

# O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Oliver Wendell Holmes Jr. é a referência mais recorrente no realismo jurídico norte-americano. Jurista militante e filósofo dileitante, Holmes levou o pragmatismo jurídico ao limite, atuando como juiz da Suprema Corte norte-americana, de 1902 a 1932, discordando freqüentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto *the great dissenter*, o que, vertido para nossa linguagem forense, indica algo próximo de *prolador de votos vencidos*. Suas opiniões foram com o tempo confirmadas e, nesse sentido, Holmes antecipou as grandes mudanças da jurisprudência norte-americana, que marcaram o século XX. No entanto, paradoxos e ambigüidades marcam sua trajetória, objeto do presente artigo.

Holmes nasceu em 1841 e faleceu em 1935, três anos depois de ter-se aposentado da Suprema Corte. Seu pai, Oliver Wendell Holmes Sr., lecionou medicina na Universidade Harvard e foi um dos mais conhecidos escritores norte-americanos do século XIX. Vivendo em Boston, Holmes Jr. freqüentou e conviveu com a elite do pensamento norte-americano, a exemplo de Charles Sanders Peirce e de William James, com quem se reunia freqüentemente, em agremiação filosófica que fundaram, o *Clube Metafísico*. O pai de Holmes também havia estudado direito, embora, ao que consta, odiasse o estudo de leis e de antecedentes jurisprudenciais, tendo abandonado o curso, justificando sinceramente a atitude, ao afir-

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy é Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Hubert Humphrey Fellow na Universidade de Boston. Procurador da Fazenda Nacional em Brasília. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

mar que lhe era desagradável estudar direito (Cf. BOWEN, 1944, p. 59); a opção subsequente foi a medicina, embora a literatura representasse seu maior interesse. Em carta de 1831, o pai de Holmes havia escrito que a advocacia é a profissão daqueles que querem a selvageria, enquanto a medicina é a ocupação de comedores de ópio que amam as desilusões (Cf. BOWEN, 1944, p. 61). Holmes viveu com o pai até os 30 anos, e dele dependeu financeiramente até essa idade (Cf. BOWEN, 1944, p. 258). E foi na casa do pai que ele foi residir assim que se casou (Cf. BOWEN, 1944, p. 261), embora nora e sogro não se dessem muito bem (Cf. BOWEN, 1944, p. 263).

Holmes lutou na guerra civil norte-americana, experiência que lhe marcou profundamente. Serviu como tenente. Foi ferido várias vezes, quase perdeu um dos pés, caiu preso entre os confederados, conseguiu retornar a Boston, graduou-se em direito; a partir de então, desenvolve-se sua prolífica carreira. Sentiu medo da guerra, e teria desde então desenvolvido percepção de profunda desconfiança para com a bondade humana (Cf. BOWEN, 1944, p. 154). No último ferimento, quase perdeu a perna. Ficou por nove meses distante dos sangrentos campos de batalha. O retorno à família foi triunfal (Cf. BOWEN, 1944, p. 184). Holmes era um abolicionista (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 42).

Freqüentou Harvard por tradição familiar, fazendo-o como seu pai, tios e primos fizeram antes dele (Cf. BOWEN, 1944, p. 115). É indiscutivelmente o maior nome do pensamento jurídico norte-americano, ao qual imprimiu percepções e soluções práticas e pragmáticas, distanciando-se de problemas conceituais e metafísicos que marcavam (e marcam) o pensamento jurídico europeu. Holmes é o primeiro juiz moderno a adquirir *status* de celebridade. Desde sua morte, Holmes tem sido festejado por muitos e condenado e criticado por outros tantos. Passado mais de meio século de sua morte, Holmes é ainda tema de biografias e de estudos analíticos (Cf. HOEFLICH, 2002, p. 398).

Depois de concluir o curso de direito, Holmes advogou, fez pesquisas de história jurídica e foi convidado para lecionar em Harvard. Charles Eliot estava à frente da faculdade de Direito em Harvard. Convidou uma série de jovens talentosos para lecionar: Holmes, John Gray, Henry Adams, John Fiske (Cf. BOWEN, 1944, p. 255). Holmes aceitou a proposta, porém deixou bem claro que abandonaria o magistério se eventualmente fosse apontado para a magistratura, carreira que havia escolhido. No modelo norte-americano, não há concursos para o recrutamento de juizes. Trata-se de indicação política. Juizes estaduais são apontados pelos governadores. Juizes federais e de tribunais federais superiores, a exemplo da Suprema Corte, são indicados pelo presidente da república, e posteriormente são sabatinados pelo senado. Em 8 de dezembro de 1882, Holmes foi indicado para uma vaga na Suprema Corte de Massachusetts. Holmes estava lecionando em Harvard por apenas dois meses. Deixou os alunos no meio das aulas, não teria consultado ou informado seus colegas de magistério superior. O diretor da faculdade de direito teria tido notícia da ida de Holmes para a Suprema Corte de Massachusetts pelos jornais (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 37). Holmes deixou a faculdade sem tomar o cuidado de aguardar a contratação de um sucessor, como era hábito (Cf. BOWEN, 1944, p. 297).

Segundo os detratores de Holmes, seu plano era o de ser reconhecido como o maior jurista do mundo (*the greatest jurist in the world*) (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 34). Contraditório, Holmes professava certa simpatia por práticas de eugenia, bem como refutava a validade do direito natural, o que lhe granjeou a desconfiança e a antipatia de segmentos católicos (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xvii). Por outro lado, manteve casamento de 60 anos com Fanny Dixwell, convivência que os americanos vêem como um *monumento ao matrimônio*, o que provoca em um admirador a observação de que Holmes não fora apenas um gran-

de jurista; ele teria sido também um grande intelectual, uma grande pessoa, um grande americano, um homem de uma grande vida (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xv). Holmes visitava semanalmente o túmulo da esposa; conta-se que, quando Fanny morreu, Holmes teria escrito que ela, por 60 anos, havia feito da vida uma poesia para ele (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 35).

Porém nem tudo pode-se confirmar como imaculadamente perfeito. Há suspeitas de que Holmes tivera uma amante inglesa, aristocrática, conhecida como Lady Castledown (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 20). Ao que consta, Holmes teria escrito 103 cartas para Lady Castledown, cartas que ainda existem, conforme intrigante ensaio escrito por David Seipp (1997, p. 535), professor de história do direito na Universidade de Boston, de quem fui aluno, e que defendeu que Holmes teria escrito seu trabalho *The Path of the Law* em estado de grande paixão e euforia amorosa, e que o texto fornece indícios de redação apaixonada, romanticizada.

Holmes é o herói do direito norte-americano (*the hero of American law*). Benjamin Cardozo o reputava senhor de todo o direito e da filosofia do direito, o mais perfeito jurista de seu tempo. Felix Frankfurter teria dito que Holmes era o filósofo que se tornou rei. Frankfurter ainda dizia que por séculos homens que jamais teriam ouvido falar de Holmes estariam movimentando-se na extensão de seu pensamento. Charles Wyzanski afirmara que, como a estátua *A Vitória de Samotrácia*, Holmes era o ápice de cem anos de civilização. Thomas Grey afirmara que Holmes fora o maior oráculo do pensamento jurídico norte-americano. Karl Llewellyn tinha Holmes como a mente mais distinta de seu tempo. Morton Horwitz reputava Holmes o único pensador jurídico nos Estados Unidos. Para Richard Posner, Holmes é a mais ilustre figura do direito norte-americano. Para Harry Kalven e Hans Zeisel, Holmes seria o mais perfeito ideal buscado por um advogado norte-americano. Declarou-se que a indústria automobi-

lística teve Henry Ford, que o jazz contou com Louis Armstrong, que Hollywood teve Marilyn Monroe, que o baseball contou com Babe Ruth e que o direito orgulhava-se de Oliver Wendell Holmes Jr. (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 15). Holmes foi beatificado, o que ensejou questão intrigante. Afinal, como um homem brutalizado pela guerra civil tornou-se o grande oráculo do direito norte-americano? Sem dúvidas, ele era brilhante, trabalhava duro e com seriedade, escrevia prosa cativante e, ao que consta, era pessoa de charme extraordinário (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 181), um *causeur*. Para autora entusiasta, a história de Holmes confunde-se com a história dos Estados Unidos (Cf. BOWEN, 1944, p. xi).

A trajetória jurídica e filosófica de Holmes é dividida em três fases. A primeira delas refere-se a Holmes exercendo a advocacia, em relação à qual muito pouco se interessa; ele advogou com seu irmão Ned, por pouco tempo (Cf. BOWEN, 1944, p. 255). Holmes desencantou-se com a advocacia (Cf. BOWEN, 1944, p. 270). A segunda fase marca momento matizado pela pesquisa que propiciou seus dois livros, *The Common Law* e *The Path of the Law*. Nessas obras, encontram-se os pontos principais de seu pensamento, bem como do realismo jurídico, que há quem prefira chamar de movimento de pragmatismo jurídico (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xi). A visão de Holmes em relação a matéria contratual é indicativa bem eloqüente do pragmatismo normativo. Não há, para Holmes, obrigação absoluta e potestativa de o contratante cumprir o pactuado, no que se refere a seus elementos intrínsecos. Dado que contratos fazem previsão de perdas e danos, além de cláusulas que estipulam multas e penalidades pela não adimplência do pactuado, o recolhimento de valores, para Holmes, pura e simplesmente, anula qualquer obrigação moral subjacente. Para Holmes (1991, p. 315), “quando se diz que um contrato é anulável, assume-se que um contrato foi celebrado, mas que também pode ser destruído, dependen-

do da escolha de uma das partes contratantes”. Nesse sentido, o de interpretação do direito à luz de opções que possibilitem a maximização da riqueza, é que Holmes é reputado como o antecessor mais ilustre do movimento *law and economics*, direito e economia. Holmes incitava os juízes a estudarem economia e estatística, bem como pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deveriam ser claramente identificadas (Cf. SEIPP, 1997, p. 517).

É nesses dois livros que Holmes fundamenta concepções seminais para o realismo jurídico, propugnando que o direito não é lógica, é experiência, e disseminando a metáfora do *bad man*, do bandido. Segundo esta última idéia, que retomarei mais à frente, o bandido está apenas interessado nas conseqüências que viverá se violar a lei. E nada mais. É assim que pensaríamos em relação ao direito, isto é, o que acontecerá se não cumprirmos a lei. Nessas obras se compreende a proposta fundamental de Holmes, que dá conta de que conhecer o direito é saber de antemão como os juízes vão julgar determinados casos. O juízo de previsibilidade, por parte do advogado, especialmente, é, para Holmes, o núcleo do exercício da profissão, que não esconderia tantos segredos assim; a advocacia seria um ofício prático, como outro qualquer; nada de ciência, de epistemologia, de problematizações metafísicas, de cogitações transcendentais, de lógica binária, de conjuntos aporéticos (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xi). Holmes rejeitava a lógica e a história, porque ambas forneciam apenas disfarces retóricos para as decisões jurídicas (Cf. SEIPP, 1997, p. 517).

No livro *The Common Law*, Holmes criticou o formalismo, corajosamente afirmando que a decisão judicial não é a mera aplicação de um precedente, embora, bem entendido, insinuasse que um bom juiz inconscientemente julgava de acordo com os padrões médios da sociedade em que vivia (Cf. BOWEN, 1944, p. 275). Holmes hostilizou o

pensamento de Christopher Columbus Langdell, antigo diretor de Harvard, que havia firmado o formalismo jurídico nos Estados Unidos (Cf. BOWEN, 1944, p. 281).

*The Path of the Law* é texto cuja abertura é antológica. A retórica de Holmes (1992, p. 160) emerge com todo esplendor:

“Quando estudamos direito, não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas pagam advogados que as representem junto aos juízes, reside no fato de que, em sociedades como a nossa, o comando da força pública está concentrado em juízes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob quais circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e conseqüentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça”.

O direito como mecanismo conceitual de previsão é tema central nas reflexões de Holmes. E ele esforçava-se para não confundir a previsão jurídica com base nas tendências e no comportamento de quem diz o direito, da mera leitura e do simples exercício estatístico dos precedentes judiciais:

“Boa parte de nossas previsões quando generalizadas e reduzidas a um sistema não formam um todo tão grande ou de difícil manejo. Elas se apresentam como um corpo finito de dogmas que pode ser dominado dentro de um lapso razoável de tempo.

Trata-se de um grande engano quando nos assustamos com o crescimento do número de julgados e de precedentes judiciais. Os julgados de uma determinada jurisdição ao longo de uma geração levam em conta o conjunto do direito disponível, interpretando esse conjunto a partir dos pontos de vista da época na qual o direito é aplicado. Podemos reconstruir esse conjunto (...) a utilização de julgados antigos é prioritariamente histórica (...)" (HOLMES, 1992, p. 161).

É nesse livro, *The Path of the Law*, que Holmes evidencia quem é o consumidor do direito; o *bandido*, o *fora da lei*, o *bad man*, para usarmos a figura de linguagem que ele criou. É para ele, o *bad man*, que o direito foi criado; é ele o consumidor do direito (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 144). O criminoso, o *bad man*, é anunciado, da forma seguinte:

"Pode se ver que um criminoso tem tanta razão quanto tem um homem correto para evitar as forças públicas, que representam a justiça, e disso conseqüentemente pode se deduzir a importância prática da distinção entre moralidade e direito. Um homem que não liga nada para uma regra ética praticada por seus vizinhos provavelmente não ligará muito para evitar ser forçado a pagar alguma coisa na tentativa de ficar fora da cadeia, se isso conseguir" (HOLMES, 1992, p. 161).

Holmes desconfiava da separação entre direito e moral (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 150). David Seipp (1997, p. 543) investigou as prováveis fontes literárias do *bad man* de Holmes, identificando-o em um livro de 1896, que Holmes certamente teria lido, de autoria de Melville Davisson Post, com o título *The Strange Schemes of Randolph Mason*. Para Seipp (1997, p. 543), o *bad man* de Holmes pode ser qualquer advogado, ou qualquer advogado que aconselhe um bandido, e que se pode tornar tão mau quanto o criminoso que ajuda. Holmes teria sido abalado na infância pelas notícias de um crime

horrrível que ocorrera em Boston, e que consistira no assassinato e no esquartejamento de um certo Dr. George Parkman, que ouviu falar em casa, porque seu pai havia testemunhado no caso. Para Seipp (1997, p. 545), Holmes percebia que eventuais distinções entre direito e moral não devem emergir de generalizações abstratas, porém devem surgir de representações concretas, como as que teve na infância, e com a concepção do criminoso que nominou de *bad man*. O *bad man* serviria a um propósito pragmático. Para Holmes (1992, p. 162),

"se você quer conhecer o direito (...) basta olhar para a situação como um criminoso, que liga apenas para as conseqüências materiais que tal conhecimento propicia a ele prever, e não como uma pessoa correta, que encontra razões para sua conduta, tanto no direito como fora do direito, nas vagas sanções ditadas por sua consciência".

Uma última fase mostra-nos Holmes exercendo a magistratura nas cortes supremas, em Massachusetts, e depois em Washington. Holmes trabalhava freneticamente e redigia seus votos com espantosa velocidade e precisão (Cf. BOWEN, 1944, p. 316). Holmes criou e desenvolveu a teoria moderna do federalismo, distanciando-se de idéias formalistas que fracionavam o modelo em feições verticais e horizontais. Holmes percebia que o federalismo deveria ser convergente, prospectivo, e que o regime que fundamenta o pacto federativo centra-se menos na repartição convencional de competências abstratas e mais em engenharias constitucionais peneiras de criatividade, na mira do bem comum. Holmes concebeu projeto de limitação de intervenções do judiciário, o *judicial self-restraint*, idéia que será apropriada pela guinada à direita que a Suprema Corte norte-americana vem desenvolvendo, desde a ascensão dos conservadores republicanos, a partir da administração Ronald Reagan, condicionante de um minimalismo judicial preocupante.

Holmes também insistia na flexibilidade da interpretação constitucional. Para Holmes, a constituição não é necessariamente um ser vivo e mutante; no entanto, gerações presentes não são prisioneiras do passado. Soluções pretéritas não são necessariamente as mais adequadas para os dias em que vivemos. Holmes desconfiava do tradicionalismo como justificador da autoridade, a usarmos concepção weberiana. Holmes também desenvolveu princípio exegético relativo a questões de liberdade de expressão, garantindo-a, de modo relativo, na medida em que critério de perigo claro e eminente (*clear and present danger*) deveria ser o único a orientar o intérprete. Holmes posicionava-se ao lado do trabalhador em questões trabalhistas (Cf. BOWEN, 1944, p. 317). Holmes rejeitava também o jargão dos especialistas, escrevendo do modo menos formal possível (Cf. BOWEN, 1944, p. 274).

Embora recorrentemente discordando de seus colegas da Suprema Corte, Holmes fazia-o com retórica impressionante, elegante. Seu voto no caso *Commonwealth v. Perry* (115 Mass. 117, 28 N.E. 1126- 1891) principia da forma como segue, colocada em português, com os prejuízos naturais da inexistência de uma hermenêutica diatópica, que propicie esperanto jurídico incontestável:

“Eu tenho o desprazer de discordar de meus pares. Tenho submetido extensivamente meus pontos de vista e, considerando-se a importância da questão trazida a juízo, sinto-me obrigado a tornar pública, por meio de breve passagem, as razões de minha discordância, não obstante o respeito e a deferência que tenho para com o julgamento daqueles em face de quem eu discordo” (HOLMES, 1992, p. 123).

No caso *Northern Securities Company v. United States* (193 U.S. 197- 1904), um elegante exórdio anuncia a discordância:

“Não consigo concordar com o julgamento da maioria desta Corte, e, embora eu pense que seja desnecessá-

rio e indesejável, como regra, anunciar um voto vencido, sinto-me obrigado a fazê-lo nesse caso e então explico as minhas razões. Grandes questões e questões complicadas fazem um péssimo direito. Porque os grandes julgamentos são chamados de grandes, não tanto pela importância que têm em delinear a jurisprudência a ser seguida, mas prioritariamente porque um acidente qualquer provocou um demasiado interesse no caso, apelando para sentimentos que distorcem o julgamento. Interesses imediatos exercem uma pressão hidráulica no julgador, fazendo aquilo que era claro parecer duvidoso (...)” (HOLMES, 1992, p. 130).

Em carta endereçada a Harold Laski, Holmes (1992, p. 218) dizia não gostar de ser maculado como o discordante, o homem do voto vencido, dizendo que “estava expressando suas expressões jurídicas e não lutando numa rinha”. No seu mais famoso voto vencido, no caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45- 1905), Holmes (1992, p. 306) principiou de modo epigramático:

“Eu sinto muito em não poder concordar com o julgamento que está sendo proferido no presente caso, e sinto que é minha obrigação de expressá-lo. Este caso está sendo julgado a partir de uma teoria econômica com a qual uma boa parcela da população deste país certamente não concorda. Se consistisse a questão meramente em se saber se eu concordo com essa teoria, eu deveria estudá-la muito mais a fundo antes de expressar minha opinião. Porém realmente sinto não ser essa a minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou minha discordância em nada se relacionam com o direito que a maioria tem de expressar suas opiniões jurídicas”.

Nesse mesmo julgado, que tratava de proibição de que donos de padaria contratassem padeiros para jornadas de trabalho

superiores a dez horas, Holmes condenou o liberalismo econômico, observando que a constituição norte-americana não sufragava as estatísticas sociais de Herbert Spencer, pensador inglês que pregava o darwinismo social (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 62). Holmes preferia ouvir e julgar a partir das sustentações orais dos advogados norte-americanos, desprezando petições e memoriais que lhe eram enviados (Cf. BOWEN, 1944, p. 316).

Holmes cunhou epigramas mais recorrentes e frases mais famosas do linguajar jurídico norte-americano. Segundo Holmes (1992, p. 306), “proposições gerais não decidem casos concretos”. É sua a mais eloquente passagem do realismo jurídico norte-americano:

“A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão-somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes” (HOLMES, 1991, p. 1).

A imagem de que o direito não é lógica, é experiência, é, no sentir de Richard Posner, a “mais famosa sentença que Holmes jamais teria escrito” (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 92). Para Holmes (1991, p. 2), “até cachorros sabem a diferença entre tropeçar e levar um chute”, passagem desconcertante, que revela a simplicidade provocante. Excertos de

Holmes influenciaram, inegavelmente, o modo como os advogados norte-americanos pensam sobre o direito (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 85). No entanto, no dizer dos críticos de Holmes, com exceção de cinco parágrafos, o livro *The Common Law* seria confuso, túrgido, não obstante reputado como o melhor acabado trabalho sobre teoria do direito nos Estados Unidos (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 125). Por outro lado, Holmes transitava em campos conceituais distintos do que o pensamento jurídico de sua época havia assentado como correto (Cf. SEIPP, 1997, p. 550).

Holmes liderou uma revolta contra o formalismo jurídico, atacando o conceitualismo que havia triunfado em Harvard, no tempo de Christopher Columbus Langdell (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 113). De qualquer modo, é em Holmes que a esquerda e a direita do pensamento jurídico norte-americano paradoxalmente radicam seus pontos de vista. Trata-se da *teoria da ferradura*, e que percebe em Holmes as raízes do pragmatismo do movimento *law and economics*, bem como o antiformalismo do grupo radical do *critical legal studies*. Em relação a este último grupo, Holmes vincula-se na medida em que anunciava que juízes decidem “mais ou menos de acordo com as preferências e preconceitos pessoais” (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 1). É que, para Holmes, o direito acaba redundando no exercício de um poder orientado para a satisfação de interesses pessoais (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 2). O pragmatismo jurídico que Holmes concebeu persiste na concepção de direito ensinado nas escolas norte-americanas. O ceticismo que marca seu pensamento influencia críticos e neoliberais.

Holmes preocupava-se com questão pedagógica central na experiência jurídica. O que deve estudar o aluno de direito? O que deve estudar o advogado, o juiz? Qual o sentido de uma preparação especializada? Qual a importância de uma educação jurídica generalista? A citação é longa, porém provocante e atual:

“Por vezes ouço um desejo expresso por um impaciente, dizendo que o ensino tem que ser mais prático. Lembro-me então de um sábio que dissera a um amigo meu quando este último começava a sua vida profissional: ‘Não estude muito direito não’, e eu penso que possamos imaginar momentos em que esse conselho seja útil. Porém ainda algo muito mais útil foi a mim dito (...) quando alguém não menos sábio me falava que ‘o negócio do advogado é conhecer o direito’. Era propósito daquele professor de Harvard que seus alunos estudassem e conhecessem direito (...) E penso que o professor estava totalmente correto, não apenas em relação aos fins que perseguia, porém também no que toca aos meios que propunha para que tais fins fossem alcançados. Sim, esta faculdade tem sido, e espero que continue, um grande centro no qual advogados ganham e aperfeiçoam conhecimentos, e do qual os jovens, muito mais inspirados pelos exemplos do que pelos ensinamentos, continuam avançando, não para imitar o que seus mestres têm feito, porém para viverem livremente suas vidas (...) As pessoas formadas por esta faculdade [Harvard] podem nem sempre ser os que mais conhecem o modo de avançar na profissão (...) porém são orgulhosos na convicção de que o conhecimento para o qual consagraram suas vidas é consagrado para assuntos que realmente interessam ao mundo. Trata-se do conhecimento do pensamento abstrato, da ciência, do belo, da poesia e da arte, de cada flor da civilização, na busca de um solo generoso que as abrigue e alimente. Se não encontram esse solo, as flores morrem. Porém o mundo precisa muito mais das flores do que as flores precisam de vida” (HOLMES, 1992, p. 223).

Holmes (1992, p. 224) lembrou alguém que lhe dissera que na Rússia havia muitos especialistas na classe média, enquanto nas classes mais altas havia muito mais gente civilizada. Holmes imaginava professores de direito que fossem recrutados entre os que melhor produzissem nas respectivas gerações. Para Holmes (1992, p. 226), os professores de direito deveriam oxigenar a produção de seus alunos. Holmes é de um tempo em que a América ainda desprezava advogados, em benefício de comerciantes, que não obstante ganhavam a vida de modo questionável, segundo estudo biográfico de Holmes (Cf. BOWEN, 1944, p. 202). Quando Holmes estudou direito, ele complementou a educação pessoal com intermináveis leituras que incluíam Montesquieu, Platão, Hume, Locke, Hobbes, Mill, Spencer. E ainda, lembra-se, Thomas Jefferson havia aconselhado que estudantes de direito fizessem de todos os campos do conhecimento uma esfera de aprendizado pessoal; bacharéis, segundo o conselho de Thomas Jefferson (orientação que Holmes seguiu fielmente), deveriam ler ciências naturais, história, *belles-lettres*, crítica literária, retórica, oratória, e deveriam ler do nascer do sol à hora de dormir, o tempo todo (Cf. BOWEN, 1944, p. 203). No tempo em que Holmes foi para a faculdade de direito, vivia-se o ocaso e a decadência do generalismo pregado por Jefferson, assistia-se ao desenvolvimento do pensamento especializado e formal, que Holmes criticou ao longo de sua vida (Cf. BOWEN, 1944, p. 214).

Holmes recusou outras oportunidades de trabalho, como chefiar uma embaixada. Holmes adorava o que fazia, gostava do direito, e pretendia transformar suas idéias em jurisprudência, no sentido americano do termo, isto é, em filosofia do direito. Holmes pretendia demonstrar como soluções particulares decorrem e envolvem teoria geral, e pretendia fazê-lo com estilo (Cf. HOLMES, 1992, p. 29). Holmes dizia admirar um conhecido advogado de Boston, Charles Loring. É que a sogra de Holmes reputava

Lorging como um grande homem e como um advogado excepcional, porque ele jamais teria aceitado uma causa na qual não acreditasse. Holmes (1992, p. 45) arrematava dizendo que isso se devia ao modo sardônico como Lorging via suas causas...

Holmes era um realista, no sentido próprio e pessoal da própria conduta. Em artigo publicado em revista jurídica, escreveu que sempre perguntava pelo preço das coisas, que procurava o quanto custava qualquer interesse que tinha, especialmente quando estava obstinado com algo mais luxuoso (Cf. HOLMES, 1992, p. 119). Individualista, Holmes acreditava que uma aceitação tácita de que os interesses sociais são comuns indicava falsidade (Cf. HOLMES, 1992, p. 122). Para Holmes, leis circunstanciam aspectos empíricos da vida social. Em passagem canonizada pelo movimento *critical legal studies*, Holmes (1992, p. 122) escreveu que a lei é instância por meio da qual um grupo que detém o poder impõe aos menos poderosos ônus e obrigações desagradáveis.

O individualismo de Holmes é bem explicitado em carta a Harold Laski, na qual Holmes escreveu que não via nenhum direito de seu vizinho ter parte do pão que ele, Holmes, havia ganho. E também escreveu para Laski, na mesma carta, que “os direitos de um determinado grupo são aqueles pelos quais o grupo tem lutado” (Cf. HOLMES, 1992, p. 141). Para Holmes (1992, p. 147), os juízes têm tendência à ingenuidade, eram pessoas de mentalidade média, quando deveriam assumir um pouco de Mefistófeles. É que todos precisaríamos ser educados para o óbvio, isto é, para aprendermos a transcender de nossas próprias condições e circunstâncias, de modo a deixarmos espaço para coisas que acreditamos, a fim de que realizemos nossas idéias com pequenas revoluções, que se fariam ordeiramente, mediante mudança bem comportada do direito que nos rege.

Holmes (1992, p. 147) definia o direito como um corpo de crenças triunfantes na

batalha das idéias, traduzidas em ação. Em discurso feito em banquete entre advogados em 1902, Holmes (1992, p. 151) dizia ver o direito como um todo orgânico, como uma reação da tradição em face de tendência, desejos e necessidades da comunidade. E com muita simplicidade, embora com imenso sentido realista, Holmes (1992, p. 163) observou que a profecia do que juízes e cortes fazem e decidem de fato, e nada mais do que isso, e nada mais pretensioso, é que se deve entender por direito.

No entanto, é recorrente também em Holmes (1992, p. 173) atitude de veneração para com o direito, e particularmente para com o direito norte-americano. E o excerto seguinte parece comprovar a assertiva:

“Eu venero o direito, especialmente o nosso modelo jurídico [o norte-americano], que reputo como um dos mais vastos produtos da mente humana. Ninguém sabe melhor do que eu o incontável número de grandes intelectos que tem se dedicado em melhorar ainda mais esse modelo jurídico (...) não se trata de um sonho hegeliano, porém uma parte da vida dos homens. Mas pode se criticar também aquilo que se reverencia” (HOLMES, 1992, p. 173).

Outro suposto paradoxo é revelado por surpreendente afirmação de Holmes (1992, p. 176), para quem “a teoria é o meu tema e não pormenores práticos (...) a teoria é a mais importante parte do dogma do direito, como o arquiteto é a figura mais importante na construção de uma casa”. E ainda, Holmes curva-se à tradição, ao passado, ao pacto que a cultura jurídica norte-americana tem com o precedente, com a jurisprudência. É que, em discurso proferido em Harvard, em 25 de junho de 1895, Holmes (1992, p. 184) afirmava que “o direito, tanto quanto dependa de seu estudo, é, de fato, como tem sido dito, o governo dos vivos por meio dos mortos”. Para Holmes (1992, p. 218), “o direito não é campo de estudo para artistas ou poetas; é um chamado para pensadores”.

Certo sentido de interdisciplinariedade também é revelado, em nota conclusiva a palestra dada em Harvard, em 17 de fevereiro de 1886:

“Se o seu tema de estudo é o direito, o caminho exige o estudo da antropologia, da ciência do homem, da economia política, da teoria da legislação, da ética e de várias sendas que conduzem a uma visão de vida (...) Para dominar qualquer campo do conhecimento, você deve dominar todos aqueles que se aproximam de seu tema principal; de modo que, para conhecer alguma coisa, você deve conhecer tudo” (HOLMES, 1992, p. 219).

A definição de cultura em Holmes é assustadoramente pragmática. Para Holmes (1992, p. 23), “cultura evidentemente significa ter mais madeira em estoque do que madeira na fornalha, uma quantidade suficiente para que você não seja obrigado a ir cortar mais madeira”. Holmes repudiava a lógica, e sua eventual utilidade na concepção e na prática do direito, observando que é falácia se imaginar que o desenvolvimento do direito seria o resultado da utilização de métodos lógicos (Cf. HOLMES, 1992, p. 166). Para Holmes (1991, p. xiii), os juízes primeiro decidem; e depois encontram a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e para a decisão tomada. E de modo mais conclusivo:

“(…) A preparação de advogados é um treinamento em lógica. Os processos de analogia, separação e dedução são aqueles nos quais o advogado se sente com maior familiaridade. A linguagem das decisões judiciais é basicamente uma linguagem lógica (...) Porém a certeza lógica é uma ilusão e certamente não é marca do destino humano. Por detrás da lógica reside um juízo de relativo valor e importância, referente a leis e teses que estão competindo, marcando com frequência um julgamento desarticulado e inconsciente (...) Pode se dar para qual-

quer conclusão uma forma lógica. Pode-se sempre se encontrar uma condição implícita em um determinado contrato. Mas, por que essa específica condição foi escolhida?” (HOLMES, 1992, p. 167).

Holmes (1991, p. 338) insistia que os parâmetros de uma decisão são puramente práticos, e que jamais poderiam ser apreendidos da gramática ou da lógica. O pragmatismo de Holmes o afasta do culto ao passado e a veneração para com sutilezas dos raciocínios silogísticos. Holmes pretende-se um prático. E o seguinte excerto é ilustrativo dessa imagem:

“Devemos tomar cautela para com as ciladas da reverência ao passado. Devemos nos lembrar que nosso interesse no passado reside tão-somente nas luzes que eventualmente ele poderia jogar em nosso presente. Eu espero o tempo em que o papel protagonizado pela história na explicação dos dogmas do direito seja muito pequeno, e, ao invés de uma pesquisa ingênua, deveríamos gastar nossas energias nos fins que buscamos e na indagação às razões pelas quais desejamos tais fins. Um passo nesse sentido dá-se com a recomendação para que todo advogado estude economia. O presente divórcio entre as correntes da economia política e da teoria do direito parece-me uma prova do quanto ainda devemos progredir em nossos estudos de filosofia. No presente estado da economia política, de fato, aproxima-se de novo da história (...) porém na verdade se exige que sope-se os objetivos das leis que temos, os meios para que possamos conquistá-los, bem como os custos que tudo isso envolve. Aprendemos que, para que possamos obter algo, devemos abrir mão de outras coisas. Nos ensinam que devemos comparar as vantagens que obtemos com as desvantagens decorrentes daquilo que perde-

mos. Devemos saber bem o que fazemos quando escolhemos” (HOLMES, 1992, p. 174).

Nas decisões que redigia, Holmes explicava sua visão de mundo, de ciência, mostrando-se muitas vezes além de seu tempo e das discussões que agitavam a sua época. No caso *Towne v. Eisner* (245 U.S. 418-1918), Holmes (1992, p. 287) escreveu que “não é necessariamente verdade que a palavra ‘renda’ signifique a mesma coisa na constituição e nas leis (...) uma palavra não é um cristal, transparente e imutável; é a pele que encobre um pensamento vivo e pode variar muito de tamanho e de conteúdo de acordo com a circunstância e com o tempo em que seja utilizada”. É que, para Holmes (1992, p. 298), na teoria da fala, “o seu nome significa você e o meu nome significa eu, e os dois nomes são diferentes (...) eles são palavras diferentes”.

Holmes possuía referencial próprio para questões de criminologia. Criticava as escolas criminológicas da época que se concentravam no criminoso e não no crime. Afirmou que, se o criminoso é sujeito doente, movido por necessidade orgânica, a exemplo dos motivos que impulsionam uma cascavel para que morda, seria mais doentio ainda falar-se nos métodos tradicionais de encarceramento, para controle do marginal. Por outro lado, segundo Holmes (1992, p. 171), se o crime, como uma conduta humana normal, é questão de imitação, a punição bem poderia servir para diminuir a criminalidade. Outro passo sugere uma criminologia própria em Holmes (1991, p. 42):

“Tem sido pensado que o motivo determinante da punição seja a reabilitação do criminoso; isto é, o objetivo é de impedir que o criminoso cometa outros crimes e que as pessoas em geral cometam crimes similares; e isto é uma retribuição. Poucos iriam sustentar que o primeiro destes propósitos é apenas um. E se fosse assim, todo prisioneiro deveria ser colocado em liberdade assim que ficasse claro que ele

jamais voltaria a cometer o mesmo crime, e se não há cura nem remédio para o prisioneiro, ele nem mesmo deveria ser punido. Certamente seria difícil conciliarmos a pena de morte com essa doutrina”.

E ainda no mesmo assunto:

“Deve ser levado em conta, por outro lado, que, se o objeto da punição é a prevenção, a mais pesada punição deve ser usada como ameaça quando os mais fortes motivos determinam sua utilização; e as leis primitivas parecem ter às vezes aderido a esse princípio. Porém se alguma ameaça irá barrar um homem que age sob a paixão e o calor do momento, uma ameaça inferior à pena de morte seria suficiente, e conseqüentemente a pena de morte tem sido, no entanto, excessiva” (HOLMES, 1991, p. 61).

Para Holmes (1991, p. 91), “um ato é sempre uma contração muscular voluntária, e nada mais”. Holmes (1991, p. 94) lembra-nos Spencer ou Darwin, ao perceber no ato criminoso *contrações musculares espasmódicas*. Holmes já foi indicado como o Nietzsche norte-americano (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xxviii). Era um cético, como Nietzsche, e bem sabia que o direito não consiste na busca de um maior bem para um maior número de pessoas, como quer a grande narrativa utilitarista; o direito é questão de quem leva o quê, é o interesse próprio na busca do poder (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 2). Em carta para Felix Frankfurter, Holmes escreveu que concordava plenamente em “que o direito deveria ser um bem se refletisse a vontade das forças dominantes em uma determinada comunidade, mesmo que se nos mandasse diretamente para o inferno” (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 59). Holmes sugere-nos que o direito é política, e que juízes e advogados defendem a neutralidade apenas quando o resultado os interessa (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 63).

A eugenia é questão freqüente no tempo de Holmes que, sobre o assunto, manifes-

tou-se diversas vezes. A crença na eugenia é sinal de pensamento progressivo no tempo em que Holmes viveu (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xxix). Difícil julgá-lo com os olhos de hoje, a usarmos o modelo de Thomas Kuhn, que, em seu livro seminal, escreveu que “cada revolução científica altera a perspectiva histórica de uma comunidade que a experimente” (KUHN, 1996, p. xi). Embora tenha confessado não ter lido Darwin ou Spencer, em carta a Morris Cohen, datada de 5 de fevereiro de 1919, Holmes (1992, p. 110) afirmou que indiretamente conhecia esses autores, “que estavam no ar”. Tendente a autorizar a esterilização de doentes mentais, no caso *Buck v. Bell* (274 U.S. 200- 1927), Holmes (1992, p. 103) escreveu que “a experiência tem mostrado que a hereditariedade protagoniza importante papel na transmissão da insanidade e da imbecilidade”. Em passagem hoje assustadora, no mesmo julgado, Holmes (1992, p. 124) escreveu que:

“É melhor para todo o mundo que, ao invés de esperarmos que se executem descendentes de criminosos, ou deixar que eles morram de fome por conta da imbecilidade, a sociedade deve se prevenir contra aqueles que são manifestamente inadequados para a continuidade da espécie humana. O princípio que justifica a vacinação compulsória da população é amplo o suficiente para que se cortem as trompas de Falópio. Três gerações de imbecis já é demais”.

Holmes percebia a vida como uma competição (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 21), concepção que transborda Spencer e Darwin, pensamento dominante na virada do século XIX para o século XX. A vida lembraria uma corrida de cavalo, de barco, uma expedição para o Pólo Norte, um mergulho nas cataratas do Niágara, um duelo de espadas (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 22). Inadequados para a competição deveriam ser exterminados, e a afirmação, colhida diretamente de um crítico, é constrangedora para o

leitor contemporâneo (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 27). Foi Holmes quem cogitou da *esterilização de imbecis*, em julgado de 1927, que sustentou legislação nesse sentido (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 28). Holmes aproximar-se-ia de um darwinismo social, que defendia que a pobreza, o sofrimento e a fome, bem como a guerra, seriam métodos que a natureza estaria utilizando para eliminar os inadequados à sobrevivência (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 49). O ceticismo ético de Holmes é manifestado na veneração que seus julgados refletem em relação à luta e às metáforas daí advindas (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 52). O crítico de Holmes afirma que seus julgados revelam falta de simpatia para com direitos e pretensões de estrangeiros (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 64).

Holmes também parece pós-moderno para o leitor atual, na medida em que firmemente rejeitava a metafísica, especialmente mediante sistemático repúdio às abstrações jurídicas totalizantes, embora, ainda ambigualmente, tivesse escrito que “civilização é a redução do infinito para o finito” (HOLMES, 1992, p. 143). Em missiva para Harold Laski, datada de 1º de agosto de 1925, Holmes (1992, p. 142) escreveu que não ligava para direitos abstratos, bem como abertamente escreveu que falhava em respeito pelo conceito de igualdade. Isso torna muito ambígua sua posição em relação à questão social, e aceitação de que o capitalismo admitiria a luta de classes como um indicativo de competição, em sentido antípoda ao conceito do marxismo, e em relação convergente com o darwinismo social que marcava seu modo de pensar. É exatamente o que se percebe na leitura de voto de Holmes no caso *Vegeahn v. Guntner* (167 Mass. 92, N.E. 1077- 1896). No referido julgado, Holmes (1992, p. 126) escreveu que

“Tenho visto sugestão dando conta de que o conflito entre patrões e empregados não é uma competição. Porém eu corro o risco de afirmar que nenhum de meus colegas nesta corte

iria se basear nessa sugestão. Se a política sobre a qual se baseia nosso direito é centrada na expressão bem definida 'livre competição', poderíamos substituí-la por 'livre luta pela vida'. Certamente esta política não é limitada por lutas entre pessoas da mesma classe competindo pelos mesmos objetivos. Ela se aplica a todos os conflitos de interesses na vida”.

Holmes (1992, p. 127) defendia o direito de greve e o fez em voto vencido no caso *Plant v. Woods* (176 Mass. 492, 57 N.E. 1011-1900), da seguinte forma:

“Embora eu ache que a greve seja um instrumento legal na luta universal pela vida, eu também sei que também é pura fantasia supormos que por esse método o trabalho asseguraria uma maior parcela de produção no capital (...) acho que seja legal um grupo de trabalhadores tente ganhar mais, embora o façam às custas de alguns colegas, e que com essa finalidade fortaleçam os sindicatos pelos boicotes e pelas greves”.

Holmes (1992, p. 128) também defendia a função social da propriedade, e o fez de modo enfático:

“Se um homem detém metade do trigo no país e anuncia sua intenção de queimá-lo, tal abuso de propriedade não seria tolerado. O povo iria matá-lo antes que ele queimasse o trigo”.

A posição de Holmes (1992, p. 129) quanto à tributação era firme no sentido de vincular exações com resultados sociais:

“Tributos, quando pensamos em termos de resultados, significam tomada de parte do produto anual de um país para os propósitos do governo, e não pode significar nada mais do que isso. Qualquer que seja o modo de imposição, tributos devem ser suportados pelo consumidor, isto é, especialmente pelos que trabalham e lutam pela comunidade (...)”.

Retornando-se à relação de Holmes com a metafísica, em epístola dirigida a Harold Laski, datada de 27 de janeiro de 1929, Holmes (1992, p. 107) lembrou um fato de sua infância que bem ilustra sua rusga contra o abstrato:

“Quando eu era ainda um garoto, meu pai ensinou uma lição filosófica perguntando-me que gosto tem o sal. Ele me disse que eu não poderia respondê-lo, do mesmo modo que eu não conseguiria ensinar a um cego como são as cores. Há muitas questões em relação às quais deve se saber a resposta de antemão, ou jamais se poderá saber algo sobre elas”.

Holmes também repudiava a história, que deve ser recontada na medida em que o tempo passa, e que, por essa razão, é volátil e pouco confiável. Em carta também escrita para Harold Laski, e datada de 11 de março de 1922, Holmes (1992, p. 56) comentou Edward Gibbon e Foustel de Coulanges para concluir que a “história deve ser reescrita porque é a seleção de tendências de causas ou de antecedentes pelos quais nos interessamos, e que mudam a cada 50 anos”. Bem entendido, Holmes criticava a história como referencial de verdade absoluta. Acreditava, porém, que a história adequadamente fomentava a compreensão do direito. Escreve que “o estudo racional do direito é ainda em grande parte o estudo da história (...) a história deve ser componente do estudo do direito, porque sem ela não conseguimos entender o objetivo preciso das normas jurídicas, que é nossa obrigação conhecer” (HOLMES, 1992, p. 170). Porém, insistia, no futuro deveria estudar-se estatística e economia (Cf. HOLMES, 1992, p. 170). A percepção que Holmes tinha da história é paradoxal e ambígua. Em outra passagem:

“Devo usar a história do direito tanto quanto seja necessário para se explicar uma concepção ou para se interpretar uma regra, mas nada além disso (...) Outro engano (...) consiste em se pedir muito da história. Come-

çamos com um homem completamente maduro. Deve ser levado em conta que os mais antigos bárbaros, cujos costumes são considerados, têm muitos dos mesmos sentimentos e paixões que presentemente possuímos”.

Holmes incentivava a leitura desinteressada. Para ele, “não lemos romances para ganharmos informação ou instrução (...) lemos porque queremos divertimento, porque queremos emoção, porque queremos nos sentir mais elevados (...)” (HOLMES, 1992, p. 48). A leitura dos clássicos, para Holmes, consistia em grande conquista de uma vida dedicada ao estudo (Cf. HOLMES, 1992, p. 52). Holmes leu Hemingway, a quem referiu-se como “um jovem americano que vive em Paris” (HOLMES, 1992, p. 53). Holmes lia muito, e em línguas originais, a exemplo de Tucídides, que estudou em grego (Cf. HOLMES, 1992, p. 60). Conhecia também Shakespeare, Melville, Balzac e toda a literatura erudita e elegante de seu tempo (Cf. HOLMES, 1992, p. 61 et seq.).

Holmes filosofava constantemente. Em um programa de rádio, levado ao ar em 1931, Holmes explicava sua longevidade e sua tenacidade em viver. Segundo ele, a morte, com frequência, aproximava-se de seus ouvidos e sussurrava: estou chegando... (Cf. HOLMES, 1992, p. 21). Conhecia Hume e Kant, a quem imputava responsabilidade por seu despertar de um sono dogmático (Cf. HOLMES, 1992, p. 51). Holmes teria lido com prazer Aristóteles, e essa alegria ele descreveu em carta para Lewis Einstein, datada de 23 de julho de 1906, na qual confidenciou o bem-estar que a leitura do estagirita lhe causava (Cf. HOLMES, 1992, p. 58). Holmes também se interessou por Hegel, cujos pormenores no pensamento, no entanto, não lhe cativaram (Cf. HOLMES, 1992, p. 63). Dizia que é nossa obrigação uma dedicação total à vida, uma aceitação de nossas obrigações, de nossas limitações e de nossa ignorância; devemos oferecer nossos corações ao destino (Cf. HOLMES, 1992, p. 6). Simplesmente, quando se chega ao topo

de uma colina, não há nada mais a ser feito do que descermos... (Cf. HOLMES, 1992, p. 10).

Insistia que devemo-nos dedicar com seriedade ao trabalho, e nos entregarmos nas horas de divertimento, quando não se exige muito de nossa conduta (Cf. HOLMES, 1992, p. 17). Sempre cheio de energia, Holmes (1992, p. 21) na velhice afirmava que “a corrida se encerrou, porém o trabalho não está completo quando ainda se tem energia para lutar”. Em outra carta a Harold Laski, entre tantas que escreveu, datada de 20 de agosto de 1926, Holmes lembrou que o exército o havia ensinado algumas grandes e importantes lições. Estar preparado para a catástrofe. Resistir firmemente aos aborrecimentos. Além disso, por mais experiência de vida que se acredite possuir, sempre há vezes em que se aprende com aqueles que reputamos jovens e inexperientes (Cf. HOLMES, 1992, p. 77).

O pragmatismo em Holmes fica definitivamente desenhado em discurso proferido em 7 de março de 1900, em Boston, quando Holmes (1992, p. 79) afirmou solenemente que o fim da vida é a vida em si, que a vida é ação, e que a vida consiste na utilização perene de nossos poderes e forças. Alguns anos antes, em 1884, em cerimônia militar, Holmes (1992, p. 81) afirmara que a guerra e a luta exigem que o combatente acredite em seus propósitos, e que se empenhe totalmente. E o direito seria a incorporação institucional de idéias que triunfaram no embate do pensamento (Cf. HOLMES, 1992, p. 147).

Holmes era a favor da pena de morte, e nesse sentido seu voto no caso *Storti v. Commonwealth* (175 Mass. 549, 60 N.E. 210-1901), quando suscitou uma execução tão rápida e tão indolor quanto possível (as *swiftly and painlessly as possible*), o que, no seu entendimento, não contrariava a constituição norte-americana, que veda penas cruéis (Cf. HOLMES, 1992, p. 301). Na noite em que os anarquistas italianos Sacco e Vanzetti foram executados, Holmes negou

um último *habeas corpus* em favor dos réus (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 73). Trata-se de mais um paradoxo, que plasma personalidade centrada na realidade, e que a reflete, em todas suas ambigüidades e aporias.

### Referências

- ALSCHULER, Albert W. *Law without values*. Chicago: Chicago University Press, 2000.
- BOWEN, Catherine Drinker. *Yankee from Olympus*. Boston: Little Brown, 1944.
- FISHER III, William W. et al (Ed.). *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- HOEFLICH, Michael M. Holmes, Oliver Wendell Jr. In: HALL, Kermit (Ed.). *The Oxford companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover, 1991.
- \_\_\_\_\_. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- SEIPP, David. Holmes-s Path. *Boston University Law Review*, Boston, v. 77, p. 515-558, jun. 1997.

