

Mas estas relações podem tomar duas formas muito diferentes: umas vezes são negativas e reduzem-se a uma pura omissão; outras são positivas ou de cooperação. As duas classes de normas que determinam umas e outras, correspondem duas espécies de solidariedade social que é necessário distinguir.

(Versão portuguesa de Maria Inês Mansinho e Eduardo Freitas.)

DURKHEIM, Émile, *A Divisão do Trabalho Social*, 19 vol. Tradução de Maria Inês Mansinho e Eduardo Freitas. Lisboa, Editorial Presença, 1977, pp. 51-3, 58-9, 79-88, 130-31, 133 e 135.

O Estudo do Direito Vivo

2

Eugen Ehrlich

Quando a ciência dominante do direito prefere tanto a proposição jurídica (*Rechtssatz*) como objeto de seu estudo, entre todos os outros fenômenos jurídicos, tal ocorre na pressuposição tácita de que todo o direito se situa nas proposições jurídicas que nos são determinadas. Desde que as proposições jurídicas, como se supõe ademais, estão presentemente mais ou menos completas nas leis, as quais estão facilmente acessíveis a qualquer um, então a tarefa de conhecimento do direito do presente consiste só no reunir o material das leis e na averiguação de seu conteúdo através de interpretação apropriada e no utilizar a interpretação na doutrina e na Jurisprudência. Às vezes, encontra-se ainda o pensamento de que as proposições jurídicas também se formam fora da lei: procuram-se elas, na Alemanha, mais na doutrina; na França, são extraídas da Jurisprudência. Ao contrário, o direito consuetudinário, no nosso tempo, é tão insignificante, de acordo com a concepção prevalecente, que se renuncia, de qualquer maneira, a averiguá-lo e menos ainda a procurar métodos para pesquisá-lo. Somente os teóricos do Direito Comercial voltam sua atenção para o uso, a praxe mercantil. Assim, é compreensível que o esforço total do estudioso do direito presentemente seja dirigido à averiguação das proposições jurídicas do passado, as quais não são tão facilmente acessíveis como aquelas que estão nas leis modernas. Vê-se que a produção científica deste trabalho despendido no direito do passado não é somente o podermos estudar, desta maneira, o desenvolvimento do direito, no qual, evidentemente, entende-se só o desenvolvimento das proposições jurídicas, mas também que nós cheguemos à compreensão histórica do direito do presente, pois este direito, constituído das proposições jurídicas do presente de acordo com

a concepção dominante, está enraizado no direito do passado. Estas são as linhas de pensamento, nas quais o método de pesquisa do direito se baseia até então. (...)

Mas o âmbito de validade de nossos códigos é tão incalculavelmente vasto, as relações jurídicas, das quais eles tratam, tão incomparavelmente mais ricas, mais variadas, mais cambiantes, como elas nunca foram, que o simples pensamento de esgotá-las em um código seria uma monstruosidade. Querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa (*Teich*). O que vai para ela não é mais uma correnteza viva, mas águas mortas, e muita água não entra nela de jeito algum. Leve-se em consideração, além disso, que cada um destes códigos estará superado necessariamente pelo direito vivo, no momento em que estiver pronto e cada dia ainda mais antiquado; então, tem-se que compreender em todo caso quanto incalculável e, portanto, ainda completamente virgem é o campo de trabalho que se abre aqui para o moderno pesquisador do direito. (...)

Há, na parte principal do Código Civil austríaco, que trata dos pactos matrimoniais, quatro magros parágrafos os quais, segundo o título marginal (*Marginalrubrik*), tratam da comunhão de bens (*Gütergemeinschaft*). Quem tiver a oportunidade de entrar em contato com a classe camponesa germano-austríaca sabe que ela vive quase exclusivamente em comunhão matrimonial de bens. Mas esta comunhão matrimonial de bens, que é o regime de bens dominante da classe camponesa germano-austríaca, não tem nada a ver com aquela tratada pelo Código Civil austríaco, e as determinações do Código Civil nunca são aplicadas, pois elas são sempre excluídas através de um contrato de casamento solenemente celebrado. Que valor teria uma Ciência do Direito que reconhecesse uma comunhão de bens referida, de modo muito geral, no Código Civil, a qual tem somente uma existência de papel? Que valor teria uma Ciência de Direito cuja tarefa considerasse encerrada no interpretar a "intenção do legislador", a qual encontra expressão nos quatro mencionados parágrafos? Que não se ocupa com a conhecida comunhão de bens baseada em documentos facilmente acessíveis, segundo a qual toda a classe camponesa germano-austríaca vive¹?

Ou então o contrato agrícola de arrendamento. As poucas determinações contidas nos modernos códigos, particularmente os códigos civis alemão e austríaco, são em sua maior parte tiradas do Direito Romano e derivam das esgotadas terras da Itália dos tempos do Império Romano, com sua economia inteiramente de latifúndios e uma classe oprimida de arrendatários. Elas estão hoje perfeitamente insuficientes. Um olhar na vida nos ensina que elas mal são aplicadas: estão quase postas fora de vigência via de regra e são substituídas através dos preceitos dos contratos de arrendamento como são concluídos, sem exceção, correspondendo ao nível econômico de nossa agricultura e às modernas relações sociais e econômicas

¹ Esta apresentação foi tomada textualmente do meu artigo no volume XXXV do *Schmollers Jahrbuch*. Desde quando foi publicada, apareceu, na *Festschrift zur Jahrhundertfeier des (öster.) A. B. G. B.*, um excelente artigo do notário Reich sobre o regime matrimonial de

entre arrendante e arrendatário. Embora variem de acordo com o lugar, a natureza do bem arrendado, a posição das diversas partes, têm eles, nesta limitação, conteúdo típico sempre repetitivo. É claro que uma apresentação ainda que cuidadosa do direito de arrendamento do Código Civil não daria uma imagem do direito de arrendamento realmente praticado na Alemanha ou na Áustria; ter-se-ia que explicar o conteúdo típico do contrato de arrendamento, vasculhando-se para este fim os arquivos dos escritórios de notários e advogados; ter-se-ia, também, que fomentar pesquisas no lugar.

Sabe a doutrina algo sobre o sistema agrário na Alemanha e na Áustria? Nem sequer os vários métodos de cultivo do solo foram formulados até então de um ponto de vista jurídico; e isto é somente uma pequena parte da tarefa que teria de ser levada a cabo. Cada aproveitamento agrícola do solo traz ainda consigo outras relações, as quais são de grande importância para os juristas. Em primeiro lugar, as relações vizinhas dos possuidores de fazendas; elas são reguladas parte por costume, parte através de contratos, parte mediante a lei, mas toda a doutrina jurídica sabe, no máximo, dizer alguma coisa a respeito da lei. Então, a agricultura pressupõe também, pelo menos enquanto excede a um trabalho de anões (*zwergetrieb*), uma conhecida organização de trabalho, a qual se intensifica de uma grande propriedade de terras para um mecanismo artisticamente entrelaçante e extraordinariamente montado. Para cada um pertencente a ele, está designada, parte através de costume, parte através de contrato ou lei (regulamentos para empregados rurais), a medida de seus poderes, direitos de supervisão, privilégios e deveres, sem cujo conhecimento não se entenderia esta difícil engrenagem, não só econômica ou artisticamente, mas também juridicamente. No caso de semelhantes empreendimentos, todas estas relações jurídicas se repetem em sua forma típica, por toda a região e freqüentemente também por todo o país sem embargo das muitas diferenças, por isso não são difíceis de ser estudadas e apresentadas.

Ou então o direito de família. O que aqui atrai mais proximamente o observador é a contradição entre a real regulação familiar e a que o Código manda. Mal pode existir na Europa um país, onde a relação entre marido e mulher, entre pais e filhos, entre família e o mundo exterior, como se forma realmente na vida, corresponda às normas do direito positivo, ou onde os membros da família, na qual há uma semelhança de vida familiar, tentem fazer cumprir, uns contra os outros, os direitos que a letra da lei lhes confere. É claro que o direito positivo também aqui não dá de modo algum uma imagem do que realmente ocorre na vida. Ainda menos (*Um so weniger*), a ciência do direito e a teoria podem limitar-se a esclarecer o que está na lei; elas devem investigar as formas reais de cada classe social e lugar diferentes, mas que são uniformes e típicas em sua essência. Não se discute se a lei perdeu seu domínio sobre a vida ou se nunca o teve; se a vida tomou seu desenvolvimento para além da lei ou se nunca correspondeu à lei. Também aqui, a ciência e a teoria do direito cumprem sua tarefa muito mal, se elas simplesmente apresentam o que a lei prescreve e nada do que realmente acontece. (...)

Isso é, então, o direito vivo em contradição com o que é somente válido diante dos tribunais e autoridades. O direito vivo não está nas proposições jurídicas

do direito positivo, mas é o que, porém, domina a vida. As fontes de seu conhecimento são, antes de tudo, os modernos documentos; são, também, a observação direta da vida, do comércio e da conduta, dos costumes e dos usos e de todos os grupos, não somente os reconhecidos juridicamente, mas também aqueles que passaram despercebidos e que não foram considerados e, até mesmo, aqueles que a lei desaprovou. (...)

Até mesmo as decisões judiciais não dão uma perfeita imagem da vida do direito. Só um diminuto trecho da realidade aparece diante das autoridades; muita coisa é excluída dos trâmites legais em princípio ou como matéria de fato (*Tatsächlich*). E aí, no litígio, mostram-se relações jurídicas completamente outras, com traços distorcidos, que são estranhas àquelas mais quietas e permanentes. Quem quereria julgar nossa vida familiar e social segundo os litígios familiares e sociais? O método sociológico exige, portanto, que os resultados obtidos através das sentenças sejam complementados mediante a observação direta da vida.

E para isto, os modernos documentos negociais oferecem uma base que, no mínimo, pode tomar-se frutífera como os métodos dos milênios e séculos passados. Uma olhada na moderna vida do direito mostra que ela é predominantemente controlada, não pela lei, mas pelos documentos negociais. O direito pouco firme (*nachgiebig*) é posto de lado pelo conteúdo do documento. O direito vivo tem que ser procurado nos pactos matrimoniais, nos contratos de compra-e-venda, arrendamento, em contratos de crédito para construções (*Baukredit*), de hipoteca (*Hypothekendarlehnsverträgen*), nos testamentos, contratos de herança, em estatutos de associações e de sociedades comerciais, e não nos parágrafos de um código. Todos estes contratos têm, além do individual, somente válido para o negócio isolado, seu conteúdo típico sempre repetitivo. Este conteúdo típico do documento é fundamentalmente o mais importante nele: se nossos doutrinadores fossem bem aconselhados, eles se ocupariam, em primeira linha, com aqueles documentos, da mesma forma que os Romanos, os quais escreveram, em seus comentários sobre o Edito e nos seus *libris iuris civilis*, longos ensaios sobre a sempre repetitiva *duplae stipulatio*, e a *institutio ex recerta*. (...)

Nós temos que nos esforçar para tratar o documento como parte do direito vivo e para retirar o direito vivo de seu conteúdo, como o fizeram os romanos no direito de seus contratos e testamentos. Os títulos do Digesto: de *contrahenda emptione*, de *actionibus emti venditi*, de *evictionibus et duplae stipulatione*, *pro socio*, de *stipulatione servorum* e aqueles que tratam do direito dos testamentos e legados podem servir-nos, em toda parte, como modelo. Seria uma coisa da máxima importância que a hodierna ciência do direito e a Jurisprudência se ocupem finalmente, não com os romanos, mas com os contratos e documentos de hoje. (...)

Ainda o documento fica muito superestimado, se se acredita poder ler facilmente o direito vivo completamente dele. Não é tão pacífico que o documento seja em todo seu conteúdo sustentáculo e testemunho do direito vivo. O Direito vivo não é, pelo conteúdo do documento, aquilo que os tribunais reconhecem como o vinculante por ocasião da decisão de um litígio, mas apenas o que as partes

Evidentemente, o documento só mostra aquele segmento do direito vivo que está documentado. Como se pode, pois, constatar aquela parte do direito vivo que não está incorporada em documentos, a qual é grande e bastante importante? Não há outros meios a não ser abrir os olhos, informar-se através de uma observação atenta da vida, entrevistar as pessoas e anotar suas respostas. É realmente uma dura exigência ao jurista pedir a ele para procurar aprender mediante sua própria observação, e não através dos parágrafos de um código e de fascículos de autos (*Aktenfaszikeln*); mas isto é mesmo inevitável e, desta maneira, maravilhosos resultados podem ser alcançados. (...)

A Sociologia do Direito deve começar pela pesquisa do direito vivo. Ela deve dirigir-se primeiramente ao concreto não ao abstrato. Somente o concreto pode ser observado. Também o anatomista não põe sob o microscópio o tecido do homem em abstrato, mas um determinado tecido de um determinado homem, também o fisiologista não estuda as funções do fígado dos mamíferos em abstrato, mas sim as de um determinado fígado de um determinado mamífero; primeiramente, só quando ele termina a observação concreta pergunta se ela é universalmente válida e procura, de novo, através de uma série de observações concretas, constatar o fato, para o que ele precisa achar métodos especiais. O mesmo vale para o pesquisador do direito. Ele tem de ocupar-se primeiramente com praxes concretas, relações de dominação, relações jurídicas, contratos, estatutos, disposições de última vontade e, conseqüentemente, estudar sua validade geral. Não é verdade, porém, que a investigação do direito vivo só trata do "direito consuetudinário" e de "usos negociais" (*Verkehrssitte*). Mesmo que se pense algo ao usar estas palavras — que não é sempre o caso — trata-se não do concreto, mas sim de generalizações (*Verallgemeinerungen*). Somente as praxes concretas, relações de dominação, relações de direito, contratos, estatutos, disposições de última vontade oferecem as regras da conduta, segundo as quais os homens se guiam. E é primeiramente sob o fundamento destas regras que as normas de decisão e as determinações legais se formam, as quais sozinhas têm atraído a atenção dos juristas. A grande maioria das decisões judiciais repousa sobre as praxes concretas, relações de posse constatadas, pelos tribunais, sobre contratos, estatutos, disposições de última vontade. Se nós quisermos compreender as generalizações as padronizações (*Vereinheitlichungen*) e outros métodos de achar normas do juiz e do legislador, então temos, antes de tudo, de conhecer a base da qual elas resultaram (*auf der sie erfolgte*). Quanto mais nós soubermos sobre o sistema bancário romano, tanto mais o *receptum* e o *litteris contrahere* tornar-se-ão claros para nós. Não deveria valer o mesmo para nosso direito? Até este ponto Savigny tinha razão, quando ele achava que o direito — e o direito era para ele, outrossim, predominantemente a proposição jurídica — só poderia ser explicado em sua conexão histórica; mas a conexão histórica não se situa em um passado cinzento, mas no presente do qual a proposição jurídica cresce.

Mas a importância científica do direito vivo não começa onde ele é determinante das normas de decisão dos tribunais ou do conteúdo da lei. Ele tem seu próprio valor de conhecimento, o qual consiste em que o direito vivo constitui

a base da ordem jurídica da sociedade humana. Para conhecê-la, nós precisamos estudar as praxes, as relações de dominação, as relações de direito, contratos, estatutos e declarações de última vontade, completamente independente de eles já acharem expressão em uma decisão ou em uma lei, ou se eles se incorporariam nestas. (...)

Através da investigação do direito vivo, não se tornam supérfluos nem o método histórico, nem o etnológico: pois as leis de desenvolvimento da sociedade só podem ser-nos participadas através do estudo dos fatos históricos e pré-históricos (etnológicos). Os métodos histórico e etnológico são, outrossim, indispensáveis para estudar o estado atual do direito. Nós, porém, só aprenderemos a entender o passado através do presente, mas o caminho para o entendimento da mais íntima essência do presente está numa olhadela no passado; em cada parte do presente está contido todo seu passado, o qual pode ser claramente reconhecível para o olho que pode ver nesta profundidade. Esta verdade não estava escondida para os grandes fundadores da Escola Histórica e, por isso, eles não queriam de maneira alguma, como se acredita hoje em geral, uma ciência do direito que fosse uma História do Direito, mas sim, uma ciência histórica do direito. (...)

Para conhecer o estado real do direito, temos que investigar o que a sociedade humana produz (*leistet*), como também o direito estatal e a influência real do Estado sobre o direito social. Nós temos que saber que espécies de casamento e família existem em um país, que espécies de contratos são concluídos e que conteúdo eles têm em geral, que espécie de declarações de última vontade é feita, como isto tudo deve ser julgado de acordo com o direito válido diante dos tribunais e autoridades, como isto é julgado e até que ponto os julgamentos e demais decisões são realmente efetivos. Uma tal pesquisa revela que embora as legislações de diferentes países possam ser idênticas, por exemplo, França e Romênia, ainda assim um direito muito diferente é que domina; que também o direito na Boêmia, na Dalmácia e na Galícia, de maneira alguma, é o mesmo, embora, diante dos tribunais e autoridades, os mesmos códigos sejam aplicados; e que, por causa da diversidade de estados reais de direito, não existe, outrossim, nenhuma igualdade de direitos (*Rechtsgleichheit*) em partes singulares da Alemanha a despeito do Código Civil, abstraídas divergências particulares de legislação.

Certamente, nosso conhecimento neste sentido ficará sempre defeituoso e insuficiente e é mais fácil e agradável, sem dúvida, estudar alguns códigos, com dados e ilustrações, que investigar um estado real em um trabalho demorado e diligente. Mas não é finalmente função da ciência procurar tarefas fáceis e agradáveis, mas sim, grandes e fecundas. Todo nosso saber é incompleto e a ciência do direito não faz exceção a isto; quanto mais científica ela se tornar, mais perfeita será.

Estas explicações não encontrariam absolutamente sua finalidade, se alguém quisesse entender que, com os métodos aqui indicados, a metodologia da Sociologia do Direito estaria, de qualquer maneira, esgotada. Novos métodos são sempre necessários para novos fins científicos. Por isso, algo deve ser mostrado como

como é atualmente entendida na França por Brunhes, é realmente uma Sociologia com método geográfico de pesquisa. Já nos anos 50 do século passado, o francês Lé Play, em sua *Science Sociale*, partiu, em toda parte, dos condicionamentos locais da vida social, e sua escola prossegue zelosamente no presente o trabalho começado. Em sua obra sobre irrigação na Espanha, Egito e Argélia, que é, pelo menos, tão interessante até mesmo para os juristas, como qualquer outra sobre História do Direito ou Etnologia, Brunhes mostrou uma grande quantidade de formas jurídicas que se relacionam, em toda parte, com a espécie, natureza e produtividade dos projetos de irrigação. A razão pela qual os árabes, no oásis africano, somente reconhecem propriedade sobre árvores, e não sobre o areial do deserto, não a dá a Etnologia e a História do Direito, mas somente as peculiaridades de uma economia no deserto nos fornecem esta explicação.

Muitas décadas atrás, já Ofner de Viena mostrou a possibilidade imediata de experimentos jurídicos para a pesquisa do sentimento da justiça (*Rechtsgefühl*). Há cerca de um ano, Kobler expôs em detalhes este pensamento na *Juristische Blätter* de Viena e realmente instituiu experimentos na *Freie Juristische Vereinigung* que ele fundou. Casos reais ou fictícios e também debates judiciais completos são apresentados a pessoas submetidas à pesquisa, as quais não podem ser juristas, e elas têm que tomar posição a respeito segundo seu sentimento de justiça. Quem foi que não pensou na psicometria da escola de Fechner e Wundt? Estes testes estão abertos às mesmas objeções que foram feitas contra a psicometria. A pessoa que se submete à experiência não está no seu ânimo habitual; ela sabe, outrossim, que seu julgamento não decidirá a coisa; o caso fictício não excita nenhuma paixão, não traz os sentimentos em agitação, fala somente à inteligência. São fontes de erro que um método correto deve computar e levar em conta. Apesar disto, contudo, a pesquisa pode trazer bons resultados, desde que não se esqueçam as fontes de erro.

O método é tão infinito quanto a própria ciência.

(Versão portuguesa de Francisco Luiz Pitta Marinho.)

EHRLICH, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Munique e Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1929, pp. 393-409.