

Norma jurídica e realidade social*

Tullio ASCARELLI

trad. Maria Cristina DE CICCO e Rafael MARINANGELO

SUMÁRIO: 1. Norma jurídica e fato econômico; – 2. Autonomia da normativa e reconstrução tipológica da realidade; – 3. Caráter criativo da interpretação; – 4. *Regulae iuris* e reconstrução tipológica da realidade. Ciência e sagacidade; – 5. Sociologia e logicismo; – 6. Lógica e retórica; – 7. Doutrina jurídica e direito; – 8. Função da interpretação; – 9. Interpretação e aplicação; – 10. Objeto da jurisprudência; – 11. Jusnaturalismo e positivismo; – 12. A civilização moderna e a produção industrial em massa; – 13. Ciência jurídica e economia; – 14. Caracteres gerais do ordenamento jurídico conseguinte à produção industrial em massa; – 15. E historicidade do direito; – 16. E crise do direito; – 17. E indagações sobre a efetiva estrutura jurídica; – 18. E tarefa do jurista.

1. Norma jurídica e fato econômico

Em um estudo meu de alguns anos atrás *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato*, Milano, 1952, p. 55) procurei chamar a atenção, de um lado, sobre algumas relações entre realidade econômica e disciplina jurídica, de outro, sobre os critérios, ou os artifícios, se assim preferir, aos quais recorre a interpretação para adequar a disciplina jurídica a uma realidade mutável.

O problema da relação entre fato econômico e norma jurídica tem sido frequentemente trazido à tona e é talvez por isso que convém realçar, antes de tudo, o delineamento do tema.

A observação preliminar que, portanto, gostaria de submeter à apreciação do leitor refere-se à abordagem, propriamente dita, do tema.

A norma jurídica repousa de qualquer maneira sempre sobre valorações: nunca há, portanto, a rigor, um «contraste» entre «norma jurídica» e «fato» econômico, nem nunca, a rigor, um problema de direta adequação da norma ao fato. O problema é sempre e somente o de adequar uma norma historicamente posta, uma norma positiva, às valorações atuais. E somente porque as normas referem-se a fatos atuais é que se pode falar de adequação da norma ao fato, ao invés de modificação de uma norma em função de novas valorações, por sua vez motivadas da constatação de novos fatos.

Esta abordagem do problema apresenta-se correta tanto na ordem legislativa quanto na ordem interpretativa em relação, neste caso, à função desenvolvida pelo intérprete ao interpretar a norma e assim adequá-la a novas valorações.

Me aterei à segunda pois ela abrange aspectos da teoria da interpretação, enquanto a primeira implica problemas políticos que, a meu ver, não poderiam ser abordados sem, simultaneamente, questionar-se sobre o problema da função, que também evidencia a inadequação do ordenamento jurídico a valorações mais recentes e as causas da falta de adequação.

2. Autonomia da normativa e reconstrução tipológica da realidade

A esse fim ocorre acrescentar que mesmo que o direito recorra a termos lexicalmente idênticos àqueles da doutrina econômica (p. ex. moeda, preço), nem por isso a norma contém um reenvio ao significado fixado pela «ciência econômica».

Daqui se infere que a norma jurídica nunca chega e nunca poderá chegar a um completo e rigoroso sistema de definição e isto, a meu ver, em razão da própria exigência de sua aplicação, e de uma aplicação como sistema unitário; esta requer a conexão das normas a uma tipologia da realidade social. Essa tipologia da realidade social, em função da qual é determinado o âmbito de aplicação da norma, não pode d'outra parte ser recebida por uma outra ordem de indagações, mas deve ser determinada em função e coerentemente com a própria norma, de modo que esta, além disso, reporta-se à interpretação daquela.

3. Caráter criativo da interpretação

O intérprete supera o momento meramente declarativo no próprio ordenamento das normas -- ainda que sejam expressões de tendências diversas e fruto de diversos momentos históricos - em um sistema unitário, resolvendo o contraste das várias tendências das quais são expressão, por meio de sua ordenação hierárquica de acordo com sua maior ou menor generalidade.

Esta ordenação não pode ser dada pelo próprio sistema, exatamente porque a construção do sistema é, por sua vez, fruto da interpretação.

Esta ordenação repousa sobre uma reconstrução tipológica da realidade e cada norma, no pressuposto da sua aplicação, se reporta a uma reconstrução tipológica da realidade. Esta reconstrução tipológica não pode ser, por sua vez, completamente dada pelo sistema normativo. Isto justamente porque mira à disciplina de uma realidade mutável cujo enfrentamento visa a oferecer um critério de valoração e decisão. Esta realidade, dada a sua própria mutabilidade, não pode ser objeto de classificação conclusiva por parte de nenhum *corpus iuris*, de maneira que a própria aplicabilidade deste comporta uma contínua reconstrução tipológica da realidade disciplinada.

Para aplicar um *corpus iuris* qualquer, que se coloca como dado e unitário, a uma realidade concreta, o intérprete deve ordenar, unitária e sistematicamente, normas que são fruto de tendências diversas e reconstruir tipologicamente a realidade em função da norma, enquadrando, após, o caso em relação à dita reconstrução, o que lhe permite superar o momento meramente declarativo.

Esta superação não concerne a uma esfera de liberdade deixada ao intérprete no âmbito delimitado da norma, como sustenta magistralmente a escola Kelseniana, nem a uma espécie de marginal ou inadvertida intromissão dos juízos de valor do intérprete na cadeia de um raciocínio lógico.

Os juízos de valor do intérprete concernem à própria colocação da norma no sistema e à reconstrução de uma tipologia da realidade social, tipologia que depois evidencia o âmbito de aplicação da norma.

Por isso os juízos de valor do intérprete não dizem respeito apenas à esfera confiada à sua liberdade nos limites rigorosamente definidos pela norma ou pelos casos marginais, mas conforma-se à própria posição e inteligência da norma.

Esta não pode reduzir-se a axiomas rigorosamente definidos, exatamente porque é critério de valoração da realidade social na sua efetividade, não de uma realidade ideal, assumida como modelo; é critério de valoração que deve ser sempre entendido no âmbito de um sistema jurídico unitário, não socorrendo, por isso, a possibilidade de recorrer a diversas «geometrias», de acordo com as exigências da experiência, justificando então sistemas também baseados em axiomas diversos.

Na sua aplicação o sistema jurídico deve apresentar-se como unitário e constante e diante da mutabilidade da realidade é o intérprete que assegura um equilíbrio sempre transitório.¹

O intérprete terá conta, certamente, além do mais, de todos aqueles elementos que asseguram a continuidade entre a própria interpretação e aquelas precedentes; entre o próprio ordenamento do sistema e a própria reconstrução tipológica da realidade e daqueles precedentes, mas não poderá jamais limitar-se a indagar qual a tipologia precedentemente suposta, para a mesma e contínua mutabilidade da realidade à qual se refere a tipologia, assim como não poderá jamais deduzir do exame daquelas mesmas normas um ordenamento completo.

4. *Regulae iuris* e reconstrução tipológica da realidade. Ciência e sagacidade.

Por isso, ao lado daquelas que, retomando o trecho paulino, chamaremos as *regulae iuris*, os resumos mnemônicos das normas, encontraremos sempre aqueles conceitos (ou, se preferir, pseudo-conceitos) que, servindo a determinar o âmbito de aplicação da norma, de outro modo inaplicável, se atêm a uma construção tipológica da realidade em função da norma.

Na elaboração e na transformação destes conceitos explica-se (assim como no ordenamento hierárquico das normas) a obra criativa do intérprete², oposta e, mesmo

¹ Remeto ao meu estudo citado para um exame de como isso possa se verificar.

² Quando falamos de «dolo», «erro», «culpa», «vício redibitório» e assim por diante, fazemos, obviamente, referência a conceitos que importam uma reconstrução tipológica da realidade (diversamente do que fazemos ao falar de nulidade, decadência, anulabilidade e assim por diante). A importância destes conceitos que, todavia, condicionam a aplicação e a valoração relativa das normas não é jamais, em via definitiva, dada pela norma. Ainda que esta possa às vezes qualificar estes conceitos com a remissão a outros, estes, por sua vez, reportam-se a uma reconstrução tipológica da realidade não se alcançando jamais uma definição última que, para isso, deveria, ao fim, remeter circularmente ao conceito de partida, o que então precluiria a aplicação da norma (que poderia então somente constituir um modelo ideal da realidade, como ocorre com a matemática).

Ao determinar o valor deste conceitos não podemos nos limitar a indagar a norma (o que limitaria o valor àquele que se possa apurar ser historicamente entendida por um legislador, de resto dificilmente individualizável a este fim), mas fazer, substancialmente, referência à congruência da disciplina ditada e à unidade do sistema em relação a determinadas *fattispecie*; vale dizer, terminamos por fazer referência a uma reconstrução tipológica da realidade em função da norma. Esta reconstrução funda-se, ao fim, sobre uma congruência da disciplina ditada com a reconstrução tipológica da realidade, congruência que importa, todavia, uma valoração do intérprete!

Recorde-se, também, as discussões sobre a possibilidade de incluir a energia (p. ex. a eletricidade) entre as coisas.

Às vezes o mesmo termo lexical é utilizado quer para indicar uma determinada *fattispecie*, quer para sintetizar uma normativa que eventualmente aplica-se tanto à *fattispecie* com a mesma expressão lexical quanto a uma *fattispecie* diversa: as disputas entre jurisprudência conceitual e jurisprudência dos interesses frequente e precisamente dizem respeito à legitimidade de se argumentar em via de interpretação esta última possibilidade, o que por vezes costuma ser negado pela jurisprudência conceitual (implicitamente

assim, paralela àquela do legislador; são estes conceitos os que, antes de serem fruto da interpretação, constituem o seu instrumento.³

É assim que a atividade do intérprete é, mais do que obra da ciência, obra de sagacidade, e à sagacidade, mais que à ciência, devemos reconduzir o direito.

5. Sociologismo e logicismo

É por isto que me parecem consagradas ao insucesso as tentativas de «sociologizar» o direito, crendo-o um dado imediato da realidade e esquecendo-se de que o direito é, ao revés e sempre, critério de valoração da realidade.

Todavia, parecem igualmente destinadas ao insucesso as tentativas daqueles que desejam reduzir a interpretação a uma atividade meramente lógica, esquecendo-se que o problema do intérprete não se reduz às deduções das premissas dadas, mas diz respeito justamente, e antes de tudo, à posição das premissas.

É por isto que a doutrina Kelseniana, justamente ao fazer derivar de conceitos jurídicos um rigoroso formalismo, revela-se, depois, muda em sede de interpretação; por isso ela é concebida como posicionamento de uma norma no âmbito de legitimidade marcado por uma norma superior. Esta norma superior, de resto, não poderia ser determinada independentemente de uma interpretação, de modo que a *stufenweise Normerzeugung*

assumindo que a disciplina normativa encontra seu fundamento na tipicidade de uma determinada *fattispecie*), e, ao contrário, afirmado pela jurisprudência dos interesses (dada a recorrência de um idêntico interesse tutelável).

³ Em estudos precedentes me debrucei precisamente sobre os vários tipos de conceitos jurídicos em contraste com a doutrina corrente que trata indiscriminadamente todas as categorias jurídicas, objetivando justamente distinguir aqueles que se dedicam a uma reconstrução tipológica da realidade e aqueles que, ao invés, dedicam-se a uma síntese normativa, mostrando como é por meio dos primeiros que se desenvolve a obra criativa do intérprete.

A tarefa da teoria da interpretação me parece ser a de aclarar como se desenvolve a atividade criativa do intérprete: esta natureza criativa da interpretação, na verdade, frequentemente afirmada e obviamente constatável no terreno histórico, deve ser analisada para se colher o seu desenvolvimento, sendo somente por meio desta indagação que pode ser superada a doutrina - sempre dominante, se bem que desmentida pela observação cotidiana - que reconhece na interpretação o mero espelho do dado interpretado, assumido isto quase como uma ideia platônica.

Cfr. a esse respeito a *Prefazione* dos meus *Studi di diritto comparato*, Milano, 1952 e os estudos (*Interpretazione del diritto e diritto comparato; Dispute metodologiche e contrasti di valutazione; Considerazioni in tema di società e personalità giuridica; Sul concetto di titolo di credito*) em *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955. No último dos estudos mencionados (*sul concetto di titolo di credito*) procurei demonstrar como o olvidamento da distinção supracitada conduza a um contrassenso - como, a meu ver, ocorre na definição legal de título de crédito no nosso código - e chamei a atenção sobre a possibilidade de resolver algumas distinções discutidas (como aquela entre inexistência e nulidade) muitas vezes distinguindo entre o que concerne à reconstrução tipológica da *fattispecie* e o que concerne à sua normativa. No estudo sobre a personalidade jurídica procurei demonstrar como, por sua vez, o conceito de pessoa jurídica não importa uma reconstrução tipológica da realidade, constituindo apenas a expressão de uma normativa ou melhor uma expressão abreviada, por isto resolúvel em outras.

da doutrina Kelseniana acaba por pressupor sempre uma determinada interpretação de uma norma e assim o faz para desinteressar-se do problema da interpretação.

A purificação do conceito jurídico é obtida, então, com a renúncia à determinação do seu âmbito de aplicação e, assim, com a renúncia a qualquer interpretação ou aplicação da norma; interpretação e aplicação mantêm-se, desse modo, estranhas ao direito que, purificado, torna-se inaplicável. Delineia-se, assim, uma série de posições formais,⁴ necessariamente privadas de conteúdo, indubitavelmente de enorme valor, mas às quais não podem ser reduzidos os conceitos dos quais se serve o jurista na determinação do alcance e do âmbito de aplicação da norma; esses conceitos implicam uma reconstrução tipológica da realidade e, deste modo, comportam a presença dos juízos de valores do intérprete; estes juízos não determinam uma solução interpretativa em um âmbito de discricionariedade ditado por uma norma, mas dizem respeito à inteligência mesmo da norma em relação à qual, e próprio por isto, a solução interpretativa do caso é declarativa.

A criatividade da interpretação não reside, portanto,⁵ no momento da solução do caso concreto, mas próprio na interpretação da norma em relação à qual a solução do caso conserva o seu alcance declarativo.

6. Lógica e retórica

Se a obra do intérprete fosse rigorosamente limitada a *explicare quod implicitum est*, a evolução da jurisprudência e da doutrina reduzir-se-ia a uma comédia de erros: tratar-se-ia sempre e somente de verificar qual a interpretação «exata» diante de um sistema que se supõe já integralmente definido e só logicamente revelado; a atual jurisprudência francesa não faria mais do que descobrir a «exata» interpretação daqueles artigos do

⁴ Constituindo, assim, uma representação de uma normativa depurada, todavia, da sua referência a uma outra *fattispecie*. Para uma investigação dos princípios de uma lógica jurídica que domina a interpretação e de uma axiomática jurídica apriorística e universal, independentemente da referência a qualquer conteúdo, cfr. a obra GARCIA MAYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, Mexico, 1951.

⁵ Como eu mesmo considerei em meu primeiro estudo sobre o problema das lacunas in *Archivio giuridico*, 1925, ora *Studi di diritto comparato*, Milano, 1952, p. 209, assumindo uma posição até então mantida isolada, mas hoje frequentemente reproposta, ao distinguir na interpretação um fator de desenvolvimento do direito do ponto de vista histórico, mas uma atividade meramente declarativa do ponto de vista jurídico. A conciliação entre essas duas afirmações foi por mim obtida distinguindo o momento da sentença, ou, em geral, da aplicação da lei ao caso concreto, e recolocando neste o momento criativo, sem distinguir/compreender/evidenciar como, ao contrário, a mesma função da sentença no desenvolvimento do direito coordena-se com a posição da sentença como precedente (e apesar de não vinculante) e como o momento criativo não deva, por isso, recolocar-se na aplicação ao caso concreto (podendo, por este motivo, vir conservada a teoria tradicional sobre a natureza declarativa da sentença), mas na própria interpretação da norma, interpretação que, por sua vez, torna-se necessária em razão de sua aplicação.

código de Napoleão que ela interpreta diversamente da jurisprudência de um século atrás.

Esta concessão não faria, a meu ver, mais do que transportar uma exigência retórica do advogado na história da interpretação; este não pode por em evidência o critério de continuidade ao qual é obrigado o intérprete, a não ser sustentando que a própria interpretação é logicamente necessária e aquela do adversário é contraditória e errônea. Na verdade a disputa, quase sempre, não trata, absolutamente, de deduções diversas das «mesmas premissas» (o que seria facilmente solucionável), mas sobre a diversidade de premissas, embora todas compatíveis com a norma formulada; todas compatíveis com a norma formulada exatamente porque esta pode ser entendida somente em função de uma colocação no sistema e de uma reconstrução tipológica da realidade, que por sua vez não podem prescindir da liberdade (não por isso desprovida de razoabilidade) do intérprete, cujos juízos de valor não podem permanecer ausentes, ainda que a «retórica» da argumentação vise a esconder as premissas assumidas para apresentar diretamente as consequências como inevitavelmente impostas pela lógica.

É próprio o exame «lógico» que permite superar a «retórica» e colher, sob argumentações apresentadas como logicamente inexoráveis, uma diversidade de valorações, ainda que cuidadosamente escondidas; encontrar na formulação da premissa a posição implícita da conclusão da qual então evidentemente se extrai de forma lógica, deduzindo-a, porém, justamente de uma premissa posta a esse fim e posta quer através da colocação hierárquica da norma, quer através da reconstrução de sua *fattispecie*. Encontrar na formulação da premissa a posição implícita que se extrai de forma lógica da conclusão.

7. Doutrina jurídica e direito

Eis porque a evolução da doutrina e da jurisprudência não se reduz a uma substituição de «interpretações logicamente exatas» a «interpretações logicamente erradas», mas representa uma efetiva evolução histórica e uma evolução que converge naquela do direito, constituindo seu elemento «interno».

Este caráter, dificilmente negável na valoração histórica da evolução de qualquer doutrina ou jurisprudência, demonstra, justamente, que a obra do intérprete não é reconduzível ao descobrimento de um alcance já predeterminado da norma que a argumentação lógica permitiria revelar.

É por isto que a história do pensamento jurídico conflui para aquela do direito e a ela não se contrapõe.

O intérprete (que aqui se contrapõe ao legislador) encontra um limite à sua discricionariedade naquele critério de continuidade pelo qual a norma interpretativa posta deve ser reconduzida a outra norma dada, continuidade que se usa exprimir por meio do caráter declaratório da interpretação. Precisamente porque se trata de continuidade e não de dedução lógica, a sua recorrência se identifica com a aceitação mesma do resultado como resultado interpretativo. Esta aceitação delinea o limite do sucesso interpretativo e é por meio desta aceitação que acabam por concorrer a norma ditada e aquela socialmente vigente. A interpretação se coloca em relação à norma dada como a planta diante da semente e não como a imagem no espelho em face da realidade espelhada.

Isto equivale a afirmar a historicidade do direito – próprio, por isso, historicamente como interpretado e entendido – e a negar, por isso, a existência de um direito racionalmente preordenado do qual o direito vigente constituiria ora um espelho, ora uma degradação ou uma negação.

A exigência ética que impõe a cada um a valoração da norma exortará o indivíduo a realizar a reforma ou atuar a revolução e será operosa também na interpretação,⁶ mas historicamente confluirá para o contínuo desenvolvimento do direito o qual vige historicamente na sua positivação.

8. Função da interpretação

A técnica da interpretação visa, substancialmente, conciliar a continuidade à qual é condicionada a posição de normas em via interpretativa com a necessária criatividade de interpretação. É por isso que sempre se desenvolve uma peculiar técnica de interpretação jurídica que depois apresenta características diversas nos vários ambientes, exatamente em relação à convicção lá prevalente sobre o direito e o Estado; esta concorre a caracterizar cada sistema na sua organicidade e concorre na determinação das categorias

⁶ No estudo citado sobre *Funzioni economiche e istituti giuridici* indiquei alguns dos caminhos dessa técnica, quer no desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, quer naquele da praxe contratual.

peculiares a cada sistema; não representa um mero corpo de cânones lógicos universais que possam contrapor-se aos sistemas individuais.⁷

As diversas tendências ditas metodológicas em tema de interpretação não podem ser compreendidas no terreno de uma contraposição entre metodologias⁸ «verdadeiras» e «falsas», mas naquele de uma diversidade de valorações gerais (ora, por exemplo mais sensíveis às exigências que poderiam dizer-se de soberania individual, ora mais sensíveis às exigências da comunidade) que por meio da diversidade de técnica interpretativa buscam o próprio triunfo.

E, ao final, é a esta valoração que se reporta a própria teoria das fontes e assim a identificação do dado posto como objeto da interpretação (e por isso, depois, novamente, a sua técnica) em relação às concepções gerais do Direito e do Estado, concepções que, antes mesmo de expressarem-se nas normas, determinam quais são as normas assumidas como objeto de interpretação e as suas características. E, a tal fim, basta pensar na contraposição entre sistemas codificados e sistemas de *common law* em relação à posição da lei, ora vista como suprema fonte do direito, ora quase como regulamentação de um direito tradicional e natural manifestado nos precedentes jurisprudenciais.

É assim que a norma fundamental vigente e aquela socialmente em vigor acabam por concorrer, porque é à opinião geral que, ao final, se reporta quer a identificação da norma objeto de interpretação por meio do próprio alcance da teoria das fontes, quer pelo alcance que essa assume na aplicação.

9. Interpretação e aplicação

A criatividade da interpretação é, como observado, uma consequência da própria necessidade de aplicação do direito, ordenamento da vida em sociedade e ordenamento que deseja ser atualmente operante como unitário, não obstante nele confluem

⁷ Faço referência, no momento, à citada *Prefazione* aos meus *Studi di diritto comparato* e ao meu estudo cit. sobre *Interpretazione del diritto e diritto comparato* em relação à conexão entre as técnicas interpretativas dos direitos romanísticos e anglo-saxões com as respectivas características desses direitos e com as respectivas categorias dogmáticas; são justamente as categorias dogmáticas e acima de tudo aquelas de interpretação que podem permitir uma classificação dos vários sistemas em sede de direito comparado, superando o mero ordenamento dos vários direitos segundo a soberania dos vários Estados, porque, em sede histórica e comparativa, a mesma relação entre direito e Estado deve constituir um objeto e não uma premissa da pesquisa.

⁸ Porque, ao contrário, qualquer teoria de interpretação deve permitir entender o porquê de tendências interpretativas ainda que diversas.

tendências diversas e contrastantes, não obstante ele ter visualizado uma realidade a rigor sempre diversa daquela à qual deve ser aplicado.

Esta aplicação importa uma contínua relação com uma realidade mutável, que não pode ser compreendida se não por meio da contínua mediação da interpretação; a completude do ordenamento não é um dado inicial, mas um ponto de chegada sempre transitório pelo complemento e adequação do sistema em virtude de sua interpretação.

É exatamente a criatividade desta, ainda que no âmbito de um critério de continuidade, que concilia a aplicabilidade à qual tende a norma com a sua constância nos vários casos.

10. Objeto da jurisprudência

É por isso que o objeto da jurisprudência não é o mero estudo das normas, - e ainda que se possa acrescentar, em função da realidade -, mas sim, o da realidade em função das normas, as quais, por sua vez, são objeto de estudo para fins de sua aplicação à realidade, sendo portanto um ordenamento normativo da realidade.⁹

⁹ Ao afirmar que o objeto da jurisprudência é uma valoração normativa da realidade nego a possibilidade de distinção entre uma jurisprudência «prática» voltada à interpretação e aplicação do direito e uma «ciência» jurídica que lhe seja contraposta e que não se resolva na filosofia ou na história.

A tarefa de dita ciência, segundo alguns, deveria consistir na construção de conceitos que, com crescente generalidade, compreendam toda a fenomenologia jurídica verificável histórica e comparativamente; segundo outros, na elaboração de uma teoria pura do direito, quase novo direito natural, orientada ao exame de esquemas formais independentemente de qualquer conteúdo.

Este segundo estudo não pode, todavia - e o primeiro a afirmá-lo é o próprio Kelsen - constituir uma ciência do direito completa, exaurindo-se, em substância, no exame dos elementos formais de uma normativa independentemente de seu conteúdo.

Por sua vez, a redução da jurisprudência a uma investigação naturalística, mesmo independentemente da premissa à qual é reconduzível à possibilidade de uma classificação universal da história, não responderia à função de determinar os critérios de aplicabilidade de uma norma qualquer, critérios cuja determinação constituiria, pois, um pressuposto e não uma consequência da pretensa classificação.

A difundida concepção naturalista da jurisprudência (ainda que correta pelo óbvio reconhecimento da historicidade das normas) encontra - a meu ver - a sua condenação justamente na sua própria impossibilidade de ser reconduzida a qualquer sistema normativo (que não diga respeito a um mero modelo ideal) independentemente da sua aplicação. Diante disso, o estudioso poderá assumir a posição do histórico (e a tendência naturalista precedentemente criticada não representa, na verdade, mais que uma aplicação, no âmbito da história, de uma premissa naturalista), estudando o sistema no seu alcance efetivo ou assumir a posição do jurista, voltado então não mais a constatar a aplicação efetuada, mas o alcance da norma para a sua aplicação ou seja, voltado a uma valoração da realidade em função das normas.

Os conceitos jurídicos são, então, não mais mera representação da normativa, mas instrumento para a sua aplicação e não revelam o seu alcance se não neste terreno.

A meu ver, por esse motivo é também inútil pensar em superar o momento prático da jurisprudência, reconduzindo-a quer à pesquisa historiográfica (que preside as pesquisas históricas e comparatistas) quer a uma rigorosa racionalização da linguagem do legislador, justamente porque com isto perde-se o momento da aplicação do direito. Isto importará sempre a superação seja de uma mera reconstrução historiográfica, seja da redução da interpretação a mera dedução lógica de proposições normativas, jamais, por outro lado, reconduzíveis a linguagem coerente sem a intervenção da valoração do intérprete ao superar, por meio do ordenamento das normas, as diversas tendências que nelas se exprimem; jamais independentes de uma reconstrução tipológica da realidade por parte do intérprete.

Paralelo - e não oposto - à redução da jurisprudência a ciência naturalista é a tentativa de fazer coincidir a construção tipológica, à qual o intérprete deve fazer referência, com aquela exercida pela ciência econômica e é, talvez, significativo o concurso no nosso código de um inegável caráter teórico e da tentativa de negar a

A norma não é inteligível «em si», mas apenas em função de uma realidade, e a tarefa do jurista é necessariamente e sempre a de uma valoração normativa desta realidade.

A tese contrária, na verdade, também é reconduzível, porque não poderia ser diferente, a um ordenamento da realidade, mas substitui ao exame de uma realidade factual aquele de uma realidade ideal. Com o que se abre, inevitavelmente, o caminho a uma doutrina refinada e conceitual, que negligencia uma valoração normativa da realidade presente, o que se traduz não (como, por vezes, se pensa) em uma acentuação daquela função de conservação que é sempre e necessariamente própria de todo direito constituído, mas em uma acentuação do poder das forças economicamente prevalentes dado que operantes em uma realidade diversa daquela visualizada na normativa.

11. Jusnaturalismo e positivismo

A convicção de que a atividade do intérprete possa reduzir-se a deduções lógicas de premissas dadas encontra raízes profundas em uma exigência de certeza que quer a constância da norma e a continuidade de sua aplicação; esta vem justamente expressa ao reconhecer na interpretação a simples declaração do quanto contido na norma, não parecendo possível, de outro modo, justificar a legitimidade de sua aplicação. À norma ditada sobre o Sinai ou sancionada pelo Estado soberano se contrapõe, portanto, a interpretação que encontra a sua legitimidade na conformidade com a primeira.

Mas a mesma norma, quando não a socorrem sanções extraterrenas, não pode operar independentemente de uma interpretação humana que, por isto, converge à sua própria

autonomia da reconstrução tipológica da realidade por parte do jurista, pretendendo referir-se a categorias elaboradas pela ciência econômica. Essa coincidência é, a meu ver, impossível, porque as categorias elaboradas pela ciência econômica são em vista de seus fins e tendem, assim, a constituir, ao invés de tipos, modelos, jamais rigorosamente identificáveis com um determinado tipo de realidade. Empresário ou crédito - para pegar uma categoria do código e uma categoria cara à nossa doutrina recente - terão sempre uma acepção econômica que não será jamais rigorosamente identificável com o tipo ao qual, ainda que usando os mesmos termos lexicais, faz referência o jurista (e economicamente discutir-se-á se empresário é o sócio ou o administrador, enquanto juridicamente diremos que empresário é a sociedade, e economicamente há crédito em qualquer venda com pagamento diferido ou, vice-versa, com depósito antecipado do preço e não, seguramente, apenas nos chamados contratos de crédito).

A tentativa, ora criticada, de extrair da economia a reconstrução tipológica da realidade à qual deve recorrer o jurista, além de negar a autonomia do direito, implica a premissa de que a realidade possa ser ordenada *sub specie aeternitatis*. Na verdade, aqueles que querem recorrer à categoria da ciência econômica implicitamente pretendem recorrer a um modelo constantemente válido ao qual, por este motivo, deveriam corresponder categorias jurídicas por sua vez eternas, com uma possível variação histórica da «disposição», mas com a implícita negação de uma historicidade «do enquadramento». Enquanto, ao invés, disposições normativas e seus pressupostos são, ambos, fruto da história e exatamente por esse motivo as primeiras não possuem sentido independentemente dos segundos, e os segundos são postos em função da aplicação das primeiras.

evolução de modo que a «secularização» da norma importa a confluência entre história do direito e história da doutrina jurídica.

A convicção, ainda dominante, que a atividade do intérprete possa reduzir-se a deduções lógicas de premissas dadas encontrou estímulo no jusnaturalismo que regeu as codificações, vislumbrando no ordenamento jurídico um sistema de princípios racionalmente fundados, em paralelismo, talvez, com a concessão mecânica da economia, depois desenvolvida pela escola econômica neo-clássica.

O sistema jurídico acaba, então, sendo entendido como um sistema natural, que prescindia da história, que o intérprete deve apenas descobrir, ao invés de um fruto histórico em cuja evolução concorre a atividade do intérprete – e intérprete, note-se, não é apenas o profissional, mas qualquer indivíduo que, aplicando ou desaplicando o direito, o interprete, ainda que sem plena consciência de sua atividade assim como o burguês de Molière fazia com a prosa.

Sob este aspecto, a tradição pandectística e aquela da codificação napoleônica acabavam por se encontrar, dado o pressuposto comum de um direito logicamente dado e por isto abstraído da história, os desvios dos quais podiam, por este motivo, serem considerados apenas como erros. Propriedade e contrato aparecem então como categorias lógicas com caracteres constantes, vislumbrando os desvios destes caracteres como devidos a uma diabólica «economia» *contra rationem iuris* ou à incompetência de intérpretes e legisladores.

Sob este aspecto confluíam também *common law* e *civil law* no séc. XIX, em razão da premissa comum de uma ordem jurídica quase que natural, espelhada nos códigos, no segundo caso, e manifestada nos precedentes jurisprudenciais, no primeiro.

É desta premissa jusnaturalística que – embora abandonando-a – provém, depois, a tese positivista da redução da atividade do intérprete à mera atividade de explicação de um conteúdo já implícito na norma posta pelo Estado soberano e implicitamente assemelhada à lei natural ou à norma divina, concebida independentemente da sua interpretação.

12. A civilização moderna e a produção industrial em massa

O fato fundamental da civilização moderna (e também em relação às conexas transformações da agricultura) é a produção industrial em massa: esta é a premissa comum de todos os diálogos políticos e econômicos da civilização atual, quaisquer que sejam as diversas tendências, ora de nostalgia de uma época que a distância torna gentil e feliz, ora de desejo pelo desenvolvimento e incremento da industrialização e de aceitação das transformações que ela implica em nossos hábitos, nossas relações sociais, nossas valorações; ora confiantes no desenvolvimento livre das iniciativas individuais, ora, ao invés, propensos a uma planificação e frequentemente, quer no primeiro ou no segundo caso, mirando ora ao desenvolvimento da industrialização e suas consequências, ora, ao revés, a esquivar-se dessas assustadoras transformações.

A produção industrial em massa constitui aquela característica da nossa época que não encontra precedente nas civilizações anteriores; constitui, de outra parte, – no seu desenvolvimento desenrolar ainda que não na sua origem – um fato posterior quer à codificação napoleônica, quer à primeira elaboração pandectista; posterior à elaboração do direito romano, e àquela da *common law*.

O mundo vislumbrado pelo Código de Napoleão ainda é aquele de um capitalismo nascente, mais comercial do que industrial; de uma sociedade na qual as classes média e alta vivem de rendas de capital e da herança de bens; de uma sociedade na qual prevalece a produção agrícola e o investimento imobiliário apesar de novas forças já terem se afirmado vitoriosamente; de uma sociedade à qual é desconhecido, ou quase, o trabalho da mulher nas classes média e alta.

Por vezes, no âmbito do direito, não somos nem mesmo conscientes das transformações produzidas pela nova estrutura da sociedade, ou nos limitamos a revelá-lo naquele campo que, mais do que «econômico», deveria dizer-se mais imediatamente econômico. Mas se voltarmos os olhos ao redor, como não perceber a diminuição do alcance de todas as normas sucessórias dada a diminuição da importância da riqueza hereditária; como não reconhecer a transformação de fato nas relações patrimoniais entre cônjuges dada a frequência de mulheres casadas que trabalham fora; como não perceber o alcance que, ao contrário, vem adquirindo a disciplina da responsabilidade civil; como não ver o quanto pode parecer até mesmo estranha a tradição de nosso ensino institucional ao deter-se sobre pessoas jurídicas privadas postergando, com um breve aceno à parte especial, aquelas sociedades comerciais que constituem 90% das pessoas jurídicas de

direito privado; quando se dedica a ilustrar o dote¹⁰ já em via de extinção, ignorando que marido e mulher trabalham, ganham, mantêm a família e, se possível, economizam e adquirem um apartamento colocando no nome de um ou de outro de acordo com as mais variadas considerações; quando dedica algumas páginas ao aluvião e à avulsão, mas ignora as sociedades financeiras; quando ilustra os problemas monetários tratando do valor intrínseco das moedas metálicas e passando ao largo das cotações de câmbio; quando dedica um capítulo à superfície, mas omite a legislação especial sobre contratos agrários? Às vezes - perdoem a observação - a nossa doutrina parece um acadêmico latino que despreza o vulgar!

Tudo isto é o fruto natural da circunstância que conceitos, discussões e livros são sempre e inevitavelmente fundados, mais na realidade de ontem do que naquela de hoje; entramos na história à *reculons*, como escrevia Paul Valéry!

13. Ciência jurídica e economia

O contraste imprecisamente dito entre ciência jurídica e econômica é, onde se prescindia do natural e constante descompasso entre a rigidez da norma e a mutabilidade da realidade, aquele entre esquemas e categorias jurídicas fruto, em grande parte, de uma estrutura econômica e social anterior à produção industrial em massa e esquemas e categorias que vêm sendo lenta e dificilmente elaboradas em relação a uma estrutura econômica caracterizada pela produção industrial em massa.

Elaboração, entre nós, talvez particularmente escassa e difícil exatamente porque código e doutrina acabam, com frequência, (permita-se a observação) por deduzir de uma justa preocupação técnica, a tendência a delongar-se sobre uma realidade idealizada, ao invés de sobre aquela efetiva¹¹, o que acaba por acentuar a rigidez da estrutura.

Por isto o contraste, às vezes, é escondido pela tendência de chamar de «jurídicas» as categorias tradicionalmente elaboradas e por isto elaboradas em relação a uma estrutura econômica anterior à produção industrial em massa, chamando, então, de «econômicas»

¹⁰ Para algumas investigações estatísticas quer sobre o andamento da litigiosidade quer sobre a frequência de alguns institutos nestes últimos cinquenta anos v. o meu estudo *Litigiosità e ricchezza*, in *Riv. diritto processuale*, 1955.

¹¹ Uma consequência dessa situação é, pois, a concentração polêmica da doutrina sobre determinados argumentos por ocasião de controvérsias judiciais, com a fácil transformação em estudos, aparentemente desinteressados, de memorias ou pareceres de causa, nos quais, pelas mesmas exigências do processo, o artifício polêmico acaba por prevalecer.

as categorias que, muitas vezes desordenadamente, vem sendo elaboradas em relação a uma estrutura econômica caracterizada pela produção industrial em massa.

É então que, frequentemente, se ouvem contrapor princípios jurídicos a exigências «econômicas», contraposição que não faz mais do que esconder aquela entre os princípios jurídicos herdados e outros que se vêm afirmando, ou entre a extensão a uma nova realidade de categorias elaboradas em relação a uma realidade diversa (e é o que muitas vezes ocorre com o conceito de «propriedade») e a negação dessa extensão, e por isso das relativas valorações normativas.

14. Caracteres gerais do ordenamento jurídico conseguinte à produção industrial em massa

Pode-se indagar se não é possível individuar algumas características gerais do sistema jurídico relativas a estruturas caracterizadas pela produção (ou pelo desejo da produção) industrial em massa em relação a sistemas jurídicos caracterizados, ao revés, pela falta de dita estrutura.

Esse exame pode ser realizado de dois pontos de vista: o primeiro é aquele dos critérios que regem a posição das normas, o segundo, é aquele da evolução do que chamaria a «consciência» da ciência jurídica.

Do primeiro ponto de vista é evidente um primeiro fenômeno: o aumento da importância da legislação, com um menor alcance da codificação nos sistemas romanísticos (onde o sistema codificado é continuamente superado por uma legislação especial que por vezes dá a sensação de inflação), do precedente jurisprudencial nos sistemas de *common law*; isto comporta a aproximação entre direito codificado e *common law* que tem sido evidenciada justamente em relação à maior importância da legislação na *common law*; maior importância que não apenas a aproxima dos sistemas romanísticos, mas nela encontra paralelo na diminuição da importância dos códigos. Os códigos, assim como o sistema desenvolvido nos precedentes jurisprudenciais, estão perdendo aquele caráter categórico e de completude, de reflexo de uma ordem natural que historicamente reivindicavam. Em ambos os sistemas – direitos codificados e *common law* – vêm se acentuando a importância da produção legislativa cuja frequente variação, acompanhada de um caráter «regulamentar», diminui o alcance da obra de interpretação e, por sua vez, responde à necessidade de uma solução autoritária diante a uma fenomenologia nova no

contraste de valorações diversas.¹² Este contraste encontra mais facilmente solução por via política e, portanto, legislativamente, do que mediante a obra de interpretação, de um lado mais lenta e de outro limitada pelo critério de continuidade ao reconhecimento a cuja observância é ligado o seu sucesso, na medida em que, com frequência, as novas soluções extraem elemento de força próprio do fato de se apresentar em contraste com um critério de continuidade e razão de sucesso de elementos de compromisso entre tendências diversas. De outra parte, as novas soluções importam muitas vezes a instituição ou a regulamentação de órgãos peculiares – em virtude precisamente da sua frequente coordenação com uma intervenção publicística –, instituição ou regulamentação que muito dificilmente e, de qualquer forma, muito lentamente poderia ser obtida em via interpretativa.

Essa situação se traduz, como outras vezes foi observado, em uma maior incerteza sobre a previsibilidade da solução, dada a possibilidade de mutações legislativas que importam, em uma determinada unidade de tempo, uma variação muito mais profunda do que não importariam as mutações interpretativas (que, de outra parte, até porque consideradas «interpretativas», operam retroativamente);¹³ desaparece aquela previsibilidade da solução que, no séc. XIX, era característica quer dos sistemas codificados, quer da *common law*. De outra parte, todavia, a ação pública responde muito frequentemente a um intento, digamos, de segurança econômica e social, objetivando impedir variações econômicas que de outro modo ocorreriam (p. ex. enquanto coordenada a impedir crises conjunturais e atenuar suas consequências, ou a reparar as decorrências de eventos naturais como no campo que, com um galicismo, chamarei de segurança social). Por conseguinte, muitas vezes, à menor previsibilidade de soluções jurídicas corresponde uma maior constância da solução econômica, dada a maior variabilidade do critério jurídico em função de variações de fato, podendo ser

¹² Provavelmente deve-se ter em conta também um outro fator. As forças prevalentes naquele ambiente que determina a *communis opinio doctorum* e o sucesso judiciário de uma solução interpretativa são diversas daqueles prevalentes no corpo eleitoral e, por este motivo, no parlamento e, nos sistemas presidencialistas, na eleição do presidente. A solução legislativa é frequentemente a resposta a uma ausência de evolução interpretativa e a solução interpretativa é frequentemente a réplica a uma não apreciada solução legislativa. É muito conhecido o peso desse contraste na evolução constitucional americana nas relações entre o poder executivo e legislativo, mais sensível às exigências populares e aquele judiciário naturalmente mais ligado a critérios conservadores: basta recordar a história da interpretação da cláusula sobre o *due process of law* em relação ao conceito de propriedade.

O contraste pode, talvez, também ser percebido na Inglaterra, onde por vezes fala-se de (em contraste com a difundida impressão que se há, principalmente no Continente europeu) «escassa» elasticidade de um sistema fundado sobre precedentes jurisprudenciais.

Na Europa continental o fenômeno é menos evidente, mas não seria difícil percebê-lo na postura da doutrina e da magistratura no que se refere à valoração das novas constituições, da persistente vigência de normas ditadas em regimes precedentes, da interpretação de normas legais ditadas depois da segunda guerra mundial com o objetivo de modificar a estrutura social.

¹³ E é, talvez, sintomática a tendência de excluir dita retroatividade - ao menos no que diz respeito à aplicação de algumas sanções - que, em um exame comparativo do problema, nota-se, por vezes, na legislação especial.

típico em relação a isso todo o movimento voltado a corrigir as consequências do princípio do valor nominal, ou a delimitar o alcance em relação às «grandes» (porque é disso que se trata na prática) oscilações monetárias.

Provavelmente é esta menor importância da doutrina que contribui àquela «fuga» à qual acenei anteriormente, «fuga» que, todavia, determina somente um ulterior estranhamento da doutrina. Porque, na realidade, a legislação não pode eficientemente exprimir-se se não recorrendo a categorias cuja elaboração é tarefa da doutrina; subtraindo-se a esta tarefa, a doutrina furta-se à função «formativa» do pensamento jurídico que lhe é própria.

O aumento da importância da legislação pode se encaixar, em um quadro mais geral, naquela que foi chamada de a maior concentração na produção da norma. A maior intervenção legislativa se traduz em uma diminuição da discricionariedade privada no âmbito do contrato, mas, acrescentarei, no mesmo âmbito do contrato, a substituição do contrato de adesão ou mediante formulários ao contrato debatido em todas as suas cláusulas indica uma maior concentração na produção da norma; o próprio contrato coletivo se apresenta como um fenômeno de descentralização em relação à lei, mas, acima de tudo, de uniformização da disciplina, constituindo a contratação coletiva o meio de superar a inferioridade na qual se encontraria cada prestador de serviços em uma contratação individual.

Essa maior concentração, me parece, deriva da ênfase que a planificação adquire, em uma economia fundada sobre a produção em massa, quer da parte de cada empresário – e é o quanto se traduz nos contratos de adesão – quer na administração pública da economia. Porque mesmo quando esta for dirigida a garantir o funcionamento de um sistema de livre iniciativa e não a regulamentar a economia segundo um plano, ela deverá – e próprio em razão da relevância assumida pelos fenômenos da produção em massa – intervir (e é o caso das leis antimonopolísticas) na economia com um «plano», permita-se o jogo de palavras, orientado à conservação de um sistema de iniciativa privada. Sistema, de outra parte, que em qualquer lugar nos Países não socializados – e justamente em razão da relevância dos fenômenos da produção em massa - é substituído por um sistema de economia mista que importa uma intervenção consciente da administração pública com a finalidade de alcançar determinados efeitos ou precluir outros.

De outra parte, a menor elasticidade de uma estrutura fundada sobre a produção em massa importa naturalmente uma acentuação de medidas jurídicas, isto é, de vínculos com uma conseqüente diminuição da elasticidade da estrutura jurídica.

Em relação à evolução dos conceitos jurídicos, a presença de uma economia caracterizada pela produção industrial em massa, pode colher-se na elaboração de conceitos jurídicos que pressuponham, precisamente, uma estrutura caracterizada pela produção industrial em massa, e também neste campo é muitas vezes significativo o paralelismo entre *civil law* e *common law*, não obstante a diferença das respectivas tradições. Nas discussões sobre estabelecimento e bens imateriais, por exemplo, é fácil observar o contraste entre aqueles que partem de um conceito unitário da propriedade estendendo os seus princípios paulatinamente a novos objetos que vão identificando e aqueles, ao invés, que são levados a examinar a função da teoria da propriedade em relação aos vários e possíveis pontos de referência.

A comunhão dos problemas de uma economia já caracterizada pela produção industrial em massa, se traduz, por sua vez, em uma aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*,¹⁴ não obstante a diferença das respectivas tradições.¹⁵

15. E historicidade do direito

É, de outra parte, exatamente o surgimento da produção industrial em massa, aquela que - colocando problemas em relação aos quais vem a faltar a concórdia geral de valorações que se verifica em relação aos dados tradicionais - tornou clara a inconsistência da premissa de uma ordem jurídica naturalmente posta e acentuou a consciência da historicidade do direito e da função do intérprete, fazendo aparecer o direito de cada momento mais como feito e construído, - no contraste de tendências e valorações, - do que como dado e descoberto. Toda a evolução do pensamento jurídico em tema de interpretação, seja nos sistemas de *common law* (e especialmente nos Estados Unidos), seja naqueles de *civil law* (na *stufenweise Normerzeugung* da escola de Viena, como na redução americana da norma a critério de previsão da decisão judiciária) está a

¹⁴ Frequentemente, dado que o desenvolvimento industrial dos vários Países é diverso e remonta a épocas diversas, e por isso a *common law*, e muitas vezes, particularmente, o direito dos Estados Unidos, que é mais rico de experiências, mais «velho», poder-se-ia dizer, no que diz respeito aos fenômenos da produção industrial em massa. A tal fim não se olvide a escassa importância de uma tradição feudal na história dos Estados Unidos e a falta daquela persistência de estrutura pré-capitalista que, por outro lado, se encontra amplamente na Europa continental, onde, na verdade, as intervenções publicísticas miram, às vezes, à sua superação.

¹⁵ Que por sua vez, me parece, não possam ser entendidas se não remontando à diversidade histórica do Estado na Inglaterra e no Continente no séc. XVII.

demonstrar esta mudança, que por sua vez encontra paralelismo no âmbito da ciência econômica que torna a dar importância a fatores institucionais e duvida de uma concessão mecanicista da economia. O recente retrocesso de alguns escritores sobre a história do pensamento jurídico tem, por sua vez, este significado, porque essa mesma indagação se reporta à premissa de uma evolução do pensamento jurídico que conflui para aquela do direito, assim como a história deste conflui para aquela do pensamento jurídico, superando a contraposição entre um direito dado e uma interpretação que dele é espelho. As chamadas diversas metodologias jurídicas revelam-se nesse terreno, como já notado, como instrumento para o triunfo de diversas valorações e o seu acontecimento nos reporta às diversas concepções do Estado e da organização política, e não a um contraste entre um «verdadeiro» e «falso» método científico. Nesse terreno o mesmo conceitualismo jurídico (logicamente viciado exatamente porque pretendia atribuir às *regulae iuris*, síntese de uma normativa, um alcance que depois superasse a normativa sintetizada, assim conservando¹⁶ um resíduo jusnaturalista) encontra historicamente uma explicação e descobre uma função especialmente em relação à formação do Estado no séc. XIX.

16. E crise do direito

Pode-se, querendo, falar de «crise». Não, porém, crise do «direito», como fazem aqueles que postulam até mesmo uma espécie de diminuição de importância do direito, identificando-o com princípios tradicionalmente caros considerados ou reputados oportunos,¹⁷ já que, ao contrário, vem-se estendendo (às vezes quase ridiculamente,

¹⁶ Resíduo, por sua vez, claro, quando se distinguem conceitos legislativos e conceitos científicos ou se contrapõe à reconstrução historiográfica da norma, uma ciência do direito. É natural o prestígio exercido pela palavra ciência sobre o jurista e a constante oposição à celsiana definição do direito como arte ou, prefiro dizer, como sagacidade. Mas a construção de uma ciência do direito em contraposição à interpretação das normas e ao seu ordenamento, que não seja filosofia ou história, conduz sempre à premissa de um direito abstraído da história e esquece, por outro lado, o momento prático (ou criativo se se preferir) da interpretação e aplicação.

¹⁷ De crise fala-se corretamente em relação a uma crise da «moral». Como se sabe a criminalidade vem diminuindo em todos os Países (excetuados os anos imediatamente pós-bélicos que assinalam sempre um aumento): entre nós o total dos crimes denunciados que era de 513.598 em 1901 resulta em 689.647 em 1953 (Anuário estatístico italiano, 1954, p. 395) com um aumento certamente inferior àquele da população; o aumento também é menor se tem-se em conta apenas os delitos previstos no código penal (505.651 em 1901; 583.121 em 1953). Até mesmo levando em consideração também as contravenções - que obviamente dão lugar a considerações particulares - nos encontramos diante de um aumento que é apenas levemente superior àquele da população: 804.294 em 1901 e 1.383.239 em 1953. A referência corrente à decadência da «moral» pode, talvez, esconder fenômenos diversos e mercedores de exame distinto como (para citar dois casos distantes entre si) a variação de costume especialmente em tema de relações entre os sexos, também em relação ao trabalho feminino; aquela falta de uma classe dirigente cujas rendas provêm de patrimônio, o que naturalmente coloca uma série de problemas ... e sem esquecer-se, talvez, da tendência natural de alguns em voltar-se nostalgicamente à época da própria juventude e a constante confusão entre uma perfeição ética que cada indivíduo pode conseguir apenas individualmente e que não é historicamente transmissível, e um melhoramento das condições de vida mediante um ordenamento melhor, melhora certamente obtida no decurso do último século e que é a única que se possa obter por meio do ordenamento social, que nem por

como nas reformas gramaticais ou ortográficas por vezes ditadas por decreto) o campo regulamentado pelo direito; e a existência de problemas em relação aos quais persiste uma insatisfatória solução jurídica é, de per si, própria e necessariamente, de cada momento. De «crise», a meu ver, pode-se falar, se for o caso, com relação ao contraste entre categorias jurídicas anteriores à produção industrial em massa e o desenvolvimento desta.

O tanto de «dramático» que está contido na palavra «crise» pode então encontrar a sua justificação na novidade do fenômeno constituído pela produção industrial em massa, fenômeno realmente «revolucionário» e do qual não é sempre fácil ser plenamente consciente; fenômeno que, todavia, importa para o jurista aquele mesmo problema que sempre foi posto ao jurista pelas transformações da estrutura econômica e social; aquele, isto é, de uma renovação das próprias categorias, renovação que é a premissa para uma eficiente obra legislativa e seja lícito a um comercialista recordar, a tal fim, a formação do direito comercial, em relação às exigências postas pela formação do capitalismo. Também o direito comercial se colocou como um direito «econômico» contrastante com a «lógica» dos princípios, como uma espécie de «vulgar» diante a um antigo «latim» e ele também se constituiu tendo em conta uma nova realidade e suas exigências! E talvez não seja vantajoso à nossa doutrina aquela que pode parecer uma especial consequência da unificação do direito privado no campo da interpretação; aquela que chamaria a «civilisation» da doutrina comercialista que em grande parte perdeu aquela ênfase que precedentemente a distinguiu da civilística e perdeu aquela maior sensibilidade pela realidade que constituía o seu motivo de orgulho.

17. E indagações sobre a efetiva estrutura jurídica

A inadequação lamentada do ordenamento jurídico vigente em relação à realidade econômica (isto é, em relação a exigências largamente compartilhadas concernente à disciplina da realidade econômica atual) é, a meu modesto ver, frequentemente fruto da ausência mesmo de individuação de uma disciplina jurídica conveniente, por sua vez devida à falta de uma reconstrução tipológica da realidade mais aderente al momento atual e da conseqüente elaboração de categorias jurídicas adequadas¹⁸.

isso, naturalmente, torna um indivíduo «eticamente» superior ou o dispensa daquele esforço que cada um deve sempre realizar e renovar para o próprio aperfeiçoamento individual.

¹⁸ Para trazer à baila exemplos extraídos dos institutos a cujos estudos particularmente me dediquei, reflita-se sobre a importância (a meu ver necessária) da cotação em bolsa na disciplina das sociedades por ações; a disciplina (também a meu ver necessária) entre títulos individuais e títulos de massa; sobre a necessidade de elaboração de uma doutrina da atividade além daquela tradicional do ato jurídico; a observação da distinção entre bens instrumentais e bens de consumo e assim por diante, distinções todas que fazem

18. E tarefa do jurista

Em relação a isso é certa a existência de uma tarefa para o jurista e uma tarefa nada fácil, quer em sede de indagações desinteressadas, quer em sede de ensino.

O descompasso entre as categorias jurídicas tradicionais e uma estrutura econômica baseada na produção industrial em massa talvez seja, na verdade, a real causa do senso difuso de insatisfação dos estudantes de nossas faculdades jurídicas, exatamente porque foi diminuída aquela função normativa da doutrina jurídica que, no início do século, soube, com Orlando, acompanhar a formação do Estado e, com, Vivante aquela nascente estrutura industrial.

Deve-se, talvez, a esse senso de insatisfação, a criação, entre nós, de institutos extra-universitários de aperfeiçoamento, com larga participação de docentes americanos, institutos não imunes certamente a defeitos, mas que, todavia, parecem responder a uma necessidade largamente sentida.

Entre as consequências da mudança da estrutura econômica há também aquela (i) da diminuição, muito considerável, da litigiosidade;¹⁹ (ii) da maior importância que, no

referência à individualização de fattispecie que não tinham razão de serem enucleadas ... quando os fenômenos relativos tinham menor relevância.

A tal fim, um forte obstáculo também é constituído pela quase ausência, entre nós, de estudos específicos sobre a frequência de aplicação dos vários institutos; sobre as suas deformações na prática; sobre o efetivo alcance das várias normas. Para pegar, também a este propósito, um exemplo da disciplina da sociedade, pense ao caráter frequentemente já arcádico, nas grandes sociedades, da premissa à qual se inspirou o legislador, de uma normal coincidência entre grupos de controle e elevada participação acionária; à ignorância dos problemas reais suscitados pela representação por procuração em assembleia; à ignorância dos problemas do voto de ações depositadas em *dossier* nos bancos, problema que são objeto de vastíssima literatura respectivamente nos Estados Unidos e na Alemanha. Cfr. para outros aspectos o meu *Disciplina delle società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 273.

Aquilo que, especialmente entre nós, é deficiente, é uma pesquisa da nossa efetiva estrutura jurídica, pesquisa hoje desprezada e independentemente da qual intérprete e legislador operam frequentemente às cegas.

O próprio exame do nosso desenvolvimento histórico-jurídico mais recente é, muitas vezes, deficiente, de maneira que, frequentemente, não é fácil verificar o porquê, no desenvolvimento mais recente, se impôs uma ou outra norma, porquê e como se impôs uma ou outra interpretação. O esforço natural de todo jurista em demonstrar a continuidade entre a solução proposta e o sistema dado concorre naturalmente para esconder as razões que afinal determinaram modificações no alcance dos institutos e na interpretação das normas, e por conseguinte para esconder a importância que a esse respeito possam haver as mudanças econômicas e sociais, as pressões de força contrastantes e assim por diante, contribuindo para se considerar o sistema jurídico quase como abstraído da história.

¹⁹ Remeto ao meu citado estudo sobre *Litigiosidade e riqueza*. Nele procurei também colocar em evidência como, dada a transformação de estrutura econômica devida à produção em massa, as lides são proporcionalmente mais frequentes quanto menor é a industrialização, apresentando próprio os fenômenos devidos à produção em massa, um escassíssimo índice de litigiosidade. Por esse motivo a jurisprudência não apenas não espelha mais realidade como oferece seu espelho deformado, não permitindo colher exatamente os problemas devidos à transformação econômica que segue à produção industrial em massa. Essa além disso é, entre nós, de data recente ... tanto que, talvez, apenas nestes últimos anos algumas nossas regiões começaram a sofrer as transformações devidas à revolução industrial.

próprio trabalho do advogado, assume a chamada assistência contratual em uma atividade que, por vezes, recorda mais a do «engenheiro», visto ser dedicada a criar «máquinas» jurídicas, do que aquela do «patrono» na colisão de opostas interpretações; (iii) da maior importância que vem adquirindo, para muitas atividades, a preparação jurídica (e realmente é, agora, uma minoria dos estudantes da faculdade de Direito aquela que depois se dedica à profissão forense ou à magistratura).

Esses dados, a meu ver, devem-se refletir também no ordenamento de nossas faculdades jurídicas, problema cuja gravidade me parece subvalorada. É das nossas faculdades jurídicas que saem não apenas a nossa magistratura e a nossa classe forense, mas a nossa burocracia, ao contrário das faculdades jurídicas que educam um elevado percentual da nossa classe dirigente. A tal fim me permito esperar que a reforma (entrada em vigor em 1º de outubro de 1955) das faculdades jurídicas da França²⁰ (a meu ver merecedora de aprovação no seu complexo) possa constituir um estímulo para um exame e uma discussão do problema entre nós.

Como citar: ASCARELLI, Tullio. Norma jurídica e realidade social. Trad. Maria Cristina DE CICCO; Rafael MARINANGELO. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/norma-juridica-e-realidade-social/>>. Data de acesso.

²⁰ Sobre a qual a *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* publicará um estudo do Prof. Durand, da Universidade de Paris. Para um exame do desenvolvimento, bastante interessante, dos métodos de ensino do direito nos Estados Unidos, v. os artigos de BRAINERD CURRY, no *Journal of legal education*, 1951 (vol. 3), e 1955 (vol. 8).