

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**

Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986

MÉTODOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO

2. A investigação do direito vivo

Quando a ciência jurídica dominante dá tanto destaque à prescrição jurídica como objeto de pesquisa, isto acontece em decorrência do pressuposto tácito de que todo o direito se encontra guardado e subsumido nas prescrições jurídicas. Como — ainda segundo se pensa — na atualidade as prescrições jurídicas estão contidas de forma praticamente completa nas leis, às quais todo mundo tem acesso fácil, a tarefa do reconhecimento do direito da atualidade consiste na compilação do material a partir das leis e na determinação de seu conteúdo através de interpretação própria e na aplicação da interpretação na bibliografia e na administração da justiça. Às vezes também se encontra a idéia de que prescrições jurídicas também surgem à margem da lei: na Alemanha em geral se procura extrair-las da bibliografia, na França da administração da justiça. Em contraposição o “direito consuetudinário”, segundo a concepção dominante, em nossa época é tão insignificante, que se desiste de determiná-lo cientificamente ou de procurar por um método para sua investigação científica. Somente os juristas que lidam com direito comercial ainda dedicam alguma atenção à usança, ao costume comercial. Desta forma se compreende que o cientista jurídico atualmente dedique toda a sua atenção à determinação das prescrições jurídicas do passado, que não são tão acessíveis quanto as contidas nas leis modernas. O resultado científico deste trabalho dedicado ao direito do passado não aparece somente no fato de ele permitir o conhecimento da evolução do direito — o que evidentemente mais uma vez quer dizer somente a evolução das prescrições jurídicas —, mas também no fato de que ele permite a compreensão histórica do direito do presente, pois, segundo o pressuposto tácito, este direito, as prescrições jurídicas do presente têm suas raízes no direito do passado. Creio que estas são as idéias básicas sobre as quais repousa até agora o método do investigação do direito.

Da mesma forma como acontece com as prescrições jurídicas do passado, as vigentes na atualidade estão ainda mais longe de conterem todo o direito. Pois os homens que redigiram as *Doze Tábuas*, a *lex Salica*, o *Sachsenspiegel* realmente tinham um conhecimento direto do direito de seu tempo e se esforçaram em reunir e formular em prescrições jurídicas exatamente este direito com que lidavam. Mas hoje em dia acontece coisa totalmente diferente com a maior parte da matéria jurídica com que lidam os juristas atuais, os códigos. Pois ao contrário do que os juristas de outros tempos tinham ao menos em mente, os autores das leis modernas muitas vezes nem tinham a intenção de reproduzir o direito de sua época e de sua comunidade. Eles aparam seu material jurídico da coleção justiniana, que evidentemente informa a respeito de tudo, menos a respeito do direito dos séculos XVIII e XIX, no qual eles vivem; além disso eles buscam inspiração nos antigos registros jurídicos que, mesmo quando eram adequados à sua época, não se aplicam à época do legislador, na bibliografia jurídica, que se preocupava acima de tudo com a interpretação de direitos e códigos mais antigos, que também não fazem parte da época do legislador. Talvez este fenômeno se manifeste de maneira mais clara no código civil para o império alemão, cujas fontes consistiram quase exclusivamente em livros de *pandectas*, leis alemãs mais antigas, registros jurídicos e codificações alheias. Assim, nossos códigos sempre estão sintonizados com uma época muito anterior à contemporânea e toda a arte jurídica do mundo não seria capaz de retirar deles o verdadeiro direito de seu tempo, simplesmente pelo fato de que eles não o contêm. Mas a abrangência de nossos códigos é tão mais ampla, as relações jurídicas com que lidam tão inigualavelmente mais ricas, complexas e cambiantes do que antes, que a própria idéia de esgotá-las num código seria uma monstruosidade. Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra. Se além disso se levar em conta que cada uma das leis já estava superada pelo direito vivo no momento em que ficou pronta e a cada dia está sendo mais superada, então deve-se reconhecer o imenso campo de trabalho, praticamente virgem, que aqui se abre ao pesquisador de direito.

Tudo isto nem pode ser diferente. As prescrições jurídicas nem pretendem oferecer um quadro completo das condições jurídicas. O jurista formula as prescrições jurídicas tendo em vista as necessidades práticas do momento; ele só se preocupa com o que lhe interessa por motivos práticos. Ele não perderá tempo em formular prescrições jurídicas referentes a objetos que estão fora de seu campo de interesses, possivelmente pelo simples fato de que não competem aos tribunais onde trabalha ou porque não interessam à sua clientela. Pelo fato de ter-se situado fora do âmbito tradicional de ação dos juristas romanos, encontramos nas fontes romanas somente um direito comercial muito pobre e pelo mesmo motivo os romanos, e até bem pouco tempo também os modernos, nos dizem muito pouco sobre o direito trabalhista. Mesmo um elemento como *Eyke von Repgov* não trabalhou com o direito das cidades e das cortes, porque esta área não era abrangida pela sua atividade como *Schöffe*.

Por outro lado a tentativa de chegar à compreensão do presente através da história ou da pré-história (etnologia), está basicamente falha. Explicar algo significa, segundo palavras de Mach, substituir uma incompreensão não-corriqueira por uma incompreensão corriqueira. O presente de qualquer forma contém menos incompreensões não-corriqueiras do que o passado. O paleontólogo só compreenderá a natureza e as funções dos órgãos de um animal fóssil quando compreender a natureza e as funções dos órgãos de animais vivos; o zoólogo, porém, não aprenderá do paleontólogo a fisiologia dos animais que deve investigar, ele apenas utilizará a paleontologia para poder traçar um quadro do desenvolvimento do atual mundo animal. Chegamos à compreensão do passado através do presente e não inversamente. Da mesma forma também a história do direito e a ciência jurídica etnológica só serão aproveitáveis para o ensino da evolução do direito, não para o conhecimento do direito existente.

Em virtude desta orientação metodológica de toda a ciência jurídica atual, na realidade a nossa situação jurídica presente nos é em grande parte desconhecida. Não só das coisas distantes, mas também das coisas que se passam diariamente diante de nossos olhos, muitas vezes não sabemos nada. Praticamente todos os dias nos deparamos com uma surpresa jurídica, graças a um feliz acaso, a uma peculiar disputa jurídica ou a um artigo de jornal: numa hora são os camponeses arrendatários de *Schwarzenberg*, noutra hora são peculiares direitos hereditários numa construção no centro de Viena, na *Brigegittenau*, noutra hora ainda são peculiares relações de arrendamento hereditárias em *Berhomet* na *Bukowina*. Quem, porém, presta atenção à marcha da vida, sabe que não se trata de casos isolados. Por toda parte estamos tateando no escuro. Mas nós não podemos apelar para a desculpa de que uma parte do passado está irremediavelmente perdida. A nós basta abrir olhos e ouvidos para perceber tudo o que tem importância para o direito de nosso tempo.

Ali há nas partes centrais do código civil austríaco, que tratam dos pactos matrimoniais, três magros parágrafos que, segundo as rubricas da margem, se ocupam da comunhão de bens. Quem teve a oportunidade de manter contato com o campesinato austro-alemão sabe que ele vive quase exclusivamente em regime de comunhão de bens. Mas este regime matrimonial de comunhão de bens que predomina entre o campesinato austro-alemão não tem nada a ver com a comunhão de bens de que trata o código civil austríaco e por isso as determinações do código civil austríaco nunca são aplicadas, porque sempre são excluídas do contrato matrimonial. Que valor teria a ciência jurídica que ignorasse que a comunhão de bens de que fala o código civil só existe no papel? Que valor teria uma ciência jurídica que considerasse ter cumprido sua tarefa ao indicar “as intenções do legislador” que se refletem nos quatro parágrafos citados? Que valor teria uma ciência jurídica que não se ocupasse com os regimes de comunhão de bens nos quais vive praticamente todo o campesinato austro-alemão e que podem ser estudados com base em documentos de fácil acesso?¹

Tomemos como outro exemplo o contrato de arrendamento agrário. As poucas determinações que os códigos modernos, em especial os códigos civis alemão e austríaco, contêm a este respeito são retiradas basicamente do direito romano e provêm do esgotado solo italiano do período imperial, com sua agricultura extensiva e uma camada de arrendatários sob pressão. Elas hoje em dia seriam totalmente insuficientes. Uma olhada no que acontece na realidade mostra que elas praticamente não são aplicadas; quase todas não estão em vigor e estão sendo substituídas pelas determinações dos contratos de arrendamento tais como estes hoje são firmados entre arrendador e arrendatário, dependendo do grau de desenvolvimento de nossa agricultura, das modernas condições sociais e econômicas. Dependendo da região, do tipo de propriedade arrendada, da posição das partes, eles apresentam diferenças, mas apesar desta restrição todos têm um conteúdo típico que se repete. Creio que com isto fica claro que uma descrição, por mais minuciosa que seja, do direito de arrendamento dos códigos civis não seria capaz de fornecer um quadro real do verdadeiro direito de arrendamento praticado na Alemanha e na Áustria; deveria apresentar-se o conteúdo típico dos contratos de arrendamento, deveriam ser pesquisados os arquivos notariais e advocatícios e também deveriam ser feitos levantamentos in loco.

Ou ainda: a bibliografia jurídica sabe algo a respeito da constituição agrária da Alemanha ou da Áustria? Até agora nem os tipos de aproveitamento do solo foram formulados juridicamente; e esta é apenas uma pequena parte da tarefa que deveria ser cumprida. Todo tipo de aproveitamento do solo traz consigo uma série de relações decorrentes que tem o maior significado para o jurista. Interessam sobretudo as relações de vizinhança entre os proprietários rurais; elas em parte estão regulamentadas pela tradição, em parte por contratos e em parte pela lei; mas toda a bibliografia jurídica no máximo sabe dizer algo a respeito da lei. Além disso a agricultura, ao menos aquela que não é praticada nos minifúndios, pressupõe uma certa organização do trabalho, que nos latifúndios se amplia para um complexo e intrincado mecanismo. Para cada um que pertence a este mecanismo está destinado por tradição por contrato, por lei, um certo grau de poderes, de competências, de deveres, que se deve conhecer para poder compreender esta complicada

¹ Esta parte foi transcrita literalmente de meu artigo no volume 35 do Anuário de Scmoiler. Depois de sua publicação surgiu na publicação comemorativa do centenário do A.B.G.B. (código dvii austríaco) um excelente artigo do notário Rekh a respeito do regime de bens no matrimônio nas regiões alemãs de Steinmark, Kärnten e Krain.

engrenagem, não só do ponto de vista econômico e técnico, mas também jurídico. Todas estas relações jurídicas, apesar de muitas diferenças, repetem-se em empreendimentos semelhantes por toda uma região, por todo um país e, por isso, sua investigação e descrição não são difíceis.

Tomemos ainda o direito familiar. O que chama a atenção do observador é a contradição entre a ordem familiar realmente existente e a que os códigos exigem. Creio que na Europa não existe país em que as relações entre homem e mulher, entre pais e filhos, entre família e seu meio realmente sejam tais que correspondam às normas do direito vigente, em que os membros de uma família em sua convivência diária procurassem pôr em prática os direitos que a letra da lei lhes assegura. Com isto está claro que também neste caso o direito vigente não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida. Por isso, de forma alguma, a ciência e o ensino podem restringir-se a explicar o que está escrito na lei; eles deveriam investigar as configurações reais, que são diferentes em cada classe social e em cada região, mas que possuem uma essência uniforme e típica. Não se discute aqui se a lei perdeu o domínio sobre a vida ou talvez nunca o tenha possuído, se a vida evoluiu para além da lei ou nunca tenha correspondido a ela. Também aqui a ciência como doutrina do direito cumpre mal a sua tarefa se ela se limita a descrever o que a lei prescreve e não que de fato acontece.

Melhor que tudo foi pesquisado e juridicamente analisado o direito hereditário campestre na Alemanha (Sering) e nas províncias austro-alemãs. Em relação a todas as outras classes ou estamentos o trabalho ainda está por ser feito, bem como em relação a todos os povos e províncias não-alemãs da monarquia austríaca. A bibliografia se contenta em apresentar a liberdade testamentária quase irrestrita do direito civil; será que ela não deveria perguntar também que uso se faz desta liberdade nas diferentes províncias e nos diferentes estamentos?

A única área do direito que parte regularmente, e não só ocasionalmente, daquilo que realmente se pratica é o direito comercial. Ele inclusive foi oficialmente incluído na ciência como costume comercial e "usança". A organização do latifúndio e da fábrica, até do banco, continua sendo um livro fechado a sete chaves para o jurista, mas a casa comercial ele conhece, ao menos em suas linhas básicas, até do código comercial: ele conhece a posição do titular e do procurador, do representante e do auxiliar, do agente, do viajante, ele conhece o significado da firma comercial, dos livros, da correspondência; tudo isto não está claro apenas quanto ao seu aspecto econômico, mas também quanto ao jurídico. E o direito contratual do moderno direito comercial não foi extraído do *corpus iuris* nem é uma obra de meditação profunda de seus autores: o que as leis comerciais e os livros de direito comercial dizem a respeito de compra, comissão, expedição, negócios securitários, de transporte e bancários em geral é realmente praticado em algum lugar, mesmo que muitas vezes não no mesmo grau em que eles o constatarem. Da mesma forma inúmeras instituições do comércio, sobretudo a bolsa, foram investigadas minuciosamente pelos juristas. Que por toda parte ainda haja árduas tarefas a cumprir decorre, neste caso, muito menos da falta de compreensão pela realidade das coisas do que das dificuldades do objeto e do desenvolvimento super-rápido. A extraordinária organização da produção de bens que nos trustes e cartéis está se processando diante de nossos olhos, todas as modernas conquistas no campo dos transportes, as inúmeras invenções, tudo isto a toda hora está conduzindo a novas configurações que abrem novos campos de trabalho para o jurista.

Este, portanto, é o direito vivo em contraposição ao apenas vigente diante de tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais.

A principal fonte para o conhecimento do direito vivo em nossa época sem dúvida é o moderno documento legal. Entre os documentos, porém, destaca-se hoje em dia um: a sentença judiciária. Isto, porém, dificilmente se dá no sentido como ele aqui é empregado: não se a trata como testemunho do direito vivo, mas como parte da bibliografia jurídica que não é examinada quanto à verdade das relações jurídicas ali descritas e ao direito vivo daí decorrente, mas quanto à correção da interpretação das leis e construções jurídicas nela contidas. Já a concepção dos *arrêstistes* franceses é mais profunda — juristas que consideraram ser sua tarefa escrever as observações explicativas para as grandes coleções de Dailoz, Sirey e as decisões publicadas no *Journal du Palais*. Para eles a sentença judiciária é uma expressão do direito, não como o imaginou o legislador, mas como ele se desenvolveu na consciência dos juizes franceses durante a secular vigência dos códigos franceses. Eles encontram nas sentenças o que Meynial no escrito alusivo ao centenário do *Code Civil* expressou assim, ao descrever de forma espirituosa esta orientação: ***la notion du changement du droit, grâce aux inflexions que la jurisprudence fait subir à la loi; celle du consètement général tacite qui fait de la jurisprudence non seulement la servante mais l'émule et comme le suppléante de la loi.***

Também eu estava sob o domínio da mesma concepção quando, há mais ou menos um quarto de século, comecei a trabalhar em minha obra sobre a declaração tácita de vontade. Após ter estudado mais de 600 volumes de sentenças de tribunais alemães, austríacos e franceses, queria apresentar um quadro daquilo

que a administração da justiça fez da declaração tácita de vontade. Muito cedo, porém, o processo real começou a me fascinar muito mais que a decisão judiciária por ele motivada. E desta forma meu livro, ao menos em grande parte, contém uma descrição dos fatos que conduziram a decisões judiciais, de como eles aconteceram na realidade e do significado da declaração tácita de vontade na vida jurídica. Na realidade já neste livro, mesmo que de forma inconsciente, segui o método sociológico da ciência jurídica, que depois procurei fundamentar teoricamente.

Mais tarde, porém, descobri que este método não é totalmente adequado. Também as decisões não fornecem um quadro completo da vida jurídica. Só uma parte mínima do que ocorre na realidade é levada diante dos órgãos estatais, muita coisa, por princípio ou de fato, é excluída da via jurídica. Além disso a relação jurídica litigiosa reflete relações bem diferentes, distorcidas, totalmente desconhecidas à relação jurídica amigável. Quem poderia analisar nossa vida familiar e comunitária a partir das disputas familiares ou comunitárias? O método sociológico, portanto, exige que os resultados obtidos a partir das decisões dos órgãos estatais sejam complementados pela observação direta da vida.

E exatamente para este fim o moderno documento comercial fornece uma base no mínimo tão frutífera quanto a de milênios de séculos passados. Uma rápida análise da moderna vida jurídica mostra que ela é dominada não pela lei, mas pelo documento comercial. O direito com sua flexibilidade é substituído pelo conteúdo do documento. Nos contratos de compra, de arrendamento, de crédito bancário, de empréstimo hipotecário, nos testamentos, nos acordos de herança, nos estatutos das entidades e das companhias de comércio — e não nos parágrafos dos códigos deve ser procurado o direito vivo. Todos estes contratos contêm, além do conteúdo individual, válido somente para a transação específica, um conteúdo típico que se repete em todos eles. Este conteúdo típico do documento é o fundamental; se os nossos juristas que se dedicam a escrever sobre assuntos jurídicos estivessem bem assessorados, se dedicariam em primeiro lugar ao estudo destas generalidades, como o faziam os romanos que em seus comentários dos *éditos e libris iuris civilis* dissertaram longamente sobre a repetitiva *duplae stipulatio* e a *institutio ex re certa*. Creio que teríamos então mais monografias sobre o vendedor de cervejas ou o contrato de fornecimento de beterrabas às fábricas de açúcar ou sobre a venda de um consultório médico do que sobre o conceito de pessoa jurídica ou sobre a construção do direito de penhora. Utilizar o documento moderno para a ciência jurídica e a jurisprudência é evidentemente uma tarefa bem nova para o jurista. Mas para o historiador, em especial o historiador do direito, a pesquisa de documentos é uma coisa muito corriqueira e creio que as experiências neste ramo poderiam ser muito úteis para o teórico do direito e também para o prático, ao menos no início. A pesquisa histórica de documentos desenvolveu uma das técnicas mais complexas e difíceis da ciência e uma vida dedicada a ela praticamente não é suficiente para dominá-la completamente. Os documentos modernos, porém, em grande parte exigem tarefas bem diferentes que os históricos e elas de forma alguma são menos árduas.

Devemos esforçar-nos sobretudo para encarar o documento como parte do direito vivo e buscar em seu conteúdo este direito vivo, tal como os romanos o fizeram com seu direito contratual e seu direito testamentário. Os títulos dos *digestos*, tais como de *contrahenda emptio*, de *actionibus emptivendi*, de *evictionibus et duplae stipulatione*, *pro socio*, de *stipulatione servorum* e as que se referem aos direitos testamentário e patrimonial podem servir-nos de modelo. Seria da maior importância se finalmente a atual ciência jurídica e a jurisprudência deixassem de se preocupar com contratos e documentos romanos e se dedicassem aos atuais. A moderna ciência jurídica, portanto, deveria, em primeiro lugar, examinar os documentos quanto ao seu conteúdo geral, típico, repetitivo, analisá-lo do ponto de vista jurídico e esclarecer seus aspectos sociais, econômicos e político-legislativos.

Desta forma também conseguiríamos estabelecer um quadro daquilo que entre nós está acontecendo no campo do documento. Apesar de genericamente coincidentes, os documentos são diferentes, dependendo da região, da classe, do estatuto, do grupo étnico, da confissão religiosa. Creio que aqui se deveria utilizar os instrumentos da pesquisa documental para cumprir as tarefas de uma estatística jurídica. Creio que isto não será possível sem métodos novos e não será fácil elaborá-los. Mas que belos resultados o jurista poderia obter por aí, sobretudo se ele conseguir pôr a nu as determinações históricas, econômicas ou sociais destas diferenças.

Mas mesmo assim se supervalorizaria o documento, se a gente quisesse extrair dele, sem mais, direito vivo. Não é tão evidente que todo o conteúdo do documento seja portador e testemunho de direito vivo. Direito vivo no conteúdo de um documento não é aquilo que os tribunais no caso de uma disputa jurídica declaram como obrigatório, mas somente aquilo que as partes, na vida real, de fato observam. Estes efeitos das transações documentadas não podem ser deduzidos diretamente das consequências jurídicas que podem ser impostas via tribunal. Alguém seria capaz de deduzir dos estatutos de associações e de sociedades de ações que as assembleias dos membros que no papel parecem todo-poderosas na realidade não podem fazer mais do que dizer “sim”? Mas o conteúdo do documento que pode ser levado a juízo não só dá informações pouco confiáveis a respeito dos efeitos não previstos, mas também dos previstos e desejados.

Muita coisa escrita num documento está ali por tradição: o redator a copia de um modelo e as partes nem se conscientizam do que está escrito. Por isso elas não exigirão nem farão o que está escrito e ficarão surpresas quando tomarem conhecimento do que assinaram, tão logo o documento cai nas mãos de um jurista em virtude de uma disputa e ele procura executar judicialmente o que prevê o documento. Outras determinações as partes incluem no documento com o único objetivo de se resguardarem para casos extremos: é evidente que não se falará nestas estipulações enquanto os negócios correrem sem problemas. A outra parte compreende o sentido destas determinações mais rígidas de um contrato deste tipo, mas se mostrará muito reticente em relação às determinações que são levadas a sério. Quem lê um contrato de arrendamento dos senhorios reais prussianos ou dos domínios religiosos greco-orientais da Bukowina, fica admirado como o arrendatário se podia movimentar neste aramado de parágrafos. Mesmo assim a posição do arrendatário não é má: não se faz uso de todas estas multas, cláusulas de prazos, rescisões, cauções, reposições de dano, enquanto é possível entender-se por outra via com o arrendatário. As pessoas, no dia-a-dia, procuram fazer sobretudo negócios não litigiosos os outros; mesmo que exista a perspectiva de ganharem um processo, não lhes interessa movê-lo.

A análise sociológica do direito, portanto, terá de comparar com a realidade não só as prescrições jurídicas, mas também os documentos, ela também neste particular terá de distinguir entre direito vigente e direito vivo. Direito vigente (norma de decisão) parece ser o conteúdo decisivo do documento, pois em caso de processo é ele que conta; mas ele só é direito vivo na medida em que as partes o observam, mesmo que não pensem em processo. Quem desconhece estas diferenças básicas entre as partes constitutivas de um contrato escrito corre o risco de ter um quadro distorcido da vida. Mas mesmo para a administração da justiça e a legislação, esta oposição é de extrema importância. Não há dúvida de que é questionável que ela possa se prestar a levar a sério o que nem estava destinado a ser levado a sério.

O documento evidentemente só mostra do direito vivo aquilo que é registrado. Como se pode chegar ao direito vivo não documentado, que certamente é muito e importante? Creio que para isto não há outro meio do que abrir os olhos, instruir-se através da observação atenta do dia-a-dia, inquirir as pessoas e registrar suas manifestações. Sei que significa exigir muito dos juristas quando se lhes pede para procurarem aprender através da percepção direta e não através dos parágrafos; mas isto é inevitável e por aí ainda há muita novidade a ser detectada.

Da infinidade de coisas que merecem uma investigação deste tipo quero destacar apenas alguns pontos. Sobretudo o antigo direito que ainda sobrevive. O antigo direito, que é direito popular e não só direito dos juristas, continua vivo sob uma fina superfície do moderno direito legal, continua a dominar as ações e a consciência jurídica do povo. O historiador do direito pode aí não só encontrar muita coisa que suas fontes ignoraram, mas também verificar muita coisa que em geral se considera como pertencente a épocas passadas. Não entremos em detalhes no que se refere ao documento; todo mundo sabe que o documento muitas vezes consiste num precário equilíbrio entre o tradicional e as exigências do novo direito: isto acontece no direito hereditário camponês, no direito sobre o regime de bens no matrimônio. Mas é preciso concentrar esforços muito maiores do que até agora na pesquisa daquilo que do antigo direito continua vivo entre o povo, sem estar documentado, sobretudo porque não poderá resistir mais por muito tempo ao impacto da vida moderna. Bogišić conseguiu descobrir a antiquíssima *Sadruga*, uma das organizações mais originais da humanidade, mesmo dentro do âmbito de vigência do código civil austríaco; em um outro canto da Áustria, na Galícia Oriental, Dniestrzanski (*Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände*, Czernowitz, 1905) encontrou uma sociedade comercial que era conhecida de toda uma tribo rutena, mas que assumia uma forma totalmente estranha às leis austríacas. Eu mesmo tive oportunidade de constatar que entre os rutemios da Galícia Oriental e da Bukowina existiam casos isolados de cooperativas agrícolas familiares; creio que hoje em dia desapareceram totalmente. Recentemente Mauczka (*Altes Recht im Volksbewusstsein*, Viena, 1907; *idem Gerichts-zeitung*, n.º 10 e 11, 1907) demonstrou que também entre os alemães da Áustria não faltam restos de direito que sobrevivem. A meu pedido também um escritor vienense, o Dr. Kobler, registrou alguma coisa para o meu seminário sobre direito vivo.

Creio que mais importantes do que tais restos em extinção são para o jurista os germes de um novo direito. E neste ponto encontramos-nos diante de um fato peculiar. Em geral se considera como uma das conquistas permanentes da escola histórica o fato de ela ter reconhecido que o direito se encontra em eterna evolução e deveria crer-se que isto é válido não só para épocas remotas mas também para o último século. Mas ciência e ensino fazem um uso peculiar desta sabedoria. Enquanto se trata dos velhos romanos ou dos alemães até mais ou menos os séculos XIV/XV existe compreensão para a evolução das instituições jurídicas: da família das relações de submissão pessoal, da propriedade agrária, do contrato. Das leis que nesta época exercem um papel secundário, não se fala. Para períodos posteriores este tipo de história jurídica, porém, entra praticamente em recessos; e em relação aos últimos cem anos a ciência e o ensino histórico-jurídicos se dissolvem totalmente em uma história da Legislação. Parece partir-se do pressuposto de que as instituições jurídicas nesta época só evoluem pelo fato de os parágrafos dos códigos se modificarem. Que significa isto? A evolução das instituições jurídicas fora das leis parou no século XIX? Mas tanto hoje como na Antiguidade e na Idade Média a história jurídica não repousa tanto no surgimento e

desaparecimento de prescrições jurídicas formuladas em palavras, mas no fato de surgirem novas instituições jurídicas e outras já existentes gradativamente serem preenchidas por um conteúdo novo. Nenhum historiador do direito admitirá que as relações jurídicas básicas da Alemanha no século XIV apresentam o mesmo feitio que no século XV ou então que as mudanças, em parte profundas, só ocorreram em virtude da muitas vezes pouco incisiva legislação; será que o mesmo não vale para o século XIX, um período tão conturbado do ponto de vista social, econômico e político, quanto a humanidade não vivenciara até então? O que importa é o que se entende por evolução? O direito familiar evoluiu — isto hoje em dia significa a mesma coisa que na Idade Média: as relações de homem e mulher, de pais para com os filhos têm agora uma nova feição; a propriedade agrária — abstraindo das reformas empreendidas através de leis e pela administração — evoluiu — isto significa: existe uma outra constituição agrária, porque há outros direitos em relação ao solo, mas também porque a situação econômica dos camponeses e do latifundiário se modificou; o direito contratual evoluiu: isto se deve ao fato de terem surgido novos tipos de contratos e ao fato de contratos tradicionais serem firmados com outro conteúdo; o direito hereditário evoluiu: isto significa sobretudo que a divisão de herança, os testamentos, e outras repartições que ocorrem em virtude da morte de alguém, hoje são diferentes do que há cem anos. Diante de todas estas transações praticamente desaparece o que a legislação realizou neste tempo.

É portanto com a investigação do direito vivo que a sociologia do direito deve iniciar. Inicialmente ela concentrará sua atenção sobre o concreto e não sobre o genérico. Afinal observar só se pode o concreto. Também o anatomista não coloca as células do homem sob o microscópio, mas determinadas células de determinada pessoa; também o fisiólogo não investiga as funções do fígado dos mamíferos, mas as de um determinado fígado de determinado mamífero: só quando ele realizou a observação concreta, começa a perguntar se ela tem validade geral, procurando confirmá-lo com uma série de outras observações concretas, para as quais deve encontrar um método especial. O mesmo é válido para o pesquisador do direito. Ele primeiro terá de estudar hábitos, relações de dominação e jurídicas, contratos, estatutos, declarações de última vontade concretos, para depois verificar ou não sua validade geral. Por isto não é verdade que na investigação do direito vivo se trate somente de investigar o “direito consuetudinário” ou os “costumes sociais”. Mesmo que se possa imaginar algo sob estes conceitos — o que nem sempre é o caso —, não se trata de algo concreto, mas de generalizações já efetuadas. Mas somente dos hábitos, das relações de dominação e jurídicas, dos contratos, dos estatutos, das declarações de última vontade concretos decorrem as regras do agir, pelas quais as pessoas se orientam. E é somente com base nestas regras que surgem as normas de decisão dos tribunais e as determinações legais, que até agora foram as únicas a receber a atenção dos juristas, grande maioria das decisões judiciais baseia-se nos hábitos, relações de posse, em contratos, estatutos, declarações de última vontade constatados pelos tribunais. Se quisermos compreender as generalizações, as uniformizações e as outras formas de criação de normas do juiz e do legislador, devemos conhecer antes de mais nada as bases que as motivaram. Quanto mais soubermos da atividade bancária romana tanto melhor compreenderemos o *receptum* e o *litteris contrahere* — será que para o direito de nossa época não vale o mesmo? Neste sentido, Savigny tinha razão, quando pensava que o direito — e o direito para ele consistia predominantemente na prescrição jurídica — só podia ser explicado a partir de seu contexto histórico; o contexto histórico, porém, não se localiza em um passado remoto, mas no presente, no qual a prescrição jurídica se desenvolve.

Mas o significado científico do direito vivo não só inicia ali, onde começa a ser determinante para as normas de decisão dos tribunais ou para o conteúdo das leis. O ato de conhecê-lo e estudá-lo tem seu valor intrínseco no fato de ele ser a base da ordem legal da sociedade humana. Para conhecê-la devemos determinar os hábitos, as relações de dominação e jurídicas, os contratos, estatutos, declarações de última vontade, independente se eles já foram expressos em alguma decisão ou em alguma lei ou o serão no futuro. Mesmo aquilo que o novo código comercial alemão contém em termos de leis sobre bolsas, bancos, transporte, navegação fluvial e outros adendos, já era lacunar quando surgiu e está hoje em dia totalmente superado. O comércio moderno, sobretudo o exterior, desde então deu origem a um grande número de novas formas que deveriam ser objeto da ciência jurídica tão bem quanto as que são citadas na lei. Encontra-se a este respeito muita coisa útil na florescente bibliografia científico-comercial. Boa parte da ordem do direito das minas e da navegação tornou-se conhecida para a ciência jurídica através do direito das minas, o direito marítimo e o direito da navegação fluvial, mas também isto em grande parte está superado. A fábrica, o banco, o trem, o latifúndio, as associações operárias e milhares de outras formas de vida possuem também uma ordem e esta ordem possui o seu lado jurídico da mesma forma como a casa comercial, regulamentada pelo código comercial. Além disso existem as inúmeras formas segundo as quais estas associações mantêm relações externas, sobretudo através de contratos. No caso da fábrica, o pesquisador do direito terá de seguir os inúmeros e freqüentemente entrelaçados caminhos que conduzem do recebimento da encomenda até a entrega dos produtos aos clientes: a posição do representante e do viajante, os três escritórios existentes em cada fábrica, o comercial, o técnico e o da fábrica propriamente dito, a entrada das encomendas, o seu registro, o cálculo dos custos do empreendimento, do preço de venda do recálculo após a produção do objeto, o atendimento da encomenda com base nos registros, a tarefa do escritório da fábrica propriamente dito, do mestre, do chefe de seção e do operário, o cálculo do

salário no caso de salário por objeto produzido ou por tempo, a distribuição do salário entre os diversos operários, o significado do levantamento do estoque de material, o controle do portão. Não menos importante para o lado jurídico da ordem no empreendimento fabril são os registros, os levantamentos dos estoques, o arquivamento de plantas e modelos, a seleção de operários e aprendizes, as ordens de serviço, as comissões de operários.

Não há dúvida de que os economistas já muitas vezes se dedicaram a pesquisas iguais às que aqui são exigidas. Com isto o trabalho dos juristas, porém, de forma alguma se tornou supérfluo. O jurista e o economista ocupam-se dos mesmos fenômenos sociais. Propriedade, dinheiro, crédito, câmbio, sociedades de ações, direito hereditário: praticamente não há objeto que não interessasse tanto à ciência jurídica quanto à economia. Trata-se, porém, de aspectos totalmente diferentes dos mesmos fenômenos sociais pelos quais um e outro se interessam: um se interessa pelo seu significado econômico e pela sua abrangência, o outro por sua regulamentação econômica e pelas consequências jurídicas. Mesmo que o jurista possa aprender muito do economista e o economista do jurista, as questões que os mesmos objetos propõem à suas respectivas ciências são bem diversas; exatamente por isso também não é possível relegar qualquer parte do imprescindível trabalho de ambos ao outro.

Com a investigação do direito vivo evidentemente os métodos históri- co e etnológico não se tornarão supérfluos, pois as leis da evolução social só podem ser conhecidas pela análise dos fatos históricos e pré-históricos (etnológicos). Os métodos histórico e etnológico, porém também são imprescindíveis para compreender a situação jurídica atual. Nunca aprenderemos a compreender o passado de outra forma que através do presente, mas o caminho para compreender a essência do presente passa pela com apreensão do passado: cada parcela do presente contém todo o seu passado e ele é perfeitamente perceptível para quem possui um olho acurado para ver a essência das coisas. Os grandes fundadores da escola histórica não desconheciam esta verdade e por isso seu objetivo não era, como hoje muitas vezes se crê, uma ciência jurídica que fosse uma história do direito, mas uma ciência jurídica histórica. Não há dúvida de que a maioria deles nem se dedicou à história do direito, mas somente ao antiquarismo jurídico e substituíram a ciência jurídica histórica pela especulação dialética ou, o que não é melhor, pela filosofia de Schelling: também eles, como pessoas, tiveram de pagar tributo ao seu tempo. O objetivo estava escrito com letras garrafais sobre a porta de entrada, só que ninguém soube ler a inscrição. E isto é tão significativo quanto o fato de que, com o tempo, a Revista de ciência jurídica histórica (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*) transformou-se em Revista de história jurídica (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*).

Para realmente conhecer a situação jurídica é preciso investigar tanto o que a própria sociedade realiza quanto o direito estatal e as influências reais sobre o direito societal. Precisamos saber que tipos de matrimônio e de família ocorrem em um país, que tipos de contrato são firmados e qual o seu conteúdo, que tipos de declaração de última vontade existem, como tudo isto deveria ser julgado por tribunais e outras instâncias estatais segundo o direito vigente, como de fato são as decisões a respeito e em que medida as sentenças e outras decisões realmente são efetivas. Uma investigação deste tipo mostrará que apesar de as legislações de diferentes países, como por exemplo França e Rumênia, coincidirem, predomina em ambos um direito muito diferente; mostrará também que o direito na Boêmia, na Dalmácia e na Galícia não é o mesmo, apesar de que diante de tribunais e órgãos governamentais são utilizados os mesmos códigos e que, em virtude das condições jurídicas efetivas, independente do código civil único, também as diversas partes da Alemanha não formam uma unidade jurídica, abstraindo, no caso, do fato de existirem diferenças particulares na legislação.

Não há dúvida de que nosso conhecimento neste sentido sempre permanecerá lacunar e deficiente e não há dúvida de que é muito mais fácil e agradável estudar alguns códigos com adendos e explicações do que através de um trabalho longo e estafante procurar determinar a situação de fato. Mas, afinal, não é tarefa da ciência procurar por tarefas fáceis e agradáveis, mas sim por tarefas grandes e frutíferas. Todo o nosso saber é lacunar e a ciência jurídica não será exceção, tanto menos quanto mais científica ela for.

Estas considerações teriam totalmente falhado em seu objetivo, se alguém pensasse que com os métodos aqui indicados se esgotasse a metodologia da sociologia do direito. Para novos objetivos científicos sempre serão necessários novos métodos. Por isso, só para provar as possibilidades infinitas que se apresentam, quero chamar a atenção para alguns aspectos. A geografia política, tal como Ratzel a fundou e como hoje na França a entende Brunhes, é na verdade uma sociologia com método geográfico de pesquisa. Já nos anos cinquenta do século passado o francês Le Play em sua *science sociale* partia das condições locais da vida social e sua escola atualmente prossegue com dedicação na obra por ele iniciada. Em sua obra sobre o abastecimento de água (*irrigation*) na Espanha, Egito e Argélia, que para o jurista no mínimo é tão interessante quanto qualquer obra sobre história jurídica ou etnologia, Brunhes mostra que grande quantidade de configurações jurídicas em toda parte estão ligadas ao tipo, à natureza e à eficiência das instalações de irrigação. Se os árabes nos oásis africanos só conhecem a propriedade árvores e não do solo desértico, os motivos não podem ser descobertos através da etnologia ou da história jurídica, mas somente através do estudo das peculiaridades de uma economia no deserto.

Há muitos anos Ofner apontou em Viena para as possibilidades imediatas do experimento jurídico para a investigação do sentimento jurídico. Há um ano Kobler nos *Wiener juristische Blätter* elaborou esta idéia de forma autônoma e integrou os experimentos na *Freie juristische Vereinigung* por ele criada. Às pessoas que participam das experiências (e que não podem ser juristas) são apresentados casos jurídicos reais ou fictícios ou também processos inteiros e elas devem tornar posição, segundo seu próprio sentimento jurídico. A quem neste momento não ocorre a psicometria da escola de Fechner-Wundt? Creio que se pode encarar estas experiências com as mesmas reservas que há em relação à psicometria. A pessoa que participa da experiência não está no seu ambiente habitual e também sabe que sua sentença não decide nada sobre o caso; o caso fictício não provoca emoções, não mexe com os sentimentos e só fala à razão. Isto são interferências que um bom método deve procurar eliminar — apesar de tudo a experiência fornecerá dados valiosos exatamente se a gente não se esquecer das interferências.

O método é tão infinito quanto própria ciência.