Constitucionalidade das Leis?.....	358
4.2. O que Significa “Todos os Alemães São Iguais Perante a Lei” (Art. 109, I da Constituição de Weimar)?	365
5. Considerações Conclusivas	367

**Pós-Fascismo e Antifascismo no Brasil no
Centenário da República de Weimar (1919-2019), 369**

Enzo Bello, Gustavo Capela e Rene José Keller

1. Introdução	369
2. O Processo de Ascensão do Autoritarismo no Brasil (2013-2019): Lampejos de Weimar	373
3. O (Res)urgimento do Antifascismo e dos Antifas no Brasil	383
4. O Anti <i>Pós-Fascismo</i> : Possibilidades para Lidar com Assombrações.....	387
5. Conclusões (?): Pistas para um Futuro em Aberto à Luz dos Lampejos do Passado no Presente.....	389

**Qual é a Forma Jurídica da Nova Ordem Social?
Reflexões a partir da Obra de Otto Kirchheimer
sobre a Constituição de Weimar, 393**

Ester Gamardella Rizzi

1. Visão Geral: A Análise de Kirchheimer sobre a Constituição de Weimar..	395
2. Dicotomias Constitucionais: A Crítica	397
3. Interação entre Política e Realidade: O Direito como Meio	404
4. Ordem Constitucional Desfigurada: A Defesa	412
5. Conclusão: Qual é a Forma Jurídica da Nova Ordem Social?.....	425

**Max Weber, a Constituição de Weimar e o
Semipresidencialismo: Tragédia, Perigos e
Potencialidades de um Sistema de Governo, 431**

Filomeno Moraes e Raquel Machado

1. Introdução	431
2. O Poder Constituinte e a Constituição de Weimar	432
3. Max Weber como Teórico e como Analista de Conjuntura	433
4. Poder ou Dominação, Política, Políticos e Estado.....	436
5. Max Weber e o Semipresidencialismo da República de Weimar	438
6. A Herança Teórica de Max Weber e os Tempos Atuais.....	442
7. O Semipresidencialismo e o Brasil.....	444
8. Considerações Finais	446

Sobre a Constituição de Weimar e Sobre Constituições, 449

Friedrich Müller

O Debate de Weimar e as Origens do Direito Econômico, 457

Gilberto Bercovici

**Justus Wilhelm Hedemann e o Desenvolvimento
da Disciplina “Direito Econômico”, 471**

Heinz Mohnhaupt

1. Introdução: Elementos de uma Disciplina Científica	471
2. Jena como Centro do Direito Econômico.....	473
3. A Necessidade de uma Definição do “Direito Econômico”.....	478
4. Da Relação entre a Pandectística e a Economia Política no Século XIX	483
4.1. Perspectivas da Economia Política [Volkswirtschaftslehre]	486
4.2. Perspectivas da Ciência Jurídica.....	489
5. O Despertar do Primeiro Pós-Guerra: O Instituto de Jena	494
6. Os Temas do Direito Econômico e a Tentativa de Sistematização e Formação da Disciplina.....	497
7. Hedemann e o Direito Econômico no Nacional-Socialismo	504
8. Adendo: O Instituto de Direito Econômico em Berlim a partir de 1936	508
9. Conclusão	509

Algumas Notas sobre o Conteúdo e Significado dos Direitos e Deveres Fundamentais na Constituição de Weimar, 511

Ingo Wolfgang Sarlet e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

1. Introdução	511
2. Breve Mirada sobre o Conteúdo e Alcance do Catálogo de Direitos e Deveres Fundamentais da Constituição de Weimar	514
3. Considerações Finais	526

Sucumbência de Weimar e Heranças do Direito Administrativo Alemão sob a Influência de Forsthoff: Estatismo Autoritário, Neutralidade Administrativa e Subordinação Humana, 529

Irene Patrícia Nohara

Considerações Introdutórias	529
1. Contexto Histórico de Weimar e Ascensão do Nazismo	531
2. Ernst Forsthoff na Passagem por Weimar, pelo Nazismo e pela República Federal Alemã.....	533
3. Heranças das Noções Desenvolvidas por Forsthoff no Direito Administrativo Alemão	536
4. Universo Pós-Moderno, Ascensão Neoliberal e Ressurgimento do Conservadorismo: Subordinação Humana e Retorno do Viés Autoritário ao Estado	538
Considerações Finais	543

A Crise dentro da Crise: Direito Internacional e a Constituição de Weimar, 547

José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci

Introdução	547
1. Direito e Relações Internacionais na Constituição de Weimar	549
1.1. Regras de Direito Constitucional Internacional da Constituição de Weimar.....	550
1.2. De Fora para Dentro: O Direito Internacional e o Interno	553
1.3. Equilíbrio e Controle: Federalismo e Relações Exteriores	558
1.4. Despedidas e Esperanças: Ecos da Derrota.....	559
2. Perdas Efetivas: Territórios e Indenizações	563
2.1. As Perdas Territoriais.....	564
2.2. Compensações	568
Conclusões	576

A Atualidade de Weimar e o Estado de Sítio Banqueiro no Brasil, 579

José Tadeu de Chiara e Alessandro Octaviani

1. Estado de Exceção, Estado de Sítio: A Pista de Bercovici e Arantes 579
2. Capital Financeiro e Centralidade dos Bancos: A Pista de Hilferding 583
3. O Estado de Sítio Banqueiro Brasileiro: Concentração Bancária,
Dívida Pública Interna e Desnutrição do Controle Jurídico 586

El Programa Social de la Constitución de Weimar: Hugo Sinzheimer en la Asamblea Nacional, 593

Leticia Vita

1. La Figura de Hugo Sinzheimer 594
2. La Asamblea Nacional de Weimar en Acción 597
3. La Propuesta de Sinzheimer en la Comisión Constitucional..... 600
4. Constitución Económica como Democracia Económica..... 603
5. Conclusiones..... 608

A Economia Política do Espaço em Weimar, 611

Luís Fernando Massonetto

- Introdução 611
1. Gênese da Questão Urbana: O Processo de Urbanização da
Alemanha no Período Pré-Weimar 612
 2. A Economia Política do Planejamento Urbano da Alemanha de Weimar 618
- Conclusão 625

Rapallo, uma Ponte entre Weimar e Moscou, 627

Luiz Felipe Brandão Osório

- Introdução 627
1. Contexto do Pós-Primeira Guerra Mundial 628
 2. A Conferência de Gênova e o Tratado de Rapallo..... 631
 3. A Costura de Rapallo e a Atuação Decisiva de Pachukanis 632
 4. Os Ecos de Rapallo nas Relações Internacionais 634
 5. Pachukanis, Teórico do Direito Internacional..... 636
- Conclusão 639

Justiça e Política – O Passado que ainda Desafia o Presente, 641

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima

Introdução	641
Ernst Fraenkel e o Estado Dual – Estado de Prerrogativa e Estado Normativo ...	645
Conclusão	655

A Primeira Guerra Mundial e o Direito Econômico: O Caminho para a “Normalização” em Weimar, 657

Mário André Machado Cabral

A República de Weimar e a Cidade Livre de Fiume: De Projetos Criativos a Resultados Autoritários, 665

Mario G. Losano

1. Weimar 1918 e Fiume 1919: A Ruptura com o Passado	665
2. A Europa de 2019 olha para 1919: Weimar às portas?	670
3. 1919-1923: Um Período de Cinco Anos de Transformações Radicais.....	675
4. A Crise da Democracia Parlamentar em Dois Escritos de Kelsen.....	677
5. 1919: D’Annunzio e Mussolini, a “Vitória Mutilada” e a Aventura de Fiume.	680
6. 1919: Na Constituição de Fiume, “o Cravo Bolchevique Floresceu na Rosa Latina”	683
7. 1923: A Conclusão Dramática do Quinquênio do Pós-Guerra (e uma Reflexão sobre Hoje)	687

Mortati em Weimar, 693

Maurizio Fioravanti

O Programa Social da Constituição de Weimar, 707

Michael Stolleis

Walther Rathenau e a Grande Empresa em Weimar, 729

Milene Chavez Bercovici

Notas Biográficas – A Experiência na Indústria e na Política em Tempos de Paz e Guerra	730
---	-----

A Economia de Guerra como Experiência de Planejamento	
Econômico e Ação da Grande Empresa	733
Rathenau e a Grande Empresa	738

**Crítica ao Parlamentarismo e à Democracia Social
na República de Weimar: Carl Schmitt e o Atual
Debate Pós-Democrático, 749**

Oliver Eberl e David Salomon

A Pós-Democracia como Conceito de Crise Política dos Nossos Dias	749
A Crítica Antidemocrática de Schmitt ao Parlamentarismo	753
Economia e Democracia em Schmitt	759
Relações de Legitimidade Pós-Democrática	764

**A Constituição de Weimar no Debate Constituinte
Italiano (1946-47): O Tema dos Direitos, 769**

Pietro Costa

1. Notas Introdutórias	769
2. Weimar na Itália: O Papel de Costantino Mortati	770
3. Weimar no Espelho da Assembleia Constituinte	779

**As Condições Histórico-Políticas do
Ataque à Constituição de Weimar, 787**

Roberto Bueno

Introdução	787
1. A Constituição de Weimar: Elaboração e Pressupostos	789
2. A Política e os Avanços Sociais na Constituição de Weimar	800
3. O Sistema em Xeque e a <i>Machtergreifung</i> : Brechas Constitucionais e Tempos de Exceção	809
Considerações Finais	821

**O que Restou de Frankfurt: A Transformação do
Planejamento Urbano sob a Constituição de Weimar, 825**

Rodrigo Oliveira Salgado

Introdução	825
1. A Industrialização e a Questão Urbana Pré-Weimar	826

2. Frankfurt e o Novo Planejamento Urbano.....	828
3. A Constituição de Weimar e as Consequências Urbanas.....	832
4. Mesmas Regras, Novos Fins: de Franz Adickes a Ernst May.....	836
Conclusões	842

Los Fundamentos Sociales, Políticos y Jurídicos del soziale Rechtsstaat: Oportunidad Actual de Hermann Heller (1891-1933), 845

Sebastián Martín

1. Introducción	845
2. Pluralismo Democrático vs. Doctrina Nacionalista y Liberalismo Tradicional	852
3. Ciudadanía Republicana, Legislación Democrática y Dialéctica Constitucional	863
4. La Verdad de la Alternativa Dictatorial	873
5. Actualidad de Hermann Heller en el Centenario de la Constitución de Weimar	876

República de Weimar: Orígenes Históricas, Destino e Tragédia, 881

Walquíria Domingues Leão Rêgo

Introdução	881
1. Conteúdos Sociais, Históricas e Políticos da Modernização Alemã	881
2. Guerras Camponesas e Raízes da Utopia Republicana	885
3. Tradição e Modernidade	888
4. Constituição, Memória e Sociedade.....	895
5. Colapso de Weimar	899

Donald Trump Encontra Carl Schmitt, 905

William E. Scheuerman

Populismo contra a democracia	907
Populismo e Liberalismo Econômico	912
Estado e Direito sob o Populismo?.....	918

Colaboradores, 923

JUSTUS WILHELM HEDEMANN E O DESENVOLVIMENTO DA DISCIPLINA “DIREITO ECONÔMICO”*

HEINZ MOHNHAUPT

1. INTRODUÇÃO: ELEMENTOS DE UMA DISCIPLINA CIENTÍFICA

Em 1991, no periódico *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (ZNR), Fritz Rittner escreveu o seguinte a respeito do estado da “história do direito econômico”: “Não parece que a disciplina, por ora, exista enquanto tal, embora a “Revista de História do Direito Contemporâneo” se refira expressamente a ela dentre suas sete seções – como ‘História do Direito Econômico e do Trabalho’”¹. Diante deste diagnóstico, que até hoje não se modificou² – ao contrário da história econômica já estabelecida há bastante tempo – chama a atenção um certo paralelo com o desenvolvimento e o status do “direito econômico”. Ambas as disciplinas podem ser observadas como campos de pesquisa combinados³. O “direito econômico”, no decurso de sua evolução histórica, apoiou-se alternativamente, em diferentes graus de dominância e entrelaçamento, no direito privado e no direito público; a “história do direito econômico”, por conseguinte, está interligada a com uma miríade de especialidades da história do direito, como o *ius publicum*, isto é, o direito público, história do direito privado, a história constitucional e o “*ius canonicum*”. É isto que faz com que seja tão difícil conceber o “direito econômico” como disciplina autônoma e estabelecer seu repertório histórico – a “história do direito econômico” invocada por Rittner – como um ramo independente no âmbito da história geral do direito. A organização da história do direito econômico, do ponto de vista conceitual e sistemático, tem como referência o “direito econômico”, sem que se com isso se

* O presente texto é uma versão revisada da conferência apresentada pelo autor, no 33º Congresso Alemão de Historiadores do Direito em Jena, com o mesmo título, em 12 de setembro de 2000.

1 Fritz RITTNER, “Neueste Privatrechtsgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte”, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* [ZNR], 1991, p. 174.

2 A negligência atual face à “história do direito comercial”, que se encontra efetivamente em estreita relação com a “história do direito econômico”, deu ensejo para que Albrecht Cordes e Anja Amend (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/Main) criassem no semestre de verão de 2001 o “Grupo de Estudos de História do Direito Comercial”, dedicado às questões da dimensão histórica do direito comercial e econômico.

3 No mesmo sentido, vide Fritz RITTNER, “Neueste Privatrechtsgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte” *cit.*, p. 177.

possa discernir com clareza seu objeto e sua essência. Isto decorre, de um lado, da possibilidade de que aspectos legais da economia e da atividade legal sejam historicizados e seus vestígios sejam investigados ao longo da história, e, no entanto, de outro lado, a categoria conceitual “direito econômico” é relativamente recente e apenas no início do século XX surge, com conteúdo incerto, de forma relativamente duradoura.

Isto oferece um panorama geral da história das definições e interpretações do “direito econômico”⁴. Por esta razão também falta precisão disciplinar ao “direito econômico”. Isto mostra a fundamentação teórica e sobretudo prática do conceito de “direito econômico”, assim como a conformação de sua terminologia e de seu conteúdo por Justus Wilhelm Hedemann e no entorno de discussões da época. Seria por certo demasiado simplista restringir a construção do conceito apenas aos termos “direito” e “economia” e sua determinabilidade e dependências recíprocas. Concepções políticas e de política econômica influenciam igualmente a formação do direito e o instrumental conceitual. É o que já revela a discussão sobre o caráter disciplinar do direito econômico. Darmstaedter explica em 1928:

“O direito econômico do Reich e o direito do trabalho iniciam sua luta por reconhecimento como disciplinas jurídicas autônomas de forma vitoriosa. O desfecho desta disputa não tem significado apenas para a história e a sistematização do direito. Nesta solução se realizam também tendências de política geral e jurídica”⁵.

Estes componentes políticos refletem-se até hoje em modelos antagônicos sobre a intervenção estatal e a economia privada livre – juridicamente falando na disputa entre os instrumentos do direito público e do direito privado. Na medida em que o “direito econômico” reverbera, para além de si, a cultura de uma sociedade histórica, pois em seu conceito se expressa o direito como parte integrante da estrutura constitucional entre Estado e sociedade⁶.

Dentre as condições teórico- e histórico-científicas necessárias para a formação de disciplinas autônomas contam-se sobretudo o consenso acadêmico

4 Comparar com F. KLAUSING, “Wirtschaftsrecht” in F. KLAUSING; H. C. NIPPERDEY & A. NUSSBAUM (orgs.), *Beiträge zum Wirtschaftsrecht*, 1931, pp. 1-87 e R. PIEPENBROCK, *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg*, 1964. Para uma abordagem relativamente superficial e pouco atenta em relação à discussão contemporânea de teoria do direito e sobretudo de teoria econômica, H. SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik*, 2000.

5 F. DARMSTAEDTER, *Das Wirtschaftsrecht in seiner soziologischen Struktur*, 1928, prefácio.

6 Vide K.-H. FEZER, “Zur Begriffsgeschichte des Wirtschaftsrechts seit der Gründung der Bundesrepublik” in H. MOHNHAUPT (org.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990): Beispiele, Parallelen, Positionen*, 1991, pp. 705 e 710.

capaz de definir seu sistema, método e objeto, sua posição autônoma no cânon das disciplinas científicas, bem como a comunicação crítica de seus resultados entre os especialistas⁷. A este quadro poderiam se somar como critérios concretos a inclusão da disciplina na grade curricular e no rol de matérias exigidas em provas e exames, a organização de instituições próprias, manuais e periódicos especializados⁸, assim como o desenvolvimento de uma linguagem terminológica como ferramenta da disciplina em formação. Sobretudo a elevação a um nível de abstração de um sistema próprio constituído como integração e ordenação do conteúdo do conhecimento recepcionado e gerado pode ser identificado como uma característica importante do processo de formação da disciplina⁹. Além disso, a história da disciplina tem como pré-requisito, em regra, a existência de um sistema científico, no qual as disciplinas competem por identidades e recursos¹⁰. Examinando-se, de acordo com os critérios mencionados, o campo do “direito econômico” em seu caráter disciplinar, a resposta deve ser afirmativa. No entanto, Hedemann sempre contestou a qualidade distintiva de uma “matéria” jurídica autônoma¹¹, embora ele próprio utilizasse os mesmos critérios da forma indicada. Neste diagnóstico já se revela a complexidade do “direito econômico” e da história peculiar de seus conceitos e de seu conteúdo na elaboração de Justus Wilhelm Hedemann.

2. JENA COMO CENTRO DO DIREITO ECONÔMICO

Observações sobre a formação e estabelecimento do “direito econômico” levadas a efeito por Justus Wilhelm Hedemann convergem em múltiplos

-
- 7 Vide, com referências adicionais, Heinz MOHNHAUPT, “Vorstufen der Wissenschaften von ‘Verwaltung’ und ‘Verwaltungsrecht’ an der Universität Göttingen (1750-1830)”, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, vol. 1, 1989, pp. 76 e ss.; e finalmente, Michael STOLLEIS, “Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg” in H. BAUER et al. (orgs.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, pp. 2 e ss., p. 12.
- 8 Exatamente neste sentido, L. GOLDSCHMIDT funda em 1858 o periódico “Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht”, sob sua coordenação: “Tão logo um ramo da ciência, que se expande em amplitude e profundidade, alcança um desenvolvimento autônomo, ele necessariamente requer um órgão próprio, que possibilite uma visão do todo e de cada um de suas partes, e que reproduza claramente o respectivo estado da pesquisa e dos resultados da prática...” (vol. 1, p. 2).
- 9 W.-H. KRAUTH, “Disziplingeschichte als Form wissenschaftlicher Selbstreflexion. Das Beispiel der deutschen Nationalökonomie”, *Geschichte und Gesellschaft*, vol. 4, 1978, p. 505; Jan SCHRÖDER, “Wissenschaftliche Ordnungsvorstellungen im Privatrecht der frühen Neuzeit”, *Ius Commune*, 1997, pp. 37 e ss.
- 10 No mesmo sentido W. LEPENIES, “Wissenschaftsgeschichte und Disziplingeschichte”, *Geschichte und Gesellschaft*, vol. 4, 1978, p. 448; A. VON DER STEIN, “System als Wissenschaftskriterium” in A. DIEMER (org.), *Der Wissenschaftsbegriff. Historische und systematische Untersuchungen. Vorträge und Diskussionen*, 1968/1970, pp. 98-107.
- 11 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2ª ed., 1927, pp. 201 e ss.; Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, 1929, vol. 6, pp. 934 e ss.; Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 1922, p. 10.

fios condutores para Jena, como “*genius loci*”. Hedemann – nascido em 1878 – foi nomeado como professor associado na Universidade de Jena em 1906, atuando como docente de direito romano, direito civil, direito da propriedade intelectual e patentes, dentre outras disciplinas¹². Após a nomeação como professor catedrático em 1909, juntam-se, a partir do início da década de 1920, aulas magnas e cursos sobre “direito econômico” e “questões atuais de direito econômico”¹³. Em 1910 teve início em Jena um movimento que conclamou juristas e economistas profissionais à cooperação, cujos princípios foram publicados por Viktor Börgen, presidente do tribunal de apelação de Jena, em 1º de fevereiro de 1911, com o sugestivo título “Sobre o Direito do Presente”¹⁴, cujo teor referia-se a uma palestra do próprio Börgen em 31 de dezembro de 1909¹⁵. Este manifesto encontrou ampla aceitação entre professores e profissionais. Um objetivo era substituir “aqueles que são apenas juristas de pouca visão, e mais nada, por juristas do presente”¹⁶. Isto significava “tornar altamente influente os resultados das ciências sociais e as experiências de vida, bem como dar a devida atenção ao significado econômico e social de nossas construções jurídicas” na pesquisa da doutrina¹⁷. As “doutrinas da economia nacional, bem como da viação e das comunicações” são “absolutamente indispensáveis para os juristas”¹⁸. Daí se derivou a reivindicação por uma “instrução preparatória” e uma “formação continuada” dos juristas completamente novas, sobretudo para desenvolver uma “estreita ligação entre profissionais e teóricos”¹⁹. O ex-presidente do tribunal de apelação de Hamm, Bozi – mais tarde juiz de primeira instância em Bielefeld – já havia feito um apelo precedente, quando exigiu um programa de reforma para toda o judiciário e defendeu a aplicação do “método das ciências naturais” à ciência do direito²⁰. Uma ação em conjunto do “Grupo de Jena” com Bozi fracassou em razão de opiniões inconciliáveis sobre o “idealismo” da

12 Sobre a vida e carreira acadêmica de Hedemann, vide Heinz MOHNHAUPT, “Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während des Nationalsozialismus” in Michael STOLLEIS & Dieter SIMON (orgs.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, 1989, pp. 116-126.

13 *Vorlesungsverzeichnis Universität Jena (Juristische Fakultät)*, 1923/24, pp. 16 e ss.; Justus Wilhelm HEDEMANN, “Geschichte des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht” in *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*, vol. 32, 1937, p. 15.

14 VIKTOR BÖRGEN, “Um das Recht der Gegenwart”, *Deutsch Juristen Zeitung (DJZ)*, vol. 16, 1911, pp. 177-183.

15 Vide “Nachwort der Schriftleitung”, *Deutsch Juristen Zeitung (DJZ)*, vol. 16, 1911, p. 183; o discurso de Börgen foi publicado em *Thüringer Blättern*, vol. 57, pp. 8 e ss.

16 VIKTOR BÖRGEN, “Um das Recht der Gegenwart” *cit.*, p. 181.

17 VIKTOR BÖRGEN, “Um das Recht der Gegenwart” *cit.*, p. 180.

18 VIKTOR BÖRGEN, “Um das Recht der Gegenwart” *cit.*, p. 182.

19 VIKTOR BÖRGEN, “Um das Recht der Gegenwart” *cit.*, p. 181.

20 “Nachwort der Schriftleitung” *cit.*, p. 183.

magistratura²¹. Dentre os signatários do programa estavam Hedemann, Danz, Niedner e Reichel, membros da Faculdade de Direito de Jena, bem como juízes de primeira e segunda instância de Jena²².

O programa de Viktor Börgen, para o qual o Richard Deinhardt – seu colaborador e presidente de uma câmara no tribunal – havia contribuído consideravelmente²³, bem como a iniciativa de Bozi, reproduzem termos-chave que são sintomáticos para a discussão crítica sobre o direito e a ciência do direito nestes anos: alienação entre teoria e prática, idealismo dos juristas e distanciamento da vida, “conceitos que se tornaram imprestáveis”, significado social e econômico do direito, consideração para a doutrina da economia nacional, modernização do sistema judiciário e uma nova grade curricular dos cursos de direito. A questão da formação jurídica tornou-se um tema dominante; Zitelmann, por exemplo, com vistas às novas formas “enormemente profundas” de lutas no campo econômico, assim como à crescente industrialização, adota uma abordagem desta questão sob o ponto de vista da “avidez econômica” (“*Wirtschaftshunger*”) e difunde sua proposta de um novo programa em direito e economia nacional²⁴. Exatamente neste sentido, Fritz Rathenau argumenta contra os “juristas de formação centrada apenas no direito” e a favor da “instrução para os juristas do presente”, tendo em vista os grandes avanços da “técnica e da ciência”²⁵. Esta formulação também era uma alusão ao periódico “*Técnica*”

21 “Nachwort der Schriftleitung” *cit.*, pp. 183-185.

22 “Nachwort der Schriftleitung” *cit.*, p. 185.

23 Justus Wilhelm Hedemann, *Einführung in die Rechtswissenschaft* *cit.*, p. 201.

24 E. ZITELMANN, “Was not tut!”, *Deutsch Juristen Zeitung (DJZ)*, vol. 9, 1909, pp. 505-514. Como exemplos desta rica discussão, vide também: “Denkschrift der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über die Reform der juristischen Vorbildung”, *Recht und Wirtschaft 1* (dezembro 1911), 1912, pp. 87 e ss.; A. N. ZACHARIAS, “Ueber Fortbildung von Gerichtsassessoren im Wege vorübergehender Beschäftigung in wirtschaftlichen Privatbetrieben”, *Recht und Wirtschaft 1* (janeiro 1912), 1912, pp. 97-101; H. REICHEL, “Wirtschaftliche Vorpraxis”, *Recht und Wirtschaft 1* (setembro 1912), 1912, pp. 339 e ss.; J. OFNER, “Wie hebt man das Verständnis der Juristen für wirtschaftliche Fragen?”, *Recht und Wirtschaft 1* (setembro de 1912), 1912, pp. 333-336; HEINSHEIMER, “Rechtsstudium und Lebenskunde”, *Recht und Wirtschaft 1* (outubro de 1912), 1912, pp. 4-9; FLECHTHEIM, “Der Rechtsunterricht and Handelshochschulen”, *Recht und Wirtschaft 1* (março de 1912), 1912, pp. 158-165; J. PLENGE, *Über den Ausbau einer Unterrichtsanstalt für die Ausbildung praktischer Volkswirte: Denkschrift für die Nordwestliche Gruppe des Vereins deutscher Eisen- und Stahlindustrieller*, 1915; A. WEBER, *Unser Wirtschaftsleben als Gegenstand des Universitätsunterrichts. Zur Einführung in die Breslauer Fachkurse für Wirtschaft und Verwaltung. Im Auftrag der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität*, 1916. Para uma análise histórica, vide K. W. NÖRR, “Rechtsbegriff und Juristenausbildung. Bemerkung zur Reformdiskussion im Kaiserreich und in der Weimarer Republik am Beispiel Preußens”, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte (ZNR)*, 1992, pp. 217-226. Vide também H. SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik* *cit.*, pp. 93 e ss.; J. DISTLER, *Ursprung und Entwicklung der deutschsprachigen Literatur zur Lehrgeschichte der Nationalökonomie*, Diss. rer. pol., Mainz, 1971.

25 Fritz Rathenau, “Heranbildung von Gegenwartsjuristen”, *Juristische Wochenschrift (JW)*, vol. 40, 1911, pp. 7-11; Fritz Rathenau, “Recht und Wirtschaft”, *Preußisches Verwaltungs-Blatt*, vol. 32, 1911, pp. 461-463.

e *Ciência. Revista Mensal da Associação de Engenheiros Alemães* [“*Technik und Wissenschaft. Monatschrift des Vereins Deutscher Ingenieure*”], que se opunha abertamente ao monopólio dos juristas e à formação exclusivista dos profissionais do direito – especialmente daqueles que atuavam na Administração Pública²⁶. A iniciativa do Grupo de Jena, cujos efeitos se prolongaram para muito além desta cidade, resultou na fundação em Leipzig, no ano de 1911, da associação com o significativo nome “Direito e Economia” [“*Recht und Wirtschaft*”], cuja respectiva revista mensal²⁷, publicada de 1912 até 1922 sob o mesmo título, demandava “uma organização adequada da prática jurídica”, com especial atenção “aos fatos econômicos”²⁸.

Hedemann falou em 1927 sobre a “irmanação do direito e da economia”, e indicou como objetivo da associação a “jurisprudência dos fatos” [“*Tatsachenjurisprudenz*”] e a tomada de contato com “a vida pulsante”, contra a “cripto-sociologia” e “figuras construídas artificiais”, bem como “conceitos mortos”²⁹. Em 1929, Hedemann disse o seguinte sobre a criação desta associação: “Naquele momento a economia já era de suma importância e a criação daquela associação foi apenas uma primeira forma pela qual a inserção do espírito econômico no campo da ciência jurídica se revelou”³⁰.

Em Jena se estabeleceram relações estreitas entre os economistas nacionais e os juristas. A transferência do “ramo do conhecimento da ‘economia nacional’ da faculdade de filosofia” para a faculdade de direito foi preparada em Jena e em outras universidades alemãs³¹. O vínculo da Universidade de Jena com a Fundação Carl Zeiss em Jena também era bastante sólido, e foi bastante útil para a fundação do Instituto de Direito Econômico de Jena [*Jeaner Institut für Wirtschaftsrecht*]. O instituto foi criado como um instituto universitário, financiado pela Fundação Zeiss, inaugurado em 1º de maio de 1919 e dirigido por Hedemann desde este momento até sua nomeação para a Universidade de Berlin, em 1936. O objetivo do instituto foi formulado por Hedemann nos seguintes termos:

-
- 26 Neste sentido vide M. VEC, “Technik oder Recht? Steuerungsansprüche in der Zweiten Industriellen Revolution” in M. KLOEPFER (org.), *Kommunikation – Technik – Recht. Strukturen und wechselseitige Beeinflussungen*, 2002, pp. 116-119. Inversamente, da parte das disciplinas técnicas, também houve uma maior consideração pela teoria do direito e instituições de direito das carreiras tecnológicas: L. von WIESE, *Wirtschaft und Recht der Gegenwart*, vol. 1: *Politische Ökonomie*, vol. 2: *Rechtskunde*, 1912, prefácio ao vol. 1, p. VIII.
- 27 *Recht und Wirtschaft. Monatschrift der Vereinigung zur Förderung zeitgemässer Rechtspflege und Verwaltung*, “*Recht und Wirtschaft*”, 1912-1922/23.
- 28 M. RUMPF, “Recht und Wirtschaft”, *Recht und Wirtschaft*, vol. 4, 1912, p. 89; o organizador inicial foi Hans REICHEL, professor em Jena (posteriormente em Zurique).
- 29 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft cit.*, p. 201.
- 30 Justus Wilhelm HEDEMANN, “*Wirtschaftsrecht*” *cit.*, p. 931.
- 31 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Geschichte des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht” *cit.*, pp. 5 e ss.

“Seu campo material é identificado pelo nome ‘direito econômico’. Não se trata da temática abstrata da economia nacional. O tom será dado preferencialmente pelos juristas. Na ata constitutiva consta: ‘o instituto deverá atuar para a compreensão da participação jurídica na formação de uma nova vida econômica’. O direito tributário fica, portanto, excluído desta proposta”³².

Com menor precisão, por ocasião do encerramento de suas atividades em Jena, no “Discurso de Despedida” de 1937, Hedemann reformula a descrição do objeto de pesquisa do instituto, em termos que lhe são bastante típicos:

“A criação deve resultar da vida e de seus fatos. O objeto da observação e da pesquisa deve ser a economia em sua nova conformação. Como instrumento, foi pensado o direito, o público não menos que o privado. E o campo da atividade científica não deve ser limitado necessariamente às relações especificamente alemãs”³³.

Os trabalhos do instituto serão publicados entre 1921 e 1937 na revista “*Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*”, editada por Hedemann, e em uma série de 14 monografias editadas sob a rubrica “*Schriftenreihe des Instituts*”, também sob supervisão de Hedemann. Entre 1920 e 1936 foram publicados 14 títulos, dentre os quais os de autoria de Hans Carl Nipperdey, Paul Gieseke, Roland Freisler, George A. Löning, que trabalharam no instituto ou foram de alguma forma a ele vinculados³⁴. Também participaram ocasionalmente deste círculo juristas como Heinrich Lehmann, Alfred Hueck e Franz Böhm. Este período sob a condução de Hedemann, de 1919 a 1936, corresponde ao marco cronológico da minha exposição. Com Hedemann e seu instituto, o direito econômico – e com ele, Jena – passa a ocupar uma posição central na pesquisa e no ensino universitários da Alemanha. Um dos motivos determinantes para esta condição foi o papel pioneiro de Jena na industrialização, desempenhado por figuras notórias como Carl Zeiss, Otto Schott e Ernst Abbe. As ciências naturais tiveram um vigoroso impulso. Assim, coloca-se a questão³⁵ se este período de desenvolvimento econômico que vai da era dos grandes fundadores industriais até a República de Weimar não teria sido para Jena, em sua vocação como centro econômico moderno, até mais

32 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Ziele des Instituts”, *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*, vol. 1, 1921, pp. 1 e ss.

33 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Geschichte des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht” *cit.*, pp. 9 e ss.

34 Panorama geral em Justus Wilhelm HEDEMANN, “Geschichte des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht” *cit.*, pp. 24 e ss.

35 W. HIRSCH, “Aufbrüche – eine Jenaer Tradition”, *Alexander von Humboldt-Mitteilungen*, vol. 74, 1999, pp. 43-45.

significativo que os famosos “anos gloriosos” da Jena clássica-romântica, entre 1790 e 1815³⁶. Talvez não se possa afirmar que tenha sido mais importante, mas esta fase de expansão econômica e científica tem ao menos a mesma relevância. O “direito econômico” em Jena tirou grande proveito deste movimento e, em grande medida, recebeu neste contexto as questões e os estímulos à pesquisa.

3. A NECESSIDADE DE UMA DEFINIÇÃO DO “DIREITO ECONÔMICO”

Pesquisar o “direito econômico” em Jena e em seu círculo de influência, em uma perspectiva da história das ciências, conduz-nos automaticamente à questão, sobre qual “direito” ele representa e o que significa. Apenas esta questão traz imbuída em si uma história própria. Há uma história conceitual do “direito econômico”, que, por seu lado, reproduz concepções econômicas e sócio-políticas³⁷. O conceito de “direito econômico” é, desde o começo, difuso; a percepção é de uma contínua necessidade de concretização, sem uma data de nascimento solene. O Código Civil (BGB) desconhece o conceito “economia”, e “direito econômico”, então, muito menos³⁸. E isso, na medida em que este ramo do direito está fora da ordem privada codificada, o que é significativo e de grande consequência. A primeira publicação de Hedemann sobre – de acordo com o título – os “Elementos Essenciais do Direito Econômico” [*Grundzüge des Wirtschaftsrechts*], datado de 1922, é elaborada de forma completamente empírica, a partir da “observação daquilo que é dado”, de “delineamentos não-políticos, jurídicos, de direito econômico” e “dos fenômenos mais recentes e atuais”³⁹:

“Assim capturamos uma ampla gama de fenômenos... Uma miríade de singularidades começa a suplantar a antiga dogmática da mesma forma que há um milênio e meio a discussão relativa ao *Kodex* ameaçou pôr abaixo o edifício maciço dos *Pandectas*. Deste turbilhão, porém, erigiu-se, como algo novo, o termo ‘direito econômico’⁴⁰.”

36 Th. ZIOLKOWSKI, *Das Wunderjahr in Jena 1794/1795*, 1998, p. 45.

37 Vide os comentários de F. KLAUSING, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, pp. 1-87, R. PIEPENBROCK, *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg cit.*; H. SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik cit.*; K. W. NÖRR, “Auf dem Wege zur Kategorie der Wirtschaftsverfassung: Wirtschaftliche Ordnungsvorstellungen im juristischen Denken vor und nach dem Ersten Weltkrieg” in K. W. NÖRR, B. SCHEFOLD & F. TENBRUCK (orgs.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik: Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert*, 1994, pp. 447 e ss.; K. W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen: Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, 1988, pp. 166-176.

38 Vide F. WESTHOFF, *System des Wirtschaftsrechts*, 1926, vol. 1, p. 15.

39 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, pp. 13, 22.

40 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, p. 7.

A linguagem nebulosa de Hedemann é sintomática, neste ponto, da contínua incerteza da designação conceitual de nosso objeto de pesquisa. Em 1921, Hedemann expõe em uma revisão bibliográfica:

“Hoje, o direito econômico ainda não é um assunto encerrado. Se porventura a matéria se investirá deste caráter, ainda não se pode afirmar com certeza (...) e esta nova literatura, sobretudo, desdenha da tentativa de se alcançar êxito com a velha estruturação temática em um direito civil e um direito público. Esta limitação conservada com tanta tenacidade no século XIX está caída no chão, destroçada (...) que ela possa ser chamada provisoriamente de direito econômico”⁴¹.

Hedemann nota uma “impressão desesperada” deixada pela “luta da literatura para controlar a profusão” de novos materiais do direito econômico⁴². De acordo com a visão de Nipperdey, também de 1921, “o conceito de direito econômico não está esclarecido de forma alguma”, e tampouco “representa uma nova disciplina jurídica”⁴³. Kaskel defende em 1921 a mesma opinião, embora ele escreva detalhadamente sobre “o conceito e elementos do direito econômico”: “de que maneira este conteúdo jurídico pode ser delimitado em uma perspectiva enciclopédica, quais particularidades possui, como se organiza e se estrutura sistematicamente, ainda são questões que permanecem sem solução”⁴⁴. Arthur Nussbaum trata em seu texto sobre “o novo direito econômico alemão”, datado de 1920, “de um assunto de enorme dimensão, denso e caótico”, que ele tenta “organizar de uma forma razoavelmente sistemática”. A expressão “direito econômico”, que ele – em suas palavras – “obviamente não postula como uma nova disciplina”, deve “ser só uma rubrica, uma nomenclatura”⁴⁵. Dois anos depois ele diz na segunda edição do texto: “ainda não se alcançou clareza suficiente sobre o conceito; as opiniões divergem intensamente (...) é muito duvidoso, se será possível estabelecer um conceito de direito econômico que possa ser aproveitado do ponto de vista teórico”⁴⁶.

Em 1926, Eugen Rosenstock utiliza o “direito econômico (como) uma denominação geral para eventos de natureza comum equiparáveis ao direito

41 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Rundschau über das Schrifttum zum Wirtschaftsrecht”, *Deutsch Juristen Zeitung (DJZ)*, vol. 26, 1921, pp. 26 e ss.

42 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Rundschau über das Schrifttum zum Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 27.

43 H. C. NIPPERDEY, “Zum Begriff des Wirtschaftsrechts”, *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*, vol. 2, novembro 1921, pp. 1-2 (II.1).

44 W. KASKEL, “Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts”, *Recht und Wirtschaft*, vol. 11, 1921, p. 212.

45 A. NUSSBAUM, *Das neue Wirtschaftsrecht. Eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkrieges*, 1920, prefácio.

46 A. NUSSBAUM, *Das neue Wirtschaftsrecht. Eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkrieges*, 2ª ed., 1922, p. 1.

comercial”⁴⁷. A ciência jurídica, que buscava compreender os novos fenômenos do desenvolvimento da economia e do direito, situa-se desde o início do século XX diante de uma situação de ruptura em todas as instâncias – como diz Rosenstock – da “vida jurídica industrial”, a respeito da qual ele emprega uma citação proveniente da economia agrária: “De resto, para muitos ainda faltam (...) as expressões correspondentes às novas coisas”⁴⁸. A situação de ruptura condicionada pelo desenvolvimento da indústria e da economia foi vista nos termos da “conformação do espaço do direito” – de acordo com a formulação plena de plasticidade elaborada por Rosenstock – e que, “hoje sob diversos aspectos não dispõem mais de uma economia conceitual”:

“Isto quer dizer que há o risco que seus conceitos e seu campo jurídico tornem-se demasiadamente amplos. Os antigos princípios estáticos, distribuídos em pessoas, coisas, contratos e leis são superados em toda parte em razão de eras, forças, vias, estatutos e poderes. E as divisões resultantes parece não ter fim”⁴⁹.

No “direito industrial”, considerado como precursor do “direito econômico” desde o texto de Heinrich Lehmann de 1913⁵⁰, Rosenstock viu a oportunidade – na linguagem típica de Hedemann – de um “domínio” das novas forças e eras⁵¹. Em uma retrospectiva sobre o início de suas atividades no “Instituto de Direito Econômico de Jena”, datada de 1937, Hedemann acentua as dificuldades “com as quais nós nos debatíamos continuamente com o ‘conceito’ de direito econômico, especialmente no começo, o que parece evidente. Mas certamente não ficamos presos no aspecto conceitual, mas frequentemente nos lançamos plenamente para a vida, tanto na seleção temática quanto no estilo da apresentação”⁵².

Nesta controvérsia conceitual, Hedemann evita uma assertiva definidora; como em 1929, quando ele fala de uma “economicização de toda uma concepção do mundo”⁵³. “Todo o direito parece impregnado” por uma “entonação”, que apreende “a economia como símbolo de todas as nossas manifestações da vida”⁵⁴. Delimitações, “imprecisões de contornos e controvérsias ocasionais sobre circunscrição de espaços” com o propósito da fixação disciplinar do “direito

47 E. ROSENSTOCK, *Vom Industrierecht. Rechtssystematische Fragen*, 1926, p. 11.

48 E. ROSENSTOCK, *Vom Industrierecht cit.*, p. 12, nota de rodapé 13.

49 E. ROSENSTOCK, *Vom Industrierecht cit.*, p. 183.

50 Heinrich LEHMANN, “Grundlinien des deutschen Industrierechts” in *Festschrift für Ernst Zitelmann*, 1913, pp. 3-46.

51 E. ROSENSTOCK, *Vom Industrierecht cit.*, p. 183.

52 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Geschichte des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 26.

53 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 930.

54 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, pp. 10-11.

econômico” não representam, por isso, nenhum papel para Hedemann. Mas ele tampouco pode contestar as complicações conceituais e materiais. Em 1937, ele diz que tanto o “direito econômico”, quanto o “direito industrial” são, ambos, “palavras oscilantes, moldáveis, escolhidas ao acaso” sem “versão em lei”. Diz ele: “Mas no mundo real temos que contar com um turbilhão de fenômenos multifacetados, uma quantidade imensa de leis especiais e com um grau não desprezível de arbitrariedade na definição do conceito de ‘direito econômico’”⁵⁵.

Em 1931, Klausning traçou um esboço desta problemática e do déficit de concretização para um “manejo do tema na forma de uma disciplina”, e chamou a atenção para a equivocidade do conceito de “economia” e da inconclusividade da recente legislação de direito econômico; a partir desta análise entende-se porque muitos incluíam o termo “direito econômico” no âmbito dos chamados “conceitos-reserva”, como aqueles que talvez pudessem ressurgir mais tarde para a concretização de fins de sistematização do direito⁵⁶. Hedemann dá uma resposta categórica à mesma questão em sua obra *“Deutsches Wirtschaftsrecht”*, de 1939, especificamente ao problema sobre “o que efetivamente é o direito econômico”: “a esta questão se deve responder com uma certa dose de desistência”⁵⁷. Apesar de diversas pesquisas, não havia sido possível, até o momento, obter um conceito fechado do ponto de vista acadêmico, de forma que se fazia necessário abordar “a matéria com uma certa ousadia e liberdade”⁵⁸. Hedemann quer transformar as “forças da vida” em um critério de ordem, sem, na verdade, poder categorizá-las juridicamente de forma clara. Mais uma vez, em 1942, ele escreve em um artigo sobre o “direito econômico na França”:

“Continua a ser incerto e controverso, o que se entende por ‘direito econômico’. A delimitação em relação a outros conteúdos do direito não é clara. Inclusive a essência interior do que se denomina ‘direito econômico’ é muito problemática”⁵⁹.

Em seu último trabalho acadêmico sobre o direito econômico, com o subtítulo “retrospectiva e despedida”, publicado no livro de homenagem a Hueck, de 1959, Hedemann elabora a seguinte síntese, com um tom resignado e

55 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Vom Industrierecht zum Wirtschaftsrecht” in *Festschrift für Heinrich Lehmann*, 1937, p. 195.

56 Vide F. KLAUSING, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, pp. 17, 23; vide também F. APITZ, *Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse der Verwaltungsbehörden gegenüber wirtschaftlichen Unternehmungen und Verbänden im deutschen Wirtschaftsrecht der Nachkriegszeit*, Dissertação de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Tübingen, 1936, p. 14.

57 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriss*, 1939, p. 14.

58 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht cit.*, pp. 15 e ss.

59 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht in Frankreich” in *Aus Rechtsvergleichung und internationalem Privatrecht. Heinrich Titze zum 23. Oktober 1942*, p. 116.

ao mesmo tempo tranquilizador: “desde sempre, o direito econômico foi, em sua essência, controverso. Isto pode ter causado, no âmbito da ciência, inquietação, mas também teve um efeito inspirador e estimulante”⁶⁰.

O balanço final negativo formulado por Hedemann permanece até hoje com nuances variadas. Em 1989, Fritz Rittner considera a divisão bidimensional do pensamento jurídico em direito privado e direito público como superada para o direito econômico, mas, ao mesmo tempo, apesar de “claros contornos” legais: “todavia, não há ainda um cânon incontestável do direito econômico”⁶¹. Em 1994, Robert Weimar privilegia uma “definição bastante ampla”, que mostra “que é muito difícil compreender o campo jurídico do direito econômico a partir de seu conteúdo. Não se pode falar de um repertório definido de concepções seguras de conteúdo, extensão e limites do direito econômico”⁶². No *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, Henning expõe de maneira lapidar sobre o complexo normativo representado pelo direito econômico: “delimitação discutível”⁶³. Em 1978, Rudolf Wiethölter revestiu com um tom folhetinesco o desespero da corporação dos juristas:

“O direito econômico é um paradoxo mágico: ele exige demais dos juristas, como o direito o faz, e é, no entanto, completamente dominado por ambos. Tal mistificação reflete-se nas definições correntes: O direito econômico é o direito da economia, das medidas legais, das normas de organização, das regras de competência, do direito da ordem pública, da intervenção estatal, das normas de coordenação, do dirigismo. As fórmulas não oferecem nenhum suporte, nenhum objetivo, nenhum parâmetro, nenhuma informação. Todas as tentativas de estabelecer o direito econômico como um ramo delimitado do direito, ou como um método específico, fracassaram”⁶⁴.

Karl Heinz Fezer, em 1991, tendo em vista a implosão do mundo socialista, referiu-se ao direito econômico como um “fenômeno científico fascinante”⁶⁵, que – tal qual John Kenneth Galbraith dizia sobre a ciência econômica – não

60 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied” in R. DIETZ, H. C. NIPPERDEY & E. ULMER (orgs.), *Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Alfred Hueck*, 1959, p. 398.

61 F. RITTNER, “Wirtschaftsrecht” in *Staatslexikon*, 7ª ed., 1989, vol. V, p. 1065.

62 R. WEIMAR, “Wirtschaftsrecht (Begriff und Gegenstand)” in H.-J. BUNTE (org.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts (Ordner 7, Gruppe 17: Wirtschaftsrecht)*, 1994, 17/1830.

63 F.-W. HENNING, “Wirtschaftsrecht/Wirtschaftsverfassung”, *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. V, 1998, p. 1445.

64 R. WIETHÖLTER, “Wirtschaftsrecht” in A. GÖRLITZ (org.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, 1974, p. 531.

65 K.-H. FEZER, “Zur Begriffsgeschichte des Wirtschaftsrechts seit der Gründung der Bundesrepublik” *cit.*, p. 706.

se poderia compreender, se não houvesse uma consciência de sua história⁶⁶. Diante disso, nosso olhar se volta para a história de nosso objeto de pesquisa, o “direito econômico”, no século XIX.

4. DA RELAÇÃO ENTRE A PANDECTÍSTICA E A ECONOMIA POLÍTICA NO SÉCULO XIX

Dúvida e perplexidade são fatores que podem ser associados, em diferentes matizes, ao objeto “direito econômico” na literatura acadêmica⁶⁷. As opiniões disseminadas sobre a história do conceito e da definição do “direito econômico” no século XX apresentam um diagnóstico peculiar, no sentido de que todos os autores acentuam a incerteza conceitual do direito econômico segundo sua dogmática, conteúdo e extensão, mas – ao mesmo tempo – também partem da certeza que – conforme formulado por Hedemann em 1942 – “há uma área jurídica vital no direito econômico (...). Também é certo que todos os Estados, que pretendam desempenhar algum papel agora no século XX, (...) precisam se converter a este direito econômico”⁶⁸. No que se refere à sua origem temporal, Hedemann estabelece o surgimento do conceito de direito econômico ao fim da Primeira Guerra Mundial. Em 1929, ele observa o seguinte: “Antes da guerra, a expressão ‘direito econômico’ era desconhecida. Durante a guerra, alçou uma posição própria. Agora foi integrada completamente ao nosso vocabulário”⁶⁹. A primeira ocorrência de um direito da economia e para a economia, no estudo de Hedemann, refere-se à aula inaugural de Heinrich Lehmann em Jena, de 23 de novembro de 1912, sobre o “Direito Industrial”⁷⁰, que Hedemann considerava como um precursor do direito econômico⁷¹. Esta é ainda hoje uma interpretação amplamente aceita⁷². Neste mesmo sentido, Eugen Rosenstock,

66 John Kenneth GALBRAITH, *Die Entmythologisierung der Wirtschaft. Grundvorassetzungen des ökonomischen Denkens*, 1987, p. 11.

67 Vide também W. R. SCHLUEP, “Was ist Wirtschaftsrecht?” in *Festschrift für Walter Hug zum 70. Geburtstag*, 1968, pp. 25 e ss.; aqui citado segundo K.-H. FEZER, “Zur Begriffsgeschichte des Wirtschaftsrechts seit der Gründung der Bundesrepublik” *cit.*, p. 706.

68 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht in Frankreich” *cit.*, p. 116.

69 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Ein Bild deutscher Praxis*, 1929, p. 1. A mesma formulação se encontra em Justus Wilhelm HEDEMANN, “Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied” *cit.*, p. 378.

70 Heinrich LEHMANN, “Grundlinien des deutschen Industrierechts” *cit.*, pp. 3-46.

71 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts* *cit.*, pp. 7, 13; Justus Wilhelm HEDEMANN, “Vom Industrierecht zum Wirtschaftsrecht” *cit.*, pp. 195, 197; Justus Wilhelm HEDEMANN, “Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied” *cit.*, p. 378.

72 Vide H. SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik* *cit.*, p. 21; K.-H. FEZER, “Zur Begriffsgeschichte des Wirtschaftsrechts seit der Gründung der Bundesrepublik” *cit.*, pp. 707 e ss.; K. W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen* *cit.*, p. 168.

em seu texto intitulado “Sobre o Direito Industrial”⁷³, de 1926, tentou impor uma sistematização jurídica à “experiência jurídica industrial” de acordo com as categorias “companhia” [“*Unternehmen*”] e “empresa” [“*Betrieb*”]. Para Ernst Heymann era inquestionável que “a vida, a pesquisa e a doutrina (...), a economia e o direito [formavam] uma unidade indivisível”, na qual ambos os setores deveriam mutuamente se fecundar e se entrelaçar, se não se pretende que a economia se reduza a uma fraseologia incompreensível, e o direito, a um formalismo árido⁷⁴.

A afirmação de Hedemann, de que o conceito formado pela composição dos termos “direito econômico” não existia antes da primeira guerra mundial⁷⁵, não procede. Ela surge também indistintamente em pesquisas mais recentes⁷⁶. A observação de Hedemann – bem como de outros autores – só é compreensível em uma abordagem isolada exclusivamente a partir da posição dos juristas e da teoria do direito privado. No entanto, se incluirmos a teoria econômica e a economia política da segunda metade do século XIX neste exame, o peso se desloca e a relação entre direito e economia, bem como entre economia e direito, considerada sob múltiplos aspectos, vem à luz claramente como uma questão prioritária e própria das disciplinas científicas.

Uma consciência a respeito da ligação e da relação que havia entre direito e economia também era bastante presente na teoria do direito. A influência que a economia e as visões de política econômica exerciam e podiam exercer sobre a formação do direito, foi observada e constatada, o que levou a uma mudança epistemológica⁷⁷.

Nos escritos da teoria econômica e da economia política pode-se observar já a partir do final do século XIX aproximações no sentido de um conceito combinado de “direito econômico”⁷⁸. Geralmente esta questão é

73 E. ROSENSTOCK, *Vom Industrierecht* cit., pp. 12, 16 e ss., 33.

74 E. HEYMANN, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts*, 1921, pp. 8 e ss.

75 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht* cit., p. 1; Justus Wilhelm HEDEMANN, “Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied” cit., p. 378.

76 Por exemplo, no mesmo sentido, H. SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik* cit., pp. 20 e ss.

77 No mesmo sentido, vide K. O. SCHERNER, “Gibt es eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Zeit?”, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* (ZNR), 1990, p. 202; vide também Helmut COING, “Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte” in H. SAUERMAN & E.-J. MESTMÄCKER (orgs.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm*, 1975, pp. 115 e ss.

78 Sobre a interação e as influências entre os representantes da economia política e da teoria do direito, vide: W. WILHELM, “Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentums in der Theorie der Pandektenwissenschaft” in Helmut COING & W. WILHELM (orgs.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, 1979, vol. IV, pp. 27 e ss., ao qual se faz referência aqui parcialmente.

tratada em arcos de tensão discursiva, tais como direito e vida, teoria e prática, direito privado e economia política, direito vivo e direito morto, liberdade e responsabilidade social. “Vida” corresponde à realidade, fatos jurídicos, “fatos naturais”; “direito” corresponde ao distanciamento da vida e ao formalismo do sistema. O conceito de “vida” tornou-se um termo da moda, com uma carga política variada, obscuro em si mesmo, e que, do ponto de vista de uma visão de mundo, dotado de grande ambivalência, especialmente na era de Weimar⁷⁹. Em setores da dogmática civil levava-se em conta os fundamentos econômicos do surgimento de formas jurídicas⁸⁰. No próprio direito romano a “necessidade de circulação” era vista como um “elemento vital do direito”⁸¹. As “necessidades do presente” a que frequentemente se fazia referência – como Leonhard formulara em 1900 em relação ao recém promulgado Código Civil (BGB) – também haviam, por sua vez, se tornado, para a teoria econômica, um indicador para a utilidade da pandectística recepcionada⁸², de forma a poder lidar com as tarefas de uma economia de mercado livre que se expandia desde o início do século XIX. “A adaptação da teoria do direito às necessidades da prática” significava para Leonhard “recuperar o contato com o húmus de um solo fértil”⁸³. A soma destas necessidades sociais constituía este “húmus”, que com a crescente industrialização cada vez mais eram identificadas com necessidades econômicas, cuja satisfação o direito também deveria servir. Daí se chegou à exigência, de também “examinar a fundo o direito com sabedoria política, particularmente com a erudição da economia política”⁸⁴. Particularmente o direito comercial, tomado como uma “divisão da pandectística” serve para Leonhard como exemplo para as “necessidades da economia” do setor comercial⁸⁵. Do lado jurídico, Dankwardt, em seu texto *“Nationalökonomie und Jurisprudenz”*,

-
- 79 Vide K. SONTHEIMER, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, 4^a ed. 1994, pp. 54-60. Sobre o conceito de “vida” no direito e na história do direito: Joachim RÜCKERT, “Der Rechtsgeschichte der Deutschen Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: der Sieg des “Lebens” und des konkreten Ordnungsdenkens, seine Vorgeschichte und seine Nachwirkungen” in Joachim RÜCKERT & Dietmar WILLOWEIT (orgs.), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, 1995, pp. 177-240; Joachim RÜCKERT, “Zur Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945” in K. ACHAM, K. W. NÖRR & B. SCHEFOLD (Orgs.), *Erkenntnisgewinnen, Erkenntnisverluste*, 1998, pp. 150 e ss.
- 80 W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, 1958, pp. 99 e ss.
- 81 No mesmo sentido, Otto BAHR, aqui citado cf. A. BERTHOLD, *Wirtschaft und Rechts*, 2^a ed., 1904, p. 526.
- 82 R. LEONHARD, *Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflüsse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft*, 1900, p. 60.
- 83 R. LEONHARD, *Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechts-Wissenschaft*, 1900, pp. 8 e ss.
- 84 R. LEONHARD, *Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechts-Wissenschaft cit.*, p. 12.
- 85 R. LEONHARD, *Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflüsse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft cit.*, pp. 60 e ss.

datado de 1857, referiu-se à relação da “economia com a doutrina jurídica, especialmente com o direito civil”, e lamentou que “até agora tenha sido pouco considerada”. Ele prossegue: “a grande massa de normas jurídicas não é produto de uma decisão arbitrária, mas sim o resultado de necessidades práticas, isto é, uma consequência inevitável das relações fáticas da vida (...)”⁸⁶.

Decerto ele também considera como uma “audácia”, “combinar duas ciências tão importantes como simples fatores para a obtenção de resultados teóricos”⁸⁷. Isto foi dito contra a ressalva de Roscher de que a ciência do direito apenas oferece “o ‘como’ externo”, enquanto “somente a economia política obteria o ‘porquê’ profundo”⁸⁸. A presunção característica dos juristas e de sua posição não admitia que fossem relegados a uma posição secundária pela disciplina econômica.

4.1. PERSPECTIVAS DA ECONOMIA POLÍTICA [VOLKSWIRTSCHAFTSLEHRE]

A aproximação da economia à teoria do direito e as tentativas de uma conexão entre questões econômicas com as questões jurídicas são condicionadas no século XIX e ainda no começo do século XX pelo chamado “historicismo econômico”. A escola histórica da economia política visava a investigação de instituições estatais, sociais e, sobretudo, econômicas, que eram vistas como a soma de normas éticas, morais e sociais. As ligações decorrentes destas forças deveriam ser reveladas em seu “enraizamento histórico”⁸⁹. Estas categorias também poderiam pertencer às tradições e fatos jurídicos. De tais observações derivam automaticamente compreensões sobre a vinculação da economia ao direito, pois – como Roscher expõe – tais investigações são “possíveis apenas mediante a mais estreita união com outras ciências da vida do povo, especialmente a história do direito, do Estado e da cultura”⁹⁰. Apenas então poderia ser decidido quando, onde e por que, por exemplo, ônus reais, corveias, privilégios corporativos ou monopólios deveriam ser abolidos, para isso deve-se compreender exatamente por qual motivo foram introduzidos outrora⁹¹. Assim, a condicionalidade histórica do direito passa a ser considerada “a cada passo do

86 H. DANKWARDT, *Nationalökonomie und Jurisprudenz*, 1857, p. 3.

87 H. DANKWARDT, *Nationalökonomie und Jurisprudenz cit.*, p. 11.

88 Aqui citado cf. W. ROSCHER, *Grundlagen der Nationalökonomie*, 24^a ed., 1906, p. 43 (1^a ed. 1854).

89 B. SCHEFOLD, “Die Politik in der Wirtschaftsgesellschaft aus historischer, klassischer und neoklassischer Sicht” in B. SCHEFOLD, *Wirtschaftsstille*, vol. 1: *Studien zum Verhältnis von Ökonomie und Kultur*, 1994, pp. 19 e ss.

90 W. ROSCHER, *Grundriss zu Vorlesungen über die Staatswirtschaft. Nach geschichtlicher Methode*, 1843, p. IV.

91 W. ROSCHER, *Grundriss zu Vorlesungen über die Staatswirtschaft cit.*, p. V.

legislador ou do administrador estatal”. A argumentação mostra a proximidade com a escola histórica do direito, à qual o próprio Roscher faz referência: “como se vê, este método pretende lograr para a economia algo semelhante ao que o método Savigny-Eichhorn fez para a ciência do direito”⁹².

Neste sentido a “vida do povo” será compreendida como um todo orgânico, no qual o direito é definido como uma instância de resolução de controvérsias, o Estado, como garantidor da validade do direito e a economia, como um instrumento da satisfação de interesses⁹³. Roscher compreende o status da economia política [*Nationalökonomie*] na Alemanha como resultado da emancipação face à ciência jurídica, que “neste movimento de separação frequentemente foi longe demais”⁹⁴. Karl Knies, igualmente representante do “método histórico” analisa em profundidade a economia, para além da posição inicial de Roscher, com base em suas condicionantes jurídicas:

“Ao contrário, temos que aceitar que a questão de saber por que um fenômeno econômico está diante de nós também pode ser explicada por aquilo que é justo. Quem não a admitir, de fato, recusa toda influência da ordem jurídica sobre as condições e processos econômicos, especialmente sobre a distribuição de bens!”⁹⁵.

Knies, no entanto, adverte previamente quanto a atribuir ao direito uma força isolada na “vida e nos movimentos... de uma economia”⁹⁶. Para ele, a diferença fundamental entre o direito e a economia reside no fato de que a “vontade” é determinante para os juristas, enquanto para os economistas o “ingresso de um bem no mercado para a satisfação social de necessidades econômicas, as quais, a seu turno, – como Knies admite – não se realizam em um vazio normativo”⁹⁷.

Com a ênfase dos componentes sociais no direito e na economia, ambas as disciplinas de grande estatura visivelmente se aproximam. É o que se observa na obra de Adolph Wagner e Gustav Schmoller. Wagner reduz de tal forma a distinção entre a abordagem jurídica e econômica, que ele chega a definir seu posicionamento como “jurídico-social”. Categorias jurídicas, tais como liberdade, contrato e propriedade, de um lado, bem como o “ponto de vista duplo dos interesses da comunidade e do indivíduo”, de outro lado, assumem

92 W. ROSCHER, *Grundriss zu Vorlesungen über die Staatswirthschaft cit.*, p. V.

93 W. ROSCHER, *Grundlagen der Nationalökonomie cit.*, pp. 42, 43.

94 W. ROSCHER, *Geschichte der National-Oekonomie in Deutschland*, 1874, pp. 1040 e ss.

95 K. KNIES, *Die politische Oekonomie vom geschichtlichen Standpunkt* (nova edição de 1883), reimpressão 1964, p. 132.

96 K. KNIES, *Die politische Oekonomie vom geschichtlichen Standpunkt cit.*, p. 132.

97 K. KNIES, *Die politische Oekonomie vom geschichtlichen Standpunkt cit.*, p. 133.

uma posição central em suas pesquisas⁹⁸. Wagner comenta: “nosso objetivo é realçar este ponto de vista jurídico-social e socioeconômico face às relações econômico-organizacionais e *jurídico-econômicas*”⁹⁹.

Com esta vinculação dos aspectos econômicos e jurídicos em “relações jurídico-econômicas”, a abordagem jurídico-social se apresenta como um parâmetro de avaliação. Estas posições são fundamentadas eticamente na Escola Histórica da Economia Política – e isto também é consequência de uma perspectiva totalizante da vida. Na obra de Gustav Schmoller, a tarefa limitadora do direito e dos usos da vida econômica resulta em um novo conceito, expresso na combinação “direito econômico”, constatado pela primeira vez em 1874. Em sua conferência sobre “A Questão Social e o Estado Prussiano”, Schmoller enuncia, após um panorama geral sobre o desenvolvimento social decorrente do progresso econômico: “um novo direito econômico, um novo direito do trabalho, um novo regime de propriedade e uma ordem social reformada desenvolvem-se finalmente das ruínas”¹⁰⁰. Para ele, trata-se da sujeição da liberdade econômica pelo direito e seus usos. As limitações jurídicas são indispensáveis sempre que os usos não tenham efeito regulatório e protetivo suficientes. Um “novo direito econômico”, bem como o “direito econômico da contemporaneidade” constituem, para Schmoller – exatamente no sentido de Ihering – a quintessência dos meios de coerção jurídicos, que são determinados pela “mudança da cultura técnica, pelas complexas relações econômicas contemporâneas” e que se tornaram necessários¹⁰¹. Tendo em vista o impetuoso desenvolvimento da tecnologia, das estradas de ferro, dos bancos, das sociedades por ações, do sistema fabril e da ampliação da regulamentação correspondente, Schmoller comenta em 1875:

98 A. WAGNER, *Grundlegung der politischen Oekonomie*, Parte 1: *Grundlagen der Volkswirtschaft*, Tomo 1, 3ª ed., 1892, p. 23.

99 A. WAGNER, *Grundlegung der politischen Oekonomie cit.*, Parte 1, Tomo 1, p. 25. Destaques no original.

100 Gustav SCHMOLLER, *Die sociale Frage und der preußische Staat*, 1874, publicado primeiramente em *Preußische Jahrbücher*, vol. 33, n. 4; aqui citado cf. R. PIEPENBROCK, *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg cit.*, pp. 116-118 e nota de rodapé 384.

101 Gustav SCHMOLLER, *Ueber einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft. Ein offenes Sendschreiben an Herrn Professor Dr. Heinrich von Treitschke*, 1875, pp. 47-52. A função da lei em limitar os excessos da liberdade de tráfego, exercida de forma egoística e descomprometida, corresponde exatamente à concepção defendida por Ihering: vide Rudolf von Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1877, vol. 1, pp. 146 e ss.: “Haverá necessidade de novas experiências amargas, até que se tenha consciência dos perigos que os grillhões do egoísmo impõem à sociedade e por qual razão no passado considerou-se necessário contê-los. A liberdade de tráfego ilimitada é uma carta branca para a chantagem para ladrões e piratas... que os lobos vivem pela liberdade, é compreensível; quando os cordeiros, com seu alarido, os acompanham, eles apenas provam que são cordeiros. (...) por isto (...) estou convencido que o Estado tem a tarefa de fazer frente aos excessos se tornem uma ameaça à sociedade”.

“Estamos prestes a desenvolver gradualmente um novo direito econômico, que em termos da abrangência de seu conteúdo, bem como do nível das barreiras que são colocadas à arbitrariedade individual, compara-se bastante ao antigo direito das corporações de ofício (...) e o que agora vemos como uma série de medidas e leis isoladas, mais tarde surgirá como um sistema coerente”¹⁰².

Para Schmoller, o “direito econômico” desempenha uma função reguladora ao estabelecer limites jurídicos e é designado por ele, nesta relação, como um “sistema coerente”. Ele não desenvolveu este caráter “sistemático” em maiores detalhes. Deve-se compreendê-lo como o sistema coercitivo do direito, formado pelas leis promulgadas nos vários domínios da economia. Para Schmoller, o objetivo mediato continua a ser a “liberdade econômica”, para a qual o indivíduo será educado com o auxílio das “muletas da lei cogente”. Assim, o direito econômico tem, para ele, uma função pedagógica, sustentada por um otimismo quase iluminista.

Apesar das diferentes avaliações do direito por parte dos representantes da economia política, esta última estava cada vez mais convencida da necessidade de uma cooperação mutuamente proveitosa com a jurisprudência. Para Adolph Wagner esta convicção também era baseada em uma relação mútua de desenvolvimento e subordinação entre tecnologia e direito: “assim, o direito se modifica em resultado das mudanças tecnológicas (...) e, inversamente, a configuração do direito determina muitas vezes se as mudanças tecnológicas, por fim, ocorrem e quais são elas”¹⁰³.

Roscher, motivado historicamente a partir da totalidade da visão da vida, argumenta que “um jurista, para cumprir sua tarefa, deve possuir uma compreensão econômica”. Sobretudo o legislador deveria “possuir a mais exata compreensão de todas as necessidades humanas e de todos os meios pelas quais elas podem ser supridas”¹⁰⁴. Em seu ponto de vista, a “experiência prática de vida” e os “conhecimentos práticos de vida” que são exigidos dos juristas constituem “propriamente a economia política” em sentido estrito¹⁰⁵.

4.2. PERSPECTIVAS DA CIÊNCIA JURÍDICA

Em 1865, o jurista Wilhelm Arnold, na obra significativamente intitulada “Cultura e Vida Jurídica”, postula que “se deve recorrer à esfera econômica

102 Gustav SCHMOLLER, *Ueber einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft cit.*, pp. 49 e ss.

103 A. WAGNER, *Grundlegung der politischen Oekonomie, Parte 2: Volkswirtschaft und Recht, besonders Vermögensrecht...*, 3ª ed., 1894, p. 25.

104 W. ROSCHER, “Prefácio” in H. DANKWARDT, *Nationalökonomisch-civilistische Studien*, 1862, pp. VIII, X.

105 W. ROSCHER, “Prefácio” *cit.*, p. XI.

mais do que nunca para explicar” os institutos jurídicos singulares¹⁰⁶. Só assim seria possível que “o interesse da vida por diversas formas do direito fosse completamente satisfeito”¹⁰⁷. Para ele era claro que o “vigoroso impulso de nossa ciência jurídica coincide com os grandes avanços da indústria e do tráfego, e que a técnica da jurisprudência manteve o passo com a tecnologia das máquinas e fábricas”¹⁰⁸. Esta era uma avaliação benevolente de Arnold em relação à profissão jurídica, que não era, em absoluto, compartilhada por todos. Ela mostra, todavia, uma consciência das crescentes vinculações e tarefas entre o direito e a economia. Sob o expressivo subtítulo “economia e direito”, ele expõe que toda ação econômica “pressuposta por formas jurídicas” e que, ao mesmo tempo, “todas as normas jurídicas, também, tanto mais aquelas do direito privado, apresentam, direta ou indiretamente, um conteúdo ou referência econômica”¹⁰⁹. Mais tarde, Rudolf Stammler nomeou isto a “ideia da unidade contínua da vida social”¹¹⁰. Graças aos méritos de Knies e Roscher – segundo a visão de Arnold – poder-se-ia dizer que a ciência jurídica foi “conduzida do caminho equivocado da abstração para a verdadeira vida”¹¹¹. Esta era uma visão demasiado otimista, pois em várias áreas a doutrina do direito privado, sob o ponto de vista da economia política, havia perdido a conexão com a realidade¹¹². Esta reprovação se dirigia à pandectística, à qual Hedemann também reputava que permanecia intocada, surpreendentemente, “pelas novas questões”: “estes homens realmente fecharam seus olhos diante das grandes transformações do mundo econômico”¹¹³. Diante das necessárias “modificações das formas de vida social” e dos déficits do tratamento jurídico, Anton Menger falou, em 1895, em relação ao século XIX, até mesmo de “um século perdido...”, “e a situação atual seria ainda mais lamentável, se a economia política não tivesse se encarregado

106 W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben*, 1865, p. IX.

107 W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben cit.*, p. VII.

108 W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben cit.*, p. XVII.

109 W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben cit.*, p. 94.

110 RUDOLF STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, 1896, p. 162.

111 W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben cit.*, p. XIII.

112 K. W. NÖRR, “Zur Kritik der Nationalökonomie an der Privatrechtswissenschaft im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts” in J. WOLFF (org.), *Das Preußische Allgemeine Landrecht*, 1995, p. 262; K. W. NÖRR, *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Saggi 13, 1994, pp. 7 e ss.; Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, p. 479; Franz WIEACKER, “Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution” in Franz WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, pp. 58-63 (“Rechtsverständnis und Wirklichkeitsbezug der Pandektenwissenschaft”).

113 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, 2. Teil, 1. Hälfte: *Das materielle Bodenrecht*, 1930, reimpressão 1968, p. 312.

desta tarefa crítica, todavia, em grau insuficiente”¹¹⁴. Já em 1855, Alois Brinz havia respondido ironicamente à mesma pergunta crítica, “por que somos tão pobres na práxis e tão ricos em teorias?”, afirmando que isto ocorria “pois ficamos presos em questões que não são nossas. A prática do direito romano, e não a nossa, é o objeto da teoria”¹¹⁵. Em 1877, Baron discutiu a advertência de Karl Heinrich Rau e Adolph Wagner como representantes da “economia política”, de que “os juristas privatistas recusam um trabalho conjunto com os economistas políticos” e não questionam como as questões jurídicas “surtem efeito sobre as transações da vida, e em qual medida serve como apoio da sociedade humana”¹¹⁶. Baron apoia esta crítica ao círculo jurídico e afirma, com determinação: “meu propósito é, muito mais, lembrar a ciência, como tal, de seus deveres críticos”¹¹⁷. A contrariedade ao fato de que a “economia política” na Alemanha após sua emancipação da ciência jurídica “separou-se dela frequentemente demasiado”, parece – como se deduz a partir de Roscher¹¹⁸ – ter estado ao lado dos representantes da economia política. O diagnóstico foi no sentido de que a superação do isolamento entre direito e economia, porém, ainda não se esperava para um momento próximo. Kühnast, em sua obra “Crítica da Moderna Filosofia do Direito”, de 1887, disse o seguinte a respeito do conceito fundamental “trabalho”:

“Também neste ponto o estudante da pandectística pode aprender o seguinte a partir da moderna filosofia econômica: ... seria demais exigir que os mestres dos Pandectas ampliassem seus domínios. Apenas uma nova geração seria capaz de abrir-se para a compreensão da relação entre todo o direito positivo com a filosofia jurídica e econômica”¹¹⁹.

A esta nova geração pertence sobremaneira Paul Oertmann (1865-1938), que, em 1891, publicou um opúsculo com o surpreendente, mas significativo

114 A. MENGER, “Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft. Inaugurationsrede, gehalten am 24. Oktober 1895” in *Die feierliche Inauguration des Rectors der Wiener Universität für das Studienjahr 1895/96*, 1895, pp. 40 e ss.

115 A. BRINZ, “Civilrecht” in SCHLETTER (org.), *Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, vol. I, 1855, p. 8.

116 J. BARON, “Rezension des so angezeigten Bandes: Lehrbuch der politischen Oekonomie, von Karl Heinrich Rau, Vollständige Neubearbeitung von Adolph Wagner und Erwin Nasse, Erster Band. Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre von Ad. Wagner. Erster Theil: Grundlegung. Leipzig und Heidelberg 1876”, *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, ed. por A. BRINZ & J. PÖZL, vol. 19, 1877, pp. 372 e ss.

117 J. BARON, “Rezension des so angezeigten Bandes: Lehrbuch der politischen Oekonomie, von Karl Heinrich Rau, Vollständige Neubearbeitung von Adolph Wagner und Erwin Nasse, Erster Band. Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre von Ad. Wagner. Erster Theil: Grundlegung. Leipzig und Heidelberg 1876” *cit.*, p. 378.

118 W. ROSCHER, *Geschichte der National-Oekonomie in Deutschland cit.*, pp. 1040 e ss.

119 L. KÜHNAST, *Kritik moderner Rechtsphilosophie*, 1887, p. 73.

título: “A Economia Política do *Corpus Juris Civilis*”. Pode-se considerar esta obra como uma projeção da teoria da economia política de Roscher sobre o direito romano antigo¹²⁰. Leonhard só considerava tais pesquisas possíveis se houvesse convencimento de que “o saber político de nossos dias, particularmente também sob os pontos de vista da economia política (...) já existia inconscientemente no mundo, sem que se estivesse na posição de compreendê-la em palavras concretas”¹²¹. Esta problemática era muito provavelmente conhecida por Oertmann. Mas seu tema e sua pesquisa mostram como era forte a sugestividade das questões econômicas sobre o direito, de maneira tal que poderia se irradiar até sobre a autoridade do direito romano clássico. Oertmann interessava-se pelo “estabelecimento de uma harmonia entre as teorias jurídica e econômica”, ainda que “não no presente, mas em um passado valioso para ambas as disciplinas” deveriam ser investigados os “rastros de tal relação”¹²². Ademais, o texto de Oertmann tinha por meta a superação da crescente, e contínua, desintegração e diferenciação das ciências humanas. Diz ele:

“As áreas de investigação de cada autor se diferenciam mais e mais, as exigências de seu conhecimento positivo erguem-se cada vez mais – um material continuamente em crescimento, uma abundância praticamente inesgotável de novas pesquisas reclamam consideração e aprofundamento”¹²³.

Oertmann queixa-se da “fissura praticamente intransponível... entre teoria e prática”, bem como o fato de haver “um risco de se perder um olhar aberto para a árvore da vida”¹²⁴. Admitidamente, ele pretende, com seu texto, promover o “estabelecimento de uma... harmonia entre a doutrina jurídica e econômica”, pois – e ele expressamente o faz contra a visão materialista histórica de Marx – “a notável relevância de fatores econômicos também sobre o desenvolvimento do direito” não pode ser subestimada¹²⁵. Isto correspondia à concepção da Escola Histórica sobre a economia política. Oertmann não deixa dúvida a respeito do conjunto de problemas que deveriam ser enfrentados pelos juristas e quais áreas do conhecimento pertencem umas às outras e precisam ser unificadas:

120 P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Juris Civilis*, 1891, p. 5.

121 R. LEONHARD, *Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechts-Wissenschaft cit.*, p. 34.

122 P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Juris Civilis cit.*, p. 3.

123 P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Juris Civilis cit.*, p. 1.

124 P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Juris Civilis cit.*, p. 2.

125 P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Juris Civilis cit.*, pp. 2 e ss.; P. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Fünf Vorträge, gehalten im Verein für Volkswirtschaft und Gewerbe zu Frankfurt am Main, 1900*, p. 14.

“... os grandes problemas da ‘questão social’ batem com cada vez mais força às portas da ciência jurídica. Que as ciências jurídica e econômica, afinal, se relacionem da forma mais estreita que se possa conceber, próxima o suficiente para determinar um trabalho comum entre os representantes da teoria do direito e da economia. A atuação isolada de ambas pode, na melhor das hipóteses, conduzir a um unilateralismo e já deu origem a muitas críticas ásperas”¹²⁶.

Tais críticas e reclamações dão ensejo à formação de novas entidades jurídicas. Em 1893 é fundada em Berlim uma nova associação, cuja finalidade, dentre outras, é o intercâmbio de ideias “entre as ciências jurídica e econômica”¹²⁷. Do ponto de vista metodológico, a comparação, concretamente à economia, entra no horizonte da ciência do direito. Isto ocorria majoritariamente fora das universidades, em sociedades, associações, instituições e escolas superiores. O “Anuário da Associação Internacional para Ciência do Direito e Teoria Econômica Comparadas” [*Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*], publicado pela primeira vez em 1895, seguia uma orientação programática. O campo de atuação descrito em seu estatuto foi transcrito por Felix Meyer, membro do conselho diretivo, nas seguintes palavras:

“Todos os métodos comparativos do direito e da economia devem ser cultivados, como o histórico, que nada mais é que uma extensão da história do direito e da economia, além da dogmática, que visa a investigação do direito vigente e da economia corrente, e pretende de antemão liberar o pensamento jurídico dos institutos jurídicos da cultura, fiel ao princípio: ‘pela comparação jurídica ao ajustamento do direito’, visando ao aprimoramento e uniformização do direito”¹²⁸.

À iniciativa comparatista caberia vincular estreitamente a ciência do direito e da economia, tendo em vista a dependência recíproca entre ambas. Por ocasião do 20º aniversário da “Associação”, Felix Meyer ressaltou a convicção de que “nas intensas lutas sociais a principal parte do trabalho recairia sobre os juristas e economistas políticos”¹²⁹. Com vistas ao desempenho desta tarefa, Felix Meyer concluiu seu relatório com as seguintes palavras: “é primavera, e na Alemanha também”¹³⁰. Em um primeiro momento, todavia, esta primavera

126 P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Juris Civilis cit.*, p. 2.

127 Vide Elmar WADLE, *Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaft in Deutschland*, 1994, p. 27.

128 Vide Elmar WADLE, *Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaft in Deutschland cit.*, p. 40.

129 Vide Elmar WADLE, *Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaft in Deutschland cit.*, p. 41.

130 Vide Elmar WADLE, *Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaft in Deutschland cit.*, p. 41.

foi completamente arrasada pela Primeira Guerra Mundial. Ao contrário dos representantes da economia política, os juristas não desenvolveram nem utilizaram um conceito de “direito econômico”.

5. O DESPERTAR DO PRIMEIRO PÓS-GUERRA: O INSTITUTO DE JENA

Tendo como pano de fundo estas vozes e concepções, bem como a elucidação da situação jurídica e do desenvolvimento científico, podemos compreender a citação anterior de Hedemann (1922) sobre a ascensão de “algo novo, do termo ‘direito econômico’”¹³¹ e é neste contexto que devemos categorizar a fundação do “Instituto de Direito Econômico” de Jena. A “nova geração” de que carecia Kühnast em 1887, manifestar-se-á na pessoa de Hedemann, nascido em 1878, e na fundação de seu instituto. Esta época será marcada indelevelmente pelas experiências do conflito e por uma economia de guerra posta maciçamente em ação.

O memorando da fundação do “Instituto de Direito Econômico”¹³² de Jena reflete os pontos de discussão elencados. O documento foi elaborado pelo professor de direito público Eduard Rosenthal – o decano da faculdade de direito de Jena – ainda durante a guerra e pode ser datado entre o final de 1917 e o início de 1918. O primeiro projeto tinha como finalidade um “instituto para a pesquisa jurídica da macroeconomia”¹³³. O memorando fundamentava o pedido de financiamento endereçado à Fundação Carl-Zeiss. O estatuto da fundação, em aditamento aprovado em 24 de fevereiro de 1900 (artigos 7 e 8)¹³⁴, permitia que os fundos para financiamento universitário também fossem requisitados pelas disciplinas “da economia, direito comercial e direito industrial” (artigo 8), além da matemática e das ciências naturais. A transferência regular anual de recursos da fundação à universidade deveria atender rigorosamente a finalidade para “dotação de novos institutos e cátedras que parecem ser desejáveis para a ampliação da atividade docente e de pesquisa da universidade”¹³⁵. O memorando de Rosenthal relacionava-se a este dispositivo, que havia sido

131 Comparar com a nota 40 supra [n. 40: Justus Wilhelm Hedemann, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, p. 7].

132 Agradeço ao Prof. Gerhard Lingelbach (Friedrich Schiller-Universität Jena) e ao Dr. Wimmer, do Arquivo da Carl-Zeiss-Jena GmbH, pelo suporte e pela consulta ao arquivo. Referência da documentação: Alt Arch 8435 III/826.

133 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied” *cit.*, p. 378.

134 Vide os aditamentos ao estatuto da Fundação Carl Zeiss (datado de 24.02.1900; ratificado em 08.03.1900), pp. 6 e ss. (Arch 789).

135 Vide os aditamentos ao estatuto da Fundação Carl Zeiss (datado de 24.02.1900; ratificado em 08.03.1900), p. 7 (Art. 8.1.) (Arch 789).

claramente redigido em pleno acordo com Hedemann e a faculdade de direito. Os termos iniciais da fundamentação do pedido são os seguintes:

“A necessidade de se promover uma maior colaboração entre a administração da justiça e a vida econômica já vinha sendo discutida intensamente nos círculos jurídicos antes mesmo da guerra e motivou a fundação da associação ‘Direito e Economia’. Este movimento foi recebido calorosamente no meio jurídico de Jena, tanto entre teóricos quanto entre operadores do direito. O projeto de uma aproximação entre teoria e prática não encontrou guarida duradoura no plano institucional, apesar de iniciativas meritórias. As experiências da guerra têm mostrado a necessidade da duríssima luta dos povos para manter o mundo de pé, como é iminente após a guerra, bem como da demanda – do lado jurídico – da formação de indivíduos que estejam à altura desta luta e sejam capazes de assumir a liderança na Administração Pública e na práxis econômica.

Na qualidade de diretor do departamento nacional de reparações para o governo territorial de Varsóvia, bem como no âmbito de sua atuação anterior nas áreas ocupadas ocidentais e em Berlim, nosso colega Hedemann observou enfaticamente como também nos desafios econômicos imediatos, o elemento jurídico pode ter grande valor, seja como uma arma para ataque, seja para defesa. Em contrapartida, parece incompreensível como negligenciamos esta tarefa de ensinar os juristas, em sua formação, como celebrar contratos com segurança e habilidade. Desta forma, iniciar esta tarefa imediatamente após a guerra com a formação de uma nova geração de juristas e economistas, na direção indicada, pode ser qualificada como patriótica”¹³⁶.

O memorando fundamenta o requerimento de forma bastante habilidosa, referindo-se também ao estabelecimento bem-sucedido, antes e durante a guerra, de outros institutos econômicos. Neste contexto, Rosenthal menciona: 1) “Instituto Real para o Transporte Marítimo e Economia Global” [“*Königliches Institut für Seeverkehr und Weltwirtschaft*”], fundado em Kiel, em 1911, por Bernhard Harms, antigo economista político de Jena; 2) o planejamento de um “grande estabelecimento de ensino” para a formação de economistas gerais, em colaboração com a faculdade de direito e economia pública da Universidade de Münster¹³⁷, conduzido pelo economista político Johann Plenge; 3) “Instituto de Pesquisa de Economia, Direito e Administração, especialmente para a Silésia” [“*Forschungsinstituts für Wirtschaft, Recht und Verwaltung, mit besonderer Berücksichtigung Schlesiens*”],

136 Referência da documentação: Alt Arch 8435 III/826, p. 1 (há folhas sem paginação).

137 Vide nota 24 supra.

fundado pelo economista político Adolf Weber na Universidade de Breslau¹³⁸; 4) “Instituto de Economia Alemã Oriental” [*Institut für ostdeutsche Wirtschaft*], fundado pelo economista político Hesse na Universidade de Königsberg em 1916; 5) projeto de um “Instituto de Ciências Econômicas” na Prússia Ocidental, na Escola Técnica Superior em Danzig; 6) recursos financeiros dotados pela câmara de comércio da província da Saxônia e Anhalt para o “Seminário de Economia Política” da Universidade de Halle; 7) dotação de patrimônio fundacional para um “Instituto de Teoria do Direito e Direito Comparado” junto à Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg¹³⁹. O requerimento ainda faz referência a um memorando do Ministério da Cultura da Prússia para fomento dos estudos internacionais, que pode ser observado junto à fundação do instituto. Sobre esta questão relativa à promoção dos “estudos internacionais” na faculdade de Jean, há um parecer favorável e sem data, cuja frase introdutória, bastante significativa, diz: “a guerra nos mostrou que não conhecemos os países estrangeiros, caso contrário não teríamos sofrido tantas decepções”¹⁴⁰. Esta iniciativa promovia os estudos em países estrangeiros para estudantes alemães com a meta de, sobretudo, ampliar os conhecimentos em geografia, idiomas, indústria para “operações financeiras e monetárias, estruturas aduaneiras, geografia comercial e regimes jurídicos” e adequá-los ao nível dos “anglo-saxões”. Tanto os juristas quanto os economistas reivindicavam uma generalização e internacionalização dos conteúdos disciplinares, em ambas as direções. O memorando de Rosenthal sobre a fundação de um instituto de direito econômico dispõe sobre “os estudos internacionais e o direito comparado... evidentemente como método da pesquisa de todas as áreas do direito, bem como do direito econômico...”¹⁴¹. As experiências de guerra manifestam-se neste sentido em outro parecer e requerimento de Julius Pierstorff, economista político de Jena, de 3 de outubro de 1918, encaminhado à Fundação Zeiss, tendo por “referência a expansão das ciências sociais e econômicas”, a saber, que “a matéria do conhecimento, em todas as áreas e em seus pormenores, está constantemente sujeita às grandes transformações de nossa era econômica, que sob efeito da guerra mundial elevaram-se verdadeiramente a uma revolução geral de todo o mundo econômico, de tal forma que, para a reconstrução deste mundo abalado – em parte – em suas bases, será necessário encontrar fundamentos inteiramente novos”¹⁴².

138 Vide nota 24 supra.

139 Referência da documentação: Alt Arch 8435 III/826, pp. 2-4.

140 Documento “Auslandsstudium” [Estudo no exterior], sem data: Arch 8444/ III 826.

141 Referência da documentação: Alt Arch 8435 III/826, p. 10.

142 J. PIERSTORFF, Documento “Betr. Ausbau der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften”, datado de 3 de outubro de 1918 (sem paginação), em: Arch 8435 III/ 826.

Uma nova orientação das “áreas de abrangência mundial, amplamente ramificadas e subdivididas” é necessária para o “domínio científico uniforme” de todas os setores, requerendo novos professores com especializações, “se a educação dos futuros economistas nacionais deve atender às exigências da vida prática a longo prazo”¹⁴³. Neste sentido, o estatuto do “Instituto de Direito Econômico da Universidade de Jena” dispunha em seu art. 1º: “O Instituto (...) atende à pesquisa e ao ensino das relações entre direito e economia, em particular ao direito comercial e industrial”.

A profusão de entidades estabelecidas, instituições, institutos e iniciativas enumeradas mostra que a maioria provém do campo da economia política, mas diziam respeito à ciência jurídica da mesma maneira. O requerimento de constituição de um instituto de direito econômico tocou no ponto nevrálgico da época e atendeu a uma demanda científica e prática em uma época de mudanças radicais e que foi sentida como angustiante, cujas causas foram percebidas ainda mais fortemente pela guerra e pela economia de guerra em suas interdependências internacionais. Na semântica desta época este estado disruptivo chamava-se de “fermentação” [*Gärung*]. O instituto inaugurado em 1º de maio de 1919 situava-se em continuidade com uma discussão que remonta à metade do século XIX, e documenta uma sequência lógica que surgiu do impulso reiterado de uma economicização do mundo real e da experiência de uma economia de guerra conduzida pelo Estado em detrimento da economia privada no início do século XX.

6. OS TEMAS DO DIREITO ECONÔMICO E A TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO E FORMAÇÃO DA DISCIPLINA

Em relação às “fermentações” sobre as quais falavam, por exemplo, Börngen, Rumpf e Hedemann¹⁴⁴, quando queriam descrever as transformações fundamentais da ordem jurídica e econômica no contexto do direito privado tradicional do século XIX, torna-se compreensível, como as tentativas da concretização disciplinar do campo do “direito econômico” tinham que ser controversas e variadas. A Constituição da República de Weimar também não

143 J. PIERSTORFF, Documento “Betr. Ausbau der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften”, datado de 3 de outubro de 1918 (sem paginação), em: Arch 8435 III/ 826, pp. 2-4.

144 Viktor BÖRGEN, “Um das Recht der Gegenwart” *cit.*, p. 178 (“fervilha/fermenta no mundo jurídico”); M. RUMPF, “Recht und Wirtschaft” *cit.*, p. 89 (“tudo aquilo que fermenta em nossa vivência jurídica”); M. RUMPF, *Wirtschafts-Rechts-Wissenschaft und Wirtschafts-Hochschule*, 1920, p. 5 (“fermenta nas ciências sociais”); Justus Wilhelm HEDEMANN, “Geschichte des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 6, (“uma agitação significativa, pode-se dizer, abrangente, já naquele momento, circulava pelo corpo do direito”).

era de grande ajuda para este esforço, que, como primeira constituição alemã, tentava nos artigos 151 a 165 – na seção “Da Vida Econômica” – vincular as normas jurídicas e os direitos fundamentais a uma interpretação socialista¹⁴⁵; tais “direitos fundamentais” constituíam tão-somente diretivas programáticas, e não postulados jurídicos concretos¹⁴⁶. Anschütz via nestes dispositivos uma expressão de sua origem em uma “radical mudança democrática e socialista”¹⁴⁷. Embora fossem orientados contra uma “visão econômica (...) individualista”, a propriedade privada, a liberdade contratual e o direito à herança foram garantidos e formavam, desta forma, “os pilares da ordem social, econômica e jurídica individualista”¹⁴⁸. A reserva constitucional da “justiça” e da “existência humana digna” indicava no artigo 115, ao mesmo tempo, os “limites para a liberdade econômica do indivíduo”¹⁴⁹. A efetivação das posições, tarefas e programas de direitos fundamentais contidos na Constituição de Weimar apresentava, no entanto, um problema a ser resolvido. A ciência jurídica permaneceu autoreferenciada – também no que diz respeito à análise da jurisprudência, que Hedemann, relativamente ao “direito econômico”, já em 1929 tentava assumir o controle, particularmente dos “círculos temáticos” próprios do direito econômico que se situavam fora do Código Civil (BGB)¹⁵⁰. Assim, esta coletânea de rastros das etapas do desenvolvimento do direito econômico significa mais que persecução por elementos de juridicidade, mas sim – como formulado por Fezer – por interdependências entre o direito e a economia, isto é, da determinabilidade cultural e política da economia e do direito. Assim a controvérsia persistente sobre o conteúdo da “análise econômica do direito” também pode ser lida como uma expressão da busca contínua por uma fixação satisfatória da relação entre a ordem jurídica e a economia, isto é, em última instância, da “constituição econômica”¹⁵¹. Na questão sobre a formação da disciplina sobrepõem-se tendências teóricas e de sistematização

145 A primeira “Constituição da República Democrática Alemã”, de 7 de outubro de 1949, seguia parcialmente estas colocações da Constituição de Weimar no título da “ordem econômica”, inclusive quanto à linguagem.

146 Vide Joachim RÜCKERT, “Weimars Verfassung zum Gedenken”, *Rechtshistorisches Journal* (RJ), vol. 19, 1999, pp. 224-228.

147 Vide Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 13ª ed., 1930, p. 601.

148 Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 cit.*, p. 602; para uma síntese geral da discussão sobre a constituição e sua interpretação, vide também K. W. NÖRR, “Auf dem Wege zur Kategorie der Wirtschaftsverfassung: Wirtschaftliche Ordnungsvorstellungen im juristischen Denken vor und nach dem Ersten Weltkrieg” *cit.*, pp. 442-444.

149 Joachim RÜCKERT, “Weimars Verfassung zum Gedenken” *cit.*, pp. 224 e ss.

150 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht cit.*, pp. 4 e ss.

151 K.-H. FEZER, “Zur Begriffsgeschichte des Wirtschaftsrechts seit der Gründung der Bundesrepublik” *cit.*, p. 705.

do direito, bem como de caráter de política jurídica e de política geral¹⁵². Ulrich Scheuner formulou isso com precisão em 1934, para o período do nacional-socialismo: “toda ordem econômica é politicamente determinada em seus princípios orientadores”¹⁵³.

Hedemann, por sua vez, não fala sobre aquilo que se qualifica como “político” ou sobre a “política”, mas observa, sem esmorecimento, os fenômenos do desenvolvimento econômico, a “economicização do pensamento”¹⁵⁴ e se desvia em imagens metafísicas e explicações baseadas em movimentos anônimos do espírito da época. A típica “inclinação alemã, de não apenas considerar os fenômenos da vida em uma perspectiva fática, mas de vivenciá-los intelectualmente ao mesmo tempo, deixá-los atravessar a alma, por assim dizer”, conduz então rapidamente “ao desenvolvimento de um sistema e de uma teoria”¹⁵⁵. Hedemann descartava tal tarefa para a determinação do direito econômico. Em 1929, ele comentou:

“Partamos antes do princípio de que no chamado ‘direito econômico’ manifesta-se apenas o curso – ou ao menos um curso – determinante do nosso tempo, e precisamente em oposição a outros períodos. Isto significa com acuidade: nosso tempo é um tempo da economia (...) por isso o direito atual também é econômico (...)”¹⁵⁶.”

Ele compara o direito econômico, como um fenômeno temporalmente condicionado, surpreendentemente com o direito natural, que novamente declinava¹⁵⁷. Ele também se opunha expressamente e continuamente às tendências e tentativas de formação de um sistema próprio para o direito econômico. Por detrás disso se ocultava decerto uma aversão de integrar rapidamente novas circunstâncias da vida ao sistema, que ele obviamente percebia como uma restrição. Em 1927 ele ironiza o “anseio alemão” por conceitos, teorias e sistemas e que os doutrinadores só querem saber, “o que é o ‘direito econômico’, como ele deve ser construído”. Conscientemente, ele quer deixar o conceito em aberto:

-
- 152 Neste sentido, vide F. DARMSTAEDTER, *Das Wirtschaftsrecht in seiner soziologischen Struktur cit.*, prefácio.
- 153 U. SCHEUNER, “Das öffentliche Wirtschaftsrecht”, *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*, vol. 28, 1934, p. 4.
- 154 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 930.
- 155 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 930.
- 156 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht cit.*, p. 1
- 157 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, pp. 8-10; Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin und Lehrfach?”, *Juristische Wochenschrift (JW)*, 1927, vol. II, p. 13.

“Mas por que já agora dogmatizar, isto é, impor determinações para tudo e todos? Isto apenas iria paralisar e matar o jovem espírito desta matéria. Ademais, neste momento, também está completamente fora de questão que tal dogmatização pudesse ser bem-sucedida. Para isto ainda é muito cedo”¹⁵⁸.

No fundo, ele sempre se ateu a este ponto de vista. Metodologicamente, ele está comprometido em provar o espírito econômico da época direta e continuamente no conjunto da ciência jurídica atual¹⁵⁹. Hedemann executou este trabalho com empenho e meticulosidade nas publicações dos “Informativos do Instituto de Direito Econômico de Jena” [“*Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*”] desde 1921 até o volume final em 1937. No mesmo sentido ele organiza, com ponderação, os variados assuntos em diversos títulos e temas em seu livro “Direito Econômico Alemão” [“*Deutsches Wirtschaftsrecht*”], de 1939. Ele enfatiza que esta “síntese, provida pelo espírito”, não seria possível sem uma “organização sistemática do material” e praticamente se desculpa por esta formulação:

“A palavra ‘sistema’ soa, contudo, perigosa. Muitos percebem, nela, a imobilização, a paralisação, a morte intelectual, por fim. Não é o que se pretende (...) deve-se conquistar o leitor para a matéria vigorosa do direito econômico. E, para isso, ele precisa sentir os pés em solo firme”¹⁶⁰.

O fato de dar-se por satisfeito em colacionar referências em estruturas organizadas, bem como a análise de fenômenos econômicos, e sobretudo os jurídico-econômicos, permitem a ele, examinar com distanciamento o significado do novo “direito econômico” e sua força propulsora para a ordem jurídica privada em geral, embora ele também tenha observasse este desenvolvimento com sagacidade. Em 1931, Klausning havia formulado esta pergunta de forma mais radical, especificamente se, afinal de contas, era possível fazer mais com o “termo coletivo” “direito econômico”, “particularmente tendo em conta a reorganização profunda de toda nossa sistemática jurídica ou, ao menos, do direito privado?”¹⁶¹.

Os esforços envidados até o momento em torno de definições e da concretização do direito econômico foram classificados por Hedemann em 1929

158 Justus Wilhelm HEDEMANN, “*Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin und Lehrfach?*” *cit.*, p. 13.

159 Justus Wilhelm HEDEMANN, “*Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin und Lehrfach?*” *cit.*, p. 14

160 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht cit.*, pp. V e ss.

161 Vide F. KLAUSNING, “*Wirtschaftsrecht*” *cit.*, p. 18.

– em três categorias-teorias – e em 1930 – em “duas opiniões”¹⁶²: 1) a “teoria coletiva”, apoiada na ideia de que os fatos jurídicos colacionados “não poderiam ser acolhidos em nenhuma outra área jurídica estabelecida, de tal forma que o direito econômico presta-se, por assim dizer, como um depósito para os demais elementos sem destinação”. 2) as “teorias objetivas”, que buscam um objeto a partir do qual se pode construir o “conceito de direito econômico”. Como exemplo, ele menciona a tentativa empreendida em 1912/1913 por Heinrich Lehmann de formar o “direito industrial como o direito especial da grande empresa industrial”. A mais interessante iniciativa neste quadro teórico – e elogiada por Hedemann – foi tomada por Walter Kaskel em 1926/1927, ao alinhar o conceito central com as pessoas envolvidas no processo econômico e ao definir o “direito econômico” no sentido de uma disciplina jurídica autônoma, como o “direito especial dos empresários econômicos em relação à direção de suas empresas”¹⁶³. Desta forma, a questão maçante se o direito do trabalho pertence ao direito econômico, pode ser claramente respondida neste sentido, de que o direito econômico era o direito do empresário e o direito do trabalho era o direito do trabalhador¹⁶⁴. Por trás disso havia uma concepção classista, que considerava o empresário e o trabalhador como classes separadas e, por conseguinte, “o direito econômico deveria se desenvolver como um direito das classes econômicas individualmente consideradas”, de forma que também o direito agrário, minerário, dos empregados, deveriam “formar subdivisões do direito econômico”¹⁶⁵ ao lado do direito dos empresários industriais e dos trabalhadores. Este pensamento organizado em torno de categorias corporativas também está presente no ponto 24/25 do programa do partido nazista, de 25 de fevereiro de 1920. Em 1923, em seu livro “Direito Econômico Nacional” [“*Reichswirtschaftsrecht*”], Hans Goldschmidt coloca um outro fator em uma posição central, a saber, o Estado. Ele define: “o direito econômico é o direito característico da economia organizada”¹⁶⁶. O Estado manifesta-se aqui como organizador, que, especialmente na Primeira Guerra Mundial, mas

162 Panorama cf. Justus Wilhelm HEDEMANN, “*Wirtschaftsrecht*” *cit.*, pp. 932-934; em sentido semelhante, Justus Wilhelm HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert cit.*, 2. Teil, 1. Hälfte: *Das materielle Bodenrecht*, p. 313 e nota de rodapé 51, em que ele aborda uma “solução emergencial, de um expediente paliativo” e a “característica da época corrente, presente e completa”.

163 W. KASKEL, “Gegenstand und systematischer Aufbau des Wirtschaftsrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach”, *Juristische Wochenschrift (JW)*, vol. 55, 1926, pp. 11-13; W. KASKEL, “Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts” *cit.*, pp. 211-216.

164 No mesmo sentido, vide REICHARDT, “Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin und Lehrfach?”, *Juristische Wochenschrift (JW)*, 1927, vol. I, pp. 11-13.

165 Justus Wilhelm HEDEMANN, “*Wirtschaftsrecht*” *cit.*, p. 933

166 Citação cf. Justus Wilhelm HEDEMANN, “*Wirtschaftsrecht*” *cit.*, p. 933.

também após a guerra, dirigiu e conduziu a economia de forma cada vez mais intervencionista¹⁶⁷. A “participação estatal” também se torna na doutrina um critério muito observado de arranjo jurídico econômico. O crescimento do direito público em razão da guerra será intensivamente tematizado¹⁶⁸. Dentre as “lições” da guerra conta-se também a ideia de responsabilidade social¹⁶⁹. Ainda se acreditava que, uma vez terminada a guerra, seria possível voltar a ação autônoma do direito privado dos sujeitos econômicos individuais no sentido de uma ordem jurídica privada de caráter liberal. Esta esperança era uma ilusão. Lassar publicou em 1926 um estudo com o título “Administração Autônoma no Reich”¹⁷⁰ e Arnold Köttgen, em 1927, descrevia o “conceito de direito econômico” como “aquele direito, com o qual o Estado busca dominar sua economia”¹⁷¹.

A terceira teoria é a teoria de Hedemann: ele a denomina como “teoria da visão de mundo”. Nesta perspectiva ele renuncia à “fundamentação concreta do objeto” e determina o direito econômico “como uma manifestação do espírito geral da época”. Geiler, Westhoff e Rumpf acentuam, a propósito, uma abordagem sociológica “das relações econômicas”, não tanto do aspecto jurídico-formal¹⁷². Hedemann, a seu turno, invoca o abominável “espírito do tempo”, pelo qual “a visão de mundo total é determinada”. Neste sentido ele já dizia em 1922:

“Não será necessário, em absoluto, proceder com base em um material, que em parte é direito econômico, em parte não, mas sim a partir de um matiz, tal qual era necessário para a compreensão intelectual do direito natural. Este matiz se impõe sobre todo o direito (...) até os campos mais distantes, como o direito de família e o direito eclesiástico”¹⁷³.

-
- 167 Sobre o desenvolvimento geral do “direito administrativo econômico”, vide Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1999, vol. 3, pp. 226-234; Michael STOLLEIS, “Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht”, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* (ZNR), 1989, pp. 129-147.
- 168 Vide H. SCHMEISSER, *Der Einfluss des Krieges auf die Hauptverträge des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1915; Heinrich LEHMANN, *Die Kriegsbeschlagnahme als Mittel der Organisation der Rohstoff- und Lebensmittelversorgung*, 1916; R. KAHN, *Rechtsbegriffe der Kriegswirtschaft. Ein Versuch der Grundlegung des Kriegswirtschaftsrechts*, 1918; L. WALDECKER, *Die Kriegsenteignung der Bundesratsverordnung vom 24. Juni 1915. Ein Auftakt zu kommenden Dingen*, 1919; E. HEYMANN, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts* cit.
- 169 Vide L. WALDECKER, *Die Kriegsenteignung der Bundesratsverordnung vom 24. Juni 1915 cit.*, pp. 145-149.
- 170 G. LASSAR, *Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung. Zwei Studien*, 1926.
- 171 A. KÖTTGEN, “Gewerbegesetzgebung” in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4ª ed., 1927, vol. 4, p. 1006.
- 172 Cf. a interpretação de Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” cit., p. 933
- 173 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts* cit., p. 11; no mesmo sentido Justus Wilhelm HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert* cit., 2. Teil, 1. Hälfte: *Das materielle Bodenrecht*, p. 313 e nota de rodapé 51.

Para ele, o direito econômico significava uma “visão de mundo”, no sentido mais verdadeiro da palavra. Em sua enunciação: “é o estado de espírito predominante, a nota tônica da totalidade do direito de nossa época”, que é compreendida por uma nova “mentalidade econômica”. Isto também significa, para o ensino, “passar da perspectiva da visão de mundo para os aspectos materiais” e estabelecer uma ordem de precedência entre o material selecionado. Hedemann não pode negar que, de acordo com as duas primeiras teorias citadas, o direito econômico pode se aproximar de um status “disciplinar” próprio. Mas, a partir da “teoria da visão de mundo” deve-se “descartar a ideia de especialidade como princípio máximo” e, na melhor das hipóteses, aceitá-lo como “um recurso pedagógico emergencial”¹⁷⁴. Um dos principais motivos das dificuldades na questão disciplinar era o problema da classificação do direito econômico no âmbito da dicotomia “direito público e direito privado”. De acordo com sua convicção: “o direito econômico não se adequa (...) a esta sistemática” e “o direito econômico terá que se conformar com sua posição diferenciada e assunto encerrado”¹⁷⁵. De maneira alguma, porém, o direito econômico deveria “migrar” da ciência jurídica para a economia, mas, antes, trabalhar em conjunto com ambas¹⁷⁶. Por trás disso se ocultava um posicionamento fundamental dos juristas, que não estavam prontos para abrir mão tão rápido da autonomia e da prioridade da ciência jurídica¹⁷⁷ – tanto mais com base no tradicional direito privado. Já em 1865 Wilhelm Arnold posicionara-se energeticamente pela primazia e autonomia da ciência do direito face à economia, recusando qualquer subordinação:

“Deus nos proteja de que os avanços de meio século não sejam entregues a preço tão vil. Não, a jurisprudência não venderá seu direito de primogenitura, por mais que sejamos muito gratos à jovem ciência, que nos incentivou consideravelmente para o entendimento do direito”¹⁷⁸.

Hedemann mostra grande esforço para manter a organização e estrutura temática distante de um sistema rígido – “maleável”, em suas palavras – de forma a poder reagir com flexibilidade à permanente ampliação do volume de material. A prevalência do direito público será uma característica do direito econômico, que não mais poderia levar a cabo seu projeto com base em institutos

174 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, pp. 934 e ss.

175 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 935.

176 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 935.

177 Como referência, fundamentalmente para o século XIX, vide S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, 2001, pp. 107-131.

178 W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben cit.*, pp. XII e ss.

de um direito privado clássico e que se crê imutável, tais como o contrato, a propriedade, o direito associativo e o direito de contrato de prestação de serviços. “Os valores de nossa dogmática (...) começaram a perder força”, dizia ele já em 1922 e Rumpf, no mesmo ano, e em mesmo sentido, afirmou que “hoje as bases de nosso direito civil-(econômico) balançam e correm o risco de desmoronar”¹⁷⁹. Em 1922, ele também constatou com clareza que “as fronteiras claras entre a lei e o contrato desapareciam quase completamente em amplos setores”¹⁸⁰. Ele escreveu sobre “uma perspectiva estranha, assustadora e caótica” do direito privado em vista ao direito econômico emergente¹⁸¹. Acordos coletivos de trabalho, contratos fiduciários, associações, categorias profissionais, questões locatícias e de assentamento, cartéis, greve e desvalorização monetária não podiam ser compreendidos com base “na construção acadêmica do direito privado do século XIX” – como ele formulou¹⁸². Já em 1913 ele havia confessado ter perdido “a fé”¹⁸³ no Código Civil (BGB). A formação do direito econômico expressa este resultado e da diminuição do repertório jurídico do direito privado em favor do direito público. A estruturação temática do direito econômico, de acordo com a exposição de Hedemann elaborada em 1929, é a seguinte: 1) Estado e direito econômico; 2) propriedade; 3) direito contratual econômico; 4) associações e agremiações de natureza econômica; e 5) talvez – neste ponto Hedemann hesita – também “como apêndice, alguns aspectos do direito do trabalho”¹⁸⁴.

7. HEDEMANN E O DIREITO ECONÔMICO NO NACIONAL-SOCIALISMO

O nacional-socialismo não conheceu uma teoria do direito coesa¹⁸⁵. O elemento “*völkisch*” – étnico-cultural – a raça, o bem comum, eram fórmulas que também dominavam o direito – e com isso, o direito econômico: “a economia serve ao Estado, e, desta forma, ao povo”. Ela “está subordinada à condução étnica-cultural [*völkisch*] do país”¹⁸⁶. Em seu texto “Avanços do Direito Civil no

179 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, pp. 19 e ss.; M. RUMPF, “Der Sinn des Wirtschaftsrechts”, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 120, 1922, p. 187.

180 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, 1922, p. 12.

181 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, 1922, p. 19.

182 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Vom Industrierecht zum Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 203

183 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht*, 1913, prefácio.

184 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 936.

185 Michael STOLLEIS, “Nationalsozialismus”, *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. III, 1984, p. 887.

186 H. MESSERSCHMIDT, *Das Reich im Nationalsozialistischen Weltbild*, 6ª ed., 1943, p. 94

Século XIX” [*Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*], datado de 1935, Hedemann expõe, sob o título “Transição”: “em todas as transições intelectuais da história pode-se observar que se iniciam com a rejeição ao passado. O mesmo se pode dizer do movimento nacional-socialista”¹⁸⁷. Ele se referia sobretudo a uma “viragem exaltada contra o individualismo e o liberalismo”. Ambos princípios haviam sido originalmente os bastiões do direito privado e do direito econômico, e que agora eram lapidados. O direito da economia de guerra já havia indicado anteriormente o novo direcionamento do direito público. Agora, tornou-se doutrina de Estado em 1933. Os fenômenos sociais e jurídicos que Hedemann havia verificado já em 1922 podem ser classificados sem maior esforço nesta evolução. A continuidades tornam-se evidentes: a fragmentação da sociedade em – nos termos de Hedemann – “camadas”, definidas por seus respectivos interesses egoístas, especialmente os funcionários, trabalhadores, inquilinos, proprietários residenciais, assentados, proprietários de terras, grandes empresários, etc., pediu a dissolução da harmonia necessária do povo em um “organismo coeso”, de acordo com Hedemann. O “Conselho Econômico do Reich” [*Reichswirtschaftsrat*], previsto no artigo 165 da Constituição de Weimar nada mais era que uma representação de interesses de grupos específicos e camadas sociais – Hedemann evita a diferenciação pelo macro conceito “classe” – que impediam a harmonização de todo corpo social. Neste ponto emerge a seguinte frase em 1922: “quem quiser governar, deverá confrontar isso”. Das associações, Hedemann exigia: *“ne quis re sua mala utatur”*¹⁸⁸ [“a ninguém é dado fazer mau uso de sua propriedade”]. Tendo-se em conta a futura ideologia nazista, tais formulações revelam uma certa ambivalência: de um lado, a proteção do indivíduo face à supremacia das associações, de outro lado, a redução de seus interesses particulares em benefício do bem geral comum. Esta posição se adequava sem maior esforço à ideologia do sistema nazista. Ao mesmo tempo em que era recepcionada pelo sistema do nacional-socialismo, também lhe servia como sustentáculo. Por meio da “visão abrangente do todo” [*das Ganze erfassende Schau*] – conforme Hedemann, em 1939¹⁸⁹ – os interesses de categorias específicas podem ser facilmente eliminados. Em 1935, Hedemann descreve o “primado do Estado perante a economia” como uma “inversão”¹⁹⁰.

187 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, 2. Teil, 2. Hälfte: *Die Entwicklung des formellen Bodenrechts*, 1935, p. 339.

188 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts cit.*, pp. 30 e ss.

189 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht cit.*, p. 16.

190 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert cit.*, 2. Teil, 2. Hälfte: *Die Entwicklung des formellen Bodenrechts*, p. 240; no mesmo sentido H. NICOLAI, *Der Staat im Nationalsozialistischen Weltbild*, 4^a ed., 1935, p. 41: “Primeiro vem a política, e então a economia”.

As três teorias definidoras do “direito econômico”, formuladas por Hedemann em 1929, foram expressamente abandonadas por ele em 1939¹⁹¹. Assim como Nipperdey, em 1920, havia falado de um “traspasseamento da vida econômica pelo Estado”¹⁹², Köttgen, em 1938, exprimiu este fenômeno com a seguinte fórmula: “o direito econômico é, por conseguinte, parte indissociável do direito público”¹⁹³. Não é mais a vontade do legislador, mas “a nova lei da realidade vital que nos cerca”, que passa a desempenhar um papel decisivo¹⁹⁴. Esta enunciação de Köttgen também pode ser lida como o chamado “fenômeno do espírito da época” – nos termos de Hedemann – que era capaz de colocar todas as coisas em marcha. “Forças vitais” abomináveis foram consideradas como ponto de partida desta evolução. Köttgen mencionou os modelos interpretativos racionais e a lei, “quando se emancipam de uma ordem fundamental irracional”, “como racionalmente degenerados”¹⁹⁵. Ulrich Scheuner escreveu em 1934, em um dos “Informativos” [“*Mitteilungen*”] editados por Hedemann:

“Hoje (...) a própria vida econômica fundamenta-se em ideias do direito público; as concepções de direito público presentes nela são as ideias de comunidade, honra profissional, a liderança etc. O direito econômico público não é mais uma intervenção estatal, mas sim parte, o fundamento da própria ordem econômica; conseqüentemente, o conceito de direito administrativo econômico não é mais aplicável”¹⁹⁶.

Por conseguinte, os componentes de direito público não eram mais excepcionais, mas o próprio fundamento da vida econômica. A conformação privatista da economia foi totalmente incorporada nos quadros de uma ordem econômica orientada pelo direito público, isto é, “inserida na nação como um todo”. A formação e direção de associações econômicas públicas pelo Estado, por planos econômicos e por operações conjuntas, o controle da concorrência, fixação de preços e os contratos eram produtos do direito público. Para o privatista Hedemann, colocava-se inevitavelmente a questão, em que medida o Código Civil (BGB) ainda poderia constituir as bases do direito econômico. Em 1935 ele escreveu: “agora, contudo, deve-se refletir sobre a questão como

191 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht cit.*, p. 15.

192 H. C. NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, 1920, p. 1.

193 A. KÖTTGEN, “Zur Lehre von den Rechtsquellen des Wirtschaftsrechts” in R. FREISLER *et. al.*, *Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum 60. Geburtstag*, 1938, p. 363.

194 A. KÖTTGEN, “Zur Lehre von den Rechtsquellen des Wirtschaftsrechts” *cit.*, p. 357

195 A. KÖTTGEN, “Zur Lehre von den Rechtsquellen des Wirtschaftsrechts” *cit.*, p. 357.

196 U. SCHEUNER, “Das öffentliche Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 6 e nota de rodapé 10; com isso Scheuner supera a posição de E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1932.

um todo e apresentar uma crítica geral sobre a codificação de 1896. Isto pode ocorrer sob vários enfoques. Um dos aspectos é o do direito econômico¹⁹⁷.

A questão de Hedemann soa lógica: “o que restará do direito civil que chegou até aqui?”¹⁹⁸. De forma tão radical – como Klausning já o havia feito em 1931¹⁹⁹ – ele ainda não havia formulado esta pergunta. Hedemann apresenta esta questão na qualidade de membro da “Academia de Direito Alemão” [“*Akademie für Deutsches Recht*”] em seu papel imaginário preferido como reformador e novo codificador do direito no âmbito dos projetos, de orientação nacional-socialista, de reforma legislativa da Academia, para os quais ele se empenhou posteriormente com energia²⁰⁰. Ele se dedicou com grande zelo especialmente à “importante tarefa para elaboração do futuro código do povo alemão”, cuja comissão ele presidiu. De acordo com sua opinião, o capítulo sobre os negócios jurídicos, o direito das pessoas e o direito das associações deveriam ser retirados da parte geral do Código Civil (BGB); a dogmática das relações entre credor-devedor – “enriquecida pela ideia de comunidade” – deveria permanecer. Da parte especial do direito das obrigações, os contratos típicos também deveriam ser mantidos. O direito das coisas deveria ser reformado de acordo com o princípio de que “o uso comum precede o uso particular”²⁰¹. Hedemann resume em 1935:

“Ambos, tanto o direito civil quanto o direito econômico terão que se curvar ao espírito nacional-socialista dominante. A partir desta plataforma eles terão um direito vital completo. Nem é necessário afastar ou mutilar o direito das obrigações e o direito das coisas do Código Civil (BGB) em proveito do ‘direito econômico’, nem o direito civil poderá extinguir o vigor do direito econômico para restaurar seu despotismo e singularidade passados”²⁰².

Como se sabe, não houve nenhuma reforma legislativa do Código Civil (BGB), nem a elaboração de um Código do Povo Alemão. Com isso, também não se realizou o plano de Hedemann para incluir no Código do Povo um livro autônomo (VII) sobre “A Empresa”. Ainda em 1942, Hedemann havia designado esta planejada codificação do direito de empresa como “uma ideia

197 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht”, *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (ZakDR)*, 1935, p. 354.

198 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 355.

199 Vide F. KLAUSNING, “Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 18.

200 Vide HEINZ MOHNHAUPT, “Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während des Nationalsozialismus” *cit.*, pp. 154-157.

201 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 356.

202 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 357.

excelente e muito promissora”²⁰³. Ele segue a maré do “espírito da época” que marca o direito e a política de seu tempo. Ele colabora com este pensamento também. Ele deixa em aberto uma possibilidade de bater em retirada. Tendo em mente este compromisso não vinculante, ele dirá sobre o direito econômico: “a delimitação em relação a outras matérias devem permanecer em aberto”²⁰⁴.

8. ADENDO: O INSTITUTO DE DIREITO ECONÔMICO EM BERLIM A PARTIR DE 1936²⁰⁵

Hedemann hesitou em aceitar a indicação para a Universidade Friedrich-Wilhelm em Berlim, que lhe foi comunicada oficialmente em 1º de outubro de 1936. Ele se sentia emocionalmente ligado à Universidade de Jena e, em especial, ao “Instituto de Direito Econômico” que ele havia organizado²⁰⁶. Sua intenção inicial, de aproveitar sua saída de Jena para transferir o Instituto de Direito Econômico para a universidade em Berlim, foi frustrada pelo estatuto da Fundação Carl-Zeiss. Todavia, Hedemann conseguiu que, com sua nomeação em Berlim, também fosse fundado ali um “Instituto de Direito Econômico” e que ele fosse nomeado seu diretor. Ele havia sugerido um “pequeno instituto do mesmo tipo” em Berlim, e após longas tratativas durante o processo de nomeação, o financiamento do novo instituto também foi autorizado. O decano Gleispach se empenhou especialmente junto ao Secretário das Finanças Popitz em favor de Hedemann e da fundação do instituto, que ele considerava “de fundamental e grande importância”. Embora ainda não dispusesse de uma garantia formal de financiamento para o instituto, Hedemann aceitou a indicação em maio de 1936, confiando em uma “prova de benevolência”. Ele se expressa em um tom levemente melancólico: “eu mesmo realmente fiz tudo o que me era possível fazer, e quando eu penso em todas as excelentes condições em meu Instituto de Jena, sinto-me francamente um tanto depreciado”²⁰⁷. Mas em comparação com o instituto de Koschaker, o Instituto de Hedemann dispunha de um orçamento dez vezes maior, o que o dotava de grande “opulência”²⁰⁸. A proximidade com o poder político nacional-socialista centralizado em Berlim certamente também

203 Vide Heinz MOHNHAUPT, “Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während des Nationalsozialismus” *cit.*, pp. 156 e ss.

204 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 351.

205 Para este período há poucas informações. Eu reproduzo aqui o breve relato de A.-M. VON LÖSCH, *Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch 1933, 1999*, pp. 265, 394, 434.

206 Vide Justus Wilhelm Hedemann, “Ein Wort des Abschieds”, *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, 1937*, pp. 1 e ss.

207 A.-M. VON LÖSCH, *Der nackte Geist cit.*, p. 265.

208 A.-M. VON LÖSCH, *Der nackte Geist cit.*, 1999, pp. 265.

representava para Hedemann uma compensação atraente para a saída de Jena e de seu Instituto. Hedemann assumiu a cátedra de Hans Lewald, que havia voluntariamente se transferido para a Basileia em 1935, após sofrer pressões políticas insuportáveis²⁰⁹.

O discurso de despedida de Jena proferido por Hedemann no ano de 1937 revela-se simultaneamente como uma descrição perspicaz do “novo território aberto pelo nacional-socialismo no campo do direito econômico”. Nesta perspectiva ele entendia a “ideia de planejamento”, que está “magnificamente corporificada no momento histórico atual pelo plano quadrianual”; o “problema” da “auto-gestão econômica”; as “províncias econômicas”; “empresa e emprego”, bem como “o direito econômico”²¹⁰. Ele registra esta nova evolução sem qualquer crítica e a aceita, para que possa se ocupar do “direito econômico” em Berlim em conformidade com o espírito do nacional-socialismo.

9. CONCLUSÃO

Do ponto de vista da história conceitual e da ciência, o “direito econômico” constitui um exemplo multifacetado da complexidade do processo de formação de uma “disciplina”. Uma miríade de fatores singulares determina o devir da disciplina “direito econômico”, cujos elementos materiais, conceituais e dogmáticos até hoje não constituem uma concepção unificada, ainda que todos os participantes do discurso acadêmico tenham como ponto de partida a existência da matéria “direito econômico”. O direito econômico é uma ciência composta, em que cada parte possui uma história própria, que devem ser observadas e consideradas no processo de desenvolvimento da disciplina unificada. Este intento foi levado a cabo neste artigo. Em seu centro reside o estabelecimento do Instituto de Direito Econômico de Jena, iniciado por Justus Wilhelm Hedemann. A criação do Instituto em 1º de maio de 1919, imediatamente depois da Primeira Guerra Mundial, é sintomática das necessidades e experiências que já ocorriam antes de 1914 no campo da ordem jurídica e que lidavam com a rápida economicização de todas as esferas da vida. Uma infinidade de outras entidades, associações, institutos – na maioria das vezes fora do meio universitário – acompanham esta evolução. As deficiências do direito privado codificado no Código Civil (BGB) são evidenciadas com particular clareza, de tal forma que o direito público passou a dominar as competências de regulação – de forma cada vez mais constrangedora durante

209 A.-M. VON LÖSCH, *Der nackte Geist cit.*, pp. 397 e ss.

210 Justus Wilhelm HEDEMANN, “Geschichte des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht” *cit.*, p. 32

a economia de guerra entre 1914-1918. A insuficiência do direito privado para manejar formas antigas e novas da economia e da gestão econômica, bem como o reconhecimento da interdependência entre o direito e a economia, exige ainda uma análise mais exaustiva das relações entre ambos campos do saber, além da que pode se oferecer neste estudo. Do ponto de vista metodológico, a ciência do direito privado e a economia estabeleceram conexões a partir da segunda metade do século XIX, com a atuação da “Escola Histórica”. A posição ainda bastante isolada do direito privado pandectista face às exigências do direito econômico da época será, no entanto, primeiramente criticada e combatida pela doutrina econômica. Portanto não é por acaso que o conceito composto “direito econômico” aparece pela primeira vez em 1874 na obra de Gustav Schmoller. A “questão social” sobre a economia e a ordem jurídica também se tornará um ponto de discussão polarizador entre as posições jurídicas liberais e aquelas a favor da intervenção estatal. Esta é uma linha que se pode seguir até o período do nacional-socialismo. No “direito econômico” e em seu desenvolvimento disciplinar em aberto reproduzem-se – ao lado de questões jurídicas dogmáticas e metodológicas – condicionantes culturais, históricas e, sobretudo, políticas. A obra jurídica de Hedemann e as discussões de sua época sintetizam estes elementos e os refletem como um espelho ustório²¹¹.

211 N.T. – Espelho ustório [ópt.]: espelho côncavo que concentra os raios do sol, refletindo-os sobre um determinado ponto ou corpo em temperatura alta o suficiente para causar combustão.