

O CAMINHO DO DIREITO

OLIVER WENDELL HOLMES

Juiz da Suprema Corte de Massachusetts,
E.E.U.U., de 1882 a 1902.

Quando estudamos direito não estudamos algo misterioso, mas sim uma profissão bem conhecida. Estudamos para adquirir o conhecimento que será necessário para comparecermos ante juizes ou para aconselharmos as pessoas quanto ao procedimento mais adequado para manter-se longe dos tribunais. O motivo pelo qual a prática do direito se constitui numa profissão ou a razão pela qual os advogados são remunerados para assessorar seus clientes ou representá-los em juízo, consiste no fato de que em sociedades como a nossa o comando do poder público, em determinados casos, é confiado aos juizes, e se necessário, todo o poder do Estado será desfechado para fazer cumprir suas sentenças e decretos. As pessoas gostariam de saber em que circunstâncias e até que ponto elas correrão o risco de se defrontarem com uma força bem superior as suas próprias forças, e assim, isso se torna uma tarefa, a de descobrir quando este perigo pode se tornar verdadeiro. O objeto de nosso estudo é, portanto, um prognóstico: o prognóstico da incidência do poder público através da mediação dos tribunais.

Os subsídios para tal estudo são: um corpo de sentenças judiciais, tratados e leis, deste país e da Inglaterra, que abarcam um período de seiscentos anos e agora estão se multiplicando anualmente às centenas. Nestas folhas sibilinas estão reunidas as antevisões dispersas do passado sobre os casos do porvir: Com acerto têm sido denominadas oráculos do direito.

Em toda a tentativa nova de pensamento jurídico predomina, quase que exclusivamente, o esforço em tornar estes prognósticos mais precisos e inseri-los de forma generalizada em um sistema completamente fechado. O processo é um, desde a exposição de um caso pelo advogado — exposição esta que elimina todos os elementos dramáticos dados pelo cliente, conservando somente os fatos juridicamente relevantes — até a análise final e os princípios abstratos da jurisprudência teórica.

A razão pela qual um advogado não menciona que sua cliente usara um chapéu branco ao celebrar um contrato ou outros detalhes igualmente triviais, que Mrs. Quickly estaria usando, é que ele prevê que a atuação do poder público não variará pelo fato do chapéu de sua cliente ser desta ou daquela cor, ou se sua cabeça estivesse descoberta. Precisamente para fazer os prognósticos mais fáceis de serem recordados e compreendidos é que o ensinamento das sentenças do passado são postos em proposições gerais e reunidos em livros-texto; por idêntica razão as leis são

Tradução de "THE PATH OF THE LAW", conferência proferida na Boston University School of Law, em 8 de janeiro de 1897 (Harvard Law Review 10 (8):457-78), por Henriqueta K. von Wackerritt. Revisão de César A. F. Mariano e Paulo Turra Magni. Autorizada pela direção da revista.

sancionadas de forma geral. Da mesma forma, os direitos e deveres fundamentais de que se ocupa a ciência do direito não são outra coisa que profecias. Um dos muitos efeitos ruins advindos da confusão entre idéias jurídicas e morais — da qual me ocuparei mais adiante — é que a teoria tende a colocar a carroça à frente do cavalo, e a considerar direitos e deveres como coisas separadas e independentes das consequências de sua transgressão, à qual certas sanções são acrescidas posteriormente. Mas, como pretendo demonstrar, aquilo que denominamos de obrigação ou dever jurídico não é senão um prognóstico de que se uma pessoa realiza ou deixa de realizar certos atos, deverá sofrer desta ou daquela maneira a sanção de um tribunal de justiça; o mesmo pode ser afirmado quanto ao direito subjetivo.

A quantidade de nossos prognósticos, uma vez generalizados e reduzidos a um sistema, não é tão grande que não possa ser manejada. Os prognósticos se apresentam como um corpo finito de enunciados dogmáticos que podem chegar a ser dominados em um período razoável de tempo. É um grande erro assustar-se pelo número cada vez maior de sentenças publicadas nos repertórios. O conjunto de sentenças de uma determinada jurisdição, durante o decurso de uma geração, abarca praticamente todo o ordenamento jurídico e o reformula do ponto de vista atual. Se os repertórios do passado se queimassem de improviso, poderíamos reconstruir o **corpus** do direito baseado nas sentenças de nossa geração. O uso dos repertórios mais antigos é principalmente histórico, assunto ao qual voltarei mais adiante.

É meu objetivo, se possível, estabelecer alguns princípios básicos ao estudo deste corpo de enunciados dogmáticos ou prognósticos sistematizados que chamamos direito — para aqueles homens que pretendem empregá-lo como ferramenta de trabalho, a fim de habilitá-los na formulação de novos prognósticos — e, por sua relação com o referido estudo, desejo assinalar um ideal que o nosso direito até agora não alcançou.

O primeiro requisito para um entendimento sério e direto do assunto é a compreensão de seus limites; por isso, considero aconselhável colocar, de imediato, para dissipar uma confusão entre direito e moral, que chega às vezes a manifestar-se no plano do teórico consciente, e que, muitas vezes, mas na realidade constantemente, perturba as especulações sem ser objeto de reflexão. Pode ser verificado facilmente que um homem ruim tem tantos motivos quanto um bom para evitar um conflito com o poder público; daí se depreende a importância prática da distinção entre direito e moral. Um homem que não se importa com a norma ética que seu próximo respeita e pratica, muito provavelmente cuidará para não ter de pagar multas, e seguramente procurará evitar os atos que possam levá-lo a ser preso.

Pressuponho que nenhum dentre meus ouvintes deturpará minhas palavras, tomando-as como uma manifestação de cinismo. O direito é testemunha e base de nossa vida moral. Sua história é a história do desenvolvimento moral da raça. Sua prática, apesar das zombarias populares, tende a formar cidadãos e homens bons. Quando enfatizo a diferença entre direito e moral, o faço com referência a um só

fim: o do aprendizado e compreensão do direito. Para alcançar este objetivo, vocês devem conhecer profundamente suas características específicas, e é por isso que lhes peço que pelo momento se imaginem indiferentes a outras coisas, mesmo as mais significativas.

Não pretendo negar que exista um ponto de vista mais elevado, no qual a distinção entre direito e moral perde muita ou toda importância, da mesma forma que todas as distinções de caráter matemático se desvanecem em presença do infinito. Mas o que eu afirmo é que aquela distinção é de importância primordial em relação ao objeto que aqui estamos considerando, um estudo correto e o domínio do direito concebido como algo perfeitamente delimitado, como um corpo de enunciados dogmáticos encerrado dentro de linhas bem definidas. Acabo de mostrar a razão prática para tal afirmação. Se quiserem conhecer o direito e nada mais, encarem o problema através dos olhos do homem mau-caráter, a quem só importam as consequências materiais que graças a este conhecimento pode prever; não com os olhos do homem bom, íntegro que encontra razões para sua conduta — dentro ou fora do direito — nos mandamentos de sua consciência. Não é menor a importância teórica da distinção com vistas a um raciocínio certo. O direito é fecundo em terminologia tomada da moral, e por simples força de linguagem nos convida continuamente a passar de um domínio a outro sem nos darmos conta, convite este ao qual não saberemos resistir a menos que tenhamos sempre em mente o limite entre os dois campos. O direito nos fala de direito, deveres, malícia, intenção, negligência e assim por diante; e nada é mais fácil, ou melhor, mais comum no raciocínio jurídico que tomar estas palavras em seu sentido moral, em algum momento do discurso, para assim cair no âmbito da falácia. Exemplificando, quando falamos dos direitos do homem em sentido moral, referimo-nos à demarcação dos limites da interferência na liberdade individual que, cremos, é ditada por nossa consciência ou por um ideal, tenhamos-lo ou não atingido. Entretanto, sabemos que muitas leis foram postas em vigor no passado e outras tantas o serão no futuro mesmo que condenadas pelos espíritos mais iluminados do momento ou que, de acordo com a consciência, transcendem os limites dessa interferência. Obviamente, entretanto, somente uma grande confusão poderá resultar da suposição de que os direitos do homem no sentido moral são os mesmos no sentido da Constituição e da lei.

Sem dúvida, poder-se-ia propor casos simples e extremos de leis imaginárias que o Legislativo não ousaria sancionar, mesmo no caso de não haver proibições constitucionais escritas, porque a comunidade não toleraria sem se rebelar; e isto faz plausível a proposição de que o direito, no caso de não ser uma parte da moral, está, pelo menos, limitado por ela. Mas esta limitação do poder não coincide em sua extensão com nenhum sistema de moral. Em sua maior parte cabe perfeitamente nos limites de qualquer sistema de moral, e em alguns casos pode chegar a estender-se mais além dos mesmos por razões derivadas dos hábitos de um determinado povo, em um determinado momento. Em dada oportunidade, ouvi o falecido Professor Agassiz dizer que uma comunidade alemã se rebelaria se o preço de uma caneca de cerveja fosse aumentado em dois centavos. Em tal caso, uma lei seria le-

tra morta, não por ser errada, mas por ser de eficácia impossível. Ninguém negará a possibilidade de eficácia de leis erradas, mas dificilmente haverá concordância em assinalar quais leis são as erradas.

A confusão a que me refiro põe em crise conceitos supostamente jurídicos. Tomem, por exemplo, a pergunta fundamental, que é o direito? Alguns autores lhes dirão que se trata de algo distinto daquilo que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra decidem, que é um sistema racional, que é dedução a partir de princípios de ética ou axiomas universalmente aceitos ou coisa parecida, que pode ou não coincidir com as sentenças judiciais. Mas se adotarmos o ponto de vista de nosso amigo, o homem ruim, veremos que a este pouco importam os axiomas ou deduções, mas, em contrapartida, lhe interessa saber o que na verdade hão de decidir os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra. Eu sou desta opinião. Eu entendo por "direito": os prognósticos acerca do que os tribunais farão concretamente, nada mais, nada menos.

Tomem igualmente uma noção que, no entendimento popular, é a conceituação mais ampla do campo jurídico: a noção de dever jurídico, à qual já me referi. Preenchemos a palavra com todo o conteúdo que deriva de sua acepção moral. Mas que significado tem isto para um homem ruim? Principalmente, e em primeiro lugar, o de uma antevisão de que, se ele realiza certos atos, se verá sujeito a conseqüências desagradáveis, tais como ser preso ou ser obrigado a pagar uma soma em dinheiro. Mas, do seu ponto de vista, qual é a diferença entre ver-se sujeito ao pagamento de uma multa e ter de pagar uma certa soma por realizar um determinado ato? Que seu ponto de vista é a pedra fundamental dos princípios jurídicos, o comprovam as inumeráveis discussões que têm surgido nos tribunais, concernentes, precisamente, ao problema de se saber se uma certa responsabilidade legal é uma penalidade ou uma taxa. Da resposta a esta pergunta depende a decisão acerca da licitude ou ilicitude da conduta implicada, e ela nos clareará também se o indivíduo afetado está sujeito à coação ou livre. Deixando de lado o direito penal, que diferença existe entre a responsabilidade criada pelos *mill acts* ou leis que autorizam uma expropriação por utilidade pública e a responsabilidade pelo que chamamos apropriação ilícita de propriedade alheia¹, no caso em que a restituição resulta impraticável? Nos dois casos, a parte que se apropria da propriedade de outra pessoa deve pagar seu justo preço, de acordo com a avaliação feita por um tribunal e nada mais. Que importância tem chamar de lícito a um dos atos de apropriação e ao outro ilícito, do ponto de vista do direito? Não interessa, no que tange à conseqüência, isto é, o pagamento compulsório, se o ato ao qual ela concerne seja descrito em termos de elogio ou de censura ou que a lei pretenda proibi-lo ou permiti-lo. E se tem alguma importância, ainda em referência ao homem ruim, será porque o direito acrescenta a uma ou a outra das situações alguma vantagem adicional ou, pelo menos, alguma conseqüência posterior. As únicas desvantagens deste tipo, de que tenho notícia, encontram-se em duas doutrinas jurídicas relativamente insignificantes, que poderiam ser abolidas

N.T.¹ wrongful conversion of property

sem problemas. Uma dispõe que um contrato para realizar um ato proibido pela lei é ilícito, e a outra, que se um, de dois ou mais co-autores de um ato ilícito, for forçado a pagar todos os danos e prejuízos derivados de tal ato, ele não pode solicitar de seus co-autores pagamento da parte proporcional. E creio que isto é tudo. Vejam como a vaga circunferência que contém a noção de dever jurídico se contrai ao mesmo tempo que seu contorno ganha em precisão quando o lavamos com ácido e eliminamos tudo que não seja o objeto de nosso estudo: o direito em funcionamento.

Onde mais manifesta se torna a confusão entre idéias jurídicas e morais, é no direito dos contratos. Entre outras coisas, aqui também se revestem os chamados direitos e deveres fundamentais com uma significação mística, que excede a toda análise ou explicação possível. A obrigação de cumprir um contrato, na *common law*, significa somente uma previsão de que quem não a cumprir deverá pagar danos e prejuízos. Se alguém comete um ilícito civil², será responsabilizado e pagará uma indenização. Se alguém celebra um contrato, será responsável pelo pagamento de uma indenização, a menos que se realize o evento prometido: essa é toda a diferença. Mas esta forma de encarar as coisas cansa e repugna àqueles que acreditam ser conveniente inserir no direito a maior dose possível de ética. Sem dúvida, ela era boa o suficiente para Lord Coke, e nisto, como em tantas outras coisas, fico fiel a ele. No caso *Bromage v. Gening*¹, solicitou-se ao tribunal de King que decretasse a suspensão do procedimento em um processo iniciado em Gales, no qual se pretendia a execução forçada de uma promessa contratual de conceder um arrendamento; Coke sustentou que permitir o andamento de semelhante ação seria, já, subverter a intenção do promitente, pois este, ao celebrar o convênio, havia se proposto reservar a alternativa de conceder a locação ou pagar os danos. Sergeant Harris, advogado do promitente, confessou que fazia o pedido de suspensão em conflito com os ditames de sua própria consciência; e o tribunal acedeu ao solicitado. Certamente não chegaríamos hoje a este extremo, mas o caso revela o que me aventuro a chamar o ponto de vista originário da *common law*, se bem que Mr. Harriman, em seu excelente livro sobre Contratos, sustente, erroneamente em minha modesta opinião, uma conclusão diferente.

Tenho feito referência exclusivamente à *common law*, porque existem alguns casos nos quais falar de responsabilidades civis que imponham deveres com bom senso pode ter justificativa lógica. São aqueles casos, não muito freqüentes, em que a equidade determina uma interdição, imposta, se preciso for, enviando o demandado à prisão, ou punindo-o de alguma outra forma até que cumpra a ordem do tribunal. Porém, não me parece aconselhável formular uma teoria geral a partir da exceção. Acho que seria melhor pararmos de nos preocupar com direitos fundamentais e sanções, e descrever nossos prognósticos sobre as responsabilidades comumente impostas pelo Direito em termos tão inadequados.

N.T.² tort

N.A.¹ Roll. Rep. 368

Como exemplos do uso de palavras derivadas da moral na terminologia jurídica, tenho mencionado "malícia", "intenção", e "negligência". Basta observar o emprego da palavra "malícia" no direito da responsabilidade civil por atos ilícitos — que nós, advogados, chamamos de ilícito civil³ — para que vocês vejam que seu significado em direito é diferente do seu significado na moral, assim como para compreender que a diferença tem sido ignorada pelo fato de se atribuir a mesma denominação a princípios que pouco ou nada têm de comum. Há trezentos anos um pároco, ao pregar um sermão, relatou uma história do Livro dos Mártires, de Fox, sobre um homem que havia tomado parte ativa na tortura de um santo, e que logo morreu, padecendo os tormentos do remorso. Acontece que Fox estava enganado: o homem estava vivo e quis a casualidade que ele ouvisse o sermão e processasse o pároco. O presidente do tribunal, ao dar instruções ao júri, colocou que o demandado não era responsável, pois o relato havia sido feito inocentemente, sem "malícia". O magistrado tomou a palavra "malícia" no sentido moral, isto é, implicando má fé. Sem dúvida, atualmente nada impede que uma pessoa venha a ser responsabilizada por declarações falsas objetivando infligir dano temporário, ainda que não tenha tido má fé. No caso presente, precisamos caracterizar a conduta do demandado como "maliciosa"; a palavra assim empregada — a meu ver — nada tem a ver com os motivos nem com a intenção de agir do demandado; somente significa que, à luz das circunstâncias conhecidas do caso, a conduta do demandado acarretou prejuízo temporário ao demandante.

No direito dos contratos, o uso de terminologia moral conduziu a uma confusão semelhante, como já mostrei, mas somente em parte. A moral se ocupa do estado interno da mente do indivíduo, daquilo que ele verdadeiramente se propõe. Desde a época dos romanos até os dias de hoje, esta forma de encarar o problema afetou a linguagem do direito referente a contratos, e a linguagem empregada repercutiu, por sua vez, sobre o pensamento. Falamos de um contrato como o encontro das mentes das partes, do que se infere, em diversos casos, que não houve contrato porque as referidas mentes não convergiram em um ponto comum; isto é, porque as partes tiveram intenções diferentes, ou porque uma delas não tomou conhecimento do consentimento da outra. Não obstante, nada é mais certo que duas ou mais pessoas estarem obrigadas por contrato a realizar atos que nenhuma delas realmente tencionava praticar, e quando uma delas não está a par do consentimento da outra. Suponhamos que se celebre um contrato de acordo com os requisitos legais, pelo qual uma pessoa se obriga a proferir uma conferência, mas sem mencionar a data. Uma das partes pensa que a promessa será interpretada como significativo "de imediato, dentro de uma semana". A outra parte pensa que será obrigada quando a conferência estiver pronta. O tribunal declara que a promessa deverá ser cumprida dentro de um prazo razoável. As partes estão obrigadas pelo contrato tal como o tribunal interpretou, quando na realidade nenhuma delas teve em mente aquilo que o tribunal declara que se havia acordado. Na minha opinião, ninguém en-

N.T.³ law of torts

tenderá a verdadeira teoria dos contratos ou mesmo discutirá com inteligência algumas questões fundamentais, enquanto não tiver entendido que todos os contratos são formais, que a celebração de um contrato não depende do acordo de duas mentes sobre uma intenção comum, mas sim, do acordo de duas séries de sinais exteriores — **não que as partes quisessem a mesma coisa, mas que realmente tenham dito a mesma coisa**. Mais ainda, como os sinais podem estar destinados a um sentido ou outro — à visão ou à audição — da natureza do sinal irá depender o momento em que o contrato for celebrado. Se o sinal for paupável — uma carta, por exemplo — o contrato será efetuado quando a carta que contém a aprovação for entregue. Se fosse necessário que as mentes das partes coincidissem, não haveria contrato até a aprovação ser lida; não haveria, por exemplo, se a aceitação fosse arrancada das mãos do ofertante por um terceiro.

Não é este o momento de elaborar teorias detalhadas, nem de enfrentar tantas dúvidas e perguntas que estas observações gerais sugerem. Nenhuma delas é difícil de ser respondida; mas o que estou tentando fazer, agora, é, unicamente, irradiar um pouco de luz, através de uma série de sugestões, sobre a senda estreita da doutrina jurídica e sobre duas armadilhas, que a meu ver, estão perigosamente perto. Do primeiro creio haver dito o suficiente. Espero que minhas ilustrações tenham demonstrado o perigo — tanto para a especulação como para a prática — de confundir moral com direito, e a armadilha que a linguagem legal nos prepara neste lado do nosso caminho. Pessoalmente, pensei muitas vezes se não seria preferível expurgar completamente do vocabulário do direito todas as palavras que contêm implicações morais, adotando em seu lugar outros termos que transmitam somente idéias jurídicas desprovidas de todo matiz alheio ao direito propriamente dito. É certo que perderíamos relíquias fósseis da história, e a majestade derivada da associação de idéias jurídicas e éticas, mas ao nos liberarmos da confusão desnecessária, ganharíamos grandemente em clareza de nosso pensamento.

Até aqui nos leva o tratamento dos limites do direito. O próximo aspecto que desejo considerar é quais são as forças que determinam seu conteúdo e crescimento. Pode-se presumir, com Hobbes, Bentham e Austin, que todo o direito emana do soberano, mesmo que os primeiros seres humanos que o enunciaram tenham sido os juizes, ou pode-se pensar que o direito é a voz do *Zeitgeist*, ou o que se quiser. É tudo a mesma coisa, para o que tenho em vista. Mesmo na hipótese de que toda a decisão necessitasse da sanção de um imperador de poderes despóticos e mente excêntrica, continuaria interessante o descobrir, com vistas a um possível prognóstico, alguma ordem, alguma explicação racional, algum princípio de desenvolvimento nas regras por ele ditadas. Em todo o sistema podem ser encontradas estas explicações e princípios. É em relação a eles que se incorre em uma segunda falácia, que me parece importante expor.

A falácia a que me refiro consiste na noção de que a única força operante no desenvolvimento do direito é a **lógica**. No sentido mais amplo, realmente, esta noção seria verdadeira. O postulado em que baseamos o pensamento do universo é a

existência de uma relação quantitativa fixa entre cada fenômeno e seus antecedentes e conseqüentes. Se houvesse tal coisa, um fenômeno sem essas relações quantitativas seria um milagre. Ficaria à parte da lei de causa e efeito, e como tal transcederia a esfera de nosso pensamento, ou no mínimo, seria alguma coisa sobre a qual não poderíamos discutir.

A condição de nosso pensamento sobre o universo é que ele pode ser examinado racionalmente, ou em outras palavras, que cada parte dele é efeito e causa no mesmo sentido em que estas partes são aquelas que nós mais conhecemos. Portanto, em sentido lato, é verdade que o direito, como todo outro objeto, é um desenvolvimento lógico. O perigo do qual estou falando não é admitir-se que os princípios que regulam outros fenômenos também regulem o direito, mas a noção de que um determinado sistema jurídico, o nosso por exemplo, possa ser construído, como a matemática, a partir de certos axiomas gerais de conduta. Esse é o erro natural das escolas, mas não só delas. Lembro-me de certa ocasião, um juiz eminentíssimo dizer-me que ele jamais proferia uma sentença sem estar absolutamente seguro de haver encontrado a solução certa. Deste modo, a dissidência judicial é com freqüência censurada, significando simplesmente um lado ou outro não ter julgado corretamente, pois, se houvesse mais aprofundamento no problema, inevitavelmente o consenso surgiria.

Esta forma de pensamento é perfeitamente óbvia. A formação de advogados é uma preparação dentro da lógica. Os processos de analogia, discriminação e dedução são aqueles com que eles estão mais familiarizados. A linguagem das sentenças judiciais é, sobretudo, a linguagem da lógica. E a forma e o método da lógica satisfazem esta ânsia de certeza e de segurança que existe em toda mente humana. Mas geralmente a certeza não é mais que ilusão, e a tranqüilidade não é o destino do homem. Atrás da forma lógica subjaz um juízo acerca do valor e da importância relativos de fundamentos legislativos concorrentes, um juízo que geralmente permanece inarticulado e inconsciente, é verdade, mas que nem por isso deixa de ser raiz e nervo de todo o processo. Vocês podem dar forma lógica a qualquer conclusão. Sempre é possível encerrar uma condição em um contrato. Mas por que o fazem? Simplesmente, por certa crença relativa às práticas da comunidade ou de uma classe, ou por efeito de certa opinião referente à política jurídica, ou em resumo, por certa atitude de vocês com relação a um determinado assunto, atitude que não admite uma exata medição quantitativa, e que não pode, por conseguinte, fundamentar conclusões lógicas exatas. Tais assuntos realmente constituem-se em campos de batalha em que não existem meios adequados para realizar determinações com pretensão de validade universal, e onde a decisão não pode senão personificar a preferência de um organismo determinado, em um certo tempo e lugar. Não nos damos conta, em geral, de que mesmo a menor mudança **na mentalidade popular** pode modificar grande parte do ordenamento jurídico. Nenhuma proposição concreta é evidente por si mesma, por mais vontade que tivéssemos em aceitá-la, sequer no dizer de Herbert Spencer: **Todo o homem tem o direito de fazer o que quiser, desde que não interfira no direito semelhante de seu próximo.**

Por que está isenta de sanção uma declaração falsa e injuriosa, se ela for feita honestamente ao dar informações sobre um empregado? É porque se crê seja mais importante que haja plena liberdade para dar tais informações, do que conferir a um indivíduo proteção contra um ato que, em outras circunstâncias, seria uma transgressão geradora de ações judiciais. Por que se outorga liberdade a um homem para montar um negócio que ele sabe que arruinará seu vizinho? É assim, porque pressupõe-se que o bem-estar geral será melhor alcançado se a livre concorrência for mantida. Obviamente, tais juízos sobre a importância relativa dos interesses em jogo podem variar em diferentes épocas e lugares. Por que o juiz explica ao júri que um empregador não deve pagar indenização a seu empregado por um acidente sofrido no desempenho de seu emprego, a menos que, aquele tenha sido negligente? É por que o júri aproveita a menor oportunidade para decidir nestes casos em favor do demandante? É porque a orientação tradicional do nosso direito é reduzir a responsabilidade, em geral, àqueles casos nos quais um homem prudente poderia ter previsto o dano, ou pelo menos o perigo, enquanto que grande parte da comunidade se inclina a fazer certas classes de pessoas garantir a segurança daqueles com quem trabalham. Depois de haver escrito as linhas acima, tive oportunidade de me inteirar que uma das organizações sindicais mais reputadas incluiu tal garantia como parte de seu programa. Há aqui uma batalha oculta e pouco consciente sobre o problema da política legislativa; e se alguém achar que tal problema possa ser resolvido de forma gradativa ou de uma vez por todas, só posso dizer que em minha opinião ele está teoricamente errado, e que estou certo de que na prática sua dedução não será aceita **semper ubique et ab omnibus.**

Na verdade, creio que mesmo neste instante nossa teoria sobre este assunto está aberta à reconsideração, se bem que não estou em condições de dizer à qual solução me inclinaria se a referida reconsideração me fosse proposta. Nosso direito de atos ilícitos civis⁴ remonta há muito tempo atrás, quando a ocorrência de eventos tais como agressões, difamações, etc. era isolada e pouco comum e em que o ressarcimento por dano recaía exclusivamente naqueles que os tribunais culpavam. Por outro lado, os atos ilícitos que hoje reclamam a atenção dos juizes são inerentes a certas atividades econômicas bastante conhecidas. São danos a pessoas ou a propriedades causados por estradas de ferro, fábricas, etc. Em virtude disso, a responsabilidade deles é calculada, e, mais cedo ou mais tarde, incidirá sobre o preço pago pelo público. A questão da responsabilidade civil, se a levarmos às últimas conseqüências, pode traduzir-se na seguinte pergunta: Até que ponto é conveniente ao público garantir a segurança daqueles de cujo trabalho se vale? Dir-se-ia que em tais casos, a possibilidade de que um júri decida-se em favor do demandado nada mais é do que uma possibilidade que se dará esporadicamente, interrompendo, arbitrariamente, o curso normal das decisões — provavelmente no caso de um demandante excepcionalmente escrupuloso — e que por isso pode ser deixado à parte. Por outro

N. T.⁴ law of torts

lado, pode ser calculado até mesmo o valor econômico de uma vida humana para a comunidade, e nenhuma indenização, podemos afirmar, deve exceder aquela quantia calculada. É concebível, que em algum dia, em certos casos, encontremo-nos imitando, ainda que em nível mais elevado, as taxas por morte ou por mutilação que vemos nas **Leges Barbarorum**.

Creio que os próprios juízes falharam em reconhecer, adequadamente, seu dever de pesar considerações de vantagem social. Tal dever é inevitável, e o resultado da aversão judicial, muitas vezes proclamada, de tratar as referidas considerações, é simplesmente o de deixar inarticulado e muitas vezes inconsciente, como já falei, o próprio fundamento de suas sentenças. Quando se falou pela primeira vez em socialismo, as classes mais acomodadas da comunidade ficaram bastante assustadas. Suspeito que este temor influiu na ação dos juízes, tanto aqui como na Inglaterra; contudo, é certo que não se trata de um fator consciente nas decisões a que me refiro. Creio que algo similar levou certos grupos, já sem esperança de ser maioria no governo, a considerar os tribunais como intérpretes das respectivas Constituições, e a alguns tribunais como descobridores de novos princípios fora do corpo daqueles instrumentos, que podem ser generalizados como aceitação de doutrinas econômicas dominantes há cinquenta anos atrás, e uma indiscriminada colocação do que alguns advogados não pensam sobre o direito. Estou convencido de que, se a preparação dos advogados os acostumasse a considerar de forma mais definida e explícita as vantagens de ordem social que devem fundamentar as regras que formulam, vacilariam onde agora mais seguros se sentem, e teriam que reconhecer que realmente estavam tomando partido em questões discutíveis e controvertidas.

A falácia da forma lógica nos leva até este ponto. Ocupemo-nos agora da condição atual do direito como objeto de estudo, e do ideal para o qual se dirige. Mas ainda, estamos distantes da perspectiva que desejo ver alcançada. Ninguém o alcançou, nem pode fazê-lo por enquanto. Estamos somente no início de uma reação filosófica e de uma consideração do valor de doutrinas que, em sua maior parte, são aceitas gratuitamente, sem um questionamento deliberado, consciente ou sistemático de seus fundamentos. O nosso direito tem-se desenvolvido por aproximadamente mil anos, tal como uma planta: cada geração — algo inevitável — deu o passo seguinte; o pensamento, como a matéria, simplesmente obedeceu a uma lei de crescimento espontâneo. É perfeitamente natural e certo que assim tenha acontecido. A imitação é uma necessidade da natureza humana, como foi demonstrado por um escritor francês notável, M. Tarde, em um livro admirável, "Les Lois de l'imitation". A maioria das coisas que fazemos, fazemos porque nossos pais o fizeram anteriormente ou porque nossos vizinhos o fazem; e o mesmo vale para o que pensamos, numa proporção muito maior do que poderíamos suspeitar.

Uma boa razão para isso é a de que nossas curtas vidas não nos dão tempo para melhorar; no entanto, isto não é o ideal. Isto não ocorre porque nós todos somos obrigados a aceitar de segunda mão a maioria das regras nas quais baseamos nosso

pensar e agir; de que a cada um de nós estaria vedado ter a intenção de organizar uma parte de seu mundo conforme a razão, e ou que todos nós, coletivamente, deveríamos renunciar a conquistar para a razão todo domínio possível.

Em relação ao direito, um evolucionista, sem dúvida, vacilará em atribuir validade universal a seus ideais sociais, ou aos princípios que considera deveriam estar incluídos na legislação. Ele estará contente se puder demonstrar que os mesmos são os melhores aqui e agora. Provavelmente, admitirá que nada sabe sobre **um melhor** absoluto do cosmos, e que praticamente nada pode chegar a saber sobre **um melhor permanente** para a humanidade. Indubitavelmente, é verdade que um corpo de leis é mais racional e mais civilizado quando cada uma de suas normas estiver endereçada, articulada definitivamente a um fim que ele auxilia, e quando o fundamento para desejar esse fim for expressado, ou puder ser expressado em palavras a qualquer momento.

Em muitos casos, atualmente, se quisermos saber por que uma regra de direito tomou uma determinada forma e se quisermos saber o motivo de sua existência, recorreremos à tradição. Desta maneira, a seguiremos até os **Year Books** e, talvez mais além, até os costumes dos Francos Sállicos, até que, em algum ponto do passado, nas florestas germânicas, nas necessidades dos reis normandos, na arrogância de uma classe dominante, na ausência de idéias generalizadas, terminamos por encontrar o motivo prático daquilo que, hoje em dia, não conhece melhor justificção que o mero fato de sua aceitação e de que o homem está acostumado a ela. O estudo racional do direito é, contudo, em grande parte, um estudo de história. Esta deve ser uma parte de seu estudo, porque sem a história não poderíamos conhecer o propósito e o alcance preciso de normas que, como juristas, devemos conhecer. É uma parte do estudo racional, porque é o primeiro passo para um ceticismo iluminado, isto é, até uma reconsideração deliberada do valor daquelas regras. Quando você conseguir tirar o dragão de sua caverna, ao plano e à luz do dia, você pode contar seus dentes e garras, e medir sua força. Mas tirá-lo da caverna é somente o primeiro passo. O seguinte é matá-lo ou domá-lo e convertê-lo em um animal útil. Para o estudo racional do direito, o sem sorte pode ser o homem do presente, pois o homem do futuro é o perito em estatística e mestre em economia. É revoltante não haver melhor razão para uma regra de direito, do que o fato de ter sido estabelecida assim no tempo de Henrique IV. É ainda mais indignante se as razões que lhe serviram de fundamento já se desvaneceram há longa data, e a regra somente subsiste por cega imitação do passado. Estou pensando na regra técnica de transgressão **ab initio**, como ela é chamada, que tentei explicar em um caso recente em Massachusetts².

Permitam-me trazer uma ilustração, que pode ser colocada em poucas palavras, para mostrar como o fim social a que se destina uma regra de direito é obscurecido, e é alcançado somente em parte, devido ao fato de que a forma da dita regra

N.A.² Commonwealth, v. Rubin, 165 Mass. 453

é o produto de um desenvolvimento histórico gradual, em vez de ser reformulada como um todo, com referência articulada e consciente ao fim desejado. Achamos conveniente evitar que uma pessoa se aproprie indevidamente dos bens de outra, e em consequência fazemos do furto um delito. O mal é o mesmo, tanto se quem comete o fato for um indivíduo que recebeu os bens das mãos do proprietário, como se os tomou por conta própria. Mas o direito primitivo, em sua fraqueza, não foi muito além de um esforço para prevenir a violência, e, muito naturalmente, fez de uma apropriação indébita uma transgressão, parte de sua definição do crime. Atualmente, os juizes estenderam a definição, sustentando que o delito é igualmente consumado se o transgressor se apropria do bem mediante uma fraude ou um ardil. Na realidade, isto era deixar de lado o requisito de violência ou de transgressão, e teria sido muito mais lógico e bem mais verdadeiro em relação ao atual objeto do direito, abandonar completamente o requisito. Isto, todavia, teria sido demasiadamente atrevido, e preferiu-se deixá-lo à legislação. Leis foram sancionadas declarando a fraude como delito. Porém, por força de tradição, o delito de defraudação foi visto como algo tão inteiramente distinto do furto que, ainda em nossos dias, ao menos em algumas jurisdições, fica aos ladrões a oportunidade de alegarem, se forem indiciados por furto, que deveriam ter sido indiciados por defraudação, e se forem processados por defraudação, que deveriam ter sido perseguidos por furto, escapando desta forma à ação da justiça.

Há perguntas muito mais fundamentais que ainda aguardam uma resposta mais convincente que aquela: Nós fazemos aquilo que nossos pais já faziam. Que dados temos, fora uma adivinhação, para declarar que o Direito Penal, em sua forma presente, faz mais bem do que mal? Não me deterei aqui a considerar o efeito que teve, em sua aplicação, a degradação moral dos condenados e suas submersões ainda mais profundas nos abismos do crime, ou a questão se as penas pecuniárias e de privação de liberdade não afetam ainda mais pesadamente à esposa e aos filhos do delinqüente do que a ele mesmo. Preocupam-me questões de maior alcance. Será que o castigo intimida? Tratamos os delinqüentes com os princípios apropriados? Uma escola moderna de criminalistas se vangloria da fórmula, sugerida em primeira mão provavelmente por Gall, que devemos primeiro considerar o delinqüente, depois o delito. Esta fórmula não nos leva demasiadamente longe, mas as investigações que se iniciaram a partir dela, endereçam-se, pela primeira vez, a responder minhas perguntas com base científica.

Se o delinqüente típico for um degenerado, a quem uma necessidade orgânica tão profundamente enraizada, como a que faz uma cascavel morder, o faz defraudar ou assassinar, torna-se desnecessário falar da possibilidade de refreá-lo através de uma ameaça de castigo corporal, preconizada pelo método clássico. É preciso eliminá-lo, já que não é possível melhorá-lo nem criar os meios de atemorizá-lo, dada sua reação advinda de fatores estruturais. Por outro lado, se o delito, como a conduta humana normal, é principalmente uma questão de imitação, pode-se esperar que, dentro de limites razoáveis, o castigo contribua para fazê-lo desaparecer. O estudo de criminosos fez alguns cientistas conhecidos sustentar a primeira hipótese.

As estatísticas do relativo crescimento do crime em lugares densamente povoados como grandes cidades, onde um exemplo tem grande chance de dar frutos, e em lugares menos populosos, onde o contágio se espalha mais lentamente, foram usados para sustentar fortemente o segundo ponto de vista. Há, contudo, uma doutrina altamente autorizada que respalda a colocação de que, como quer que isto seja, "o único critério jurídico razoável para guiar a inevitável reação social contra o delinqüente não é a natureza do delito, mas a periculosidade do delinqüente".

Os obstáculos a uma generalização racional, que ilustrei com o exemplo do furto, aparece em outros ramos do direito, e igualmente no caso do direito penal. Tomemos como exemplo o ilícito civil ou a responsabilidade civil por danos extracontratuais⁵ e semelhantes. Por acaso, existe alguma teoria geral sobre a referida responsabilidade, ou devemos limitar-nos a enumerar e explicar, com bases distintas, cada um dos casos em que ela se apresenta, assim como é fácil de aceitar o fato de que o direito de ação para algumas categorias conhecidas como ilícitas, como fraude e calúnia, têm sua história especial para cada classe? Creio que é possível descobrir a existência de uma teoria geral, se bem que não como algo estabelecido e aceito, mas baseada em tendências.

Creio que o direito considera o fato de uma pessoa responsável infligir à outra dano temporário como contestável, se, sob as circunstâncias conhecidas ao autor do dano, o perigo inerente em seu ato era manifesto, de acordo com um critério de experiência comum, ou segundo a própria experiência pessoal do autor, se ela saísse do comum, exceto nos casos em que, por razões especiais de política legislativa, o direito recusa sua proteção ao demandante, ou outorga um privilégio ao demandado³. Creio que geralmente "malícia", "intento" e "negligência" significam unicamente que o perigo era manifesto em maior ou menor grau, sob as circunstâncias conhecidas ao autor, apesar de que, em alguns casos de privilégio, "malícia" queira dizer um motivo realmente malévolo e tal motivo pode afastar uma permissão sabidamente feita para prejudicar, que, de outra forma, seria dada ao autor do dano, baseado neste ou naquele fundamento de interesse público. Mas quando coloquei minha opinião a um eminente juiz britânico, este observou o seguinte: "Vossa Excelência está argumentando o que o direito deveria ser; mas com base nas leis vigentes, deve demonstrar o vosso direito. Um homem não é responsável por negligência se não for sujeito a um dever". Suponho que nosso desacordo não tenha sido somente de terminologia, ou concernente à proporção entre as exceções e a regra; então, em sua opinião, responsabilidade por um ato não pode se referir à tendência manifesta do ato em causar dano temporal, em geral, como explicação suficiente, mas deve ser colocada em relação à natureza especial do dano ou deve ser derivada

N.T.⁵ tort

N.A.³ Um exemplo de quando o direito recusa ao demandante quando este é interrompido no uso de uma via na qual ele viajou adversamente por uma semana menos que o período de prescrição. Uma semana mais tarde ele será titular de um direito, porém, agora ele é somente um transgressor. Já lhes dei exemplos de privilégios. Um dos melhores é o da concorrência em negócios.

de algumas circunstâncias especiais alheias à tendência do ato, para o qual não existe nenhuma explicação generalizadora. Creio ser tal opinião errada, mas ela é familiar, e me atreveria a afirmar que é geralmente aceita na Inglaterra.

Em qualquer lugar, a base dos princípios é a tradição, a tal ponto de correr o risco de fazer o papel da história mais importante do que ela é. Há algum tempo, o professor Ames escreveu um artigo de grande erudição destinado a mostrar, entre outras coisas, que a **Common Law** não reconhecia a defesa da fraude em ações fundamentadas, em **specialties**⁶, e a moral parece ser que o caráter pessoal desta defesa provém de sua origem na equidade. Mas se é admitido, como falei, que todos os contratos são formais, a diferença não é meramente histórica, mas também teórica, entre defeitos de forma que impedem que um contrato seja firmado, e motivos equivocados, que evidentemente não poderiam ser considerados em qualquer sistema que pretenda ser chamado de racional, exceto contra alguém que seja parte interessada naqueles motivos. Isto não se limita a **specialties**, mas é de aplicação universal. Devo acrescentar que não creio que Mr. Ames discordasse do que acabo de sugerir.

Entretanto, se considerarmos o direito dos contratos, o encontraremos cheio de história. As distinções entre obrigação contrato com lacre e contrato sem lacre são meramente históricas. A classificação de certas obrigações de pagar em dinheiro — impostas pelo direito, independente de qualquer acordo de vontades prévio — como quase-contratos, é meramente histórica. A **doctrine of consideration**⁶ é meramente histórica. O efeito que o direito reconhece ao lacre só a história pode explicar. A **consideration** é uma mera forma. É uma forma empregada? Se assim é, por que não é exigido em todos os contratos? Um selo é uma mera forma, desvanecida pelo tempo e por leis que dispõem que em todo o contrato deve haver uma obrigação com lacre, selo ou não. Por que haveremos de permitir que uma distinção meramente histórica afete os direitos e obrigações dos homens de negócios?

Depois de haver escrito este discurso, tive um bom exemplo da maneira como a tradição não somente anula uma política jurídica racional, mas que o faz, depois de haver sido previamente incompreendida e de haver recebido um novo alcance, mais amplo do que tinha quando tinha um sentido. Na Inglaterra, é aceita a lei de que uma alteração material de um contrato por uma das partes anula-o quanto a seu respeito. A doutrina é contrária à tendência geral do direito. A um júri não dizemos que se um homem mentiu em algo, dever-se-ia presumir que tenha mentido em tudo o mais que tenha dito. Mesmo que um homem tenha tentado cometer uma fraude, isto não parece razão suficiente para proibi-lo de provar a verdade. As objeções desta natureza se devem ao peso da prova e não a sua admissibilidade. Mais ainda,

N.T.⁶ Na **common law**, originariamente, um contrato escrito era lacrado. A garantia não estava na assinatura, mas no lacre de cera com as características dos promitentes impressas.

Consideration era um dos elementos necessários para transformar uma simples promessa de agir ou não agir em um contrato.

esta regra se aplica sem consideração à existência de fraude, e não está limitada à prova. Não se trata simplesmente de que não se possa usar o documento escrito, mas de que o contrato existe para um fim. O que isto significa? A existência de um contrato por escrito depende do fato de que o ofertante e o aceitante tenham trocado suas expressões de vontade por escrito, e não que as ditas expressões tenham permanecido invariáveis posteriormente. Mas no caso de uma obrigação, a noção primitiva era diferente. O contrato era inseparável do pergaminho. Se um terceiro o destruísse, ou arrancasse o lacre, ou o alterasse, o credor não podia fazê-lo valer em juízo, mesmo que não houvesse culpa alguma de sua parte, porque o contrato feito pelo demandado, isto é, a obrigação seguramente verdadeira e a que este havia aplicado o lacre, não poderia mais ser apresentada na forma em que pudesse obrigá-lo.

Há aproximadamente cem anos, Lord Kenyon tratou de usar seu bom senso para compreender esta tradição, como às vezes fazia em detrimento do direito, e, não o entendendo, disse que não via por que razão o que era certo para uma obrigação não haveria de sê-lo em outros contratos: Sua decisão estava certa, uma vez que se referia a uma nota promissória, onde novamente a **common law** considerava o contrato como inseparável do papel em que estava escrito; mas o raciocínio foi feito em termos gerais, e foi logo estendido a outros contratos por escrito vários fundamentos absurdos e irrealis de política jurídica foram inventados para justificar a regra assim aplicada.

Creio que ninguém pensará que, por criticar tão abertamente o direito, deixo de sentir respeito por ele. Tenho veneração pelo direito, especialmente pelo nosso sistema de direito, como um dos resultados mais vastos da mente humana. Ninguém melhor do que eu conhece o incontável número de grandes intelectos que consagraram todos os seus esforços para seu crescimento ou melhoria, dos quais a maioria parece insignificante quando se compara com a magnificência do todo. Ele tem o título derradeiro a respeito de sua existência, de que não é um sonho hegeliano, mas uma parte da vida dos homens. Mas pode-se criticar até mesmo o que se venera. Minha vida está consagrada ao direito, e sinto que trairia a devoção que lhe professo se não fizesse o que dentro de mim me impulsiona a melhorá-lo e se, ao perceber o que me parece ser ideal de seu futuro, vacilasse em mostrá-lo e exigir a sua consecução com todas as forças de meu coração.

Talvez, o que eu falei seja suficiente para mostrar o papel que a história necessariamente desempenha no estudo inteligente do direito, como é atualmente. No ensino desta escola⁴ e na de Cambridge⁵ não há perigo de que este papel seja subestimado. O Prof. Bigelow, na primeira, e seus colegas Ames e Thayer, na segunda, têm feito contribuições importantes que não serão esquecidas, e, na Inglaterra, a recente história do direito inglês antigo, escrita por Sir Frederick Pollock e Mr.

N.A.⁴ Boston University Law School

N.A.⁵ Harvard Law School

Maitland, tem emprestado ao assunto um charme quase ilusório. Devemos nos precaver contra o perigo de cairmos em uma veneração cega do passado, e recordar que, para nossos propósitos, o único interesse que o passado pode oferecer, reside na luz que jorra no presente. Espero ansiosamente pelo dia no qual o papel desempenhado pela história na explicação dos dogmas for bem pequeno e, em vez de em pesquisas trabalhosas, gastemos nossas energias em um estudo sobre os objetivos a serem alcançados e as razões para os desejarmos. Como um passo em direção àquele ideal, parece-me que cada advogado deveria entender de economia. O atual divórcio entre as escolas de economia política e direito, parece-me uma evidência de quanto progresso ainda falta no estudo da filosofia. No estado atual da economia política, realmente voltamos a nos encontrar com material histórico, numa escala maior, mas neste campo somos solicitados a considerar e pesar os objetivos da legislação, os meios de alcançá-los e o custo. Aprendemos que, para cada coisa, temos de desistir de outra, e somos ensinados a comparar a vantagem que ganhamos com a vantagem que perdemos, e a saber o que estamos fazendo quando escolhemos.

Há outro estudo, que algumas vezes é subestimado pelas pessoas de mentalidade prática, sobre o qual eu gostaria de dizer algumas palavras valorativas, apesar de achar que grande quantidade de trabalhos de qualidade inferior estejam sob o mesmo rótulo. Refiro-me ao estudo do que é chamado jurisprudência. Jurisprudência, como eu a vejo, é simplesmente o direito em seu aspecto mais generalizado. Todo esforço para reduzir um caso a uma norma jurídica é âmbito da jurisprudência, apesar de o nome, como utilizado em inglês, só referir-se aos princípios mais amplos e às concepções mais fundamentais. Uma característica do grande advogado é que ele vê a aplicação das normas mais amplas. Conta-se a história de dois camponeses que compareceram perante um juiz de paz em Vermont, porque um teria quebrado a batedora de manteiga do outro. Depois da justiça tomar tempo para pensar, o magistrado anunciou gravemente que, havendo consultado todas as leis em vigor, não encontrou nenhuma relativa a batedeiras de manteiga, e que, em conseqüência, deveria dar razão ao demandado. A mesma maneira de pensar é mostrada em todos os nossos livros e digestos. A aplicação das normas elementares do direito das obrigações contratuais e extracontratuais fica oculta sob o título genérico de Estradas de Ferro (railroads) ou Telégrafos (telegraphs), ou se encaminha a engrossar os já imensos tratados sobre subdivisões históricas, tais como Navegação (shipping) ou Equidade, ou se reúne sob um título arbitrário que, se presume, resultará atraente para as pessoas de mentalidade prática, tal como o Direito Mercantil. Se um homem entra no direito deve ser um mestre, e ser um mestre significa visualizar através de todos os incidentes dramáticos e discernir a verdadeira base para o prognóstico. Portanto, é conveniente ter uma noção precisa do que significam palavras como direito, faculdade, dever, malícia, intenção, negligência, domínio, propriedade, posse e assim por diante. Poderia citar muitos casos em que altas cortes judiciais parecem ter tropeçado, porque não tinham idéias claras sobre alguns destes itens. Já illustrei sua importância. Se desejarmos dar mais um exemplo, poderemos encontrá-

lo lendo o que se disse sobre o tema da posse no Apêndice ao Tratado de Direito Penal de Sir James Stephen, e consultando também o inspirador livro de Pollock e Wright sobre o mesmo assunto. Sir James Stephen não é o único escritor cujas tentativas de analisar idéias jurídicas malograram devido à procura de uma quintessência de todos os sistemas, ao invés de uma anatomia acurada de um. O problema com Austin era que ele não conhecia o direito inglês suficientemente. Mesmo assim, é uma vantagem prática conhecer Austin a fundo, assim como seus antecessores Hobbes e Bentham, e seus valiosos sucessores Holland e Pollock. O recente livro de Sir Frederick Pollock tem aquele toque de mestre que caracteriza todas as suas obras, e consegue liberar-se completamente da perniciosa influência dos modelos romanos.

O conselho que os mais velhos podem dar aos jovens corre o risco de ser tão distante da realidade quanto uma lista dos cem melhores livros. Pelo menos, no meu tempo de jovem, recebi a minha parcela de tais conselhos e, entre os menos realistas, coloco a recomendação de estudar direito romano. Pressuponho que tal conselho significa algo mais que colecionar algumas máximas latinas para enfeitar o discurso — propósito para o qual Lord Coke recomendou Bracton. Se isso é tudo que se quer então, pode-se ler em uma hora "De Regulis Juris Antiqui". Acho que se é bom estudar direito romano, é bom estudá-lo como sistema em operação. Isto significa dominar um conjunto de detalhes técnicos mais difíceis e menos compreendidos que os nossos, e o estudo de outro curso da história, através do qual, em medida ainda maior que nosso próprio direito, deve ser explicado o direito romano. Se alguém duvidar de mim, aconselho ler a obra de Keller "Der Römische Civil Process und die Actionen", um tratado sobre o edito do pretor, a interessantíssima "Historical Introduction to the Private Law of Rome" de Muirhead e para dar a maior chance possível, os admiráveis "Institutes" de Sohm. Não. O modo de conseguir uma visão generosa do tema que nos interessa não é ler outros temas, mas ir ao fundo do tema propriamente dito. Os meios para fazer isto são, em primeiro lugar, seguir o corpo dogmático com a ajuda da jurisprudência até as mais altas generalizações, logo depois, descobrir através da história como veio a ser aquilo que é; e finalmente, considerar, até onde você puder, os objetivos que as diversas normas se propõem alcançar, as razões do porquê se desejam estes objetivos, o que se abandona para obtê-los e se eles possuem este valor.

Temos muito pouca teoria no direito, principalmente neste ramo. Quando eu estava falando de história, mencionei o furto como exemplo, a fim de mostrar em que forma a teoria jurídica se via prejudicada, por não haver encorpado, de uma forma clara, uma norma que cumprisse seu propósito manifesto. Neste caso, as dificuldades eram devidas à sobrevivência de formas herdadas de uma época em que se perseguia um propósito mais limitado. Permitam-me agora dar um exemplo, para mostrar a importância prática para a decisão de casos concretos, de compreender as razões do direito, tirando um exemplo de normas, que a meu ver, nunca foram explicadas adequadamente. Refiro-me ao direito de prescrição. A finalidade de tais normas é óbvia, mas com que base se justifica a perda dos direitos de um indivíduo,

em si moralmente reprovável, em consequência do transcurso do tempo? Às vezes é feita referência à perda de elementos de prova, mas isso é uma questão secundária. Algumas vezes o desejo de manter a paz, mas por que haveria de ser a paz mais desejável vinte anos depois que há vinte atrás? A tendência da paz é, cada vez mais, materializar-se sem a ajuda do direito. Algumas vezes é dito que, se uma pessoa é negligente em reclamar os seus direitos, não tem razão de protestar, se depois de um tempo, o direito segue seu exemplo. Bem, se isto é tudo que pode ser dito, vocês provavelmente decidirão em um caso que colocarei, a favor do demandante; por outro lado, se vocês adotarem a posição que sugerirei, provavelmente decidirão a favor do réu. Uma pessoa é processada por violar os direitos de propriedade, e justifica alegando ser titular de um direito de ir e vir. Ela prova que usou o caminho aberta e adversamente por vinte anos, mas é demonstrado que o demandante havia concedido permissão a uma pessoa a quem supunha representante do demandado, ainda que na realidade não o fosse, e por conseguinte havia suposto que o uso do caminho pelo demandado era a título de licença, em tal caso não cabia direito a ser ganho. Pode-se afirmar que o demandado adquiriu um direito, ou não? Se a aquisição deste direito é baseada na culpa e negligência do proprietário em sentido ordinário, como comumente parece acreditar-se, não existiu tal negligência, e a servidão não foi adquirida.

Mas, se eu fosse o advogado do demandado sustentaria que o fundamento da aquisição de direitos pelo transcurso de tempo deve ser examinado a partir da posição da pessoa que vai adquiri-los e não da que vai perdê-los. Sir Henry Maine modernizou relacionar noção arcaica de propriedade com prescrição. Mas esta relação tem raízes mais antigas do que o primeiro evento que foi registrado. E inerente à natureza da mente humana. A coisa de que você gostou e usufruiu como sua própria por um longo período de tempo, seja propriedade ou uma opinião, cria raízes em seu ser e não pode ser jogada fora sem você se ressentir do ato e tentar defender-se de qualquer maneira. O direito não pode exigir melhor justificativa que os instintos mais profundos do ser humano. Somente para contrariar o possível argumento de que desta forma se desconhece um interesse legítimo do dono anterior, argumenta-se que foi sua própria negligência que permitiu a gradual dissociação entre sua pessoa e o objeto de seu interesse e a correspondente associação gradual do dito objeto com outra pessoa.

Sabe-se que um terceiro está realizando atos que à primeira vista demonstram que este está a caminho de estabelecer tal associação, devo insistir que em justiça, face a este terceiro, o titular do direito tem a obrigação de averiguar por si mesmo se o terceiro atua com permissão sua, adverti-lo e, se necessário, detê-lo.

Venho falando do estudo do direito, e apenas mencionei algo sobre o que habitualmente se diz em referência a esse tema — livros — texto, e estudos de processos e todo o aparato com que o estudante entra em contato tão logo entra na faculdade. Tampouco direi algo sobre eles. O meu tema é a teoria, não os detalhes práticos. Os métodos de ensino têm progredido desde meus tempos de estudante, sem

dúvida alguma, mas a capacidade e a operosidade sempre poderão aproveitar convenientemente a matéria-prima, qualquer que seja o método que se utilize. A teoria é a parte mais importante do dogma jurídico, assim como o arquiteto é a pessoa mais importante das que contribuem na construção de uma casa. Os progressos mais importantes dos últimos vinte e cinco anos foram no âmbito da teoria. É um erro considerar a teoria não prática, pois para o competente simplesmente significa ir ao fundo do assunto. Para o incompetente, às vezes é verdade, como se falou, que um interesse em idéias gerais significa ausência de conhecimento particular. Lembro-me de haver lido, no meu tempo de soldado, o que aconteceu a um jovem aspirante a oficial, que, ao ser perguntado no seu exame de promoção sobre qual a forma de exercitar um esquadrão, ele só atinou em responder que jamais havia estudado as evoluções e movimentos de grupos de menos de dez mil homens. Mas deixemos de lado os fracos e bobos com suas tolices. O perigo é que os espíritos capazes e inclinados ao prático vejam com indiferença ou desconfiança aquelas idéias só remotamente vinculadas com suas atividades ou ocupações. Há alguns dias falei-me de um homem que tinha um criado a quem pagava um ordenado excelente, sujeito a deduções por faltas em que incorresse. Uma das referidas deduções era esta: "Por falta de imaginação, cinco dólares". Este defeito não é exclusividade de criados. O objeto da ambição, poder, geralmente apresenta-se hoje em dia somente sob a forma de dinheiro. O dinheiro é a forma mais imediata e constitui o próprio objeto do desejo. "A fortuna", disse Rachel, "é a medida da inteligência". Está aqui uma excelente frase para trazer à realidade aqueles que vivem nas nuvens. Mas, como diz Hegel⁶, "no fim não é o apetite, mas a opinião, que tem de ser satisfeita". Para aquele dotado de um mínimo de imaginação, a forma mais duradoura e mais abrangente do poder não é o dinheiro, mas o domínio do raciocínio. Se desejarem grandes exemplos do que estou dizendo, leiam "A História do Pensamento Inglês no século XVIII"⁷, de Leslie Stephen, e verifiquem que cem anos após a morte de Descartes, suas especulações abstratas se tornaram uma força prática no controle da conduta dos homens. Leiam as obras dos grandes juristas alemães, e verão o que o mundo está governado atualmente mais por Kant do que por Bonaparte. Não podemos ser Descartes ou Kant, mas todos nós almejamos a felicidade. E a felicidade, tenho certeza, pois conheci muitos homens bem sucedidos, não é alcançada simplesmente pelo fato de ser advogado de grandes empresas e perceber mais de \$50.000 dólares. Um intelecto grande o suficiente para ganhar o prêmio necessita de outro alimento além do sucesso. *São os aspectos mais remotos e gerais de direito que lhe dão interesse universal. É através deles que vocês não somente se tornarão grandes mestres em suas profissões, mas vincularão o objeto de seus estudos com o universo e apreenderão um eco do infinito, um olhar em seu insondável processo, um vislumbre do direito universal.*

N.A.⁶ Phil. des Rechts 190

N.T.⁷ "History of English Thought in the Eighteenth Century".