

## **O CAMINHO DO DIREITO\***

**Oliver Wendell Holmes Jr\*\* \*\*\***

Quando estudamos o direito, não estamos estudando um mistério, mas sim uma profissão bem conhecida. Estamos estudando o que devemos desejar a fim de comparecer perante os juízes, ou para aconselhar as pessoas de tal maneira que as mantenha fora do tribunal. A razão do porquê disto ser uma profissão ou do porquê as pessoas pagam advogados para argumentar por elas ou para aconselhá-las é que, em sociedades como a nossa, o comando da força pública é confiado aos juízes em certos casos, e todo o poder do Estado será aplicado, se necessário, no cumprimento de seus julgamentos e ordens. As pessoas querem saber em que circunstâncias e até que ponto vão correr o risco de ir de encontro a algo que é muito mais forte do que elas. Portanto, torna-se uma profissão saber quando esse perigo deve ser temido. O objeto do nosso estudo é então, a predição, a previsão da incidência da força pública através da instrumentalidade dos tribunais.

Os instrumentos deste estudo são o conjunto de decisões, tratados e estatutos legais, que neste país e na Inglaterra remontam há mais de seiscentos anos, e que em nossos dias são acrescidos às centenas anualmente. Nestas enigmáticas folhas estão reunidas as dispersas profecias do passado sobre os casos em que o martelo baterá. Eis o que corretamente foram chamados de oráculos do direito. De longe, o que mais importa em cada novo esforço do pensamento jurídico é fazer com que essas profecias sejam mais precisas, e generalizá-las em um sistema perfeitamente conectado. Para tanto, o procedimento é, do ponto de vista do advogado, eliminar todos os elementos dramáticos

---

\* Publicado originalmente na Harvard Law Review, Vol. 10, nº 8, 1895, p. 457-478.

\*\* Oliver Wendell Homes Jr (1841-1935) foi um jurista americano, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos (1902-1932) e uma das principais referências em relação ao realismo americano. É um dos juízes da Suprema Corte americana mais citados na história, condecorado tanto na Grã Bretanha quanto nos Estados Unidos.

\*\*\* Traduzido por Mariana Alba Zampol e Aline Oliveira Dourado, graduandas do curso de Direito da FADISP, e por Samuel Moreira Gouveia, doutorando pela Université Paris Nanterre em cotutela com a PUC-SP, professor do curso de Direito da FADISP. Tradução realizada no seio do Grupo de Estudo e Análise Crítica do Direito.

que seu cliente tenha usado para colorir a história, mantendo apenas os fatos de importância legal, até as análises finais e os abstratos universais da teoria do direito\*\*\*\*. A razão pela qual um advogado não menciona que seu cliente usava um chapéu branco quando assinou um contrato, enquanto a senhora Quickly certamente discorreria longamente sobre a taça meio dourada e o bom fogo de carvão\*, é que ele prevê que a coerção pública vai agir da mesma forma, independentemente do que seu cliente tinha sobre sua cabeça. Para fazer com que as profecias sejam mais fáceis de serem lembradas e entendidas, os ensinamentos das decisões do passado são reduzidos a proposições gerais e reunidas em livros, e os estatutos legais são transmitidos mediante forma geral. Os direitos e deveres primários com os quais a jurisprudência se ocupa não são nada além de profecias. Um dos muitos efeitos malignos da confusão entre ideias legais e as ideias morais, assunto que tratarei em um momento, é que esta teoria tem a capacidade de colocar a carroça na frente dos bois quando considera o direito ou o dever como algo existindo à parte, independente das consequências de sua violação, e que certas sanções são a eles posteriormente adicionadas. Mas, como tentarei mostrar, uma obrigação legal não é nada além do que uma previsão de que, se alguém fizer ou omitir certos comportamentos, sofrerá desta ou daquela maneira por decisão de um tribunal.

O número das previsões, quando generalizadas e reduzidas a um sistema, não é incontrolavelmente grande. Elas apresentam-se como um corpo dogmático finito que pode ser dominado dentro de um lapso razoável de tempo. É um grande erro assustar-se com o número crescente de decisões. As decisões de uma dada jurisdição no curso de uma geração ocupam praticamente todo o corpo do direito, e o reformula a partir do ponto de vista atual. Poderíamos reconstruir o conjunto do direito a partir destas decisões se tudo que foi feito antes tivesse se queimado. A utilização das decisões anteriores é principalmente histórica, um uso sobre o qual devo ter algo a dizer antes de terminar.

---

\*\*\*\* *N. dos T.* No original, em inglês “*jurisprudence*”. A tradução do termo inglês “*jurisprudence*” pode causar certa confusão, visto que o vocábulo “*jurisprudência*” possui em português significado bem diverso. “*Jurisprudence*”, traduzível por “*Teoria do direito*”, é o ramo do conhecimento jurídico que estuda e teoriza o direito, encontrando em Jeremy Bentham e John Austin seus primeiros expoentes ingleses. Já o conjunto de decisões elaboradas por determinados tribunais pode ser traduzido para o inglês como “*Case law*”.

\* *N. dos T.* Tanto o nome da personagem “*Mrs. Quickly*” quanto a expressão original, em inglês “*parcel-gilt goblet and the sea-coal fire*” fazem referência à parte II da peça de Shakespeare, “*Henrique IV*”, ato II, cena I. Nesta cena, a personagem descreve minuciosamente o momento em que Falstaff jura casar-se com ela.

Gostaria de estabelecer alguns princípios básicos para o estudo desse corpo de dogmas ou de previsões sistematizadas que chamamos de direito, para aqueles que querem usá-lo como instrumento de sua profissão de predição, e, atendo-me a este estudo, gostaria de salientar um ideal que nosso direito ainda não alcançou.

A primeira ideia para um entendimento eficiente sobre a questão é a compreensão sobre seus limites. Portanto, penso que é desejável sublinhar de uma vez e dissipar uma confusão entre moralidade e direito que por vezes chega a se tornar teoria consciente, e mais frequentemente causa problemas sem atingir o ponto de consciência. Pode-se ver muito claramente que um homem mau tem tanta razão quanto um bom homem para desejar evitar um encontro com a coerção pública, portanto, pode-se ver a importância prática da distinção entre a moralidade e direito. Um homem que não se importa com uma regra ética aceita e praticada por seus vizinhos provavelmente se importará bastante com as mesmas regras com o intuito de evitar ser obrigado a pagar dinheiro, e vai querer manter-se fora da cadeia se puder.

Reconheço como um dado adquirido que nenhum ouvinte meu irá interpretar mal o que tenho a dizer de forma cínica. A lei é a testemunha e o depósito externo de nossa vida moral. Sua história é a história do desenvolvimento moral do povo. Sua prática, apesar dos gracejos populares, tende a fazer bons cidadãos e bons homens. Quando enfatizo a diferença entre direito e moral faço-o com referência a um único fim, o de aprender e entender o direito. Para esse efeito, deve-se definitivamente dominar suas marcas específicas, e é por isso que eu lhes peço para imaginarem-se indiferentes em relação aos outros e mais importantes assuntos.

Não digo que não haja um ponto de vista mais amplo a partir do qual a distinção entre o direito e a moral se torne secundário ou sem nenhuma importância, tal como todas as distinções matemáticas desaparecem na presença do infinito. Mas digo que esta distinção é de primeira importância para o objeto que estamos aqui a considerar – um correto estudo e domínio do direito como um assunto de limites bem compreendidos, um corpo dogmático delimitado por linhas definidas. Acabei de mostrar a razão prática para dizer isso. Se se quer conhecer o direito e nada mais, você deve olhar para ele como um homem mau, que só se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite prever, não como um homem bom, que encontra as suas razões para a conduta, seja dentro do direito ou fora dele, nas mais vagas sanções da consciência. A importância teórica da distinção não é das menores quando se raciocina corretamente sobre a questão. O direito é cheio de fraseologias tiradas da moral, e pela mera força da

linguagem, continuamente nos convida a passar de um domínio para outro sem que nos apercebamos disso, a menos que tenhamos os limites constantemente em nossas mentes. O direito fala sobre direitos subjetivos e deveres, malícia, intenção, negligência, e assim por diante, e nada é mais fácil – ou, devo dizer, nada é mais comum no raciocínio jurídico – do que tomar estas palavras no seu sentido moral, em algum estágio do argumento, e assim cair em falácia. Por exemplo, quando falamos dos direitos do homem em um sentido moral, queremos delimitar a interferência da liberdade individual, a qual pensamos estar prescrita pela consciência ou pelo nosso ideal. Contudo, é certo que muitas leis foram impostas no passado, e é provável que algumas sejam impostas atualmente, as quais são condenadas pela opinião mais esclarecida da época, ou que em qualquer tempo passam do limite de interferência, como muitas consciências apontariam. Manifestamente, portanto, não é nada além do que resultado da confusão de pensamento a assunção de que os direitos do homem, em um sentido moral, são igualmente direitos no sentido da Constituição e da lei. Não há dúvida de que casos simples e extremos podem ser postos por leis imaginárias que o poder de elaboração de estatutos legais não se atreveria a promulgar, mesmo na ausência de proibições constitucionais escritas, porque a comunidade se rebelaria; e isso dá alguma credibilidade à proposta de que o direito, se não é uma parte da moralidade, é limitado por ela. Mas esse limite de poder não é coextensivo com qualquer sistema de moral. Em sua maior parte que fica muito além das delimitações de qualquer tipo de sistema moral, e em alguns casos pode estender-se para além deles, por razões desenhadas pelos hábitos de um povo em particular, em um momento particular. Certa vez ouvi o falecido professor Agassiz dizer que a população alemã se revoltaria caso houvesse aumento de dois centavos no preço de um copo de cerveja. Neste caso, um estatuto legal seria considerado um conjunto de palavras vazias, não porque estava errado, mas porque ele não poderia ser imposto. Ninguém nega que estatutos legais errados podem ser, e são impostos. E mesmo assim, ainda não concordaríamos quais são aqueles estatutos legais errados.

A confusão com a qual estou lidando a coisa confessadamente as concepções legais. Considere a questão fundamental, “O que constitui o direito?” Encontrar-se-á alguns escritores que afirmam ser algo distinto do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema de razão, que é uma dedução a partir de princípios éticos ou de axiomas admitidos, que pode ou não coincidir com as decisões das cortes. Mas se tomarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, veremos que ele não se preocupa minimamente em relação aos axiomas ou

deduções, contudo ele quer saber como provavelmente os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra de fato se comportarão. Concordo com esta sua ideia. As profecias do que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por direito.

Tomemos novamente uma noção que, quando popularmente entendida, é a mais ampla noção contida no direito – a ideia de dever legal. Preenchemo-la com todo o conteúdo que podemos tirar da moral. Mas o que isso significa para um homem mau? Principalmente, e em primeiro lugar, significa uma profecia de que, caso ele realize certas ações, será submetido a consequências desagradáveis tais como prisão ou pagamento obrigatório de certa soma de dinheiro. Mas a partir de seu ponto de vista, qual é a diferença entre ser multado e ser tributado em uma certa quantia para fazer uma determinada conduta? Que este ponto de vista é o teste aos princípios legais é demonstrado pelas muitas discussões que surgem nos tribunais sobre a questão de saber se determinada responsabilidade legal é uma pena ou um imposto. A resposta a esta questão dependerá da decisão se a conduta é legalmente errada ou correta, e também se o homem estará sob coação ou livre. Deixando o direito penal de lado, qual é a diferença entre a responsabilidade nos termos dos *Mill acts* ou dos estatutos legais que autorizam a expropriação pelo governo e a responsabilidade por aquilo a que chamamos uma apropriação ilegal de propriedade em que a restituição está fora de questão? Em ambos os casos, a parte que toma a propriedade de outrem deve pagar seu valor justo, conforme avaliado por um júri, e nada mais.

Então, qual o sentido em considerar uma conduta como correta e outra como errada, do ponto de vista do direito? Tal consideração não importa, tão logo a consequência dada, o pagamento obrigatório, se relacione tanto ao ato descrito ora em termos de aprovação ora em termos de censura, ou se a pretensão do direito é a proibição ou a permissão de tal ato. Se isso realmente importa, ainda falando do ponto de vista do homem mau, deve ser porque, em um caso e não nos outros, certas desvantagens adicionais ou ao menos algumas outras consequências, estão ligadas ao ato pelo direito. As únicas outras desvantagens desta forma vinculadas que fui capaz de pensar podem ser encontrados em duas poucas doutrinas legais de certa maneira insignificantes, sendo que ambas podem ser descartadas sem muita perturbação. Uma delas consiste na afirmação de que um contrato que possua como objeto a realização de um ato proibido é ilegal, e outra, que afirma que, se um dos dois ou mais malfeitores têm de pagar pela totalidade dos danos causados, ele não poderá se ver ressarcido por seus companheiros. E acredito que seja tudo. Vê-se como a vaga circunferência da noção de dever recua e, ao mesmo

tempo cresce de forma mais precisa quando se lava com *ácido cítrico* e dela se expulsa tudo, exceto o objeto de nosso estudo, as operações do direito.

Em nenhum lugar é mais evidente a confusão entre ideias legais e morais do que no direito contratual. Entre outras coisas, também aqui os chamados direitos primários e deveres são investidos de um significado místico além do que pode ser atribuído e explicado. O dever de manter um contrato na *common law* significa uma previsão de que deve-se pagar indenização se não mantê-lo – e nada mais. Se houver o cometimento de um delito, se está sujeito ao pagamento de uma quantia compensatória. Se houver a assinatura de um contrato, se está sujeito ao pagamento de uma compensação a menos que o acontecimento prometido vier a acontecer, e isso faz toda a diferença. Mas tal modo de olhar para o assunto não cheira bem para aqueles que pensam ser vantajoso conseguir o máximo possível de ética no direito. Contudo, tal posição foi boa o suficiente para Lorde Coke e aqui, como em muitos outros casos, estou contente em concordar com ele. Em *Bromage vs. Genning*<sup>1</sup>, uma proibição foi decretada pela King's Bench\* contra um processo que tramitou no *marches of Wales*, sobre a execução específica de um contrato de arrendamento, e Coke disse que aquela decisão subverteria a intenção do contratante, haja vista que aquele deveria ter a escolha entre perder a indenização ou fazer a locação. Sargento Harris, na defesa do autor, confessou que ingressou com a ação contra a sua consciência, e uma proibição foi acordada. Este caso vai além de onde deveríamos ir agora, mas mostra que o que arrisco dizer o que tem sido o ponto de vista do *common law* desde o início, embora o Sr. Harriman, em seu pequeno livro sobre Contratos, induzido em erro chega à uma conclusão diferente, como humildemente penso.

Tenho falado somente sobre a *common law* pois nele há casos em que uma justificação lógica pode ser encontrada quando se trata de responsabilidade civil como imposição de deveres em um sentido inteligível. Estes casos são relativamente escassos quando a equidade garante uma ordem judicial, aprisionando o acusado ou não punindo-o a menos que ele se conforme com a ordem do tribunal. Mas eu dificilmente pensaria ser aconselhável moldar a teoria geral pela exceção. Penso que seria melhor deixarmos-nos de nos incomodar com direitos primários e sanções de modo geral, do que descrever nossas profecias sobre as responsabilidades comumente impostas pelo direito nesses termos inapropriados.

---

<sup>1</sup> I Roll. Rep. 368.

\* N. dos T. A "King's Bench" foi um dos principais tribunais do antigo sistema legal inglês. Criado no fim do século XII, foi dissolvido pelo *Supreme Court of Judicature Act* em 1873, com a advento da *High Court of Justice*.

Mencionei, além de outros exemplos do uso pelo direito de palavras extraídas da moral, a “maldade”, a “intenção” e a “negligência”. É suficiente tomar a “malícia” na forma que é usada na lei de responsabilidade civil – que nós, advogados chamamos direito da responsabilidade civil –, para mostrar que isso significa algo diferente no direito em comparação com a moral. Tal comparação ainda mostrará como esta diferença tem sido obscurecida, dando aos princípios que têm pouco ou nada a ver uns com os outros, o mesmo nome. Trezentos anos atrás, um pastor pregou um sermão e contou uma história tirada do *Foxs's Book of Matyrs* sobre um homem que havia assistido à tortura de um dos santos, e posteriormente morreu em consequência de tormentos internos. Acontece que Fox estava errado. O homem estava vivo e teve a chance de ouvir o sermão, e, logo após processou o pastor. *Chief Justice*\* Wray orientou o júri de que o réu não era responsável, porque a história foi contada inocentemente, sem malícia. Ele tomou malícia no sentido moral, relacionada à um motivo malévolo. Mas hoje em dia ninguém duvida de que um homem pode ser responsável, sem qualquer motivo malévolo, pelas declarações falsas manifestamente calculados para infligir danos. Ao tratar do caso em comento, ainda devemos chamar “maliciosa” a conduta do réu; mas ao menos na minha opinião, a palavra não significa nada sobre os motivos, ou mesmo sobre a atitude do réu em relação ao futuro, mas significa apenas que a tendência de sua conduta, de acordo com as circunstâncias conhecidas, era muito claramente a de causar os danos ao autor<sup>2</sup>.

No direito contratual o uso da fraseologia moral levou a semelhante confusão, como já demonstrei em parte, mas apenas em parte. A moral lida com o estado interno real da mente do indivíduo, o que ele realmente pretende. Desde o tempo dos romanos até agora, esta modalidade de tratar o assunto afeta a língua do direito, e a linguagem utilizada reagiu sobre o pensamento. Falamos de um contrato como um encontro de intenções das partes, e daí infere-se em vários casos que não há nenhum contrato porque suas intenções não se encontraram; isto é, porque eles têm intenções diferentes ou porque uma parte não sabe do consentimento da outra. No entanto, nada é mais certo do que o fato que as partes podem estar vinculadas a um contrato para objetivos que nenhuma delas intencionou, ou ainda no caso de não se saber do consentimento da outra parte. Suponha que um contrato é formalizado devidamente e por escrito para dar

---

\* *N. dos T.* “*Chief Justice*” é a denominação dada ao juiz que preside as supremas cortes nos sistemas jurídicos baseados no direito inglês.

<sup>2</sup> Ver *Hanson vs. Globe Newspaper Co.*, 159 Mass. 293, 302.

uma palestra, não mencionando nenhuma data. Uma das partes pensa que a promessa será interpretada para significar que a palestra deverá ser realizada dentro de uma semana. A outra pensa que a palestra deverá acontecer quando estiver pronto. O tribunal diz que isso significa que a palestra deve ocorrer em um prazo razoável. As partes estão vinculadas pelo contrato, tal como é interpretada pelo tribunal, mesmo que nenhuma delas quis dizer o que o tribunal declarou. Na minha opinião, ninguém vai entender a verdadeira teoria do contrato ou ser capaz até mesmo de discutir algumas questões fundamentais de forma inteligente até que se tenha entendido que todos os contratos são formais, que a realização de um contrato não depende do acordo de duas intenções em uma intenção única, mas do acordo de dois conjuntos de sinais externos. Não se trata das partes pretenderem a mesma coisa, mas em terem dito a mesma coisa. Além disso, como os signos podem ser direcionados em um sentido ou outro – para a visão ou a audição – a natureza do signo vai depender do momento em que o contrato é feito. Se o signo é tangível, como por exemplo em uma carta, o contrato é realizado quando a carta de aceitação é entregue. Se for necessário que as intenções das partes se encontrem, não haverá contrato até à aceitação poder ser lida, por exemplo, não haverá contrato se a aceitação for arrancada das mãos do ofertante por uma terceira pessoa.

Este não é o momento para elaborar uma teoria em detalhe, ou para responder às muitas dúvidas e perguntas óbvias que são sugeridos por estes pontos de vista geral. Sei que nenhuma destas dúvidas são fáceis de responder, mas o que estou tentando fazer agora é apenas, por meio de uma série de dicas, lançar alguma luz sobre o estreito caminho da doutrina jurídica, passando por duas armadilhas que, como parece-me, repousam perigosamente próximo. Sobre a primeira delas já disse o suficiente. Espero que minhas ilustrações tenham demonstrado o perigo, tanto para a especulação quanto para a prática, de confundir moralidade com o direito, e a armadilha que a linguagem jurídica projeta para nós neste lado do nosso caminho. No que me toca, muitas vezes me questiono se seria um ganho, se cada palavra de significado moral pudesse ser banida do direito, e fossem adotadas outras palavras que transmitissem ideias legais neutras para qualquer utilidade não jurídica. Deveríamos perder os registros fossilizados de uma boa porção de história, além da majestade obtida pelas associações com a ética, o que livrar-nos-ia de confusão desnecessária e nos faria ganhar muito na clareza do nosso pensamento.

Isto é o bastante sobre os limites do direito. O próximo assunto que gostaria de considerar é quais são as forças que determinam o seu conteúdo e o

desenvolvimento do direito. Pode-se assumir, com Hobbes, Bentham e Austin, que todo o direito emana do soberano, mesmo quando os primeiros seres humanos a enuncia-lo são os juízes, ou você pode pensar que o direito é a voz do *Zeitgeist* ou coisa do tipo. Mesmo que cada decisão necessite da sanção de um imperador com poder despótico e uma mente caprichosa, não devemos ser menos interessados com o ponto de vista da previsão, na descoberta de alguma ordem, alguma explicação racional, e alguns princípios do desenvolvimento para as regras estabelecidas. Em cada sistema existem tais explicações e princípios a serem encontrados. É em relação a eles que uma segunda falácia se desvela, falácia esta que penso ser importante expor.

A falácia a que agora me refiro é a noção de que a única força no desenvolvimento do direito é a lógica. No sentido mais amplo, de fato, esta noção deve ser verdadeira. O postulado pelo qual pensamos sobre o universo é a existência de uma relação quantitativa fixa entre todos os fenômenos, seus antecedentes e consequentes. Se há tal coisa como um fenômeno sem essas relações quantitativas fixas, é um milagre. Está fora da lei de causa e efeito, e como tal transcende a força do nosso pensamento, ou pelo menos é algo para ou a partir do qual não podemos raciocinar. A condição do nosso pensamento sobre o universo é a sua capacidade de ser pensado de forma racional, ou, em outras palavras, que cada parte dele seja efeito e causa, no mesmo sentido que o são as partes com os quais estamos mais familiarizados. Assim, no sentido mais amplo, é verdade que o direito é um desenvolvimento lógico, como tudo o mais. O perigo de que falo não é a admissão de que os princípios que regem outros fenômenos também regem o direito, mas a noção de que um determinado sistema, o nosso, por exemplo, possa ser analisado como a matemática a partir de alguns axiomas gerais de conduta. Este é o erro natural das escolas, mas não se limita a elas. Certa vez ouvi um eminente juiz dizer que ele nunca deixava uma decisão ir até o momento em que ele tivesse certeza absoluta do que era correto. Então a divergência judicial\* geralmente é culpada, como se isso significasse simplesmente que um lado ou o outro não tivesse feito suas contas direito, e, se houvesse problemas adicionais, o acordo inevitavelmente chegaria.

Este modo de pensar é inteiramente natural. A formação dos advogados é uma formação em lógica. Os processos de analogia, a discriminação e dedução são aqueles em que a maioria se sente mais à vontade. A linguagem da decisão judicial é principalmente a linguagem da lógica. E o método e forma lógicos exaltam o anseio de certeza e de tranquilidade. Mas a segurança geralmente é ilusão, e a tranquilidade não é

---

\* N. dos T. No original "*judicial dissent*".

o destino do homem. Por detrás da forma lógica reside um julgamento – de valor e importância relativos quando comparado ao campo legislativo – muitas vezes desarticulado e inconsciente, é verdade, mas ainda assim enraizado em todo o processo. Pode-se dar a qualquer conclusão uma forma lógica. Sempre se pode implicar uma condição em um contrato. Mas por que implicar isso? Por causa de algumas crenças quanto à prática da comunidade ou de uma classe, ou por causa de alguma opinião quanto à política, ou, em suma, por causa de alguma atitude sobre um assunto em que não se é capaz de fazer uma medição quantitativa exata, e, portanto, incapaz de fundar conclusões lógicas exatas. Tais questões são realmente campos de batalha onde os meios não existem para determinar o que deve ser considerado bom em todos os momentos, onde a decisão não pode fazer nada além do que incorporar a preferência de uma determinada sociedade, em um determinado tempo e lugar. Não percebemos o quanto do nosso direito está aberto à reconsideração mediante uma ligeira mudança no hábito da mentalidade pública. Nenhuma proposição concreta é auto evidente, não importa o quão pronto possamos estar de aceitar isso, nem mesmo o “homem qualquer” de que trata Sr. Herbert Spencer, tem o direito de fazer o que quiser, visto que não deve interferir no mesmo direito de seus vizinhos.

Por que uma declaração falsa e danosa é privilegiada, quando feita honestamente para dar informações sobre um empregado? É porque foi pensado ser mais importante que a informação seja dada livremente, do que um homem ser protegido por algo que, em outras circunstâncias, seria um erro acionável judicialmente. Por que um homem tem liberdade para montar um negócio que ele sabe que arruinará seu vizinho? É porque se supõe que o bem público seja melhor servido pela livre concorrência. Obviamente tais julgamentos de importância relativa podem variar em diferentes tempos e lugares. Por que um juiz instruirá um júri que um empregador não é responsável perante um empregado em relação à uma lesão recebida no âmbito do seu trabalho, salvo em caso de negligência, e por que no júri geralmente favorece o demandante, quando o caso for passível de ser julgado por eles? É porque a política tradicional de nosso direito é limitar a responsabilidade aos casos em que um homem prudente poderia ter previsto a lesão, ou pelo menos o perigo, enquanto que a inclinação de grande parte da comunidade é a de fazer com que determinadas categorias de pessoas cuidem da segurança das pessoas com quem lidam. Desde que as últimas palavras foram escritas, tenho visto a exigência de tal seguro apresentado como parte do programa de algumas das mais conhecidas organizações trabalhistas. Há uma batalha semioculta sobre a questão da política

legislativa, e se alguém pensa que tal questão pode ser resolvida por dedução ou de uma vez por todas, só posso dizer que isto é teoricamente errado, e que estou certo de que esta conclusão não seria aceita na prática *sempre, em todos os lugares e por todos*\*.

De fato, penso que mesmo agora nossa teoria sobre essa matéria está aberta a reconsideração, apesar de não estar preparado para dizer como decidiria se uma reconsideração fosse proposta. Nosso direito de responsabilidade civil vem dos antigos dias de erros, agressões e difamações isolados e não generalizados, em que as indenizações eram resolvidas na forma que apareciam, por julgamento judicial. Mas os delitos com os quais nossas cortes se mantêm ocupadas rotineiramente são, principalmente, incidentes acerca de assuntos bem conhecidos. São danos à pessoa ou à propriedade como ferrovias, fábricas, etc. A responsabilidade por eles é estimada, e cedo ou tarde é repassada ao preço do produto pago pelo público. O público realmente paga a indenização e a questão da responsabilidade, se melhor esmiuçada, é realmente a questão de quão desejável é para o público assegurar a segurança daqueles que utilizam seu trabalho. Pode ser dito que, nesses casos, a chance de um júri ser favorável ao réu é apenas remota, de vez em quando interrompendo arbitrariamente o regular andamento da restituição, muito provavelmente no caso de um demandante excepcionalmente consciencioso, e portanto melhor resolvida sem o processo. De maneira contrária, até mesmo o valor econômico de uma vida, para a comunidade, pode ser estimado, e nenhuma retribuição deverá ir além deste valor. É possível que algum dia, em certos casos, possamos nos encontrar simulando, em um plano superior, o preço de vida e morte visto nas Leis Bárbaras\*\*.

Penso que mesmos os juízes falharam em reconhecer seu dever de pesar as considerações sobre as vantagens sociais. Tal dever é inevitável e o resultado da frequentemente proclamada aversão judicial de lidar com essas considerações é simplesmente o de deixar a base e o fundamento dos julgamentos inarticulados, e frequentemente inconscientes, como já disse. Quando o socialismo teve seu início, as classes sociais mais socialmente confortáveis ficaram visivelmente amedrontadas. Suspeito que tal medo tenha influenciado o mecanismo judicial tanto aqui quanto na Inglaterra, ainda certamente não tenha sido um fator consciente das decisões a que me referi. Penso que algo similar levou àqueles que não mais esperavam controlar a legislatura, a olhar para as cortes como intérpretes das Constituições, e que assim, em

---

\* N. dos T. No original, em latim "*semper ubique et ab omnibus*".

\*\* N. dos T. No original, em latim "*Leges Barbarorum*".

algumas cortes novos princípios estavam sendo descobertos fora dos corpos daqueles instrumentos legislativos, os quais poderiam ser generalizados como a aceitação de doutrinas econômicas que prevaleceram há cinquenta anos, e de uma série de proibições as quais um tribunal de advogados não pensa de forma correta. Só posso acreditar que se o treinamento desses advogados os levou a habitualmente considerar de forma mais definitiva e explícita a vantagem social que justifica a aplicação da regra, eles às vezes, hesitariam onde atualmente possuem confiança, e veriam que realmente estão tomando lado em questões discutíveis e geralmente urgentes.

Há muito o que dizer sobre falácia da forma lógica. Agora deixemos considerar a presente condição do direito como objeto de estudo e o ideal ao qual se dirige. Ainda estamos longe do ponto de vista que desejo ver alcançado. Ninguém o alcançou ou pode alcançá-lo ainda. Estamos apenas no início da reação filosófica e da reconsideração do valor das doutrinas que são, em sua maior parte, tomadas como naturais sem nenhum questionamento deliberativo, consciente e sistemático de suas bases. O desenvolvimento do nosso direito ocorre há cerca de mil anos e, como no desenvolvimento de uma planta, cada geração toma o próximo e inevitável passo, tanto espiritual quanto materialmente, obedecendo simplesmente uma lei de crescimento espontâneo. É perfeitamente natural e certo que isso deveria ser assim. A imitação é necessária à natureza humana, assim como ilustrado pelo memorável escritor francês, Gabriel Tarde, em um admirável livro, "As leis da imitação"<sup>\*</sup>. A maioria das coisas que fazemos, as fazemos por nenhuma outra razão além do fato de que nossos pais ou nossos vizinhos as faziam, e o mesmo é verdade para uma grande parte daquilo que suspeitamos que pensamos. A razão é boa, pois nossas curtas vidas não nos dão tempo para um algo melhor, mas isto não é o melhor. Não significa que, pelo fato de todos sermos compelidos a empregar a fé de forma secundária na maior parte das regras em que baseamos nossas ações e nossos pensamentos, cada um de nós não possa tentar organizar um canto deste mundo de forma racional, ou que todos nós coletivamente não devamos aspirar levar a razão o mais distante quanto ela possa chegar. Com respeito ao direito, é verdade, sem dúvidas, que um evolucionista irá hesitar em afirmar a validade universal de seus ideais sociais, ou dos princípios que ele pensa que deveriam estar incutidos na legislação. Ele se contenta em provar que aqueles ideias sociais e princípios são os melhores aqui e agora. Ele pode estar pronto para admitir que não conhece nada sobre o melhor absoluto no cosmos, e assim ele sabe pouco de nada sobre o que é permanentemente melhor aos

---

<sup>\*</sup> N. dos T. No original, em francês "*Les Lois de l'imitation*".

homens. Ainda é verdade que o corpo legal é mais racional e mais civilizado quando cada regra nele contida refere-se articulada e definitivamente a um fim ao qual aquele corpo legal serve, e quando os fundamentos para desejar tal fim é dito ou está propenso para ser dito em palavras.

Presentemente, em muitos casos, se quisermos saber por que uma regra de direito foi cunhada em uma forma específica, e se quisermos saber por que ela existe, voltamo-nos à tradição. Nós adentramos os anuários, e talvez além deles os costumes dos Francos sálíos, e nas florestas germânicas em algum lugar do passado, nas necessidades dos reis normandos, nos pressupostos das classes dominantes. Contudo, na ausência de ideias generalizadas, descobrimos que o motivo prático que melhor justifica é o simples fato de sua aceitação é que os homens estão acostumados a isso. O estudo racional do direito é ainda amplamente o estudo da história. A história deve ser parte deste estudo, pois sem ela não podemos saber precisamente a finalidade das regras com as quais lidamos. Esta é uma parte do estudo racional, pois é o primeiro passo a um ceticismo iluminador, que vai ao encontro de uma reconsideração deliberada do valor dessas regras. Quando se tira o dragão de sua caverna para a planície e para a luz do dia, você pode contar seus dentes e garras, e pode ver realmente qual a sua força. Mas retirá-lo é apenas o primeiro passo. O próximo passo é ou matá-lo ou domá-lo e fazê-lo um animal útil. Para o estudo racional do direito, o homem letrado pode até ser o homem do presente, mas o homem do futuro é aquele de estatísticas e que domina a economia. É revoltante não ter um motivo melhor para uma regra de direito do que aqueles utilizados na época de Henrique IV. E é ainda mais revoltante se seus fundamentos já tiverem desaparecido há tempos e a regra simplesmente persiste pela imitação cega do passado. Estou pensando em regras técnicas como uma transgressão *ab initio*, como é chamada, a qual tentei explicar no recente caso de Massachusetts<sup>3</sup>.

Deixe-me ilustrar, em poucas palavras, como o fim social almejado por uma regra de direito é obscurecido e apenas parcialmente atingido em consequência do fato de que a regra deve sua forma a um desenvolvimento histórico gradual, em vez de ser reformulada integralmente, com referência conscientemente articulada ao fim previsto. Pensamos que é desejável prevenir que a propriedade de um homem seja apropriada de forma abusiva por outro, então transformamos furto em um crime. O mal é o mesmo, não importando se a apropriação indevida foi feita por um homem em cujas mãos o próprio proprietário colocou a propriedade, ou por outro que injustamente a levou

---

<sup>3</sup> Commonwealth vs. Rubin, 165 Mass. 453.

embora. Mas a lei primitiva em sua fraqueza não foi muito além do esforço de prevenir a violência, e muito naturalmente fez da apropriação injusta uma transgressão, parte da definição do crime. Nos tempos modernos os juízes alargaram um pouco esta definição por considerar que, se o praticante do delito consegue a posse do bem mediante engano ou truques, o crime foi cometido. Isso realmente abre mão daquele critério da transgressão, e seria muito mais lógico, bem como fiel ao presente objeto do direito, abandonar o critério como um todo. Isso, entretanto, teria parecido muito ousado, e foi deixado para o estatuto legal. Estatutos legais foram elaborados fazendo da fraude um crime. Mas a força da tradição fez com que o crime de fraude fosse considerado tão distinto do furto que, atualmente, em alguns tribunais, é uma situação complicada considerar se o ladrão indiciado por furto deveria ser indiciado por fraude e, se indiciado por fraude, deveria ser indiciado por furto, para abarcar a fundamentação.

Questões ainda mais fundamentais esperam respostas melhores do que aquelas dadas pelos nossos pais. O que temos de melhor que um palpite cego para mostrar que o direito penal em sua forma atual faz mais bem do que mal? Eu não me refiro ao efeito que ela tem em degradar prisioneiros e em imergi-los ainda mais no crime, ou à questão de se a multa ou encarceramento pesam mais sobre a vida de sua mulher e filhos do que sobre a do próprio criminoso. Tenho em mente questões ainda mais abrangentes. A punição dissuade? Lidamos como criminosos com os princípios apropriados? Uma escola moderna de criminalistas continentais assenta-se sobre a fórmula, primeiramente sugerida por Gall, de que devemos considerar mais o criminoso do que o crime. A fórmula não nos leva muito adiante, mas as buscas iniciadas direcionam pela primeira vez a uma resposta para as minhas questões baseadas na ciência. Se o criminoso típico é um degenerado, propenso ao embuste ou ao assassinato por uma necessidade orgânica profundamente assentada da mesma forma que uma mordida de cascavel, é desnecessário discorrer sobre sua dissuasão pelos métodos clássicos de encarceramento. Ele deve ser livrado; ele não pode ser melhorado, ou amedrontado de sua reação estrutural. Se, por outro lado, crime, como uma conduta humana normal, é apenas uma questão de imitação, a punição justamente poderia ser esperada como uma maneira de manter o crime fora de moda. O estudo dos criminosos tem sido pensado por ilustres cientistas para sustentar a hipótese precedente. As estatísticas relativas ao aumento da incidência de crimes em centros populosos, como grandes cidades, onde o exemplo tem a maior chance de funcionar, e em partes menos populosas, onde o contágio se espalhe mais devagar, vêm sendo usadas com muita força em favor da última perspectiva. Mas há um poder massivo

na crença em que, apesar de tudo, "não é a natureza do crime, mas a periculosidade do criminoso, que constitui o único critério legal razoável para guiar a reação social inevitável contra o criminoso".<sup>4</sup>

Os entraves da generalização racional, que eu illustrei a partir da lei de furto, são mostrados em outros ramos do direito, assim como no penal. Vejamos o direito da responsabilidade civil, ou responsabilidade civil em reparar danos, à parte do contrato e assemelhados. Há alguma teoria geral de tal responsabilidade, ou há casos em que ela simplesmente existe para ser enumerada, e para ser explicada cada qual com sua fundamentação, como é fácil de acreditar pelo fato de que o direito de ação para certas classes bem conhecidas de transgressões ou calúnias tem sua história específica para cada classe? Penso que há uma teoria geral a ser descoberta, ainda que se baseie na tendência ora estabelecida e aceita. Penso que o direito relativo à aplicação de indenização à uma pessoa responsável é acionável, se sob circunstâncias conhecidas o perigo de seu ato é manifesto de acordo com a experiência comum, ou de acordo com a sua própria experiência é mais que comum, exceto em casos em que, sob circunstâncias políticas especiais o direito se recusa a proteger o autor ou a garantir o privilégio do réu. Penso que, usualmente, dolo, intenção e negligência significam apenas que o perigo era manifesto em um grau maior ou menor, sob as circunstâncias conhecidas pelo autor, embora, em alguns casos de dolo privilegiado, possa significar um real motivo malévolo, e tal motivo pode retirar a permissão de infligir conscientemente o mal, o que, em caso contrário, seria concedido nesta ou naquela base de interesse público dominante. Mas, quando afirmei meu ponto de vista a um eminente juiz inglês outro dia, ele disse: "Você está discutindo o que o direito deveria ser; da forma que o direito é, você deve mostrar um direito subjetivo. Um homem não é responsável pela negligência a não ser que ele esteja sujeito a um dever". Se nossa diferença fosse mais do que uma diferença terminológica, ou uma distinção a respeito da proporção entre as exceções e a regra, então, em sua opinião, a responsabilidade por um ato não se pode ser relacionada como explicação suficiente à tendência manifesta do ato causar dano em geral, mas se deve considerar a natureza especial do dano, ou deve ser derivada de algumas circunstâncias especiais além da propensão ao ato, para a qual não há explicação geral. Penso que tal ponto de vista está equivocado, mas é familiar, e eu me desafio a dizer que é aceito de maneira generalizada na Inglaterra.

---

<sup>4</sup> Havelock Ellis, "The Criminal" p. 41, citando Carofalo. Ver também Ferri "*Sociologie Criminelle*". Comparar com Tarde "*La Philosophie Pénale*".

Em todos os lugares, a base principiológica é a tradição, em um grau de extensão que até corremos risco de tornar o papel da história mais importante do que o é. Outro dia, o professor Ames escreveu um artigo acadêmico para mostrar, dentre outras coisas, que a *common law* não reconhece a defesa da fraude em ações sobre contratos formais, e a moral parece ser que o caráter pessoal da defesa é devido à sua origem equitativa. Mas se, como disse, todos os contratos são formais, a diferença não é meramente histórica, mas teórica, entre os defeitos da forma que impedem um contrato de ser feito, e motivos enganosos que manifestamente não poderiam ser considerados em qualquer sistema que chamaríamos de racional, exceto contra aquele que foi responsável por aqueles motivos. Isso não é limitado aos contratos formais, mas é de aplicação universal. Não suponho que o sr. Ames discordaria do que sugiro.

No entanto, se considerarmos o direito contratual, descobriremos que está cheio de história. As distinções entre débito, contrato e assunção são meramente históricas. A classificação de certas obrigações pecuniárias, impostas pela lei independentemente de qualquer acordo como quase-contratos, é meramente histórica. A doutrina da remuneração é meramente histórica. O efeito dado a um selo é explicável simplesmente pela história. A “contrapartida”<sup>\*</sup> é apenas uma forma. É uma forma útil? Em caso positivo, por que não deveria ser requerido em todos os contratos? Um selo é uma mera forma, e está desaparecendo dos documentos escritos e em promulgações em que uma “contrapartida” deve ser dada, com ou sem selo. Por que qualquer distinção meramente histórica deveria ter permissão de afetar os direitos e as obrigações dos homens de negócios?

Desde que escrevi este discurso cheguei a um ótimo exemplo de que maneira a tradição não apenas se impõe sobre a política racional, mas também se impõe depois de ter sido mal interpretada e ter recebido uma nova e mais ampla finalidade do que quando ela tinha um significado. É direito consolidado na Inglaterra que uma alteração substancial de um contrato escrito feita por uma das partes o torna nulo em relação a ele. A doutrina é contrária à tendência geral deste direito. Não dizemos a um júri que, se um homem mentiu sobre um elemento particular, deve se presumir que mentiu em todos os aspectos. Mesmo se um homem tentou enganar, parece não haver razão suficiente para impedi-lo de provar a verdade. Objeções dessa natureza em geral recaem sobre o peso, e não sobre a admissibilidade, dada às provas. Além disso, a regra não se

---

\* *N. dos T.* No *common law*, a “contrapartida”, no original, em inglês “*Consideration*”, era um pré-requisito para que o contrato fosse juridicamente obrigatório.

relaciona à fraude, e não é limitada sobre a prova. Não é meramente que porque você não pode usar a escrita que o contrato está finalizado. O que isso significa? A existência de um contrato escrito depende do fato de que contratante e contratado tenham intercambiado suas vontades escritas, mas não na existência continuada dessas vontades. Mas no caso da obrigação, a noção primitiva era diferente. O contrato era inseparável do papel. Se um estranho o destruísse, ou rasgasse o selo, ou o alterasse, o credor não poderia obter em juízo reparação, ainda que isento de culpa, pois o contrato com o acusado, isto é, a real obrigação tangível selada, não poderia ser produzida na forma com que o obrigasse. Há cerca de cem anos, lord Kenyon empreendeu o uso da razão sobre essa tradição, como fazia as vezes em detrimento da lei, e não conseguia ver razão para tal tradição ser usada em relação às obrigações mas não em relação a outros contratos. Sua decisão mostrou-se correta, quando concernia a uma nota promissória, onde, novamente, a *common law* considerava o contrato inseparável do papel em que foi escrito, mas o raciocínio foi generalizado e, logo, foi estendido a outros contratos escritos, e vários fundamentos políticos absurdos e surreais foram criados em razão do alargamento da regra.

Acredito que ninguém entenderá que esteja me referindo de forma desrespeitosa ao direito por criticá-lo tão abertamente. Venero o direito, e especialmente nosso sistema legal, como um dos mais vastos produtos da mente humana. Ninguém conhece melhor que eu o incontável número de grandes intelectos empregados na tentativa de realizar alguma adição ou melhoria, sendo que o maior deles é insignificante se comparado com o conjunto todo. O direito tem como objetivo final o respeito pela sua existência, não em razão de um sonho hegeliano, mas como parte das vidas dos homens. Mas se pode criticar até aquilo que se reverencia. O direito é algo pelo qual a minha vida é devotada, e eu mostraria menos do que devoção se não fizesse o que pudesse para melhorá-lo quando eu percebesse o que parece – para mim – o ideal do seu futuro; se eu hesitasse em salientar isso e em empenhar-me em direção a este ideal com todo o meu coração.

Talvez tenha dito o suficiente para demonstrar o papel necessário do estudo da história no estudo perspicaz do direito como é atualmente. Ensinando nesta escola e em Cambridge não há perigo de não o subestimar. Sr. Bigelow, aqui, e o sr. Ames e o sr. Thayer, lá, fizeram importantes contribuições que não serão esquecidas, e na Inglaterra a história recente do direito inglês de Sir Frederick Pollock e Sir. Maitland deram ao assunto um charme quase enganoso. Devemos tomar cuidado com a armadilha

daqueles que trabalham com antiguidades, e devemos lembrar que para os nossos propósitos o único interesse no passado é a luz que ele lança sobre o presente. Estou ansioso pelo tempo em que o papel da história na explicação da dogmática seja muito pequeno, e, em vez de pesquisas inventivas, deveríamos gastar energia no estudo dos fins que procuramos obter e das razões para desejá-los. Como um passo rumo a esse ideal parece-me que todo advogado deveria procurar um entendimento de economia. O presente divórcio entre as escolas de economia política e de direito parece-me uma evidência de como muito progresso no estudo filosófico ainda precisa ser feito. No presente estado da economia política, de fato, nos deparamos com a história em escala mais ampla, mas somos convocados a considerar e pesar os fins da legislação, os meios para atingi-los e seus custos. Aprendemos que para cada coisa que conseguimos devemos desistir de outra, e somos ensinados a pesar as vantagens que obteríamos contra as outras vantagens que perderíamos, e a saber o que estamos fazendo quando realizamos uma escolha.

Há outro estudo que as vezes é subestimado pelo senso comum, sobre o qual gostaria de dizer algumas palavras, embora pense que muitas coisas ruins estejam acobertadas por este nome. Refiro-me ao estudo do que é conhecido como teoria do direito. A teoria do direito, como a enxergo, é simplesmente o direito em sua forma mais generalizada. Todo esforço para reduzir um caso a uma regra é um esforço da teoria geral do direito, embora o nome, como usado na Inglaterra, esteja confinado às regras mais amplas e às concepções mais fundamentais. Uma característica de um bom advogado é que ele veja a aplicação das leis mais amplas. Há uma história de um juiz de paz de Vermont a quem foi submetido um processo de um fazendeiro contra um outro por quebrar uma bateadeira. O juiz tomou tempo para considerar e então disse que estudou os estatutos legais e não pôde encontrar nada sobre bateadeiras, e proferiu sentença a favor do réu. O mesmo estado de espírito é visto em todas as compilações e manuais. O emprego de regras rudimentares de contrato ou de delito são alojadas sob o manto de Ferrovias e Telégrafos ou incham de tratados sobre subdivisões históricas, como Navegação ou Equidade\*, ou são recolhidos em um título arbitrário possivelmente apelando para a mente prática, como o Direito Mercantil. Paga-se um preço para se tornar versado em direito, e isto significa olhar diretamente através dos incidentes dramáticos e discernir as verdadeiras bases para a profecia. Portanto, é bom ter uma noção acurada do

---

\* *N. dos T.* No original “*Equity*”, ramo do direito desenvolvido em paralelo à *common law*, anteriormente administrada por cortes especiais.

que entende-se por direito, por um direito subjetivo<sup>\*</sup>, por um dever, por dolo, por intenção, por negligência, por propriedade, por posse, e assim por diante. Tenho em mente casos em que as mais altas cortes parecem ter tropeçado por não terem ideias claras sobre alguns desses temas. Já illustrei sua importância. Se uma ilustração adicional é necessária, ela pode ser encontrada na leitura do apêndice de Direito Criminal, de Sir James Stephen, sobre o tema da posse e então retornar ao esclarecedor livro de Pollock e Wright. Sir James Stephen não é o único escritor cujas tentativas de análise das ideias legais foram confundidas pela luta na busca de uma inútil quintessência de todos os sistemas, em vez da anatomia acurada de um só sistema jurídico. O problema com Austin era que ele não conhecia o suficiente do direito inglês. Mas ainda é uma vantagem prática do estudar Austin e seus predecessores Hobbes e Bentham, além de seus valiosos sucessores Holland e Pollock. O recente livro de Sir Frederick Pollock é tocado pelo mesmo talento que marca todos seus trabalhos, e é inteiramente livre da influência perversa dos modelos romanos.

O conselho dos idosos para os jovens é apropriado a ser tão irreal quanto uma lista dos cem melhores livros. Ao menos nos meus dias tive minha cota desses conselhos, dentre os quais incluo o estudo do direito romano. Assumo que tal conselho significa mais do que coletar algumas máximas latinas como ornamento do discurso – propósito recomendado por Lorde Coke a Bracton. Se isso é tudo o que se quer, o título "*De Regulis Juris Antiqui*" pode ser lido em uma hora. Considero que, se for bom estudar o direito romano, é bom estudá-lo como um sistema atuante. Isso significa dominar uma série de técnicas mais difíceis e menos entendidas que as nossas próprias, e estudar outro curso da história em que, até mais que a nossa, o direito romano deva ser explicado. Se alguém duvida de mim, leia "*Der Römische Civil Process und die Actionen*", de Keller, um tratado sobre o decreto pretoriano, ou o interessante "*Historical Introduction to the Private Law of Rome*" de Muirhead, e, para dar a melhor chance possível ao direito romano, leia os admiráveis Institutos de Sohm. Não. A maneira de ter uma visão generosa do nosso tema não é ler outro tema, mas ir ao fundo do próprio objeto. Os meios para fazer isso são, em primeiro lugar, seguir a existência do corpo dogmático nas suas mais altas generalizações com a ajuda da teoria do direito; e então, descobrir, a partir da história, como este corpo dogmático chegou a ser o que é; e, finalmente, até o máximo que se pode ir, considerar os fins que as diversas regras buscam alcançar, as razões pelas quais tais fins são almejados, o que foi preterido para alcançá-los, e se eles valem o preço.

---

<sup>\*</sup> N. dos T. No original, "right".

Temos muito menos teorias no direito do que imaginamos, especialmente nesta ramificação final de estudo. Quando estava falando sobre história, mencionei o furto como um exemplo para mostrar como o direito sofreu por não ter sido corporificado em uma forma clara para realizar seu propósito manifesto. Naquele caso o problema deveu-se à sobrevivência de formas vindas de um tempo em que um propósito mais limitado era almejado. Deixe-me agora dar um exemplo para mostrar a importância prática, para a decisão de casos reais, do entendimento dos motivos do direito, considerando as regras que, pelo que sei, nunca foram explicadas ou teorizadas de maneira adequada. Refiro-me aos dispositivos de decadência e à prescrição legal. O fim dessas regras é óbvio, mas qual é a justificativa para privar um homem de seus direitos, em consequência do lapso temporal? Às vezes, a ruína da evidência é referida, mas isto é matéria secundária. Às vezes, o desejo de paz, mas porque a paz é mais desejável após vinte anos e não antes. É mais verossímil que a paz seja alcançada sem a ajuda da legislação. Às vezes é dito que, se um homem negligencia a imposição de seus direitos, não pode queixar-se se, depois de um tempo, a lei seguir seu próprio exemplo. Se isso é tudo o que pode ser dito sobre o tema, provavelmente o caso que proporei será decidido a favor do requerente; se for adotado o ponto de vista que vou sugerir, o caso possivelmente será decidido em favor do acusado. Um homem é processado por invasão de propriedade e justifica-se pelo direito de passagem. Ele prova que vinha usando a via abertamente e de forma inadvertida por vinte anos, mas acontece que o requerente concedeu a licença a uma pessoa que razoavelmente supôs ser um funcionário do acusado, apesar de não o ser de fato, e, portanto, ele presumiu que o uso da passagem era permitido, e em tal caso nenhum direito seria adquirido. O acusado adquiriu o direito ou não? Se sua aquisição se sustenta em culpa e negligência do proprietário como estabelecido pelo senso comum, como parece ser normalmente suposto, não houve tal negligência e o direito de passagem não foi adquirido. Mas se eu fosse o advogado do acusado, sugeriria que a fundamentação da aquisição do direito por lapso temporal deve ser observada pela posição da pessoa que o adquire, não daquela que o perde. Sir Henry Maine procedeu elegantemente desta forma, conectando a noção arcaica de propriedade com a prescrição. Mas a conexão vem de muito antes da primeira história registrada. Está na natureza da mente humana. Uma coisa que se usufruiu e usou como se sua fosse por um longo período de tempo, seja uma propriedade ou uma opinião, enraíza-se no seu ser e não pode ser retirada sem se ressentir o ato e tentar se defender, independente de como a obteve. O direito não pode pedir por justificativa melhor do que o instinto mais primitivo do homem.

É apenas uma maneira de responder à sugestão de que está desapontando o antigo proprietário, que refere-se à negligência deste ter permitido gradualmente a dissociação entre si mesmo e o seu pedido, e a gradual associação do seu pedido com a outra parte. Se ele sabe que a outra parte está realizando atos que direcionam ao estabelecimento de tal associação, eu deveria argumentar que, na defesa daquele outro, ele estaria sujeito ao risco de descobrir que o outro estava agindo sob sua permissão, para ver se o outro foi avisado, e, se necessário, impedido.

Tenho falado sobre o estudo do direito e tenho dito quase nada sobre o que é comumente falado sobre o tema - em manuais e em casos específicos, e toda a maquinaria com a qual o estudante se depara quase que imediatamente. Também não irei dizer nada sobre eles. Teoria é meu objeto, não os detalhes práticos. Os métodos de ensino melhoraram desde o meu tempo, sem dúvidas, mas habilidade e dedicação irão dominar a matéria de qualquer modo. A teoria é a parte mais importante da dogmática do direito, assim como o arquiteto é considerado o homem mais importante na construção de uma casa. Os mais importantes desenvolvimentos dos últimos vinte e cinco anos são os da teoria. Não deve ser temido como pouco prático, pois, para o competente, simplesmente significa ir a fundo no objeto. Para o incompetente, às vezes é verdade, como já dito, que um interesse em ideias gerais significa falta de conhecimento particular. Lembro, nos tempos de exército, que li sobre um jovem que, sendo examinado para a mais baixa classe e tendo sido perguntado sobre a formação do esquadrão, respondeu que nunca considerou o avanço de menos de dez mil homens. Mas o fraco e tolo deve ser deixado com sua tolice. O perigo é que as mente hábeis e práticas devem olhar com indiferença ou desconfiança em relação às ideias de conexão as quais a ligação com seus assuntos é remota. Ouvi uma história, outro dia, de um homem que tinha um criado a quem pagava alto salário, contudo sujeito à dedução por falhas. Uma de suas deduções foi, "Para a falta de imaginação, cinco dólares". Esta falha não é limitada aos criados. O objeto da ambição, do poder, apresenta-se geralmente nos dias de hoje sob a forma do dinheiro. Dinheiro é a forma mais imediata e é o objeto propriamente dito do desejo. "A fortuna", disse Rachel, "é a medida da inteligência". Esse é um bom texto para acordar as pessoas de seu paraíso de tolos. Mas, como Hegel disse<sup>5</sup>, "o que se encontra fim não é o desejo, mas a opinião, que deve ser satisfeita." Para a imaginação de qualquer finalidade, a forma mais abrangente de poder não é o dinheiro, mas o comando das ideias. Se se deseja grandes exemplos deste fato, leia "*History of English Thought in the Eighteenth Century*", do Sr.

---

<sup>5</sup> Phil. des Rechts, § 190.

Leslie Stephen, e veja como centenas de anos após sua morte, as especulações abstratas de Descartes se tornaram uma força prática no controle da condução dos homens. Leia os trabalhos de grandes juristas alemães e veja como o mundo é muito mais comandado hoje por Kant do que por Bonaparte. Não podemos todos ser Descartes ou Kant, mas todos queremos a felicidade. E felicidade, estou certo por ter conhecido muitos homens de sucesso, não pode ser simplesmente adquirida nem conselhos de grandes corporações e nem por um rendimento de cinquenta mil dólares. Um intelecto grande o suficiente para ganhar um prêmio precisa de outra comida além de sucesso. Os mais remotos e gerais aspectos do direito são aqueles que lhe dão interesse universal. É através destes aspectos que não só se torna um grande mestre na sua vocação, mas conecta seu tema com o universo e captura um eco do infinito, um vislumbre do insondável processo, uma sugestão da lei universal.