

FUNÇÕES ECONÔMICAS E INSTITUTOS JURÍDICOS NA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO¹

STUDI DI DIRITTO COMPARATO E IN TEMA DI INTERPRETAZIONE

Tullio Ascarelli

Foi Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Roma, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e na Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha. Doutor *honoris causa* da Universidade de São Paulo (USP).

Camila Helena Melchior Baptista de Oliveira (Tradutora)

Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6910-7939>. E-mail: cbo@tepedino.adv.br.

Sumário: **1** Consideração da função econômica do instituto – **2** Contraste entre estrutura e função – **3** A técnica da interpretação – **4** Limites da disciplina jurídica – **5** Contraste entre direito pré-constituído e realidade social: o tempo – **6** Contraste entre direito pré-constituído e realidade social: o espaço – **7** A técnica da interpretação e a solução do contraste – **8** A prática contratual – **9** Conclusão

1 Não é inútil ao jurista, por vezes, passar a considerar a função efetivamente exercida pelo instituto jurídico na realidade de um lugar e de uma época determinada. Será, assim, conduzido para fora daquela consideração formal e estrutural que é típica da ciência jurídica para, ao invés disso, entrar no campo histórico e sociológico,² mas essa excursão não lhe será inútil para uma melhor apreciação da realidade social também do ponto de vista jurídico. Caso contrário,

¹ Reprodução de uma aula realizada na Escola de Sociologia e Política da Universidade de São Paulo, em 1947. Artigo publicado originalmente em: ASCARELLI, Tullio. *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. p. 55-78.

² Não creio seja possível abandonar, de fato, no campo da ciência jurídica, o ponto de vista formal. Isso, porém, não equivale a negar ao jurista a utilidade de outras investigações. Parece-me igualmente errada a tentativa de criar uma ciência jurídica que não se embasa na metodologia jurídica, assim como o desprezo do jurista formalista pelas considerações sociológicas que, como veremos, se farão sempre presentes ao jurista no momento da interpretação, quer isso lhe seja consciente, quer isso ocorra, ao invés disso, inconscientemente.

o jurista corre o risco de falhar na sua tarefa que é, justamente, a aplicação de um *corpus juris* constituído para uma realidade continuamente mutável e que, portanto, necessariamente pressupõe não só o conhecimento de dita realidade, mas o conhecimento do modo como nesta se operam, de fato, as várias normas, o conhecimento das funções efetivamente exercidas pelos vários institutos. Estes, parece desnecessário recordar, exercem com frequência uma função diversa daquela típica, na qual se inspira a sua estrutura, e é logicamente a função efetivamente exercida, e não aquela típica, o elemento fundamental na realidade histórica e o ponto de partida na apreciação crítica.

Qualquer sistema jurídico, na variedade dos elementos diversos e contrastantes que o compõem e que o esforço do intérprete visa a ordenar em um sistema coerente, representa sempre, dentro de certos limites, um modelo transmitido – embora, às vezes, por poucos anos – que se contrapõe a uma realidade pereneamente mutável. Há sempre, portanto, uma tensão entre qualquer dado sistema jurídico e a sua efetiva aplicação; entre a estrutura e a função típica de um instituto, de um lado, e a sua função real e efetiva, de outro.

Por vezes, a tensão decorre de novas valorações que se desenvolvem na opinião pública em relação ao *corpus juris* vigente; às vezes, todavia, decorre do maior tradicionalismo da prática³ em relação às normas recentemente sancionadas; e contribuem, para o contraste, todos aqueles fatores que geralmente ainda se fazem presentes na vida social.

A mesma intensidade da sanção pode, por vezes, ser o indício não da aplicação, mas da inaplicabilidade da norma jurídica. Os “gritos” sempre renovados, de memória manzoniana,⁴ indicam sempre a incapacidade de uma norma jurídica de conseguir aquela observância prática que, quando ausente de modo geral, demonstra o divórcio entre a norma jurídica e a realidade, a necessidade de se recorrer, para alcançar o fim desejado, a um tecnicismo jurídico mais lento e complexo que possa modificar a realidade social, ao invés de limitar-se a atingir algumas de suas manifestações.

Considerando que, no final, a norma jurídica sempre se embasa no seu reconhecimento geral e na sua conseqüente observância espontânea, dá-se, à sua

³ A idealização do “direito vivo” esquece o caráter conservador e tradicionalista próprio, por vezes, da prática, assim como a idealização da legislação tende a uma perigosa superestimação da sabedoria dos legisladores.

⁴ Nota da tradutora: a princípio, o termo *le grida* (“os gritos”) referia-se a leis, avisos, ordens ou outras determinações de autoridades que eram gritadas publicamente para conhecimento da população. Já a expressão *gritos manzonianos* deriva do romance *I promessi sposi* (*Os noivos*), de Alessandro Manzoni, que examinou passagens de *gridas* referentes a leis severas emanadas pelos governadores de Milão durante a dominação espanhola do século 16 que eram consideradas normas ineficazes (v. *Grída. Treccani*. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/grida/>. Acesso em: 2 out. 2021).

violação, um caráter patológico e marginal que, por sua vez, torna possível e eficaz a sanção, enquanto, na ausência destas condições, a sanção será inevitavelmente inaplicável e ineficaz na mesma extensão da violação.

2 Qualquer sistema jurídico é sempre fruto de uma obra coletiva na qual convergem velhos hábitos e novas orientações, em uma obra complexa, da qual participam todos os membros da coletividade e sobre a qual influem todos os fatores da vida social, ora em harmonia e ora em contraste; ora concorrendo o direito estatal com aquele espontaneamente criado pela prática e sancionando-o; ora, ao invés disso, opondo-se o primeiro ao segundo ou reagindo o segundo contra o primeiro. E talvez seja tão errado relegar o direito estatal ao puro âmbito da força e conceber o direito unicamente como advindo imediatamente da solidariedade social, independentemente das lutas e contrastes, como seria, ao invés disso, identificar o direito como aquilo que é ditado pela autoridade constituída, no exercício de um monopólio que, por sua vez, acompanha a formação do Estado moderno nos séculos XV-XVII e que é seguido quer pelas ampliações, quer pelas restrições no campo interno e internacional. É tão errada a imagem romântica do misterioso espírito popular criador de direito como é exagerada a concepção da norma jurídica como fruto exclusivo de programas e contrastes conscientes para o alcance de fins determinados, concorrendo necessariamente, no estabelecimento da norma e na construção do instituto, hábitos às vezes inconscientes e orientações precisas e teleológicas, necessidades econômicas e exigências morais, concepções religiosas ou orientações de política econômica, esforços conscientes e precisos de grupos e práticas seguidas sem a consciência da sua origem e do seu significado original. Será, às vezes, a mesma heterogênese dos fins, aquela que ainda é chamada de astúcia da história, que contribuirá com a transformação; e normas voltadas a um escopo determinado se revelarão realmente como operantes em uma diversa, e por vezes oposta, direção.

A formação espontânea e consuetudinária precede, às vezes, à formulação legislativa; todavia, às vezes, a manifestação legislativa, embora de início contestada ou negada, se transforma, com o tempo, em hábito e costume; e pode-se, de outra parte, identificar elementos em cada sistema legislativo que, geralmente observados e quase naturalmente seguidos, acabam por ter um traço consuetudinário e elementos que, ao invés disso, podem se dizer mais nitidamente legislativos, trazendo o traço nítido de determinada orientação, em oposição ou contraste com outros que, embora legalmente negados, ainda perduram.

E é do mesmo modo errado esquecer a possibilidade de mudanças rápidas e revolucionárias na história jurídica, com a prevalência paralela daquela que se poderia chamar de iniciativa legislativa, às vezes seguida, às vezes obstaculizada pela prática, como a possibilidade de uma evolução lenta, gradual e experimental

na qual frequentemente prevalecerá aquela que eu chamarei de a iniciativa interpretativa; e a faculdade inventiva da prática, às vezes obstaculizada, às vezes sancionada (e muitas vezes trata-se somente de momentos sucessivos no tempo) pela legislação.

Ora, é precisamente em relação a este segundo caso que é interessante chamar a atenção sobre a técnica segundo a qual se alcança a evolução, nos limites dentro dos quais, naturalmente, os fenômenos históricos podem, por comodidade e ordenação, ser reconduzidos para dentro de categorias empíricas que buscam, embora de modo grosseiro, agrupar fenômenos diversos.

É precisamente quando a transformação ocorre lenta e gradualmente que é oportuno firmar-se no contraste entre a estrutura de um instituto e a sua real função, a fim de questionar de que formas um instituto jurídico consegue exercer novas funções, independentemente de uma modificação na sua estrutura e, portanto, independentemente de uma modificação da sua disciplina jurídica.

Um mestre entre os mestres, Pietro Bonfante referia-se justamente ao contraste entre a estrutura e a função de um instituto como um critério heurístico, de modo que o histórico pudesse evidenciar a sua função original, revelada por elementos estruturais sem significado em relação à sua função posterior.

O maior dos juristas norte-americanos, O. W. Holmes, não partia de uma consideração diversa, chamando a atenção à permanência de estruturas jurídicas correspondentes a funções historicamente superadas, mas adaptadas a novas funções.

O contraste entre a estrutura e a real função de um instituto está, a rigor, sempre presente, dada a impossibilidade de uma adequação perfeita de qualquer estrutura fixa e esquemática a uma variedade de casos concretos. Mas esse contraste ganha um particular relevo quando a função que é própria do instituto na realidade social, na totalidade ou ao menos na generalidade dos casos, é diversa daquela que tipicamente a ele corresponde, segundo a sua estrutura.

O critério estatístico indica, então, um vão entre o modelo jurídico e a realidade jurídica, que merece a atenção do jurista e do legislador.

Talvez haja sempre certa discrepância entre as concepções predominantes acerca da vida social que, porém, constituem um precioso tecido conectivo, estabelecendo uma série de valores sobre os quais também se embasa a vida em sociedade e a real função dos institutos correspondentes. As primeiras são, muitas vezes, o fruto de uma realidade social historicamente anterior e respondem a crenças ou aspirações então surgidas.

A nossa sociedade sempre se funda sobre uma série de crenças, sobre uma religião, usando esta palavra no sentido mais vasto, que torna veneráveis as instituições e atualmente aceitas crenças e juízos de valor que, por sua vez,

encontram a sua expressão nos institutos e nas normas jurídicas recepcionadas e aceitas.

Porém, na sua ainda incessante mudança, diversa é a realidade social; diversa, muitas vezes, é a função dos institutos; diversa é a função efetiva das normas, crenças e institutos e, às vezes, até mesmo contrastante e precursora de novas instituições e valorações que, embora dela derivantes, negam as suas próprias premissas históricas.

3 A técnica da interpretação constitui, em essência, uma técnica para permitir a aplicação de um *corpus iuris* pré-constituído aos casos sempre novos que a vida vem apresentando, observando, para esse propósito, um critério de continuidade histórica e de coerência lógica. Os conceitos da dogmática jurídica constituem precisamente instrumentos heurísticos, para permitir a aplicação do direito a novos casos, assegurando a sua solução segundo um critério coerente e logicamente reconduzível às soluções adotadas em casos anteriores.

Cada instituto jurídico pode ser também concebido como uma obra de engenharia, destinada a alcançar determinado resultado.

Na estrutura de cada instituto jurídico podemos identificar elementos diversos que, no seu complexo, lhe asseguram o equilíbrio; alguns que pretendem permitir o cumprimento da função, outros que se voltam a evitar-lhe os abusos ou os inconvenientes. A perfeição técnica de um instituto jurídico se baseia precisamente na facilidade com a qual um mínimo de inconvenientes consegue alcançar um máximo de resultados, ou seja, ao final, na importância dos seus efeitos julgados benéficos em comparação com o seu custo social.⁵

Não será possível entender um instituto jurídico sem compreender a função que é destinado a realizar, nem o avaliar criticamente sem compreender a função efetivamente exercida.

Não será possível a utilização dos conceitos jurídicos como instrumentos heurísticos para a aplicação do direito, sem compreender a função dos institutos correspondentes e, portanto, em essência, o significado daqueles conceitos; nem será possível a sua apreciação crítica, independentemente da avaliação do seu escopo efetivo e da sua real função na prática.

Esta apreciação não é, de sua parte, indiferente nem ao legislador nem ao cidadão; à atividade legislativa do primeiro e à escolha por parte do segundo, de um ou de outro caminho no desenvolvimento da sua atividade.

⁵ É desnecessária a adição de exemplos. Pense-se, no âmbito da doutrina geral das obrigações, à doutrina da causa (como instrumento de tutela do devedor) em relação à irrelevância de motivos; à anulabilidade por erro e aos limites da dita anulabilidade; à responsabilidade limitada e publicidade; à abstração e forma e assim por diante.

Nem esta apreciação pode ser indiferente ao intérprete que, precisamente no cumprimento da sua missão, não permanece estranho à função real exercida pelo instituto jurídico, quer por aquele valor normativo que ainda acaba por assumir as regularidades sociais, quer, e mesmo antes, porque a mesma obra de interpretação, na reconstrução da norma como na reconstrução da *fattispecie*, importa uma margem, mesmo que mínima, de discricionariedade, dentro da qual o intérprete é sempre um pouco legislador, não podendo, por isso, desconsiderar o efetivo escopo da norma e a real função do instituto na realidade social.

A necessidade fundamental de tutelar a segurança jurídica e a liberdade individual não pode esconder a real contribuição da interpretação no desenvolvimento do direito, mas deve induzir a fixar os limites desta função⁶ na necessária conciliação do desenvolvimento do direito e da sua aplicação a casos sempre diversos, de um lado, e da segurança jurídica, da aplicação segundo critérios constantes, de outro. A técnica da interpretação constitui, precisamente, o instrumento para alcançar esta conciliação e, justamente por isso, aos olhos do intérprete, a jurisprudência se revela, por sua vez, como uma técnica destinada a permitir a aplicação de um *corpus juris* pré-constituído aos casos sempre novos que a vida vem apresentando; e os conceitos jurídicos aparecem como instrumentos heurísticos, para permitir esta aplicação com a necessária observância da continuidade e coerência lógica entre as diversas soluções.⁷

É vão, portanto, negar que aquelas valorações que devem permanecer estranhas a uma jurisprudência meramente formal não permanecem, porém, estranhas à obra diária do jurista, quer na reconstrução da premissa maior, quer naquela da premissa menor do seu silogismo; seja na construção ou reconstrução dos seus conceitos gerais, dos seus instrumentos de trabalho, e na sua identificação para os fins da solução de um caso concreto, seja na reconstrução e tipificação do caso submetido ao seu exame.

A solução interpretativa raramente é mero resultado unívoco de uma aplicação lógica de princípios pré-constituídos. O sistema pré-constituído oferece, muitas vezes, diante do novo caso, uma pluralidade de possíveis soluções, todas logicamente consistentes: a escolha entre estas dependerá da aplicação de um ou de outro critério interpretativo, da admissão ou rejeição de uma analogia; esta escolha, por sua vez, será o fruto de uma orientação do intérprete.

⁶ Eventualmente diversos nos vários ramos do direito, dada, precisamente, a sua diversa relevância no que se refere à liberdade individual. Basta, a esse propósito, pensar na inaplicabilidade às leis penais dos critérios de interpretação das leis civis.

⁷ O intérprete é sempre, ao mesmo tempo, criador, vinculado a um critério de continuidade; mas também um construtor, intérprete do dado pré-constituído; mas, juntamente, intérprete, se assim desejado, de novas valorações.

Na necessária conciliação de uma solução “certa” mas “justa”; coerente com o sistema pré-constituído, dada a função conservadora que ainda é sempre característica da interpretação por sua própria natureza e, ao mesmo tempo, capaz de satisfazer novas exigências e de corresponder às valorações do ambiente, realizando contínuas complementações e renovações do sistema, como é próprio da interpretação, será o jurista, ao mesmo tempo, *viva vox legis*, embora sensível à equidade, e intérprete (e nisso a “declaratividade” da interpretação volta a se revelar) das valorações do seu ambiente e, com isso, *viva vox juris*, porque não estariam fora desse contínuo contraste e desta conciliação nem disputas jurídicas, nem diferentes soluções ou mudanças jurisprudenciais ou progressos interpretativos, que ainda se desenvolvem sob os nossos olhos, aplicando, e, na aplicação, renovando, qualquer *corpus iuris* – de leis, costumes ou precedentes jurisprudenciais –, de modo a torná-lo, às vezes, irreconhecível, por meio de uma contínua reconstrução, independentemente da qual nenhum corpo jurídico poderia então exercer a sua função.

A solução “equitativa” do caso singular representa, na realidade, a afirmação, em um caso particular, de novas valorações de caráter geral, e a equidade, ao invés de justiça do caso concreto, se apresenta como a afirmação, em um caso concreto, de um novo princípio, que é, todavia, por sua vez, típico; e tende, por sua vez, a se transformar em geral.⁸ (O argumento de Pórcia no *Mercador de Veneza*⁹ não pretende apenas estabelecer o temperamento, em um caso concreto, do princípio; pretende interpretar e reconstruir o princípio do modo que mais responda às valorações do ambiente, recorrendo, porém, naquele caso, à mais literal das exegeses contratuais, ao invés de a uma interpretação latitudinária).

Atuam em cada sistema jurídico, embora em medida diversa segundo momentos, países ou institutos, exigências de elasticidade e exigências de rigidez, de renovação e de conservação, e estas diversas exigências contribuem em cada

⁸ Recordo um princípio de Romagnosi, *Saggio filósofo-político*, cap. XIV: “[...] 2) Cada suposta exceção que tenha um fundamento razoável não é propriamente uma limitação da regra geral, mas é uma outra regra adaptada a um sujeito ou a um fato logicamente diverso daquele que foi contemplado na regra geral”.

⁹ Nota da tradutora: segundo esclarece Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, a obra *Mercador de Veneza*, de William Shakespeare, aponta para o conflito entre a “estrita obediência para com a letra da lei em face de certa plausibilidade interpretativa”. Na peça, Shylock, um mercador judeu, celebra contrato por meio do qual concede empréstimo garantido por uma libra de carne do corpo de Antonio, um cidadão veneziano. No julgamento que exigia o cumprimento da garantia, Pórcia, em defesa de Antonio, insistiu na validade das cláusulas contratuais, salientando, porém, que Shylock só poderia contar com uma libra de carne, nem mais nem menos, e não poderia derramar uma gota de sangue de Antonio, pois, pela letra da lei, era vedado a um estrangeiro o derramamento de sangue de um cidadão veneziano. Para Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, mostra-se, assim, o “inegável conflito entre direito e equidade” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Mercador de Veneza, de William Shakespeare. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-21/embargos-culturais-mercador-veneza-william-shakespeare>. Acesso em: 2 out. 2021).

obra interpretativa, quer se trate da interpretação de um corpo pré-constituído de normas codificadas ou de um complexo de precedentes jurisprudenciais.

A completude da ordem jurídica no que se refere à riqueza quotidiana da vida é, precisamente, a premissa da interpretação, mas também o resultado que esta sempre almeja, mesmo sem jamais alcançá-lo, nem sempre renovando e completando os seus modelos, que ainda permanecem, e devem necessariamente permanecer, esquemáticos e abstratos.

A unidade de qualquer sistema, não obstante a inevitável presença de elementos heterogêneos e contrastantes, é, por sua vez, tarefa, sempre realizada e jamais concluída, da interpretação, no esforço de reduzir a sistema coerente elementos que são, porém, historicamente diversos.

Assim, a interpretação não constitui e não pode constituir uma simples atividade cognitiva de dados pré-constituídos, mas uma atividade cognitiva e prática ao mesmo tempo, porque se volta a ordenar e reconstruir um *corpus iuris* pré-constituído para os fins de sua aplicação a casos sempre novos e diversos; uma arte, em essência, para a aplicação e, por meio da aplicação, a renovação de um *corpus iuris* pré-constituído; e cada sistema jurídico, por sua vez, não pode, na realidade, existir independentemente da sua contínua interpretação e aplicação.

A necessidade de demonstrar a coerência de cada nova afirmação com aquelas pré-constituídas pode induzir o jurista (e é o que ocorre especialmente nos sistemas que, em razão da sua evolução histórica, se apresentam como codificados) a apresentar o seu raciocínio como meramente dedutivo, revelando, assim, a conhecida analogia com a matemática sobre a qual chamavam a atenção Leibniz e Grócio. Porém, na realidade, as premissas jurídicas não têm caráter simples e preciso, próprio das premissas matemáticas; aos raciocínios respectivos é necessário um *esprit de finesse* não menor que o *esprit de geometrie* da dicotomia pascaliana.¹⁰ A história confirma *a posteriori* esta afirmação; o mesmo processo judiciário com o seu necessário contraditório público, com a pluralidade de instâncias, com o inevitável contraste das suas decisões, volta a confirmá-lo, mostrando-nos, por um lado, como novas interpretações passam a se impor e, por outro, como isso acontece de modo gradual e experimental, sendo essas pouco a pouco testadas e avaliadas ante aquela convicção geral que ainda constitui o seu juiz definitivo, voltando, assim, a revelar-se aquela colaboração coletiva sobre a qual, de modo definitivo, o desenvolvimento do direito ainda sempre se embasa.

¹⁰ Nota da tradutora: o autor faz referência às expressões “espírito de geometria” (*esprit de geometrie*) e “espírito de sutileza” (*esprit de finesse*) do matemático e filósofo Blaise Pascal. O primeiro seria o espírito (raciocínio) lógico, caracterizado por definição, dedução e demonstração; o segundo é o método intuitivo, que se volta aos detalhes e às sutilezas e aceita probabilidades, aproximações e suposições.

Ora, é precisamente no cumprimento desta obra, na contínua renovação dos seus modelos para os fins de aplicação de um direito pré-constituído a uma vida em perene movimento, que o jurista também deve ainda buscar recompor continuamente o vão entre a norma jurídica e a realidade social e, assim, utilizar continuamente um direito pré-constituído para novas tarefas, para adaptar velhos institutos a novas funções, para permitir a satisfação de novas exigências por meio de uma adaptação apropriada dos modelos transmitidos, alcançando, assim, aquela certeza de disciplina que deriva da utilização do direito pré-constituído, mas, ao mesmo tempo, satisfazendo novas necessidades e resolvendo novos problemas.

Esta contínua adaptação constitui tarefa da atividade jurídica, quer esta seja realizada pelo próprio legislador, ao ditar novas normas que, todavia, conservam a continuidade com aquelas precedentes; quer, nos limites que lhe são próprios, seja realizada pelo intérprete; quer seja realizada na prática comercial e processual por meio de uma colaboração coletiva.

A contraposição entre a atividade legislativa e aquela interpretativa, que é e deve permanecer nítida no terreno dogmático, exprimindo, essencialmente, os limites que, no interesse da certeza jurídica e da liberdade individual, são próprios da interpretação, traduz-se naturalmente, no campo histórico, em uma série de passagens graduais, naquela passagem das *molecular* às *molar notions* das quais falava Holmes¹¹ e que conduzem da interpretação literal à obra do legislador reformador.

4 Um primeiro grupo de casos sobre os quais – é óbvio, sem pretensões sistemáticas – se pode chamar a atenção é aquele que decorre dos limites do próprio direito. O direito não é o único sistema de normas sociais, nem é a única técnica de disciplina das relações humanas: é somente um sistema de normas; uma entre as técnicas de disciplina das relações humanas. Os limites acerca do seu emprego são obviamente diversos nas várias épocas históricas e nos vários países. Qualquer um pode observar isso, quer nas *apicibus juris*, refletindo sobre a legalização de ao menos algumas normas constitucionais (e basta, a esse propósito, comparar o sistema inglês com aquele americano), quer na modesta vida cotidiana (por meio da frequente substituição de um percentual fixo englobado no preço e, assim, juridicamente obrigatório, por uma gorjeta espontânea e variável).

¹¹ Nota da tradutora: o autor faz referência ao entendimento de Oliver Wendell Holmes, para quem os juízes não só legislavam como deveriam fazê-lo, mas estavam confinados à passagem das *molecular* (atômicas, moleculares) às *molar notions* (aquelas pertencentes a um corpo compreendido como um todo). Nesse aspecto, Holmes fazia referência à metáfora presente em sua época no sentido de que as normas do sistema jurídico ditam as decisões na maioria dos casos, mas tais normas possuem lacunas. Somente na hipótese de lacunas da lei, caberia ao juiz legislar (V. GREY, Thomas C. Molecular motions: the Holmesian judge in theory and practice. *William & Mary Law Review*, v. 37, 1995-1996. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol37/iss1/6>. Acesso em: 3 out. 2021).

Talvez uma comparação entre países latinos e países anglo-saxônicos poderia revelar, com frequência, a existência de regras sociais nos segundos, enquanto nos primeiros existem regras de direito positivo; uma organização social espontânea nos segundos eventualmente mais rígida que nos primeiros, quase como uma compensação por uma menor e mais elástica estrutura jurídica. E, no mesmo campo de observância da lei, pode-se verificar talvez uma observância mais geral e espontânea da lei nos países anglo-saxônicos.¹² Consequência da mais profunda e precisa consciência democrática que faz qualquer cidadão sentir a lei como “sua” e não como “imposta” por uma autoridade e, ao mesmo tempo, elemento para o funcionamento efetivo da democracia e para aquela *concordia discors* que constitui a sua característica.

Diversíssimos são, por isso, nos vários países e nos vários momentos, os limites que dividem o campo das normas sociais daquele das normas de direito positivo.

Porém, sempre haverá, em cada país e em cada momento histórico, zonas – embora diversas nos vários países e nos vários momentos – que não podem ser submetidas à disciplina do direito positivo.

Onde isso acontece, por intervenção deliberada do legislador, a realidade social reage, negando, de fato, a aplicação de uma disciplina jurídica, que permanece formalmente perfeita e juridicamente vigente, mas, na prática, desaplicada ou mesmo ridicularizada.¹³

A hipótese é, ao fim, aquela dos gritos manzonianos,¹⁴ sempre renovados e que demonstram por séculos não já, como às vezes se diz, a sua insuficiência,

¹² Um indício indubitavelmente típico é dado pela menor frequência da fraude fiscal severamente condenada pela opinião pública que, ao invés disso, nos países latinos, se demonstra indulgente à fraude fiscal, nela reconhecendo uma defesa do cidadão contra os impostos excessivos, com uma contraposição entre cidadão e Estado, concebidos como antagônicos e inimigos, o que é raro nos países anglo-saxônicos onde é constante a consciência de que os cidadãos são o Estado e a lei do Estado é a lei desejada e, por isso, considerada justa e necessária pelos cidadãos.

¹³ Às vezes, tende-se a sustentar que qualquer legalização das relações sociais seja *per se* um bem. Na minha opinião, não se pode jamais esquecer as vantagens do tecnicismo jurídico para refugiar-se em uma equidade romântica que, muitas vezes, conduz ao arbítrio; no entanto, não é necessário refugiar-se em uma equidade romântica que, muitas vezes, leva ao arbítrio; não se pode nem mesmo esquecer que a norma jurídica não funciona independentemente daquela “virtude” na qual Montesquieu reconhecia o princípio da democracia; as doenças sociais, permita-se a expressão, não se curam só com receitas jurídicas. Nem sempre, de outra parte, a substituição da disciplina jurídica positiva por aquela derivante de outras normas sociais é uma vantagem. Às vezes, a legalização implica uma “cristalização” inoportuna das relações ou situações, conduzindo a função conservadora sempre própria do direito para além do limite adequado; às vezes, forçar uma disciplina desconhecida ou não madura, leva, na realidade, a uma real falta de disciplina. Um excessivo juridicismo, muitas vezes, se aproxima daquele panpoliticismo que, por sua vez, não se afasta muito de um *panestatalismo* e esconde a real natureza do problema sob o “velame” de uma disciplina jurídica, da qual escapa a função.

¹⁴ Talvez um dos casos recentes de panjuridicismo seja aquele da obrigatoriedade jurídica de regras gramaticais ou ortográficas, transformando, assim, o erro de gramática em contravenção. O “vós” e o “tu” da Itália fascista; as normas ditadas na Rússia para impor a reforma ortográfica e aquela das declinações; aquelas ditadas em Portugal e no Brasil em relação à reforma ortográfica constituem – apesar da diferença entre as suas intenções e dos seus caracteres – exemplos recentes desta tendência panjurídica.

uma vez que podem, muitas vezes, ser úteis, mas a necessidade de observar os limites, superados os quais a difusão da infração e a dificuldade de aplicação implica a inaplicabilidade da sanção. É desnecessário a esse propósito dar exemplos, porque estes são frequentes e cotidianos na trágica experiência dos mercados “negros” que, às vezes, se tornam verdadeiros mercados, demonstrando “ao homem da rua” a ineficácia naqueles casos de um tecnicismo jurídico direto e repressivo e a necessidade de, ao invés disso, recorrer-se a medidas – que, por sua vez, exigirão uma técnica jurídica adequada – que contribuam para provocar uma modificação da realidade econômica, para cuja repressão o direito se revela impotente. A inaplicabilidade da disciplina legislativa é, muitas vezes, revelada efetivamente pela sua repetição inútil e por um crescendo de penalidades, todavia inaplicáveis.

A tal propósito, é fácil observar como precisamente em relação à medida da pena, o limite do direito volta a se revelar como disciplina das relações humanas: a pena elevada demais deixa de ser aplicada. A verdade destas afirmações pode ser facilmente constatada naquele vasto campo que se poderia dizer da criminalidade em matéria econômica: o aumento da pena (por exemplo, em matéria de crimes dos administradores de sociedades comerciais, em matéria de cambio etc.) ou a substituição de penalidades pecuniárias por penas restritivas da liberdade pessoal não vêm acompanhados da diminuição do crime, mas das punições.¹⁵

A contravenção a cargo daquele que viola as normas de circulação no trânsito pode ser um meio eficaz para contribuir com o estabelecimento de uma circulação ordenada; a pena de morte equivaleria, ao invés disso, à falta de qualquer sanção, porque nenhum juiz jamais condenará à morte um motorista culpado somente de ter cruzado a rua antes do sinal.

Diante da invasão da disciplina jurídica para além dos limites que, em determinada situação, possam lhe ser próprios, o juiz reage negando a aplicação e, por negar a aplicação, tenderá não só a interpretar restritivamente a norma, mas a reconstruir a *fattispecie* de tal modo a evitar a sua aplicação.¹⁶

Talvez o direito seja tradicionalmente consciente da inadequação de cruzar certos limites. *Il nemo auditur turpitudinem suam allegans* premia o possuidor na hipótese de negócio ilícito e a injustiça desta vantagem corresponde, todavia, a uma sábia e justa limitação do direito, que sente a impossibilidade de regular as

¹⁵ Ou da sua aplicação somente para assim chegar a atingir autores de atos ilícitos que, de outra forma, não se conseguiria atingir ou comprovar. É o caso bem conhecido dos gângsteres americanos punidos com extrema severidade por fraude fiscal, muitas vezes também em relação à diversa competência e ao diverso prazo prescricional para os crimes fiscais.

¹⁶ Um exemplo a esse respeito pode ser oferecido em todos os países pela comparação entre a redação das normas, penalmente sancionadas, acerca das valorações dos balanços e a sua efetiva interpretação jurisprudencial. Recorde-se também Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, XXXVI: “Em cada delicto que, por sua natureza, deve ser na maioria das vezes impune, a pena se torna um incentivo”.

relações internas entre aqueles que participaram de um ato ilícito e utiliza, em vez disso, para combater o ilícito, o perigo que cada participante do ato ilícito corre de ser vítima do outro, sem a possibilidade de tutela jurídica. A falta desta tutela constitui, assim, indiretamente, uma sanção eficaz, aplicável e aplicada.¹⁷

5 Fonte perene de contraste entre qualquer ordenamento pré-constituído e a realidade social é o tempo.

A transformação das condições sociais e econômicas, a superveniência de novas orientações gerais, tornam sem sentido normas, todavia, originariamente justificadas; dão a normas que permanecem idênticas um escopo diverso do original. Corre espontaneamente à mente alguns exemplos.

a) Em uma economia primitiva, o “crédito” se apresenta, antes de tudo, como crédito ao consumidor para as suas necessidades transitórias; é uma relação na qual, quase constantemente, o mutuante é rico e o mutuário pobre; em que o empréstimo se volta a necessidades imediatas de consumo do devedor. A proibição de juros aparece, então, não só como moralmente obrigatória, mas também como juridicamente justificada e, embora em medida limitada, possível. A exigência de juros – que, pela mesma falta de mercado, tendem a ser altíssimos – é justamente considerada imoral: o pedido de uma desvalorização, de uma moratória, de uma abolição dos débitos surge, então, das classes pobres oprimidas. Se o leitor reflete um momento sobre as formas atuais deste crédito (p. ex., os adiantamentos do empregador ao empregado e a venda a crédito de gêneros por parte do empregador ao empregado), não demorará, provavelmente, a compartilhar aquelas mesmas reações que estão à base do *mutuum date nihil inde sperantes*¹⁸ e da proibição canônica dos juros.

Em uma economia desenvolvida, fundada, como se costuma dizer, sobre o crédito, o crédito não é mais dado ao consumidor para as suas necessidades transitórias de consumo; não é mais uma relação em que o mutuante é geralmente

¹⁷ Observa-se, de outra parte, como, quase em forma de compensação, a moral social é então rigorosíssima ao condenar aquele que não executa as obrigações contratadas por meio de um contrato ilícito e talvez, estatisticamente, as violações dos contratos ilícitos sejam mais raras do que aquelas dos contratos lícitos.

¹⁸ Nota da tradutora: a expressão *mutuum date nihil inde sperantes* foi extraída do Evangelho de Lucas, capítulo VI, versículo 35, que indica: “Amai os vossos inimigos; fazei o bem e emprestai, sem daí esperar nada”. Segundo Roberto de Oliveira Campos, durante a Idade Média, quando a economia agrária era predominante e a maioria das transações monetárias “tomava a forma de empréstimos para consumo, negociados debaixo da pressão das necessidades de subsistência”, a Igreja católica utilizou a referida expressão *mutuum date nihil inde sperantes*, decorrente da passagem bíblica, para estigmatizar a usura como um pecado para o clero e, a partir do séc. XI, para os leigos, sujeito à jurisdição das cortes eclesiásticas. Nesse contexto, não sendo o dinheiro um meio de riqueza à época, a remuneração sobre o dinheiro também não era aceita (CAMPOS, Roberto de Oliveira. Uma interpretação institucional das Leis Medievais da Usura. *Biblioteca Digital FGV*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/2387/2534>. Acesso em: 5 out. 2021).

o rico, diante de um paupérrimo mutuário; o crédito é, ao invés disso, concedido ao mutuário para produzir, por sua vez, riqueza, mesmo que pareça natural que o mutuante, por sua vez, obtenha uma vantagem. O observador mais atento não deixará de notar, porém, que, em virtude da organização dos bancos e do mercado de capitais, é o mutante aquele que, em última análise, está em posição de inferioridade em relação ao mutuário e que este último é geralmente o empreendedor de largas possibilidades, enquanto o primeiro é um modesto economizador. O pedido de desvalorização, de moratória, de abolição dos débitos surge, então, por parte das classes industriais, por parte das classes proprietárias (embora devedoras de dinheiro) e em detrimento de economizadores prevalentemente pertencentes a estratos sociais mais modestos economicamente.

O *mutuum date nihil inde sperantes* que soa como um comando moral na primeira situação soaria como uma zombaria na segunda.

b) A estrutura jurídica tradicional da propriedade embasa-se na ideia de uma relação direta entre o sujeito proprietário e a coisa objeto de propriedade. A sociedade que pode ser visualizada por trás da estrutura tradicional da propriedade (no direito romano ou na *common law*) é sempre ainda uma sociedade de proprietários agrícolas.

A propriedade da grande indústria é, todavia, bem diversa da propriedade visível por trás da estrutura jurídica tradicional da propriedade: é, antes que uma propriedade, um poder de direção.

O *my house is my castle: the king can not enter in*¹⁹ da propriedade privada soa de modo indubitavelmente diverso no que se refere à propriedade tradicional de fundo e no que se refere à propriedade moderna da indústria.

A riqueza que, em uma economia primitiva, é representada por bens imediatamente consumíveis ou usufruíveis passa, em uma economia industrial, a ser representada por instrumentos de produção destinados a produzir bens de consumo e, entre estes instrumentos de produção, acaba por entrar a mesma técnica, cuja utilização vem juridicamente disciplinada e cujos resultados acabam por ser juridicamente objetivados. O petróleo nas vísceras da terra não vale nada para aquele que não seja tecnicamente capaz de o explorar!

Por sua vez, a riqueza do indivíduo que, em uma economia primitiva, é prevalentemente representada pela posse de bens imediatamente consumíveis ou imediatamente usufruíveis, ou por metais preciosos, passa, em uma economia industrializada, a ser largamente representada pela titularidade de direitos que

¹⁹ Nota da tradutora: na tradução literal, a expressão significa “minha casa é o meu castelo: o rei não pode entrar”, indicando que a propriedade privada é, para o seu proprietário, um castelo ou fortaleza, de modo que ninguém pode nela ingressar sem o seu consentimento.

asseguram a apropriabilidade dos bens derivantes de determinada atividade ou a possibilidade de exploração de instrumentos de produção, apropriando-se dos lucros relativos. As formas de riqueza “direta” acabam por coexistir e ser, porém, superadas por aquelas de riqueza “indireta”, e os institutos jurídicos elaborados para as primeiras se tornam inadequados às segundas; a prevalente consideração jurídica das primeiras, devido a um fenômeno natural de inércia (pense-se na relevância da propriedade imobiliária no código francês), traduz-se, então, em uma falta de disciplina para as segundas.

c) Na estrutura jurídica tradicional, a propriedade implica o controle ou, ao menos, uma possibilidade plena de controle da coisa.

O mecanismo dos títulos de crédito,²⁰ assim como aquele bancário que lhe é estreitamente conexo, permite uma divisão entre propriedade (econômica) e controle da riqueza: a primeira pertence (economicamente) aos portadores dos títulos; o segundo, aos possuidores dos bens materiais que, todavia, constituem a garantia econômica daqueles títulos. A contraposição é nítida no contraste entre acionistas, de um lado, e administradores (ou grupo que de fato controla a sociedade), de outro, e convém adicionar que quanto mais desenvolvido e intenso é o mercado de capitais, será mais frequente que o controle derive da posse de uma minoria das ações, considerando que a minoria que não controla a sociedade é, na realidade, constituída pela maioria dos acionistas.²¹ Um fenômeno em certo sentido análogo é aquele que dá lugar ao mecanismo bancário, dada a dissociação entre o direito dos depositantes de dispor das somas e a possibilidade de os banqueiros as utilizarem.

Em decorrência desta dissociação, a figura jurídica tradicional da propriedade – que implicitamente pressupõe a coincidência de propriedade e controle nas mesmas pessoas – muda realmente de significado, resolvendo-se, com frequência, em uma menor tutela do proprietário.

²⁰ Refiro-me também a esse propósito ao meu volume *Teoria geral dos títulos de crédito* (ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Tradução de Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1943), em que me firmei a demonstrar porque o fenômeno indicado no texto deve se coligar com o mecanismo dos títulos de crédito e, somente por meio deste, àquele das sociedades, diversamente da orientação prevalente na doutrina dos Estados Unidos da América.

²¹ A doutrina americana estudou atentamente o fenômeno e coletou amplos dados estatísticos sobre o percentual que controla várias entre as maiores sociedades anônimas americanas. A obra fundamental a esse respeito é aquela de Berle e Means, *Modern corporation and private property*, Macmillan, 1932. Na realidade econômica, pode-se identificar, ao lado das sociedades anônimas que poderiam se chamar de normais e que prevalecem estatisticamente como número, as grandíssimas sociedades anônimas com ações difusas no público que abarcam, estatisticamente, a maior parte das economias investidas nas sociedades; e as pequenas sociedades anônimas que, por sua vez, não cumprem a função econômica das sociedades anônimas.

Continua-se, no mundo do direito, a falar e a pensar em termos de propriedade, enquanto escapa o fenômeno do controle e, portanto, se desejado, o fenômeno de um novo tipo de “propriedade” que se contrapõe àquele tradicional.

d) A concepção típica, no código napoleônico e naqueles que o seguiram, de uma sociedade de pequenos proprietários se coordena, provavelmente, na tradição jurídica dos países de direito romano – embora por meio do concurso de outras causas – com uma escassa avaliação patrimonial dos danos às pessoas, perfeitamente justificada em uma sociedade fundada prevalentemente sobre a propriedade (e na qual, portanto, a incapacidade laborativa ou a morte produz uma alteração relativamente não grande na situação patrimonial do sujeito ou daqueles que vivem à sua dependência que, ao menos geralmente, são simultaneamente os herdeiros), mas injustificada em uma sociedade baseada prevalentemente na rentabilidade do trabalho (considerando que a incapacidade laborativa ou a morte do chefe de família têm consequências patrimoniais enormes).

e) Não há autor moderno que não dê relevo à importância qualitativa que acaba por assumir a repetição em grande quantidade (em massa) de determinados atos.

A estrutura jurídica própria de um negócio jurídico assume uma função diversa quando considerada em relação a uma série de negócios do mesmo tipo concluídos de modo profissional e em massa. Os problemas modernos dos seguros e dos bancos encontram precisamente a sua origem neste fenômeno, mesmo que se queira ater-se à mais conservadora entre as várias tendências sustentadas a esse respeito na doutrina.

f) E para mencionar um exemplo cuja notoriedade permite, não obstante a sua importância, não nos determos ao tema, pense-se no diverso escopo da liberdade jurídica contratual entre sujeitos relativamente iguais economicamente e sujeitos de forças econômicas radicalmente diversas e a todos os problemas advindos precisamente do diverso escopo da liberdade jurídica contratual naqueles dois casos.

g) Para concluir com uma menção a um fenômeno, agora diante dos olhos de todos, pense-se no diverso escopo econômico que adquirem, em decorrência de movimentos monetários, as normas que se referem a limites quantitativos de valor; a norma ditada, de modo excepcional, para alguns casos, distintos dos outros por uma indicação quantitativa monetária, acaba por adquirir valor geral quando, em decorrência de uma desvalorização monetária, praticamente todos os casos acabam por se enquadrar no limite indicado.

6 O contraste ao qual cheguei dando exemplos referentes a um desfaseamento no tempo não é diverso se considerarmos o desfaseamento no espaço. A

imitação de institutos estrangeiros se reconecta, ao final, à mesma unidade fundamental do espírito humano e é sempre continuamente verificada e se verifica, ora por relações pacíficas, comerciais e culturais, ora por guerras e conquistas, representando, às vezes, neste último caso, a vingança secreta do vencido contra o orgulhoso vencedor.

Geralmente, a exportação jurídica se dá no sentido da importação, em um país econômica e socialmente menos progredido, de institutos elaborados em um país mais progredido e, portanto, representa frequentemente um fenômeno inverso àquele anterior, qual seja a vigência de um ordenamento jurídico mais moderno do que aquilo que, permita-se a expressão, naturalmente não corresponda ao grau de desenvolvimento do país, considerando que este é, de outra parte, em muitos casos, oportuno e benéfico. Afirmo isso porque o ordenamento jurídico acaba por assumir, então, certa função de estímulo no que se refere à economia e porque, ao final, é natural e necessário para cada um utilizar os exemplos e as experiências daquele que é mais progredido; o que não evita, porém, que surjam casos ora de não aplicação do instituto, ora de uma profunda transformação da sua função.²²

Também a esse respeito não é difícil recordar algum exemplo.

a) À disciplina minuciosa das sociedades anônimas em muitas legislações da América Latina, inspiradas nos modelos europeus muitas vezes aperfeiçoados e modernizados por meio do acolhimento dos resultados interpretativos ou das sugestões legislativas da doutrina europeia, corresponde (exceto na Argentina) um escassíssimo desenvolvimento do mercado acionário, sendo extremamente frequentes, portanto, sociedades anônimas substancialmente de um ou poucos acionistas.

A forma ao portador acaba, então, por separar-se quase completamente da sua função na circulação do título (que, de fato, não circula), mas para encontrar a sua real justificação em intuítos fiscais; as partes beneficiárias acuradamente disciplinadas de modo muitas vezes superior, ao exemplo franco-belga, permanecem desconhecidas ou vêm, por sua vez, a ser usadas somente para escopos indiretos; as ações *a voto plural*, difusíssimas naqueles países entre os latino-americanos que não as proíbem explicitamente, permitem à pessoa ou à família (ainda mais que ao grupo) que domine a sociedade e que, independentemente da possibilidade de uma distinção entre ações *a voto plural* e ações a voto simples, não permitiria a participação de terceiros, uma despersonalização inicial da sociedade que não seria possível de outra forma (enquanto, na Europa, estas nunca

²² Confira-se Schwarz, in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, v. II, p. 580 (e Kubali no prefácio do primeiro volume (1951) dos Anais da Faculdade de Direito de Istambul). Permito-me, a esse propósito, referir-me também aos meus estudos *Premesse allo studio del diritto comparato e Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*, que consideram os direitos da América Latina.

foram ligadas à uma reação contra eventuais perigos derivados de uma despersonalização que parece excessiva); as normas sobre assembleias e minorias se transformam (dada a falta de maioria) em exigências meramente formais e assim por diante.

b) A estrutura agrícola dos países pouco industrializados é, muitas vezes, caracterizada pela prevalente importância da produção de artigos de exportação que, por vezes, constituem matéria-prima destinada à industrialização nos países mais progredidos, sujeitas, portanto, a fortes oscilações em consequência das oscilações dos mercados estrangeiros, com um conseqüente caráter altamente especulativo da indústria agrícola dos países produtores. A industrialização do país se liga com frequência à decadência de um sistema de “monocultura” agrícola; ao aumento e à diversificação de produtos agrícolas destinados ao consumo interno.

A estrutura jurídica tradicional da propriedade e, especialmente, daquela agrícola é baseada naturalmente sobre a agricultura dos países europeus e, portanto, tem inevitavelmente um escopo diverso quando transportada aos países com uma economia agrícola completamente diversa.

O problema do crédito agrário – sempre grave –, e cuja dificuldade em todos os países ainda se relaciona à dificuldade de conciliar as formas jurídicas prevalentes na agricultura com aqueles mecanismos e instrumentos de crédito que foram elaborados no ambiente comercial, torna-se, então, gravíssimo, dada simultaneamente a maior necessidade e a maior dificuldade de crédito, e acaba ligando-se ao mesmo problema da independência econômica do país.

c) Cada país possui um patrimônio jurídico que é mais forte quanto mais for enraizado, quanto mais normas, juízos ou valorações tenham se tornado, com o tempo, hábitos, tenham se transformado em costumes geralmente observados. A importação de um instituto jurídico, portanto, cria necessariamente um contraste e determina sempre uma reação; o direito tradicional cede e é superado, mas, ao mesmo tempo, persiste e influi sobre aquele recebido.

O fenômeno é claro na comparação entre o direito efetivamente vigente em alguns países e os códigos recentemente ditados com larga utilização de precedentes estrangeiros. Característica constante é, precisamente, a permanência e a persistência (perfeitamente natural e, muitas vezes, oportuna e benéfica) do direito tradicional, transformado em costume, e a conseqüente modificação de significado e escopo do direito importado.²³

Por outro lado, a força de influências econômicas ou laços políticos pode fazer com que, na prática ou na interpretação, prevaleçam orientações que, mais do

²³ Dediquei-me a este aspecto em respeito particularmente ao Brasil no meu ensaio *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*.

que do sistema aplicado, são próprias de outro sistema que, assim, indiretamente, acaba por ser recebido. Pode-se recordar, a esse propósito, a importância crescente do direito anglo-saxônico em alguns países da América Latina e a conexa introdução, de início interpretativa e depois legislativa, de alguns institutos como o *trust*; a influência – também prática e na interpretação ainda antes do que na legislação – das orientações americanas no tema de sociedades anônimas também nos países da América Latina; aquela dos princípios anglo-saxônicos do direito marítimo na prática da América Latina, fenômeno que, de outra parte, tem clara correspondência também na prática europeia; a influência da prática cambiária anglo-saxônica no Japão, não obstante a diversa orientação daquela lei cambiária.

O estudo do direito comparado oferece talvez um dos campos mais ricos de exemplos para revelar a diferença muitas vezes profunda entre o direito legalmente vigente e a realidade jurídica efetivamente imperante; o diferente escopo de institutos formalmente idênticos e o idêntico escopo de institutos formalmente diversos; a influência que, no funcionamento de institutos e normas formalmente idênticas e na interpretação de normas que, embora literalmente correspondentes, possuem “premissas implícitas” que decorrem da tradição das várias culturas, do grau de desenvolvimento econômico dos vários países, da reação que, sobre o funcionamento de cada instituto, têm os outros institutos, embora em campos diversíssimos, hábitos, crenças, condições econômicas, na unidade do direito e da vida social.

A característica talvez mais evidente do direito da América Latina é, precisamente, o tamanho do vão entre o direito vigente e a prática observada.²⁴ Consequência esta ora da maior modernidade do direito codificado no que se refere às condições econômicas e aos hábitos ambientais; ora da persistência na prática de normas jurídicas tradicionais; ora da inevitável influência, na aplicação de normas e institutos, de situações econômicas, hábitos, crenças diversas daquelas que ainda constituem as premissas implícitas dos institutos regulados segundo os critérios internacionalmente prevalentes no mundo jurídico, considerando que estes institutos, muitas vezes, exercem uma função diversa daquela exercida nos países em que a sua disciplina é tratada.

7 Ora, a tarefa do jurista – intérprete ou legislador, no campo próprio de cada um – é ainda sempre aquela de superar e conciliar este contraste em um sistema continuamente renovado e continuamente tornado coerente. Não é talvez inoportuno, a esse propósito, recordar alguns dos meios (dos artifícios, maldosamente se poderia dizer) usados para esse propósito na interpretação.

²⁴ Recordo, para além do meu estudo anteriormente citado, aquele de Eder, *Law and justice in Latin America*, in *Law a century of progress*, New York University Press, 1937, v. I, p. 39.

a) O primeiro e mais evidente é aquele oferecido pela referência frequente de todos os sistemas a conceitos elásticos (boa-fé; diligência do bom pai de família etc.): as janelas do ordenamento jurídico segundo a velha frase de Polacco; os *standards* de conduta jurídica segundo a orientação norte-americana, que os fez objeto de estudos profundos e numerosos.

É óbvio que, no contínuo esforço de traduzir esta orientação (um matemático diria: vetor) em conceitos precisos, o jurista atua naturalmente como intérprete de valorações socialmente aceitas no seu ambiente e, assim, transforma o direito de acordo com a transformação daquelas valorações e todos os fatores que influem sobre esta transformação.²⁵

As mesmas mudanças de orientações religiosas não permanecerão nem poderão persistir sem sofrer influência, assim como não deixam de influenciar a estrutura geral do sistema ou, caso se prefira, se apresentam em paralelo a esta.

A crise religiosa europeia do séc. XVI, em paralelismo com uma profunda transformação social, econômica e política que assistiu ao surgimento dos Estados centralizados e da mentalidade capitalista, nos apresenta, também no direito privado, uma profunda transformação de conceitos, da afirmação calvinística da legitimidade dos interesses ao nominalismo monetário de Molineo, suspeito de huguenote.

A renovação metodológica decorrente do historicismo da escola culta com a simultânea afirmação da prevalência dos direitos nacionais, programaticamente exposta por Hotomanno, leva, essencialmente, a uma rejeição do valor da norma transmitida pelo regulamento de uma situação atual e à reinterpretação dos dados historicamente originários independentemente da tradição interpretativa precedente, que, de um lado, se liga a um mais vasto e paralelo movimento filosófico-religioso e, de outro, se traduz, também no direito privado, em novas soluções e novos princípios.

Não é talvez estranho à severidade da jurisprudência anglo-saxônica na apreciação da diligência devida em alguns casos (por exemplo, promotores de sociedades anônimas)²⁶ o rigor dos países anglo-saxônicos ao reagir a cada declaração não verídica, que é talvez, dentro de certos limites, a contrapartida natural da rigorosa tutela da liberdade individual no processo penal e diante da autoridade administrativa.²⁷

²⁵ Recordo, a esse propósito, também os problemas que se conectam, no âmbito da disciplina jurídica das coisas, à identificação da existência de uma nova *species*.

²⁶ Nota da tradutora: nos termos do art. 2337 do Código Civil italiano, os promotores são aqueles que, na constituição da sociedade por subscrição pública, assinam o programa da sociedade previsto no segundo parágrafo do art. 2333 do referido Código.

²⁷ Praticamente, para dizer em modo naturalmente genérico, nos países latinos, o cidadão é sempre um pouco considerado um possível mentiroso que deve provar à autoridade as suas afirmações: nos países anglo-saxônicos, como um homem gentil que, até que se prove o contrário, tem o direito de acreditarem

A diversa valoração social de uma sociedade industrial em contraponto a uma sociedade agrícola não é, obviamente, estranha à evolução jurisprudencial própria em todos os países (e talvez particularmente nítida na França), em matéria de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, de responsabilidade por danos decorrentes de máquinas (como no caso dos automóveis) e que, em alguns casos, levou à substituição da ideia de culpa por aquela de risco.

A diversa valoração social dos deveres de um empreendedor em relação a quem pratica um ato isolado traduz-se, na jurisprudência, em uma justa severidade na valoração da responsabilidade do empreendedor.

b) A hierarquia de importância das várias normas constitui o elemento decisivo da prevalência por analogia de um ou outro critério: uma mudança, portanto, nesta hierarquia, a consideração de determinada série como exemplificativa ao invés de taxativa, de uma norma como “especial” e talvez posteriormente como geral, ao invés de “excepcional” (e voltaremos a este ponto), implica uma aplicação, uma transformação do sistema pré-constituído. Esta mudança, por sua vez, pode ser o produto do diferente escopo que a norma acaba por adquirir no sistema, dada a influência de novas normas que, assim, na unidade do sistema, reagem sobre o escopo também daquelas que permanecem imutáveis; pode ser o produto da diferença de valorações sociais às quais o intérprete é sensível, permitindo, por isso, adequar a estas o sistema jurídico pré-constituído.

Os códigos de comércio da Europa continental, às vezes mais recentes do que os respectivos códigos civis, têm, em geral, prevalecido na interpretação, demonstrando uma maior força expansiva e determinando uma *commercialisation du droit privé*, segundo a frase de Ripert, que, na tradição doutrinária do código italiano de 1882, se liga à afirmação difusa do caráter exemplificativo da lista dos atos de comércio.

No Brasil, a maior modernidade (e, se desejado, comercialidade do Código Civil)²⁸ determinou uma orientação contrária e, talvez se possa dizer, que, tanto em um como no outro caso, um idêntico resultado, qual seja a prevalência interpretativa no direito privado dos critérios deduzidos das normas mais modernas, tenha sido obtida por um mesmo meio, qual seja o prevalente recurso a um, em vez de outro, corpo de normas, sendo, porém, diverso o corpo de normas ao qual se recorreu.

A discussão mencionada agora pouco acerca dos limites da responsabilidade, a interpretação da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, o contraste entre a ideia

em sua palavra (que, por sua vez, mais frequentemente do que ocorre nos países latinos, é acompanhada do juramento), mas que é, precisamente por isso, quando pego em falha, completamente desqualificado.

²⁸ Nota da tradutora: como o presente artigo é a reprodução de uma aula ministrada na Escola de Sociologia e Política da Universidade de São Paulo, em 1947, o autor se referia na passagem ao Código Civil brasileiro de 1916.

da responsabilidade e do risco, liga-se, por sua vez, a uma ordenação diversa das várias normas do sistema em sua recíproca importância e, portanto, ao fim, à prevalência de uma ou de outra no desenvolvimento interpretativo.

Regras inicialmente excepcionais passam, no desenvolvimento interpretativo, a ser sempre mais livremente interpretadas até uma verdadeira inversão da hierarquia originária; o velho princípio geral atrofia-se em uma exceção justificada por tradição histórica e o princípio que parecia excepcional passa a adquirir valor geral.

Voltando no tempo, é a um processo de generalização de normas singulares – que passam a ser compreendidas, em decorrência de novas orientações gerais às quais o jurista não permanece estranho, como manifestações de um princípio geral – que se liga a conquista do princípio geral da responsabilidade por culpa, superando a lista nominada de uma série fechada de atos ilícitos, que caracteriza geralmente os sistemas jurídicos no início da sua evolução.

Tampouco se encontra – com a evolução cuja complexidade certamente não se deseja aqui negar – um processo diverso na conquista do princípio geral da força obrigatória do consenso, em substituição à série de contratos nominados, também neste caso em decorrência da contribuição de orientações gerais às quais o jurista não permanece inacessível, e passando a considerar, como expressão de um princípio geral, normas de início consideradas limitadas a um caso particular.

c) Frequentemente, o artifício ao qual recorre o jurista é aquele de uma mudança na qualificação, ora no que se refere ao instituto jurídico, transferindo-o, por exemplo, do campo do direito processual àquele do direito substancial, ou vice-versa, ora no que se refere à *fattispecie*, reportando-se à sua efetiva função, para qualificá-la diversamente diante das várias normas.

O problema da qualificação de um instituto jurídico no sistema – indagado atualmente no direito internacional privado – constitui, na realidade, um problema geral. São contínuos exemplos disso as discussões acerca do caráter comercialístico ou civilístico ou processualístico, de direito patrimonial ou de direito de família, de *commom law* ou de *equity*, e assim em diante, deste ou daquele instituto. A qualificação de um instituto no sistema constitui, de fato, a constante premissa para a aplicabilidade de uma série de normas ou critérios interpretativos que se referem precisamente, de modo geral, a todos os institutos sujeitos a certa qualificação.

Por sua vez, a reconstrução da *fattispecie* relaciona-se necessariamente ao seu enquadramento em um ou outro modelo jurídico, ou seja, ao fim, a uma qualificação sua, segundo a terminologia atual no que se refere aos atos ilícitos penais.

Ora, é precisamente neste processo de qualificação que o jurista é mais sensível às orientações gerais do seu ambiente e atua como intérprete e participante, considerando que, no resultado da sua qualificação, quer do instituto, quer

da *fattispecie*, convergem as orientações gerais da sua época, do seu ambiente e, portanto, também as suas inclinações e valorações.

E é por isso que é a uma mudança de qualificação que recorre aquela que *vichianamente*²⁹ se chamaria de astúcia da interpretação na adaptação de um sistema pré-constituído a novas exigências, ou seja, no torná-lo consoante com novas valorações do ambiente social.

Na história, há pouco recordada, da legitimidade dos interesses, reencontramos este artifício no ensino canônico,³⁰ excluindo a existência de um mútuo nas hipóteses de empréstimo de produção (em contraposição ao empréstimo de consumo), para assim manter firme o princípio do *mutuum date nihil inde sperantes*, ainda que admitindo a legitimidade dos interesses naqueles casos (que a doutrina voltou mais tarde a qualificar de mútuo), nos quais a destinação do empréstimo a uma atividade produtiva exigia dele uma justificação.

Nas recentes discussões norte-americanas acerca dos deveres e a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas, a sua qualificação de *trustees*, de início objeto de oposição e depois admitida, constituiu o instrumento técnico para alcançar uma disciplina que oferecesse uma tutela aos acionistas cuja distinção dos administradores foi se acentuando com a difusão das ações no público e o desenvolvimento de um mercado de capitais.

d) A “ficção” jurídica constitui, por sua vez, um instrumento técnico que ora revelará a permanência de uma estrutura originariamente justificada por uma função posteriormente tornada obsoleta, ora, ao contrário, servirá para adaptar a uma nova função um novo instituto, aproveitando-se, assim, a disciplina jurídica.

e) Por vezes, a transformação da solução jurídica deriva diretamente de uma diversa reconstrução da *fattispecie*, embora permaneça idêntica, e esta diversa reconstrução é, por sua vez, o fruto de novas exigências e de novas valorações das quais o jurista atua como intérprete.

Na distante polêmica jurídica monetária que, neste âmbito, acompanha a formação dos Estados nacionais centralizados, o triunfo do nominalismo monetário derivou, de um lado, de uma nova concepção da moeda em decorrência de uma orientação política geral inclinada a enfatizar a soberania estatal e, de outro, de uma interpretação diversa de cláusulas contratuais, ainda que permanecessem idênticas.³¹

f) A sensação de vão entre um corpo de normas correspondente a novas exigências e valorações e o corpo de normas que, por contraposição, se pode

²⁹ Nota da tradutora: o autor faz referência à doutrina de Giambattista Vico, filósofo e jurista italiano.

³⁰ Confira-se, a esse respeito, a bibliografia no meu *Negoziò indireto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.

³¹ Confira-se, a esse respeito, o meu volume *La moneta*, Padova, 1928, para a bibliografia e os acenos no meu estudo sobre *Debiti di valore*, in *Studi giuridici sulle monete*, Milano, 1952.

dizer tradicional, geralmente expressa pelo jurista ao falar de direito especial; a “especialidade” de determinado ramo do direito constitui, por sua vez, um meio para garantir-lhe, dada esta sua sistematização, força expansiva na interpretação. Trata-se, então, de uma distinção que não se relaciona à matéria regulada, mas a uma diferença de orientações no seio do sistema, no natural contraste entre as valorações tradicionais e aquelas que, embora potencialmente aplicáveis em todo o sistema, emergem, todavia, historicamente, em relação a determinadas matérias e determinados problemas, dada precisamente a natural diversidade de ritmo evolutivo nos diversos ramos sobre os quais Jhering já chamava a atenção. O sistema, na sua coerência unitária, é sempre o fruto de uma racionalização posterior, enquanto o procedimento histórico é sempre e necessariamente experimental e as novas valorações se fazem sentir inicialmente em um determinado ambiente ou em relação a determinados problemas. Inicialmente, portanto, limitadas na sua aplicação, conseguem, por vezes, conquistar valor geral e o direito especial, então, transforma-se e funde-se, como dizem, no direito geral, ou mais exatamente do ponto de vista histórico, torna-se direito geral.

Os dois maiores sistemas jurídicos da história se apresentam, ao invés disso, tipicamente baseados sobre a contraposição de um sistema equitativo mais sensível às exigências e às valorações mais recentes e que se desenvolve *supplendi vel corrigendi gratia* de um sistema tradicional; *jus honorarium* e *jus civile* no direito romano; *equity* e *common law* no direito inglês. A equidade do primeiro sistema é, ao fim, a sua modernidade, a sua observância a valorações historicamente posteriores àquelas sobre as quais se embasa o segundo, que, portanto, aparece naturalmente como tradicional e não equitativo.

É, portanto, sempre natural o contraste, no seio de cada sistema jurídico, de um corpo de normas e institutos que se pode dizer tradicional e de um corpo de normas e institutos que se pode dizer equitativo, no sentido há pouco recordado, ou seja, o perene contraste entre as valorações transmitidas e aquelas mais recentemente surgidas e que, inicialmente emergidas ou aceitas em um âmbito “especial”, acabam por depois adquirir valor geral.³²

8 Um sistema de direito é sempre uma obra coletiva para a qual todos colaboram. A prática contratual (ou, em outros campos, aquela processual ou aquela administrativa) transforma e modifica continuamente qualquer sistema, cria novos institutos, modifica os existentes.

³² Na minha opinião, como várias vezes tive a oportunidade de escrever, é precisamente sobre este terreno que, para além da distinção própria de cada sistema positivo, compreende-se historicamente a relação entre direito civil e comercial.

Isso não ocorre só ocasionalmente, por meio da adaptação do instituto no caso concreto, mas constantemente, quer pelo valor de precedente que ainda adquira cada caso concreto, quer porque as cláusulas tendem a se repetir e a se tornar cláusulas de estilo, que ora conservam, na sua inércia, a memória de situações juridicamente superadas, ora, em vez disso, modificam o direito existente.

Entre o direito de um *corpus iuris* pré-constituído e o *law in action* da prática contratual, tem sempre um vão e, quanto maior é o vão, tanto maior é o valor sociológico da sua verificação.

a) Por vezes, a prática contratual cria diretamente novos institutos;³³ mais frequentemente, busca adaptar aqueles existentes, utilizando-os para novos casos a que não eram tipicamente destinados e adaptando-os, então, à função, quer com cláusulas especiais e distintas, quer, por vezes, até por meio de estratagemas de caráter quantitativo, como na hipótese do *unus nummus* do direito clássico ou na *consideration* de um dólar dos atuais contratos americanos ou, no campo oposto, na subscrição de 98% das ações, por parte de um só subscritor, em uma sociedade anônima que ainda continua a respeitar o requisito da pluralidade de subscritores e acionistas.³⁴

Os exemplos abundam em todos os campos, na história do direito como no direito moderno, quer porque, também nas legislações modernas, existem escopos econômicos que não podem ser alcançados se não for indiretamente, quer porque um natural desejo de segurança e certeza jurídica induz a preferir a adaptação, para escopos indiretos, de um negócio cuja disciplina é conhecida à elaboração *ex novo* de um novo modelo negocial, quando isso também – o que, de outra parte, não ocorre sempre – seja legalmente possível.

A letra de câmbio nos indica, na história cambiária, um meio utilizado como modo indireto para superar o requisito da *distancia loci*, dada a identidade de lugar sempre resultante de... uma viagem de ida e volta.

O *treasure stock* americano nos recorda a conexão de um ato a título gratuito com o desenvolvimento da prática de emissão de ações sem valor nominal, muitas vezes utilizada de uma forma que é tudo menos benéfica para os seus destinatários.

O negócio, de início, indireto naturalmente se transforma com o transcurso do tempo; as cláusulas de estilo passam a se tornar típicas; a sua estrutura lentamente modifica-se em relação a um escopo que, de início alcançado indiretamente, por meio da oportuna adaptação de um negócio destinado a escopo

³³ Um exemplo interessante é aquele da criação, na Espanha, das sociedades de responsabilidade limitada, sobre as quais confira-se F. De Sola Canizares, *Le droit espagnol des sociétés*, Paris, 1947.

³⁴ Firmei-me particularmente sobre esta matéria no meu estudo sobre *Negoziio Indireto*, a que me refiro para uma série de exemplos e para o seu exame analítico.

diverso, passa posteriormente a, deixando o invólucro da sua antiga estrutura, ser realizado diretamente com um novo negócio que tipicamente lhe corresponde.

b) Tampouco a lei recorre, de outra parte, a um processo que é, sociologicamente, amplo e diverso, quando utiliza, aos fins, novos institutos já disciplinados, aproveitando-se, assim, da disciplina jurídica.

É o que ocorre frequentemente com alguns institutos do direito comercial. Este, por sua vez, deve a origem de muitos dos seus institutos à capacidade da prática mercantil de aproveitar-se, para os seus fins, de institutos que surgiram para fins diversos. O *check* ainda revela, em seu nome, a sua derivação histórica das ordens de pagamento do tesouro real.

Sob os nossos olhos, no direito internacional, se está cumprindo a tentativa – pouco importa se bem-sucedida ou não – de adaptar, ao direito internacional, o instituto do *trust*, para aproveitar-lhe as normas, naquele problema que a doutrina latina chama de mandatos internacionais.

c) A mesma fraude à lei pode ser sociologicamente admitida quando alcança aquela intensidade que a torna frequente e, com isso, muitas vezes, de fato, dificilmente reprimível e pouco reprimida, como um indício do vão entre o sistema legal e as valorações sociais imperantes, entre um “ideal” a que não se deseja renunciar³⁵ e uma... pecaminosa necessidade que ainda se deseja satisfazer. E, realmente, por vezes, o negócio fraudulento acaba por ser reconhecido e sancionado. O *trust* inglês, cuja disciplina constitui talvez a prova mais feliz da força criativa da jurisprudência anglo-saxônica, encontra a sua origem na tentativa de violar, por meio de um negócio cujo caráter fraudulento na origem não se pode negar, o velho *statute of uses* da Inglaterra do século XVI.

d) Com frequência, de outra parte, a dificuldade não concerne tanto ao fim julgado oportuno ou benéfico quanto ao meio jurídico adotado a este propósito, dado o natural e necessário peso que sempre exerce um patrimônio de ideias adquirido na configuração e na solução de qualquer problema.

Quando, nos séculos XVII e XVIII, se propôs o problema de uma circulação de créditos que tornasse o terceiro possuidor invulnerável às exceções, ou a algumas exceções, oponíveis ao seu *dante causa*, a dificuldade não era constituída pelo contraste de orientações diversas acerca da adequação deste fim, mas da dificuldade técnica de alcançá-lo com o arsenal de instrumentos jurídicos então conhecidos; e a contribuição do direito comercial foi, precisamente, aquela de vir enriquecendo a técnica jurídica com novos instrumentos.

³⁵ Ou entre proibições legais cuja observância, por vezes, contrasta com exigências às quais a opinião pública acredita que o indivíduo não possa renunciar.

Por maior que possa ser o arbítrio de um legislador, ele é sempre limitado pela impossibilidade de usar outros instrumentos jurídicos que não sejam aqueles que são conhecidos em determinado momento e, por isso, pela impossibilidade de alcançar efeitos diversos daqueles compatíveis com os ditos instrumentos.

Portanto, uma das tarefas mais importantes do jurista é aquela de estudar e enriquecer aquele que é, no fundo, o arsenal dos instrumentos de trabalho do direito, quer pelo legislador, quer pelo intérprete; de aperfeiçoá-los no justo equilíbrio do cumprimento da função e de evitar-lhes abusos ou perigos; de simplificá-los para diminuir o custo social da sua aplicação.

Deste ponto de vista técnico, a ciência do direito aparece como sujeita a um real progresso – não obstante a feroz negativa de Kirschman há um século atrás –³⁶ que, de outra parte, revela-se facilmente, *a posteriori*, na “exportação” jurídica que mencionei há pouco e que, muitas vezes, tem por objeto não tanto as normas, as valorações jurídicas, mas efetivamente estes instrumentos técnicos, eventualmente, por isso, aplicados a situações diversas ou para fins opostos, ou valorando juridicamente de modo diverso as mesmas situações. A glória dos pandectistas e o insuperável ensino do direito romano está precisamente, antes de tudo, na riqueza dos instrumentos jurídicos assim elaborados.

Por sua vez, a diferença entre vários sistemas jurídicos, muitas vezes, não se refere tanto à solução dada em definitivo a determinados conflitos, a valorações do justo e do injusto, mas ao tecnicismo jurídico empregado e que, com frequência, apresenta diversidades nacionais muito mais marcantes do que as valorações jurídicas e revela-se mais ligado à tradição histórica e cultural dos vários países.

O direito inglês funda-se sobre uma série de instrumentos jurídicos cuja origem feudal é, muitas vezes, transparente e que, todavia, foram maravilhosamente refinados, para responder a exigências modernas; ignora, por sua vez, instrumentos e conceitos que parecem elementares ao jurista continental que, por sua vez, ignora muitos instrumentos da técnica jurídica inglesa (bastaria, a esse propósito, o exemplo do *trust*) e, desta diversidade de instrumentos, deriva uma real diversidade de linguagem. Talvez a mais importante entre as tarefas do comparativista de hoje seja, precisamente, aquela de criar uma linguagem franca comum entre direitos romanísticos e direito anglo-saxônico.

³⁶ Nota da tradutora: o autor faz referência ao entendimento de Julius Hermann von Kirchmann, filósofo e jurista alemão, para quem o direito não poderia ser considerado uma ciência.

9 A distinção metodologicamente indispensável entre o direito legalmente vigente e aquele em vigor socialmente³⁷ pode, portanto, ser superada em uma visão completa do sistema jurídico.

Esta superação tem cotidianamente espaço na interpretação que, na sua tarefa de aplicação de um sistema pré-constituído, todavia, sempre o modifica, buscando, embora em medida naturalmente diversa nos vários casos, traduzir o primeiro no segundo e conciliar o segundo com o primeiro, por meio de uma contínua adequação do *corpus juris* pré-constituído às exigências e valorações do ambiente.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ASCARELLI, Tullio. Funções econômicas e institutos jurídicos na técnica da interpretação. Tradução de Camila Helena Melchior Baptista de Oliveira. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 30, p. 153-179, out./dez. 2021. DOI: 10.33242/rbdc.2021.04.007.

Recebido em: 14.10.2021

Aprovado em: 11.11.2021

³⁷ Distinção que não coincide com aquela do direito observado e não observado de fato. Também a norma jurídica rigorosamente correspondente às valorações sociais não é “constantemente” observada. O direito socialmente vigente, a *law in action*, coloca-se também como um dever que necessariamente não é constantemente observado. Isso, todavia, não exclui a possível distinção entre a norma que, qualquer que seja a sua fonte, é a socialmente em vigor e aquela legalmente vigente, porque a primeira é precisamente violada não só ocasionalmente, mas geralmente. Indubitavelmente, deve-se, assim, considerar um critério quantitativo e estatístico, como é, muitas vezes, inevitável, na discussão dos fenômenos sociais.