

A FUNÇÃO DO DIREITO COMPARADO E O NOSSO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO

THE FUNCTION OF COMPARATIVE LAW AND OUR PRIVATE LAW SYSTEM

TULLIO ASCARELLI

Catedrático de Direito Industrial, Direito Comercial e Direito Comparado da Universidade de Roma (Itália). Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de Paris (França).

Traduzido por:

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO

Professor-Associado de Direito Internacional Privado, Direito Internacional da Propriedade Intelectual, Direito Comparado e Novas Tecnologias da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo – USP. Advogado.
fpolido@ufmg.br

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Civil; Internacional

1. O argumento para o qual eu inicialmente gostaria de chamar atenção é aquele da “função do Direito Comparado”, também relativo à valoração de cada sistema jurídico individualmente considerado.¹

Muito mais do que direito comparado, no entanto, deveríamos falar de “método comparado no estudo dos problemas jurídicos”, já que, na realidade, por sua própria

-
1. Nota do Tradutor (N.T): Tradução e adaptação do texto *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema de diritto privato*, que foi objeto da conferência proferida por Tullio Ascarelli em Aula Magna, de 5 de março de 1949, na Universidade de Catânia, Itália, originalmente dedicada a Francesco Carnelutti, pela importância de seu magistério entre os juristas italianos. Tullio Ascarelli (1903-1959) foi catedrático de Direito Industrial, Direito Comercial e Direito Comparado da Universidade de Roma. Ascarelli doutorou-se em Direito Comercial pela Universidade de Paris. Durante sua carreira no magistério, foi também professor nas Universidades de Roma, Bolonha, Ferrara, Cagliari, Catânia, além de ter lecionado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São de Francisco), durante o tempo em que permaneceu no Brasil, emigrado da Itália fascista. Até hoje, o Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo – USP mantém as atividades do Instituto Tullio Ascarelli, que sedia a publicação da prestigiada *Revista de Direito Mercantil*, bem como a preservação da Biblioteca de Direito Comercial com seu nome.

natureza, não existe um “direito” comparado, mas apenas a comparação de vários institutos ou problemas jurídicos. Essa comparação poderia dar ensejo – e indubitavelmente isso se encontra entre os seus objetos – à identificação dos elementos constantes de vários institutos, independentemente da diferença entre os sistemas; ela facilitaria, igualmente, no processo de elaboração conceitual, a distinção entre conceitos jurídicos puramente racionais e conceitos jurídicos qualificadores de determinada disciplina concreta: a comparação de sistemas, em verdade, ao pôr em evidência as diversas disciplina e dogmática, permite distinguir nesta última as informações e os dados puramente formais e racionais daquelas que, ao contrário, podem ser consideradas, em sentido amplo, históricas, permitindo assim um controle em relação ao valor lógico das várias construções dogmáticas e de seus limites. Com isso, a comparação evitaria os riscos de confundir conceitos que objetivam simplesmente recapitular determinadas disciplinas historicamente construídas, com conceitos de lógica pura.

A comparação de sistemas faz parte, como é notório, do estudo do que pode ser considerado, em sentido amplo, estudo “histórico” do Direito. Nem creio ser diferente o sentido que a tal finalidade deve-se atribuir à tese associada ao estudo sociológico do Direito, ou chegar ao ponto de identificar certamente, como faz Rheinstein², em Sociologia do Direito e estudo do Direito Comparado.

A comparação de sistemas normativos constitui-se realmente uma expansão de nossa experiência no espaço, semelhante àquela que a História do Direito oferece no plano temporal. Também prescindindo da identificação anteriormente mencionada, ela pode compor a parte mais pulsante da sociologia jurídica.

Assim, como é sabido, a comparação tem como objetivo verificar a disciplina jurídica vigente em um determinado sistema, e não constatar o que possa ser, em um determinado sistema, a solução de um caso ou de um problema ainda não resolvido.³ O juízo sobre a disciplina jurídica vigente é um juízo de fato que pressupõe, no entanto, uma premissa de caráter filosófico sobre aquilo que o jurista entende como “direito” e que, portanto,

2. N.T : A referência é feita a Max Rheinstein (1899-1977), jurista alemão radicado nos Estados Unidos e professor de Direito Internacional e Comparado da Universidade de Chicago, com quem Tullio Ascarelli frequentemente se correspondia, sobretudo pela amizade entre eles cultivada nos círculos acadêmicos norte-americanos, incluindo profundos diálogos com Roscoe Pound. Sobre isso, ver: RHEINSTEIN, Max. *Papers – Series II: Correspondences*. Special Collections Research Center: University of Chicago Library, 2006. Box 2. Folder 8 (em referência às cartas trocadas com Tullio Ascarelli).
3. É evidente que desse ponto de vista deve ser tomada em consideração não somente a observância, mas igualmente a não observância da lei (descumprimento), o que, por seu turno, pode constituir uma característica não destituída de interesse. O divórcio entre a prática e a lei pode indicar a superação da lei de parte da prática ou resistência desta à norma que é importada e a persistência de juízos valorativos tradicionais. Pode indicar a contraposição entre o cidadão e Estado, entre norma observada pelo cidadão e norma imposta ou estabelecida pelo Estado; entre norma geralmente observada e norma imposta pela classe dominante; entre “costume” e “lei”; ordenamento jurídico “social” e ordenamento “normativo”.

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

pode também o levar a considerar normas que outros juristas negariam classificar como jurídicas, ou sobre as quais, no sistema considerado, lhes tivessem sido negado valor normativo. Então, teríamos cuidado de chamar atenção, seja para o significado do direito para fins de comparação, seja para o conceito relativamente aos sistemas considerados.

O juízo ou análise sobre o qual eu fazia referência deve objetivar a valoração da disciplina jurídica vigente. Ele não pode chamar para si a tarefa de formular a disciplina jurídica para um caso não previsto ou os limites para os quais este era previsto; deverá, por exemplo, na hipótese de uma norma legislativa que não tenha dado ensejo à interpretação jurisprudencial, limitar-se a constatar sua existência, não podendo, ao contrário, assumir aquilo que seria seu efetivo alcance ou escopo a partir da interpretação jurisprudencial.

Isso porque, de outro modo, o jurista chegaria, na verdade, a postular a existência de fatos que seriam inexistentes; formularia uma espécie de história hipotética, inspirando-se no critério – desmentido historicamente pela experiência cotidiana – de que a evolução do Direito segue de acordo com os cânones por ele estabelecidos, à base de suas extrapolações.

O estudo do direito comparado se contrapõe, assim, à metodologia, à qual deve o jurista recorrer no estudo de um determinado sistema jurídico, o qual compreende, nesse sentido, um ordenamento estrangeiro, nos limites dos quais aquele deve recorrer, e, por consequência, às normas de conflito de cada ordenamento jurídico.⁴

O jurista deve, com efeito, reconstruir institutos ou sistemas jurídicos com o objetivo de alcançar, por intermédio de determinados preceitos estabelecidos pela interpretação e aplicação da lei, soluções hipotéticas, quando para estas ainda não exista uma disciplina jurídica “vigente” no sentido indicado anteriormente (ou relativamente às quais o jurista considerar que a disciplina analisada não corresponde à norma vinculante). Isso ocorre mesmo que a solução apontada venha a ser admitida como vigente apenas a partir do momento em que entra em vigor a norma sobre a qual aquela solução é fundada.⁵

2. Em muitas oportunidades, eu fiz referência aos “sistemas jurídicos”: o conceito fundamental de classificação no direito comparado é efetivamente aquele de “sistema”.⁶

Como consequência da formação dos estados nacionais, os sistemas jurídicos passaram a coincidir com os vários estados, e o Direito, classificado no espaço como uma

4. NT: Aqui, Tullio Ascarelli emprega a noção de normas de conflito para designar as normas de direito internacional privado, indicadoras de direito material aplicável às relações jurídicas pluriconectadas ou casos com conexão internacional (casos mistos).

5. Refiro-me, aqui, aos problemas que se apresentam com relação à “retroatividade” de uma nova interpretação jurisprudencial, amplamente estudados nos sistemas nos quais o precedente jurisprudencial adquire eficácia normativa. Ver, entre nós, BIGIAMI, Walter. *Appunti sul Diritto Giudiziario. Studi Urbinati VII*, 1933. p. 314. Eles se apresentam em certa medida também nos sistemas nos quais os precedentes judiciais não adquirem valor normativo, na hipótese em que a orientação jurisprudencial tenha, de fato, um significado pelo qual seja difícil sua transformação.

6. E pode-se, a tal finalidade, repropor problemas conhecidos pela metodologia historiográfica.

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

série de sistemas, cada qual correspondente a um Estado soberano. Tal classificação é a consequência da formação dos estados nacionais e repousa, implicitamente, no conceito de “estatalidade” do Direito, o qual se aplica, na prática, somente aos direitos europeus e americanos.

O direito comparado euro-americano da Idade Moderna pôde exatamente partir ou derivar dos movimentos de formação dos estados nacionais e de superação daquele direito anteriormente “comum” a todos os povos, vigente na Europa medieval. Isso graças aos direitos nacionais que tenderiam a se estabelecer como completos e exclusivos.

A meu ver – e voltaremos a esse argumento mais adiante – esse ponto de partida não é inútil também sob a perspectiva da conexão das características próprias dos vários sistemas com as particularidades da formação dos Estados. A classificação, a que me referi anteriormente, todavia, não exclui outras classificações fundadas em outros critérios, os quais, na verdade, podemos encontrar tanto na história do direito comparado como na atualidade.

É, por exemplo, sobre a classificação fundada na história de diferentes sistemas de que faz uso a contraposição entre sistemas de tradição romanística e sistemas de tradição anglo-norte-americana (*civil law* e *common law*, segundo a dicotomia empregada pelos autores anglo-saxônicos); é, igualmente, sobre um diferente critério de classificação (fundado na conexão de alguns sistemas com determinada crença religiosa) que se faz referência ao tratarmos de direito “muçulmano” ou “hebraico”, em cujos domínios seria possível dizer, em sentido amplo, “direitos canônicos”, em contraposição àqueles possivelmente denominados “direitos laicos”.

Em países do Mediterrâneo Oriental, o direito territorialmente vigente não pode ser definido senão por intermédio da coexistência de tantos sistemas (aqui distintos segundo os critérios anteriores) que são regidos, disciplinados por diversos critérios e dotados de diferentes âmbitos (ora territoriais, ora não) de aplicação, com uma autonomia mais ou menos acentuada das partes relativamente à possibilidade de recorrerem, pela disciplina jurídica de suas relações negociais, a um ou outro sistema jurídico.⁷

Creio que, no estudo do direito comparado, o jurista permanece livre para definir, segundo os critérios que lhes parecer mais adequado, o sistema ao qual faz referência, devendo para tanto indicar o critério de classificação pré-selecionado. Provavelmente, diante da diversidade de sistemas jurídicos, o critério de classificação não pode ser único.

E é evidente que, segundo os vários critérios de classificação, podem ser diversas as formas de reagrupamento. Quem, por exemplo, escolhesse qual critério de classificação o peculiar destaque que a lei apresenta atualmente nos sistemas jurídicos de tradição romanística, geralmente de resto também codificados, poderia ser levado a aproximar o direito anglo-americano ao direito romano, em contraposição aos sistemas de base romanística, que também derivam do direito romano. Direito anglo-americano e direito romano se apresentam como ordens próximas – muito mais do que simplesmente

7. Cf. TEDESCHI, Guido. *Annuario del Diritto Comparato*, 1948. p. 269 e ss.

contrapostas –, também em relação à técnica experimental dos seus desenvolvimentos interpretativos e àquela bipartição, própria e característica a ambos, entre um sistema tradicional e outro com base na equidade.

Quem fizesse referência às categorias jurídicas próprias dos vários sistemas, seria, ainda, levado a contrapor o direito anglo-americano aos sistemas jurídicos de tradição romanística, os quais, por sua vez, são próximos ao direito romano; incluiria, ainda, entre os vários sistemas jurídicos de tradição romanística, o direito soviético. Este, ao contrário, poderia ser contraposto tanto ao direito anglo-americano como aos direitos de tradição romanística, sobretudo se fosse considerada a contraposição (ou dicotomia) entre economia planificada e economia fundada numa minimamente liberdade de iniciativa relativa.

3. A primeira, e eu gostaria de dizer, máxima, função do direito comparado – ou melhor, da valoração da disciplina jurídica vigente para além de um único sistema e de sua comparação –, é aquela constante de cada estudo; a compreensão e inteligência, aquela compreensão e inteligência que, no domínio da comparação entre direitos ou sistemas sociais e estados diversos, significam cooperação e paz: compreender-se mutuamente é um passo, às vezes insuficiente, porém sempre necessário para a cooperação e a paz.

Romper as fronteiras do próprio sistema jurídico, de qualquer forma definido, significa expandir o próprio horizonte e a própria experiência e, por isso, enriquecer-se espiritualmente é dar-se conta dos próprios limites, em um espírito de modéstia que, por sua vez, comporta tolerância e liberdade.

Na humanidade da História e do Direito, a renúncia ao estudo comparativo nos levaria a assumir, como eternas e naturais, características que seriam históricas e transitórias. Por isso, ela conduz a uma renúncia daquele renovamento que é intrínseco às leis da vida, a um afastamento da experiência alheia. Ela se encerra em uma espécie de provincialismo intelectual que gera, facilmente, uma espécie de bizantismo autossatisfeito.⁸

O valor do estudo do direito comparado está, acima de tudo, em seu valor profundamente humano, nesse reconhecimento (sobre qual se funda sua própria possibilidade) da necessária humanidade e da universalidade do direito e, por isso, de uma unidade e fraternidade entre os homens.

As vantagens práticas do estudo do direito comparado (por exemplo, com vistas à organização das relações econômicas internacionais no fluxo de importação e exportação

8. N.T.: A expressão “bizantinismo” é empregada por Ascarelli como referência causal do provincialismo intelectual suportado pelo encilhamento, encapsulamento na academia, considerando a grande ruptura política que teve o jurista na Itália do entre Guerras e as perseguições por ele sofrida pelo governo fascista de Mussolini. Ela se refere a uma condição, muitas vezes generalizada, pelas Ciências Humanas (filosofia e política), quanto aos desdobramentos do Império Bizantino (395 d.C.-1453 d.C.), e a propensão para intrigas, conspirações e assassinatos de súditos, em um constante estado de instabilidade política e cultural nos territórios do Império Romano do Oriente.

de bens e capitais) são exatamente consequência daquela premissa. São também consequência natural daquela premissa os benefícios do direito comparado para a produção normativa, que a história apontou há séculos, no mito das leis que o povo menos civilizado procura no mais civilizado) e que o indivíduo possa buscar, e que a experiência cotidiana confirma mediante a contínua e preciosa utilização, por parte de cada povo, da experiência jurídica estrangeira, alienígena. É uma consequência daquela premissa a possibilidade, sobre a qual tem insistido Rotondi⁹, de se beneficiar, com a aplicação de cada direito, da experiência jurídica estrangeira, nos limites – creio de haver aqui acrescentar –, nos quais aqueles são, de todo modo, empregáveis segundo os padrões das normas que regulam a interpretação e a aplicação de cada sistema; trata-se da possibilidade de formulação da necessária disciplina normativa de uma vida jurídica internacional já rica, a qual, por intermédio de contratos-tipo e arbitragens internacionais, supera as fronteiras dos vários ordenamentos dos estados nacionais.

Tudo isso significa que o estudo do direito comparado tem um valor e uma função também independentemente da possibilidade ou utilidade da unificação normativa internacional. Muito mais do que uma unificação internacional – concretizável e necessária em alguns campos, mas impossível e inoportuna em outros, para a diferença óbvia entre unidade e uniformização, como conceitos entre si muito distintos –, o que importa e o que constitui realmente o escopo maior do “estudo comparado do direito” é a compreensão internacional.¹⁰

4. O estudo do direito comparado, como observado, expõe a identificação das características gerais de vários sistemas, e elas podem ser compreendidas – porquanto cada problema específico é inteligível somente no contexto da unidade do sistema – e podem ser comparadas – porquanto, na unidade de cada sistema, soluções análogas podem ser alcançadas por vias diversas, e vice-versa.

Seria possível, desejando-se aqui empregar um neologismo muito utilizado, falar de uma tipologia de sistemas jurídicos como escopo primeiro do estudo do direito comparado. Essa tipologia, como sempre ocorre nesses casos, é ao mesmo tempo resultado do estudo comparativista de vários institutos jurídicos e a premissa inicial por uma completa compreensão de cada um dos sistemas.

E é esse, de fato, o critério no qual vêm se inspirando muitos estudiosos, que almejam ou objetivam, em seus escritos, desde uma perspectiva que transcende a humanidade e

9. N.T.: Mario Rotondi (Gorla Minore, 1900 – Milão, 1984) foi professor universitário italiano, importante referência para as áreas do direito comparado e direito comercial comparado, tendo lecionado na Universidades de Pávia, Católica de Milão e Estatal de Milão. Sua bibliografia é vasta, compreendendo as seguintes obras: *Labuso di diritto* (1923); *Lazione d'arricchimento* (1924); *Il diritto come oggetto di conoscenza: dogmatica e diritto comparato* (1927); *Trattato di diritto dell'industria* (7 v., 1929-41); *Istituzioni di diritto privato* (1939); *Diritto industriale* (1942; 5. ed. 1965). *Scritti giuridici studi di diritto comparato e teoria generale* (1972).

10. Ocupei-me sobre todos esses argumentos em *Premesse allo studio del diritto comparato. Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949. p. 3.

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

universalidade do direito, o ponto de vista específico de um único sistema, contribuindo para dar a ciência do Direito aquela vocação internacional que é premissa de qualquer ciência.

Ora, quem seja iniciado nesse estudo não tardará para perceber como as características gerais de cada sistema são, com frequência, muito mais implícitas que explícitas, mais fruto das diversas histórias passadas, além que da diversidade das situações atuais, das tradições, crenças, por vezes não expressas ao jurista nacional, o qual, invariavelmente, não é nem mesmo plenamente consciente delas.¹¹

É evidente que não é de modo algum impossível identificar tais características também permanecendo no domínio de um único direito; é, no entanto, evidente o auxílio que oferece a comparação de sistemas jurídicos nesse particular.¹²

O estudo mesmo do direito nacional, interno, permanece – se me for permitida a expressão – defeituoso, caso não sejam aprofundadas suas características gerais, o que dificilmente poderia ocorrer independentemente de uma obra de comparação com outros sistemas.

É somente a partir do aprofundamento de tais características que o jurista, no estudo de seu próprio sistema, pode ser levado a entender – como no início eu observava – a distinção entre as particularidades históricas do sistema, de um lado, e conceitos de valores puramente formais, de outro, evitando dar àquelas a mesma força atribuída a estes.

Em outro sentido, é somente a partir da comparação que o jurista pode distinguir os atributos constantes dos institutos nos vários sistemas e aqueles particulares a um sistema em si. Ela não poderá ser privada da importância da construção dogmática, mesmo reduzida a um único sistema, no qual fosse admitido que, ao contrário, sejam um ou outros que devam prevalecer¹³.

Não creio que seria errôneo dar um passo à frente em afirmar que é a partir da identificação de características gerais dos vários sistemas que claramente se evidencia a conexão entre um dado sistema jurídico e a história de um povo (estado ou país), e que tende, ao contrário, a escapar da consideração isolada de cada sistema. Poder-se-ia dar conta melhor da razão de determinada referência interpretativa, de determinada orientação

11. Para um exemplo concreto, cf. meu estudo *Osservazioni di diritto comparato. Saggi giuridici*, cit. (nota 10 *supra*), p. 109. Em termos gerais, ver meu estudo *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. Saggi giuridici*, cit. (nota 10 *supra*), p. 83.

12. Seria possível duvidar se o estudo de tal gênero, como o célebre *Spirito del diritto romano*, de Jhering e, na atualidade, o estudo de Schulz pelo Direito romano, e *Spirit of common law*, de Roscoe Pound em relação ao direito anglo-americano teria sido possível sem a implícita comparação, presente na obra de tais autores, com o direito atual, quanto aos primeiros, e com o direito de tradição romana, relativamente ao terceiro.

13. Para um exemplo concreto em matéria de títulos de crédito, cf. *Titoli causali e negozio di accertamento. Saggi giuridici*, cit. (nota 10 *supra*), p. 452, n. 10.

Para uma distinção entre dois tipos de pesquisa na área jurídica, ver, recentemente, FINZI, Enrico. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1947. p. 285.

jurisprudencial ou da práxis, porque, quer também sob o ponto de vista do mais lógico dos argumentos, as diversas formas de interpretação são igualmente fruto de toda a experiência jurídica e de todos os fatores que a influenciam.¹⁴ O estudo do direito comparado deve, exatamente, buscar voltar os olhos para as soluções técnicas dos vários direitos e os problemas que deles resultam, para além de todas aquelas premissas de caráter filosófico, histórico, e constatar como todos eles condicionam as diferenças legais, caracterizando-se, do ponto de vista metodológico e com tal objetivo, a concretização da aplicação do método comparativo.

Uma das mais frequentes – e, se me for permitido dizer, injustificadas ilusões – é aquela do jurista, em um determinado sistema, de negar a própria existência das categorias jurídicas (de dogmática, como se costuma dizer) de outros sistemas, somente pelo fato de tais categorias serem distintas (ou por parecerem eventualmente pouco compreensíveis) daquelas de seu sistema de referência. Ou de assumir sua própria categoria como “lógica”, por exemplo, e classificar as demais como empíricas, justamente porque, partindo da consideração de seu próprio direito, seria facilmente levado a compreender a historicidade das categorias de um outro direito, diverso, permanecendo, contudo, incompreendido pela historicidade da categoria do próprio direito.

O direito comparado pretende combater essa tendência. Ele induz o jurista a refletir mais sobre os valores e o poder das próprias categorias de seu sistema jurídico, bem como aquelas de sistemas estrangeiros. Por isso, o direito comparado se apresenta, em minha opinião, de um lado, como auxílio, também, para a reconstrução dogmática de qualquer direito nacional e, de outro, como freio sobre os riscos constantes de reduzir categorias que possuem uma formação histórica e uma função heurística a categorias racionais eternas. Com isso, transita-se de uma boa dogmática para um dogmatismo perigoso, que conduz, então, a uma premissa de aplicação analógica, uma mera construção lógica, admitida com valor absoluto, esquecendo-se daquela que é, na verdade, sua função autêntica.

São esses precisamente – seja lícito dizer – o perigo e o limite da dogmática. É contra esse risco que a ampliação da experiência, também dogmática, fruto do “estudo comparado do direito” por intermédio do conhecimento das várias dogmáticas, constitui verdadeiro antídoto.

5. Entre as características gerais de um sistema, aquela que talvez apresente, do ponto de vista técnico, interesse maior é exatamente o enquadramento conceitual, as categorias conceituais às quais os diferentes sistemas normativos recorrem – aquilo que eu chamaria a “linguagem ideal” de cada direito.

Note-se que nos deparamos com uma criação coletiva, prevalentemente (mas não diria unicamente) científica, e que se impõe igualmente ao legislador e ao jurista, já que constitui a linguagem pela qual se exprime qualquer dispositivo normativo.

14. Cf., ainda, meu estudo *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. Saggi giuridici*, cit. (nota 10 *supra*). p. 83.

O arsenal de conceitos pelos quais a disciplina jurídica se exprime poderá, eventualmente, também ser aperfeiçoado pelo legislador (que nessa hipótese assume a posição de cientista), mas constitui, em princípio, um dado que lhe é oferecido; o legislador não pode, por sua vez, nem o descartar, alterá-lo, nem, portanto, ditar soluções que, de algum modo, não sejam exprimíveis na linguagem que se encontra à sua disposição.

Tal constatação – se assim for possível dizer – pode concorrer para ilustrar a diferença entre direito e lei e à qual fizemos referência recentemente, estabelecendo a diferença entre a parte estrutural e aquela dispositiva do direito.¹⁵

Ora, é exatamente nessa linguagem ideal que talvez seja mais nítida a característica da especificidade das várias histórias e dos vários direitos; é, portanto, na diversidade das inúmeras linguagens ideais que reside a primeira (e talvez máxima) dificuldade do estudo comparativo do Direito e é na compreensão das distintas linguagens ideais, das distintas dogmáticas, que reside a função primordial do estudo comparativo do Direito.¹⁶

René David observava justamente que a diferença mais significativa entre os sistemas de tradição romanística e aqueles de tradição anglo-americana deve exatamente repousar na diferença das categorias jurídicas às quais um ou outro recorrem (para a formulação de suas normas). É por isso, como em tudo o que se observa, que os termos técnicos de ambos os sistemas são, a rigor, também intraduzíveis do ponto de vista léxico.¹⁷

A diferença – tomando-se um exemplo concreto – entre o sistema cambiário, de acordo com a Convenção de Genebra, e aquele anglo-americano é relativamente modesta: o elemento de maior importância é talvez construído a partir da disciplina do endosso falso para efeitos de aquisição do título e se trata de uma diferença que é encontrada, igualmente, comparando-se o sistema cambiário de Genebra com aqueles passados ou presentes de alguns países de origem latina, de tal modo que não seria exato visualizar uma especificidade correspondente à distinção existente entre sistemas de tradição romanística e aqueles de tradição anglo-americana. Mas, enquanto nós falamos de “causa” e “abstração”, os sistemas anglo-americanos se referem a *consideration* e *estoppel*; não poderíamos traduzir tais termos com exatidão para nosso vernáculo, assim como dificilmente poderíamos traduzir nossas expressões na terminologia técnica anglo-saxônica.¹⁸

15. Cf. ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947. p. 68 e ss. e nitidamente RAVÀ, Tito. *La nozione giuridica di impresa*. Milano: Giuffrè, 1949. p. 25. A respeito das definições jurídicas, cf., recentemente, GRASETTI, Cesare. *Le definizioni legale e la riforma dei Codici. Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano: Giuffrè, 1939; e VASSALLI, Filippo. *Motivi e caratteri della codificazione civile. Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1947. p. 76 e ss.

16. Cf. o meu estudo *Premesse allo studio del diritto comparato. Saggi giuridici*, cit. (nota 10 *supra*).

17. Com isso não quero negar a utilidade dos dicionários jurídicos; penso que eles sejam essenciais. Pretendo apenas indicar o limite da capacidade da tradução nesse sentido.

18. Quicá a construção anglo-americana nem seja, em sua essência, distante daquela que é sustentada, entre nós, por Francesco Carnellutti.

Se existe um instituto de aplicação quotidiana no direito anglo-americano, esse instituto é o *trust*. Um jurista do torque de Otto von Gierke confessava a Maitland¹⁹ que não chegava a entender nada a respeito, e que também, nessa hipótese, seria até impossível uma tradução que dispensasse explicação preliminar sobre o significado específico para o qual, com o intuito de tradução, viesse empregado o termo em italiano escolhido.

Se nós prestarmos atenção à origem dessas diferenças entre categorias jurídicas, voltaremos nossos olhos para toda a história de um determinado direito. Na raiz das várias categorias empregadas na dogmática anglo-americana e aquelas romanísticas, encontraremos a diferente história da formação do Estado moderno nos dois países; o triunfo, na Inglaterra, do *common law* de origem feudal, aliado ao papel do Parlamento na luta contra o Estado absolutista, o qual, por sua vez, predominava ao longo do século XVI no continente; a formação, na Inglaterra, muito antes do que ocorreria no continente, de uma economia de base capitalista impulsionada por um desenvolvimento mais liberal e orgânico, no qual, como observado por Gutteridge²⁰, o caráter mercantil do direito privado inglês entrechocava-se com a sociedade de proprietários idealizada na tradição do direito privado continental.

E é igualmente essa mesma história da formação do Estado na Inglaterra e no continente que contribuiria para nos explicar tanto as diversas técnicas de evolução do direito inglês e o significado menor das fontes legislativas nesse contexto²¹, dando ensejo ao valor normativo do precedente jurisprudencial, plenamente consolidado no século XIX, como a recepção defeituosa pelo direito inglês do direito romano, não obstante a influência sobre aquele exercida. Isso revela, pois, a conexão natural das características de cada direito com a história de cada país e com o distinto processo de formação dos Estados e, portanto, também com o distinto conceito de Estado os distintos conceitos de Estado e com a diversidade das concepções gerais prevalentes nos vários países.

As categorias jurídicas não são, na verdade, algo extrínseco ao Direito; são também elas o direito, senão a parte – a qual diremos – “dispositiva”; é de fato nas categorias

19. N.T.: A referência a Frederic William Maitland (1850-1906), jurista e historiador inglês e Professor de História do Direito na Universidade de Cambridge, é feita por Ascarelli quando este justifica os problemas implicados na tradução da expressão *trust* do direito anglo-americano. Sobre o tema, ver estudo de MAITLAND, Frederic William. *Trust and Corporation*. *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- and Öffentliche Recht der Gegenwart*, Band XXXII. Wien. 1904. p. 1-59; Sobre a biografia do autor, *Encyclopædia Britannica*, 11. ed., 1910-1911, com versão eletrônica disponível em [www.britannica.com].

20. N.T.: Trata-se da referência à obra *Comparative law: An introduction to the comparative method of legal study & research*. 2. ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1949.

21. Elas assumem um caráter quase regulamentar e excepcional em comparação com um direito racional e tradicional – concepção que, de resto, talvez não seja tão distante daquela sobre a qual pretendia estabelecer Karl Friedrich von Savigny ao tratar do direito positivo.

jurídicas, muito mais que na parte dispositiva, que se revela a história de um sistema jurídico e de um povo.²²

A diversidade das categorias jurídicas às quais se faz referência influi, por seu turno, sobre a interpretação e a aplicação da norma. Esta, portanto, ainda quando literalmente idêntica, terá, na verdade, alcance distinto, de acordo com a diversidade das categorias às quais se faz uso para fins de sua interpretação e aplicação.²³

A história das teorias jurídicas acaba se tornando a própria história do Direito. E as histórias das várias teorias do direito subjetivo, da pessoa jurídica, do negócio jurídico e do contrato acabam por determinar um diferente alcance das normas, precisamente porque a distinção entre a parte estrutural e aquela dispositiva do Direito constitui, no limite, uma distinção prática²⁴, posto que o comando normativo se exprime, inevitavelmente, por intermédio de palavras e conceitos com os quais ele ulteriormente se identifica.

Recentemente Gorla, em seus incisivos comentários à obra de Tocqueville²⁵, ilustrou precisamente a questão do alcance da norma, que, nos temas relativos à pessoa jurídica e direito subjetivo, acaba por adquirir a orientação geral do intérprete; Gorla houve por bem igualmente considerar a influência do alcance da norma na aplicação do direito positivo. Todos nós recordamos o estudo de Pekelis²⁶ sobre o conceito de ação e sobre as

22. Não me parece diverso o conceito expresso pelo Justice Holmes no início da sua célebre obra sobre o *Common Law*.

23. Isso pretende limitar o escopo da contraposição a qual há pouco fiz referência.

24. Sua relevância tem a ver, como veremos, com as respectivas funções do intérprete e do legislador e àquela que chamarei de liberdade do intérprete.

25. N.T.: Ascarelli faz aqui referência ao ensaio de GORLA, Gino. *Commento a Tocqueville*: 'L'idea dei diritti'. Milano: Giuffrè, 1948.

26. N.T.: Alexander Haim Pekelis (1902-1946), nascido em Odessa, Ucrânia, foi nomeado professor de Direito na Universidade de Florença em 1932 e posteriormente destituído pelo regime fascista. Em seguida, tornou-se professor da Universidade de Roma, em 1935, onde criou e editou a revista *Il Massimario della Corte Toscana*. Após a promulgação das leis antisemitas, em 1938, Pekelis mudou-se da Itália para Paris, onde passou a advogar. Pouco antes da ocupação nazista da França, em junho de 1940, Pekelis viajou para Lisboa, com sua esposa e cinco filhos, e, em 1941, emigraram para os Estados Unidos. Ali, Pekelis passou a lecionar na New School for Social Research, em Nova York, e estudou na Universidade de Columbia, local em que atuou como editor-chefe da *Columbia Law Review*. Em 1945, tornou-se consultor-chefe da Comissão de Direito e Ação Social do Congresso Judaico Americano, cargo que ocuparia até sua morte precoce em um acidente de avião em Shannon, Irlanda. Nesse cenário, foi importante personagem na luta contra o antissemitismo nos Estados Unidos.

No campo do Direito, Pekelis contribuiu com temas de processo civil e constitucional, direito ao bem-estar, submissão dos "governos privados" às normas constitucionais e insistiu nas ideias para a criação de uma agência dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas e do "Supreme Court Yearbook", publicação que objetivaria criticamente analisar a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, todas posteriormente concretizadas. Sobre a vida e obra do

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

verdadeiras premissas dos conceitos dogmáticos que buscam se apresentar como meramente lógicas.

O porquê, parece-me inútil acrescentar, assim como muito mais vivas são as influências das tradições históricas ou em relação aos conceitos jurídicos de que elas se utilizam, são mais vivas também influências das orientações/diretrizes de caráter geral. Talvez seja possível, sob essa perspectiva, duvidar daquela relativa “neutralidade” do sistema privatístico *vis-à-vis* o regime publicista – a qual costuma, às vezes, ser presumida. Isso porque a relevância dos vários sistemas de direito público para o direito privado, também independentemente de qualquer transformação direta deste último, afirma-se por intermédio daquelas orientações que encontram sua mais evidente expressão na organização publicista, mas que também são, simultaneamente, expressadas em orientações gerais. Estas, ao alterarem o alcance e escopo da dogmática privatista, acabam por modificar, igualmente, o escopo dos institutos de direito privado, independentemente de cada alteração legislativa diretamente operada.

A mesma técnica de interpretação e da aplicação dos diversos direitos²⁷ é, eventualmente, um aspecto dessa linguagem, portanto, em larga medida, independentemente das normas²⁸ que um código ou lei podem estabelecer a respeito.

autor, cf. KONVITZ, Milton R. *Law and Social Action: Selected essays of Alexander H. Pekelis*. New York: Cornell University Press, 1950. p. 12 ss.

27. Mesmo deixando de lado a óbvia importância nesse campo das categorias jurídicas, sobre as quais fizemos referência anteriormente. Sobre a influência dos diferentes regimes políticos sobre a técnica da interpretação, recordo-me das páginas de Vittorio Scialoja, então em *Scritti giuridici*, L.III, Roma, 1938. p. 46.
28. Sobre tal natureza vem entre nós indagar Francesco Carnellutti sobre o perfil do controle de legitimidade na Corte de Cassação.

Gino Gorla, em seu interessante volume *L'interpretazione del diritto* (Milano: Giuffrè, 1941), é levado a uma conclusão análoga àquela do texto, deduzindo, então, a inexistência daquela contraposição entre “ciência” e “interpretação” do Direito, a qual parece mais ser favorável, talvez motivada por um desejo de maior dignidade, a uma corrente conceitual por ele justamente criticada. A crítica, contudo, não exclui que conceitos jurídicos possam ser construídos a partir de postulados lógicos, independentemente de seu fundamento em determinado direito positivo, segundo uma tendência que, eu diria, ser jusnaturalista *latu sensu*, e que encontra, assim, sua justificativa, de um lado, na elaboração de instrumentos que possam ser úteis na modificação das circunstâncias, e, de outro, como contributo para a crítica e para a reforma do Direito. A minha discordância com Gorla refere-se, essencialmente, à função da interpretação que ele, fiel à doutrina tradicional a esse respeito, nega-lhe valor criativo e, secundariamente, o valor das categorias dogmáticas de que faz uso o direito positivo e cujo âmbito de aplicação, a meu ver (e os próprios estudos recentemente feitos por Gorla sobre Tocqueville são evidências disso), não pode ser entendido independentemente de orientações ou diretrizes gerais. Essas, muitas vezes, são tomadas sem qualquer relação com os dispositivos legais e que determinam o âmbito de aplicação das categorias dogmáticas. São esses um dos aspectos nos quais volta a se revelar o contributo criativo da interpretação.

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

Parece-me inútil sustentar que o intérprete, ao interpretar o direito, possa prescindir de seus próprios valores. Portanto, valores dos próprios ordenamentos e do próprio intérprete demonstram um dos instrumentos pelos quais um conjunto de normas prestabelecidas vem ajustado às exigências cambiantes da vida. Poder-se-ia negar que tais olhos são o fruto e toda a experiência do intérprete, o qual será tão mais satisfeito quanto capaz de se tornar intérprete das exigências do ordenamento e dos do ambiente no qual opera o direito considerado. Necessário, portanto, estar consciente desse dado e consciente, portanto, do alcance normativo e das origens das diretrizes, balizas, com as quais operamos na condição de intérpretes.

São fundamentalmente os grandes conceitos do Direito – da pessoa jurídica, do direito subjetivo ao negócio jurídico – nos quais resta mais evidente a marca das orientações gerais dos intérpretes. Intérpretes, precisamente, segundo suas diferentes perspectivas, recorrem a uma distinta reconstrução hierárquica de normas. Fazem chegar assim (aparentemente com base das mesmas normas, mas na verdade, considerada a pluralidade de orientações gerais) a resultados diversos. Nem será difícil, da perspectiva de diferentes teorias a respeito, encontrar o eco da abordagem jusnaturalista ou de uma tendência oposta. Frequentemente, as orientações contrastantes resultarão compreensíveis somente quando levados em consideração seus diferentes pressupostos. E é apenas na diversidade desses pressupostos que tais orientações encontrarão a sua justificativa.

Mas o observador atento não tardará por identificar a influência de tais pressupostos, igualmente, na aplicação cotidiana e em tantas questões frequentemente definidas como, por assim dizer, modestas.

Não poderia ser de outra maneira, pois é evidente que na interpretação e reconstrução do Direito, o intérprete (seja o teórico, juiz ou advogado, seja o laico, também ele, contínuo intérprete do Direito para fins de sua atividade rotineira) traz necessariamente consigo sua inteira personalidade; a história do Direito, igualmente, confirma, posteriormente, tanto a contribuição criadora da interpretação quanto o caráter indissociável entre o Direito e sua interpretação.

Talvez o problema metodológico da doutrina italiana atual seja derivado, de um lado, da sensação difundida de insatisfação em relação ao abstracionismo dogmático e da reação contra a tentativa de construir conceitos lógicos nos quais se pretende completamente confinar a realidade histórica. Precisamente, a realidade histórica, por sua vez, escapa de tais esquemas, consequência de dita insatisfação, sobre uma orientação meramente exegética, a qual persegue a ilusão de eliminar qualquer função criativa da interpretação e esquece o valor heurístico da finalidade representada pelos conceitos dogmáticos.

A obra de Gorla – precisamente porquanto seja significativa – parece-me uma manifestação singularmente eloquente dessa posição que encontrou, sob outros aspectos, manifestação na reação contra a afirmação de Galogero em seu conhecido trabalho sobre a lógica do juiz. Reação esta devida a uma justa exigência da certeza do Direito – que parecia posta em risco por um distanciamento do formalismo lógico – mas que tem se concentrado mais em fugir do que resolver o problema.

Tudo isso consiste, precisamente, na conciliação da exigência de renovação e daquela certeza do Direito, e, portanto, no reconhecimento da função criativa da interpretação e da identificação dos seus respectivos limites.

Nem mesmo o reconhecimento da atividade criativa do intérprete repousa – como pareceria ser para Calamandrei – na adesão àquelas orientações que desejam exaltar os instintos ou sentimentos ou instituições em detrimento da razão, quando também seja, por vezes, por estes invocados. Pois o aporte criativo do intérprete é, e deve também ser, um aporte racional, razoável e racionalmente

A propósito, bastaria recordar o trabalho da jurisprudência francesa, amplamente renovadora do código napoleônico, o qual, graças a tal engenho, continuou disciplinando a sociedade francesa, como tal transformada no decurso de quase um século e meio; essa jurisprudência manteve-se, todavia, em relação a um código que se apresentava particularmente hostil a qualquer renovação por via interpretativa.

6. Um estudo tipológico dos diversos sistemas pode, por seu turno, pôr em evidência algumas características técnicas gerais, bem como diferentes graus de rigidez e elasticidade de tais sistemas, além dos distintos níveis com o qual aquele que poderíamos chamar *corpus iuris* pré-constituído é ajustável às mutações de condições.

De fato, é inerente a cada sistema uma exigência de rigidez e de certeza e uma exigência de elasticidade e de adaptação, embora a medida de rigidez e de elasticidade possam e devem ser distintas nos vários sistemas normativos e nas várias épocas e nos mesmos vários ramos de cada direito, bastando, a este último respeito, recordar a diferença entre direito penal e direito civil.

O problema vem frequentemente considerado, quer em relação à codificação de um sistema (quem não se recorda das lições de Savigny?), quer em relação à adoção de princípio de valor normativo dos precedentes jurisprudenciais; pode ser considerado, e tem sido frequentemente considerado, também sob outros aspectos.²⁹

Assim a bipartição do sistema de direito privado em dois “ordenamentos concorrentes”, a qual encontramos, por muito tempo, tanto no direito romano como no de tradição anglo-saxônica, e que caracteriza (e sob esse aspecto aproxima), aqueles dois sistemas que podem ser considerados os sistemas fundamentais da civilidade euro-americana, constitui-se, a meu ver, um inegável elemento de elasticidade do sistema³⁰.

A duplicidade do direito civil e comercial me parece poder ser considerada dentro dessa mesma abordagem, relacionando-se, por seu turno, aos diferentes compassos de

argumentado, e não fruto de um sentimento vago, todavia justificado com a qualificação de jurídico. Faz-se necessário, adicionalmente, distinguir entre orientações meramente racionalistas, as quais podem ser encontradas na base dos sistemas reformados, e que exclusivamente enfatizam as construções lógicas e planejadas, e as tendências que poderiam ser denominadas liberais ou históricas.

29. Assim em relação à questão da discricionariedade administrativa, recentemente estudada por Pekelis, que observa como esta tende a ser menos abrangente nos sistemas que, como os de tradição romanística, são caracterizados pela prevalência ou supremacia da lei e, ao contrário, tão abrangente nos sistemas de tradição anglo-americana, nos quais o limite legal da discricionariedade administrativa é integrado e reforçado pelo limite sempre derivado do conjunto de normas do direito tradicional. Cf. PEKELIS, Administrative discretion and the rule of Law. *Social Research*, v. 1, p. 22-370, 1943. p. 22 ss.
30. Permitto-me fazer referência ao meu estudo *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione. Saggi giuridici*, cit. (nota 10 *supra*). p. 41 e ss.

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

desenvolvimento nos vários setores da economia.³¹ A regra tradicional *rubrica non est lex* objetiva o mesmo escopo.

7. Acredito que as considerações anteriores já tenham ilustrado indiretamente a função que o estudo comparativo do Direito pode cumprir no estudo de cada sistema individualmente considerado e, portanto, também no nosso sistema de direito privado.

Isso se apresenta, inegavelmente, no quadro do direito comparado, com algumas características gerais que poderiam ser indicadas como aquelas de um racionalismo acentuado, por sua vez, na consequência do intenso apelo analítico e dogmático da doutrina e da perfeição técnica indubitavelmente alcançada.

Tal dogmatismo traz consigo, todavia, alguns perigos sobre os quais mesmo um de nossos mais vigorosos dogmáticos, Santi Romano, chamou atenção e se relaciona a um grau muito elevado de rigidez do sistema³², concorrendo, às vezes, para esconder – muito mais que esclarecer – as verdadeiras premissas e a real força das teorias dogmáticas.

Por outro lado, a prevalência da lei e a tendência de se identificar o Direito com a lei têm talvez, entre nós, relevo não observado em outros países latinos (permanecendo, nesse campo, com a distinção óbvia em relação aos países anglo-saxônicos), contribuindo até para dar ao nosso direito uma intensa marca nacionalista³³⁻³⁴, muito embora em contraste com o universalismo intrínseco à elaboração das categorias dogmáticas.

-
31. Sobre isso, ver meu estudo *Natura e posizione del diritto commerciale. Saggi giuridici*, cit. (nota 10 *supra*). p. 127 e ss.
32. Creio ser facilmente observável que as diversas metodologias jurídicas respondem também por uma ênfase maior da função de certeza e da conservação do Direito e de sua adaptação e renovação. As tendências dogmáticas respondem à primeira posição, enquanto as tendências, em sentido amplo, ditas sociológicas, respondem à segunda. E sobre a contraposição entre rigidez e elasticidade e sobre mudança de significado das normas relativamente à mudança das condições, quem não se recordaria dos versos de Goethe no diálogo entre Mefistofele e o estudante? De outra parte, a maior rigidez ou elasticidade do sistema jurídico frequentemente vem encontrar confirmação em uma maior elasticidade das normas sociais: a menor força dessa única observação exige uma maior rigidez jurídica, ou vice-versa, e pode, a esse propósito ter-se presente a distinção entre países de base jurídica romanística e aqueles de base anglo-saxônica. Como frequentemente se observa, a organização social mais complexa dos últimos (nos quais a intensidade da pressão das regras sociais de conduta encontra, assim, um corretivo em dado caráter pluralístico da organização social, permite uma maior elasticidade do sistema jurídico, enquanto nos primeiros verifica-se o fenômeno inverso. (Cf. em minha obra *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 63. nota 46, e ali algumas referências bibliográficas). Resta indagar se o “espírito jurídico” de um povo não se revela na organização espontânea social muito mais que na elaboração técnica de uma disciplina legalmente sancionada e talvez a história induza a admitir mais a primeira do que a segunda tese.
33. A esse respeito, pode ser típica a comparação dos argumentos e das soluções na controvérsia, também própria de todas as doutrinas, com relação aos princípios gerais do Direito.
34. N.T.: Nessa passagem final, Ascarelli se vale da seguinte expressão em italiano, que buscamos destacar: “una più spiccata impronta nazionalistica”, para enfatizar a forte feição nacionalista

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

A influência do romantismo germânico, de tal profundidade na cultura italiana, contribui, por sua vez, para caracterizar a doutrina jurídica italiana em comparação com aquelas de outros países latinos, nos quais as influências do iluminismo permaneceram mais vivas.

Tais fatores não são de todo casuais.

A persistência do direito romano e de uma economia voltada para as cidades, então, antes que em qualquer outro lugar, renascente. A imediata liberação das massas de camponeses da servidão da gleba, que perdurava na Prússia e na Europa Oriental até o século XIX; a Contrarreforma e a ausência de confrontos, em outros lugares sangrentos, relacionados à reforma religiosa; a formação defeituosa, falha, de um Estado Nacional e da independência de grande parte da Itália, exatamente quando, em outros lugares da Europa, os estados nacionais se formavam e se fortaleciam; o processo do movimento do *Risorgimento* (que havia sido igualmente o mote do movimento de europeização), conduzido pelas mãos de minorias relativamente restritas; o tardio, porém em seguida célere, desenvolvimento industrial, com a conseqüente defasagem relativa à formação de uma consciência liberal, todos caracterizam a história, também jurídica, italiana e concorrem, e ainda têm concorrido, para determinar a nossa linguagem jurídica.³⁵

As conseqüências jurídicas da Revolução Francesa – que, por seu turno, aproximam-se do direito romano, permanecido entre nós muito mais vivo que em qualquer outro lugar – vieram rápida e integralmente (às vezes em medida ainda superior àquela que não ocorreu na França). No entanto, vieram a partir de um movimento de consciências experimentadas em âmbito relativamente restrito, acolhidas em nossa codificação do século XIX e diante da relativa fraqueza de uma tradição jurídica nacional dos séculos que imediatamente precederam a Unificação. Essa fraqueza estava, por sua vez, associada à formação insipiente do Estado Nacional. Para a ênfase natural sobre um aspecto racional e lógico, a ausência daquelas assimetrias devidas à simultaneidade de diferentes tendências, mas com a ênfase na lei como “outorgada” e desconhecida.

A ideia de Estado, representado por séculos na Itália como estranha, contrapõe-se ao cidadão, e ao direito do Estado contrapõe-se o direito dos particulares, afirmando a licitude de tudo quanto o primeiro condena.³⁶ A lei é sentida como desconhecida, e não

das tendências doutrinárias da dogmática italiana do Direito Privado, estabelecidas nas primeiras décadas do século XX, e que automaticamente reduziam a realidade do Direito à lei.

35. Uma pesquisa empírica que, para o direito anglo-americano, objetiva evidenciar os fatos fundamentais da história de um direito que levam a esclarecer as características fundamentais, é a aquela de Roscoe Pound, *Spirit of common law*, Boston, Marshall Jones Company, 1921. Sobre as feições da nova codificação italiana, ver VASSALLI, Filippo. *Motivi e caratteri della codificazione civile. Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1947. p. 76 e ss.
36. Quando o elevado percentual de fraude e frequente inobservância da lei, quando a inobservância não vem, de fato, seguida da sanção. Não é preciso recordar a dolorosa frequência de fraude, na Itália, no campo fiscal. Nesse campo, acaba por corrigir, em sede de avaliação, quanto vem estabelecido na determinação legal das alíquotas, concorrendo tanto o sistema circunstancial

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

como própria, intrínseca, e com essa lei o Direito é identificado. Ele se torna objeto, assim naturalmente, muito mais de uma sutil construção dogmática do que de um desenvolvimento interpretativo, em um sistema normativo comparativamente mais rígido do que outros.

Talvez não seja casual a recorrência das características comuns na doutrina alemã, especialmente constatadas a partir da Era bismarquiana, quando a escola juspublicista alemã se constitui em escola teórica do Estado bismarquiano³⁷, e quando a indústria alemã empreendia um rápido e abrupto desenvolvimento sob a égide do próprio Estado, além da permanência, no país, de uma mentalidade amplamente baseada na era pré-industrial e pré-capitalista anterior.

8. Ora, se me é lícita uma observação, diria que a nova codificação agravou tais características e acentuou a rigidez de nosso sistema. Com isso, dispensaria um exame da disciplina do novo Código Civil com relação aos diversos institutos, mas antes busco referir-me a suas categorias gerais.

A própria unificação do direito das obrigações, (com a manutenção de uma disciplina subjetiva distinta daquela do empresário comercial), porém, a meu ver, oportuna, confirmando, de resto, o que tinha de fato já acontecido, dá origem a um aumento de rigidez, que pode ser excessivo quando relacionado a uma disciplina legislativa detalhada, precisa, e que disciplina nominalmente institutos antes juridicamente desconhecidos, ou mais precisa ou rigidamente os institutos já anteriormente disciplinados.

A ampla disciplina dos contratos nominados, se de um lado oferece à prática uma maior e benéfica certeza do ponto de vista material da disciplina, de outro constitui um vínculo e um liame que pode, frequentemente, parecer excessivo.

O acentuado caráter dogmático do código, frequentemente acolhendo e confirmando resultados meramente doutrinários, vincula a doutrina e a jurisprudência exatamente no campo daquela linguagem jurídica ideal, a qual – parece-me – escapa do domínio do legislador.

A justa reação jurisprudencial, ao negar valor vinculativo aos títulos dos artigos nos códigos, não exclui que tal fato indica uma tendência sob a qual resta inspirada a disciplina do Código e poderia dizer uma tendência dogmática, portanto, propriamente rígida.³⁸

(baseado em provas) como aquele da concordata para transformar indiretamente o imposto sobre bens móveis em um imposto sobre rendas de bens móveis, conforme evidenciado pelo consumo do contribuinte-pagador, em relação natural com a reduzida importância prática do imposto progressivo complementar.

37. Cf. a esse propósito, FRIEDMAN, Wolfgang Gaston. *Legal theory*. London: Stevens, 1947.

38. Uma maior rigidez se encontra, de resto, em muitos institutos na (mesma) disciplina do código atual, especialmente se comparada com aquela dos Códigos de 1865 e 1882.

Essa tendência pode, por sua vez, estar associada à forte influência germânica em nossa codificação do Direito Privado.³⁹

Ora, parece-me, conquanto a doutrina e a jurisprudência possam conduzir seus próprios trabalhos, que a construção dogmática deve permanecer livre; o legislador, ao estabelecer a disciplina positiva, deve evitar inviabilizar o desenvolvimento dogmático e interpretativo futuro, quando também este possa levar a orientações opostas àquelas pelas quais o legislador se inspirou. É justamente essa mesma dialética do Direito que escapa ao império do legislador.⁴⁰ Este pode estabelecer a disciplina que julga oportuna; não pode estabelecer os conceitos com os quais tal disciplina deve ser representada e reconstruída.

O intérprete, por seu turno, no momento de aplicação analógica e na identificação da *ratio legis*, não poderá fazer uso da construção dogmática seguida da lei, senão enquanto esta puder se identificar com o fundamento dos dispositivos normativos. Ele não poderá, a meu ver, posicionar-se sobre qual premissa de sua fundamentação, senão pela construção dogmática posta pelo legislador, a qual será vinculante nos limites nos quais se constitui o fundamento do dispositivo normativo.

9. Entre os problemas que a nova codificação (e cujas características são, nesse sentido, bastante diversas daquelas existentes na legislação ab-rogada) apresenta ao intérprete está precisamente aquele da distinção entre a disciplina vinculante estabelecida pelo legislador e o enquadramento dogmático do qual a lei se serviu; este, apesar de dever ser considerado para a compreensão da intenção da lei, não aparece, no entanto, *per se* vinculante para o intérprete.

39. A própria expressão “sociedade anônima”, oriunda da tradição italiana e francesa, foi substituída por “sociedade por ações”, da tradição alemã, justificando tal transformação (Relazione n. 944) pela maior exatidão dessa terminologia, o que pode ser, de qualquer modo, dúbia, refletindo sobre a noção de sociedade em comandita por ações; esta constitui, inegavelmente, uma sociedade cujo capital é fracionado em ações, apesar de não constituir àquela sociedade por ações que é disciplina no Capítulo V, Título V, Livro V, do Código Civil, com o qual, então, a expressão sociedade por ações deveria compreender, quer a sociedade disciplinada no Capítulo V, quer aquela disciplinada no Capítulo VI.

40. E do juiz igualmente. Os entendimentos consolidados pela Corte de Cassação se fundam sob a premissa de que uma instituição judiciária possa substituir o trabalho de interpretação que, por essa sua finalidade e em cada caso concreto, deve ser realizado pelo órgão judicante, um corpo de interpretações pré-constituídas da jurisprudência. Infere-se, assim, ao órgão judicante, no caso concreto, a possibilidade de interpretar a jurisprudência anterior, cuja interpretação pré-constituída, por parte da Corte, acaba por atribuir àquele o Poder Legislativo. O juiz, enquanto intérprete, deve permanecer livre para interpretar, segundo seu juízo, a norma (ou a máxima jurisprudencial); se tal interpretação é “ditada”, dita-se, em realidade, uma nova norma – o que não pode ter lugar se não forem respeitados os limites constitucionais concernentes.

ASCARELLI, Tullio. A função do Direito Comparado e o nosso sistema de Direito Privado.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (trad.).

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 399-418. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione. *Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- ASCARELLI, Tullio. Premesse allo studio del diritto comparato. *Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- BIGIAMI, Walter. Appunti sul Diritto Giudiziario. *Studi Urbinati VII*, 1933 (repubblicato come *Appunti sul Diritto Giudiziario*. Padova: CEDAM, 1989).
- FINZI, Enrico. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1947.
- FRIEDMAN, Wolfgang Gaston. *Legal theory*. London: Stevens, 1947.
- GALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*. Padova: CEDAM, 1937.
- GORLA, Gino. *Commento a Tocqueville: 'L'idea dei diritti'*. Milano: Giuffrè, 1948.
- GORLA, Gino. *L'interpretazione del diritto*. Milano: Giuffrè, 1941.
- GRASSETTI, Cesare. Le definizioni legale e la riforma dei Codici. *Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano: Giuffrè, 1939.
- GUTTERIDGE, Harold Cooke. *Comparative law: An introduction to the comparative method of legal study & research*. 2. ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1949.
- KONVITZ, Milton R. *Law and Social Action: Selected essays of Alexander H. Peckelis*. New York: Cornell University Press, 1950.
- MAITLAND, Frederic William. Trust and Corporation. *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- and Öffentliche Recht der Gegenwart*, Band XXXII. Wien. 1904.
- PEKELIS, Administrative discretion and the rule of Law. *Social Research*, v. 1, p. 22-370, 1943.
- POUND, Rosco. *Spirit of common law*, Boston: Marshall Jones Company, 1921.
- RAVÀ, Tito. *La nozione giuridica di impresa*. Milano: Giuffrè, 1949.
- RHEINSTEIN, Max. *Papers – Series II: Correspondences*. Special Collections Research Center: University of Chicago Library, 2006.
- ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947.
- SCIALOJA, Vittorio. *Scritti giuridici*, L.III. Roma, 1938.
- TEDESCHI, Guido. *Annuario del Diritto Comparato*, 1948.
- VASSALLI, Filippo. Motivi e caratteri della codificazione civile. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, p. 76-107, 1947.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas relacionadas ao tema**

- A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro, de Bruno Miragem – *RT* 1000/157-190 (DTR\2019\23629);
- Direito comparado: objeto do direito, de Fabiano André de Souza Mendonça – *RDPriv* 13/112-126 (DTR\2003\76); e
- O estudo do direito comparado e o aperfeiçoamento da ordem jurídica, de Otto Gil – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 1/447-459 (DTR\2012\2007).