

PRAGMATISMO, TEORIA DO CONHECIMENTO E FILOSOFIA DO DIREITO

ARTIGOS COLIGIDOS DE FREDERIC KELLOGG

George Browne Rego
Pedro Spíndola Bezerra Alves

ORGANIZADORES

PRAGMATISMO,
TEORIA DO
CONHECIMENTO
E FILOSOFIA
DO DIREITO

PRAGMATISMO, TEORIA DO CONHECIMENTO E FILOSOFIA DO DIREITO

ARTIGOS COLIGIDOS DE FREDERIC KELLOGG

George Browne Rego

Pedro Spíndola Bezerra Alves

ORGANIZADORES



RECIFE

2019

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, micro-fílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos e videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial em qualquer sistema de processamento de dados, além da inclusão de parte da obra em qualquer programa cibernético. Estas proibições se aplicam, também, às características gráficas da obra e à sua editoração.

Catálogo na fonte

Bibliotecária Kalina Lígia França da Silva, CRB4-1408

K29p Kellogg, Frederic Rogers.

Pragmatismo, teoria do conhecimento e filosofia do direito [recurso eletrônico] : artigos coligidos de Frederic Kellogg / organizadores : George Browne Rego, Pedro Spíndola Bezerra Alves. – Recife : Ed. UFPE, 2019.

Inclui referências.

ISBN 978-85-415-1153-7 (online)

1. Direito – Filosofia. 2. Pragmatismo. 3. Teoria do conhecimento. I. Rego, George Browne (Org.). II. Alves, Pedro Spíndola Bezerra (Org.). III. Título.

340.1

CDD (23.ed.)

UFPE (BC2019-086)



Rua Acadêmico Hélio Ramos, 20, Várzea

Recife, PE | CEP: 50.740-530

Fone: (81) 2126.8397

www.ufpe.br/edufpe | secretaria@edufpe.com.br

Prefácio

Este livro consiste em uma série de ensaios de mais de uma década, investigando o Pragmatismo filosófico em conexão com a obra e carreira de Oliver Wendell Holmes Jr. Tenho focado especialmente em sua pesquisa e escritos iniciais, antes mesmo de Holmes se tornar um influente jurista. O trabalho me levou de volta aos primeiros diários de Holmes e leituras em filosofia e ciência, e suas conexões com o método lógico.

9

Incitado por estas leituras e seus diálogos com colegas, pós-guerra civil, especialmente Chauncey Wright, Holmes veio a se concentrar no método da generalização indutiva por juízes da Common Law: a similaridade jurídica é descoberta dentre circunstâncias novas, e projetada em casos futuros onde fontes autorizadas opostas se conflitam. A similaridade é essencial para o processo jurídico lógico.

Um evento digno de nota nos primeiros diários de Holmes é sua presença em duas palestras no fim de 1866 sobre indução e

método científico ministradas por seu brilhante amigo Charles S. Peirce. Peirce examinou a distinção na argumentação silogística em relação a eventos como opostos a objetos, e desenhou balões vermelhos sucessivos de uma bolsa de modo a perguntar a seu público como e quando a inferência de similaridade é feita. Ele então se lançou em uma crítica extensa do “*A System of Logic*” de John Stuart Mill. Holmes discutiu a palestra com William James e leu a lógica de Mill em uma semana. Poderia a palestra ter focado sua atenção sobre o processo de descobrir similaridade no direito, trazida não de objetos, mas de eventos, tais como casos inéditos? O ensaio de 1870 de Holmes, “*Codes, and the Arrangement of the law*”, levanta esta questão.

Este período de reflexão criativa e pesquisa histórica chegou ao fim com sua nomeação (em 1881) à Suprema Corte Judicial de Massachusetts e (em 1902) à Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas continuou a conformar sua abordagem para a interpretação jurídica e decisão judicial. Essa mudança de carreira teve um considerável efeito em seu pensamento e correspondência sobre seu papel judicial e vida como um juiz, enquanto necessariamente restringindo sua preocupação expressa com questões anteriores mais amplas.

A consideração das antigas influências sugere que Holmes irrompeu um novo terreno na lógica e na teoria do conhecimento, especialmente sobre a natureza da incerteza e aquisição e transformação do significado. Se dirigindo a casos jurídicos novos e difíceis, Holmes enfatizou um aspecto da incerteza distinto da incerteza semântica, tal como a vagueza no significado ou aplicação de termos de uma regra ou padrão aplicável. Isto era a relação do fato não antecipado ou novo para um subjacente e emergente problema social. A incerteza jurídica em tais casos

controversos e disputados é um estágio de um *continuum* social mais amplo de investigação. Este aspecto do pensamento de Holmes, sobre o processo através do qual a similaridade jurídica é descoberta judicialmente entre as controvérsias, e eventualmente arraigada, tem estado completamente ausente em outros autores. Isto implica um insight original, explorando a dimensão social da indução lógica.

A similaridade entre objetos de investigação é comumente presumida em explanações do processo indutivo. A similaridade entre balões vermelhos repetidamente retirados de uma bolsa, levando a uma indução de que todos os balões na bolsa são vermelhos, suprime diferenças individuais – presumindo-as ínfimas ou de outro modo irrelevantes. A presunção de similaridade na indução foi notada, mas não investigada de perto, por David Hume: “[T]odas as ideias gerais não são nada mais que ideias particulares, anexadas a um certo termo, que dá a elas um significado mais extensivo, e as faz lembrar, vez por outra, outras individuais, que são similares a elas” (Book 1, part 1, Sec VII p 1, crediting Berkeley).

Hume diz, “quando nós descobrimos uma semelhança entre vários objetos, aplicamos o mesmo nome a todos eles, quaisquer que sejam as diferenças que eles possam ter em graus de sua quantidade e qualidade, e quaisquer outras diferenças que possam aparecer entre eles” (Book 1, part 1, Sec. VII, p 7, ver nota). O termo “nós” com o qual Hume aqui se refere ao observador da similaridade, já tem por implicação encontrado a semelhança e deixa de lado a diferença. Essa abordagem para a similaridade implica acabamento de um processo não examinado, como Peirce notou em sua palestra de 1866 criticando Mill, presenciada por Holmes. Esta passagem do *Treatise on Human Nature* de Hume

esconde duas questões críticas que podem ter ocorrido à Holmes ou sido absorvidas em seu pensamento: quem de fato é o “nós” a quem Hume se refere, e como a semelhança foi “descoberta”?

A referência expositiva do “nós” de Hume é comumente aceita, mas deixa de fora a possibilidade de desacordo sobre o propósito e consequências de uma semelhança discutida. O expositivo “nós” representa um observador ideal da situação paradigmática; torna obscuro se, na vida real, a afirmação geral de semelhança se aplica a todas as comunidades possíveis de falantes. Também esconde o processo de formação do conhecimento. Incertezas múltiplas em relação a propriedade caracterizam o estágio inicial da investigação. A linguagem de Hume ignora a dimensão social do estabelecimento da similaridade. A questão da similaridade não surge a não ser que exista uma incerteza prática em relação à similaridade em questão. Tal incerteza prática surge constantemente na operação da decisão jurídica (o problema famoso de Hume com a indução surge de uma questão distinta, como indução pode por si mesma ser validada, se isto só pode ser feito indutivamente).

E se o alcance da aplicação por um “nome” particular é disputado por interesses opostos dentro de uma mesma comunidade linguística? Partes de disputas jurídicas podem buscar ter cobertura de um termo jurídico para seus próprios interesses e para excluir outros interesses. Isto pode ser visto em disputas menores, ou em maiores como extensão do direito constitucional de liberdade de expressão a doações de campanhas políticas, de mortes por suicídio assistido por médicos, ou de casamento de companheiros do mesmo gênero. Com seu famoso aforisma “proposições gerais não decidem casos concretos”, Holmes resistiu a responder a tais disputas axiomáticamente, com dedução prematura, ao invés de exploração indutiva, um proces-

so informado pelo *feedback* dentro do processo da sociedade em geral. Precisamente o que indução significa neste contexto é um problema constante explorado nestes ensaios. Não é sincrônica, como na descrição herdada de Aristóteles e Hume. É disputada, e intimamente conectada à conduta humana, que deverá ser ajustada para que a resolução ocorra.

Além disso, isto implica na resolução social de casos limítrofes. O paradoxo famoso e antigo de Soristes questiona em que ponto a adição ou subtração de um grão individual de areia constitui definir isto como um “monte”. “Monte” é então um termo vago, assim como são muitos outros termos quando removidos do contexto. Filósofos do direito e da linguagem tem comumente tratado a vagueza semântica como uma qualidade natural do discurso. Isto ignora que a extensão jurídica de “monte”, ou qualquer outro termo disputado, em um processo de litigância vai ganhar uma dimensão social: estará sujeito a determinações mais precisas através de abstração de decisões particulares explorando o contexto de uma disputa prática emergente ou em curso. Holmes propôs em uma fala de 1899 que não apenas o direito, mas outras formas de conhecimento, desenvolvem-se através de um processo similar. Então ele propôs o papel do conflito como uma condição do conhecimento, ao invés de um desvio dele. Holmes foi três vezes ferido em uma guerra civil massiva, que ele poderia ter visto como um fracasso do processo de resolução que ele posteriormente discerniu no direito. Como sua pesquisa indica, a própria natureza do conflito humano não é fixa; está sujeita à transformação social.

Assim, a indução não é imediata; está frequentemente conectada com o conflito social, para representação real de oposição dialética. Sua resolução é, além disso, experimental, e se engaja na criatividade humana na introdução de ideias e hipóteses

para resolução. Assim, a iniciativa de estender o conhecimento humano está intimamente vinculada à natureza competitiva, se não contenciosa, da conduta humana. Além disso, o processo de investigação jurídica é inadequadamente compreendido como simplesmente um exame de textos oficiais, ou de atividade judicial e operações de instituições jurídicas isoladas.

Crítica para a resolução de posições conflitantes é a influência de padrões sociais opostos e de padrões de conduta que os suportam. Não é possível a indivíduos isolados, não importa quão grande seja sua expertise, resolver uma disputa profundamente enraizada em um momento único, ou mesmo uma sucessão de tais especialistas fazer isto com o tempo, sem inputs e ajustes dentro da sociedade em geral. Conhecimento, conduta, linguagem e conflito, estão todos ativamente inter-relacionados. A investigação indutiva e a inferência são, para usar o último termo preferido por John Dewey, socialmente transformativos, e seu sucesso em termos práticos (que defino como a “convergência” de posições opostas) não é assegurado. Articula-se em resoluções bem-sucedidas de uma disputa social, incluindo o ajustamento de práticas conflitantes.

Como juízes decidem o caso “difícil” ou incerto é o foco de muita controvérsia, em teoria, e também na conversação pública – por exemplo em relação ao aborto, suicídio assistido, ação afirmativa, casamento gay, liberdade de expressão corporativa. Concentrando-se na natureza do caso difícil, Holmes enfatizou um aspecto da incerteza distinto do problema que geralmente se imagina surgir ao juiz que vai decidir: não clareza e contradição no direito consolidado, ou vagueza em seu significado, ou aplicação de termos de uma regra ou padrão aplicável.

Conquanto consciente destes fatores, Holmes focou principalmente na relação do fato não antecipado ou novo com um

problema social emergente e subjacente. A aparência de incerteza jurídica, onde opiniões e fontes são nitidamente divididas em um caso controverso, sinalizam um estágio de um *continuum* social mais amplo de investigação. Não é, então, estritamente uma incerteza jurídica, e trata-se de um erro categórico esperar que juízes sozinhos possam efetivamente decidir a questão final. Seu papel é realocado por Holmes; e reconhece a importância do input de fora do direito – a importância, como veremos, da dimensão social da indução lógica. O reconhecimento de Holmes da dimensão social da indução o levou a uma resistência poderosa ao uso de raciocínio conclusivo por juízes individuais, especialmente de proposições ideológicas e políticas ou slogans para decidir casos controversos.

Eu gostaria de agradecer a meus colegas em Recife por suas contribuições de pensamento e amizade, especialmente ao Professor George Browne e a meu tradutor Pedro Spíndola. Há muitos outros a mencionar. Os considero como participantes valiosos da minha pesquisa, mas não responsáveis por quaisquer erros!

Washington DC, 14 de janeiro de 2019.

Frederic R. Kellogg

Apresentação

A apresentação da obra do Professor Frederic Kellogg não é uma tarefa fácil. O seu alentado currículo como docente e pesquisador nas Universidades de George Washington, Varsóvia e Moscou, bem como Fellow MacCormick da Universidade de Edimburgo, espelham a sua rica e profunda inserção no mundo acadêmico. No que concerne a sua inserção no mundo da experiência jurídica, cumpriria destacar o exercício das seguintes funções: Staff, U.S. Attorney General Elliot L. Richardson, 1973, Assistant United States Attorney, Massachusetts, 1971-73, e Deputy Assistant Attorney General, Civil Rights, Massachusetts, 1968-71.

17

Sua primeira vinda à Universidade Federal de Pernambuco em Recife há 8 anos marcou o início do diálogo internacional em torno do Pragmatismo filosófico e jurídico entre o aludido professor e o grupo de pesquisa por mim coordenado no programa de pós-graduação em direito da UFPE, intitulado “Fundamentos e Métodos do Pragmatismo aplicados ao Direito: uma abordagem

interdisciplinar dos fenômenos jurídicos”, formalizado desde 2007, mas remontando à década de 80.

Nessa oportunidade, quando da realização do I Colóquio Internacional de Pragmatismo Jurídico e Teoria do Direito, o Professor Kellogg considerou o aludido grupo como pioneiro na América Latina. A partir de então, o Professor Kellogg tornou-se oficialmente professor visitante do programa e tem regularmente participado dos Colóquios subsequentes.

Para nós, é, portanto, uma subida honra apresentarmos formalmente ao público brasileiro esta obra que interpreta o pensamento daquele que – apesar das críticas que lhe foram assacadas – é considerado majoritariamente, como o maior filósofo do direito da sua época e que veio eventualmente a se tornar o mais famoso Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos: Oliver Wendel Holmes Jr.

A originalidade, riqueza e profundidade do pensamento de Holmes, associada, sobretudo, a sua corajosa independência no pensar e no saber conduzir as suas decisões movido pelas suas próprias convicções tornou-o popularmente conhecido como *The Great Dissenter*.

Holmes tornou-se o *great father* do Pragmatismo filosófico-jurídico americano. Participou ativamente do movimento intelectual que reuniu filósofos, cientistas e pensadores das mais diversas origens, movimento intitulado “*The Metaphysical Club*” em Boston Massachusetts. Curiosamente, Holmes nunca fez uma referência explícita à sua filiação ao Pragmatismo.

Esta apresentação se propõe ainda a destacar, *en passant*, dois aspectos que ressaltam a importância das reflexões do Professor Kellogg: o primeiro concerne à tentativa de delinear alguns pontos de interseção entre as reflexões de natureza jurídica do pensamento holmesiano e suas raízes pragmáticas, e o outro

sobre o modo como o seu livro foi concebido e vertido para o idioma nacional.

Quanto ao primeiro, seria pertinente salientar que a obra do Professor Kellogg tem o propósito de articular o pensamento de Holmes aos postulados filosóficos pragmáticos. Nesse sentido, entende-se que o conceito de experiência representa a pedra de toque que serve de alicerce ao presente trabalho. Nesse sentido, o próprio Holmes em uma das suas paradigmáticas referências ao Direito afirma: “a vida do direito não tem sido a Lógica, tem sido a experiência”.

Dentro dessa mesma perspectiva seria oportuno também destacar que John Dewey na sua obra “*Experience and Nature*” define o Pragmatismo como um “*naturalistic humanism*”, de sorte que a experiência apresenta-se como método *par excellence* de penetrar os segredos da natureza, nas suas próprias palavras Dewey assim se expressa:

19

*This process of change may be hastened by calling attention to another context in which nature and experience get on harmoniously together – wherein experience presents itself as the method, and the only method, for getting at nature, penetrating its secrets, and wherein nature empirically disclosed (by the use of empirical method in natural Science) deepens, enriches and directs the further development of experience.*¹

A articulação entre essas duas categorias seria, do ponto de vista da filosofia convencional, como se referir à ideia de um círculo quadrado (*a round square*), uma vez que existe para os alu-

¹ Tradução livre: “Este processo de mudança pode ser apressado ao se chamar atenção a outro contexto no qual natureza e experiência harmoniosamente são conjugadas – onde a experiência se apresenta como o método, e o único método, para chegar à natureza, penetrando seus segredos, e onde a natureza empiricamente se aprofunda desvelada (pelo uso do método empírico na ciência natural), enriquece e dirige o futuro desenvolvimento da experiência.

didos filósofos, um verdadeiro abismo entre a experiência humana e a natureza, o que implicaria que sua articulação iria ferir a dignidade e a nobreza da dimensão valorativa que impregna a experiência humana.

A experiência enquanto método capaz de articular e ampliar a compreensão das relações entre o homem e a natureza representa como que a chave de ouro hábil a romper as barreiras do dualismo que até então os separava.

Este livro, dest'arte, é fruto da experiência e da reflexão. Fora concebido no interstício do II (2014) e III (2017) Colóquios Internacionais de Pragmatismo. Nasce sobretudo da percepção de que a obra do professor Kellogg, pela importância de sua interpretação e compreensão acerca do Pragmatismo e do Oliver Wendell Holmes Jr., urgia tradução para o público lusófono.

20 Em constante contato com o professor norte-americano, selecionamos e organizamos os seus principais artigos, identificando a pertinência de agrupamento e divisão em duas partes: 1) Pragmatismo e Filosofia do Direito; e 2) Epistemologia Pragmática do Direito.

Trata-se da conexão entre artigos, da tendência e orientação que têm para ou contrastar o Pragmatismo Jurídico a outras correntes teóricas a fim de extrair daí profícua reflexão sobre suas implicações (Parte I), ou discutir e consolidar o pensamento epistemológico do Pragmatismo para o direito (Parte II).

A tradução em si revelou ainda mais a complexidade e sofisticação dos escritos do Professor Kellogg, demandando reflexões sobre o melhor modo e significado dos termos utilizados, além de contar com a comunicação direta com o jusfilósofo norte-americano para discussão e esclarecimentos de sua obra.

A opção e intuição fundamental desta tradução se perfizeram na busca pela preservação do sentido pretendido pelo autor, con-

servando sempre que possível palavras com a mesma raiz etimológica. Tem-se sempre, é certo, o risco dos falsos cognatos, algo que deteve nossa atenção e cuidado. Porém, preservar a raiz etimológica é, parece-nos, essencial para transmitir um senso fundamental da palavra de origem comum, cujo insight possibilitado, especialmente em uma obra jurídico-filosófica, é muito rico.

Outro ponto relevante a se mencionar é justamente a não tradução de determinados termos, como “*insight*”, “*Common Law*”, “*feedback*”, tanto por serem termos utilizados e conhecidos em demasia por nós brasileiros, quanto, especialmente, em virtude de uma tradução destas palavras necessariamente fazer com que percam algo de fundamental em seu significado.

O provérbio italiano tão conhecido do “*traduttore, traditore*”, cunhado por circunstâncias severas, antecipa e alerta o desafio desta tarefa. A importância de realizá-la, porém, leva-nos a assumir o risco. Aqui cabe, portanto, nos inspirar em nosso autor traduzido: os erros de tradução que possam estar aqui contidos são apenas de seu tradutor, que recebe grato as críticas a fim de aprimorá-la.

Por fim, os justos agradecimentos precisam ser consignados ao Magnífico Reitor Anísio Brasileiro da UFPE, à Editora UFPE, na figura de seu diretor Lourival Holanda, por viabilizarem e apoiarem inexcusavelmente esta obra, aos membros do grupo de pesquisa Fundamentos e Métodos do Pragmatismo aplicados ao Direito, por todo auxílio prestado, e, especialmente, ao Professor Frederic Kellogg, pela confiança, amizade e contribuições acadêmicas.

Recife, 18 de março de 2019.

George Browne Rego

Pedro Spíndola B. Alves

PRÓLOGO

A quem pertence o Pragmatismo?

O surgimento em 1919 do “Philosophy and the Mirror of Nature” de Richard Rorty anunciou o retorno da filosofia pragmática americana à proeminência. O caminho que levou Rorty ao Pragmatismo fora influenciado por Kuhn e Feyerabend e abre-se através do positivismo lógico e da filosofia analítica. Esta rota não pode senão afetar seu conteúdo e modo de expressão.

Após uma década desse renovado interesse, diferenças no conteúdo e a ênfase trouxeram um novo nome, “Neopragmatismo”, para descrever a nova perspectiva. A característica mais distintiva do Neopragmatismo é seu próprio senso de proximidade e propósito comum com autores continentais recentes de uma inclinação anti-fundacionista, incluindo alguns cujo rótulo pragmático não seria previamente confortável, por exemplo, Nietzsche, Heidegger e Foucault.

Consequentemente, uma modesta, mais importante, ruptura ocorreu entre seguidores de Rorty e referências da “*old school*”

do Pragmatismo americano, particularmente em relação a objeções destes últimos à redução da filosofia como mera “conversação”¹ por Rorty e seu ataque da metafísica de John Dewey.² Enquanto isto, as ramificações desta ruptura estão sendo discutidas por filósofos jurídicos. Historicamente, desenvolvimentos na teoria do direito americana têm paralelos aproximados com movimentos mais amplos da filosofia geral, e isto parece ser verdade para o Neopragmatismo. Rorty escreveu progressivamente sobre teoria política e jurídica, e há agora um número substancial de auto-declarados neopragmatistas na academia jurídica.

Pragmatismo e Neopragmatismo

24 O que é o Neopragmatismo, e como isto difere do Pragmatismo de Dewey e do pragmaticismo de Peirce? E, por que isto é importante? Até agora, a discussão desse problema tem se voltado pesadamente sobre o papel da epistemologia. Rorty argumentou, para muitos de modo persuasivo, que a preocupação de Dewey com questões meta-filosóficas tradicionais foi traída por uma falha esquizoide a assimilar o próprio desafio dos problemas epistêmicos tradicionais e dualismos que Dewey tanto evidenciou. Defensores de Dewey estão cada vez mais ansiosos com o projeto de Rorty de levar o desafio a um extremo que Dewey claramente não contemplou: a declaração e o fim não apenas para a epistemologia mas também para a meta-filosofia em geral.³

¹ Ver “Symposium on Rorty’s Consequences of Pragmatism,” *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 21 (1985), pp. 1-48.

² Ver “Dewey’s Metaphysics,” in Rorty, *Consequences of Pragmatism* (Minneapolis MN: University of Minnesota Press, 1982), pp. 72-89.

³ Ver R. Sleeper, “The Pragmatics of Deconstruction and the End of Metaphysics,” forthcoming in Stuhr, ed., *Philosophy and the Reconstruction of Culture*.

Argumentos de ambos os lados se baseiam demasiadamente na própria frequentemente ambígua linguagem de Dewey. Sugiro que se pode esclarecer mais sobre esta questão ao examinar a entrada do Neopragmatismo na teoria política e jurídica, como Richard J. Bernstein fez com escritos de um estágio inicial do Rorty.⁴ A batalha sobre a alma do Pragmatismo é menos abstrata aí, e é mais fácil de aplicar seu próprio primeiro princípio: traçar as consequências da questão conceitual.

Uma simples genealogia sugere que o Pragmatismo e o anti-fundacionismo continental emergem distintamente de origens históricas diferentes. O Clube Metafísico – o grupo de discussão em Cambridge, Massachusetts, do qual o Pragmatismo é dito como tendo nascido no início dos anos de 1870 – consistiu em larga medida de advogados como N. St. John Green e Oliver Wendell Holmes Jr. Como Max Fisch apontou 50 anos atrás, seu interesse filosófico na teoria da Common Law foi articulada com a análise de Peirce da investigação filosófica e científica.⁵

25

A principal agenda do Clube Metafísico é vista hoje como desnudando os problemas metafísicos tradicionais com um teste consequencialista para o significado e a crença.⁶ Mas para os advogados entre eles isto também envolveu uma missão política: articular uma teoria do direito coerente para uma república democrática revolucionária ainda com menos de um século de idade. Implícita em suas discussões estava a questão: como pode o sistema jurídico americano, fundado em uma re-

4 R. Bernstein, "One Step Forward, Two Steps Backward: Richard Rorty on Liberal Democracy and Philosophy," *Political Theory*, vol. 15 (November 1987), pp. 538-63.

5 M. Fisch, "Justice Holmes, The Prediction Theory of Law, and Pragmatism," *Journal of Philosophy*, vol. 39 (1942), p. 85.

6 P. Wiener, *Evolution and the Founders of Pragmatism* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1949), pp. 18-30.

volução contra uma ordem aristocracia, monárquica, adotar a Common Law da Inglaterra como sua base jurídica? Como pode a Common Law, fundada na tradição britânica, ser entendida de uma maneira consistente com a Declaração de Independência e Constituição dos Estados Unidos?

A resposta, desenvolvida nos ensaios iniciais de Holmes (1870-1880) levando à Common Law,⁷ é a de que os conceitos e métodos da Common Law podem ser entendidos enquanto conformando a ordem jurídica com um processo de formação de regras que era, senão democrático em um sentido majoritário estrito, ainda assim nem fundamentalmente autocrático nem sub-repticiamente contra-majoritário. A formulação de Holmes era que as regras da Common Law são derivadas de um processo orientado à comunidade de “sucessivas aproximações” que é surpreendentemente similar ao processo que Peirce atribuiu ao desenvolvimento das leis científicas e princípios filosóficos gerais. A função de uma comunidade de pesquisadores foi tão central para a teoria do direito de Holmes quanto para a teoria filosófica e científica de Peirce.⁸

O papel de júris no desenvolvimento jurídico foi crucial, pois suas decisões ofereceram os dados brutos, milhares de decisões de casos específicos, dos quais juízes eventualmente abstraíram regras. E decisões de júri tiveram o efeito de impregnar os padrões jurídicos de conduta, trazidos de fora do ambiente jurídico e seu conjunto de doutrina. Ao decidir onde o custo de um prejuízo deveria recair, júris ouviram cuidadosamente às ex-

7 Reimpresso em F. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (Westport CT: Greenwood Press, 1984).

8 Holmes, “Codes, and the Arrangement of the Law,” *American Law Review*, vol. 5 (1870), pp. 1-2, reimpresso em Kellogg, *supra* note 7, p. 77-78. Ver também nota, “Holmes, Peirce and Legal Pragmatism,” *Yale Law Journal* vol. 84 (1975), p. 1123.

plicações das partes – camponeses, comerciantes, capitães de navios e inquilinos – e juízes se abstiveram de criar uma regra antes que um padrão claro de decisões estabelecesse os padrões e expectativas de uma dada prática.

Esta imagem tem significância filosófica e política. O elemento de generalização do direito – o processo de criação de regras e a análise que se segue – pode ser visto não como imposto de cima, mas como observando práticas e costumes, de fato para as práticas distintas da nova sociedade americana. A comunidade de observadores que governou a concepção de Peirce da investigação traduz-se em uma vasta comunidade de atores vivos determinando o contínuo crescimento da Common Law e tornando-a responsiva às práticas sociais emergentes.

Além disso, a criação de teorias jurídicas subjetivas pode ser dominada em um tal modelo. A criação de conceitos jurídicos e classificações aguardaria a deliberação e avaliação justa das verdadeiras consequências das próprias decisões. Assim, no contexto jurídico podemos ver a importância prática da assim chamada máxima pragmática, através da qual conceitos devem ser testados por suas consequências.⁹ Se esta máxima não é estritamente observada no âmbito jurídico, abstrações soltas fazem mais que meramente obscurecer ou distorcer a criação de teorias; afeta a liberdade de ação, pois as abstrações do direito nas mãos de juízes carregam poder coercitivo.

Devemos notas como isto é diferente das raízes continentais do Neopragmatismo. Ambos enfatizaram uma crítica da tendência fundacionista da filosofia ocidental. Mas o Pragmatismo do século XIX chegou a esta visão menos por um sentido de exaustão

27

9 C. S. Peirce, *Collected Papers*, vol. 5 (Cambridge MA: The Belknap Press, 1978), p. 258 (5.402).

do Iluminismo tradicional e mais por uma reconceitualização democrática da cultura política e científica do ocidente.

Ambos, Pragmatismo e Neopragmatismo, rejeitam qualquer afirmação de epistemologia como um insight humano privilegiado na fonte do conhecimento. Mas a versão pragmática original se viu a si mesma como um insight corretivo da situação social da filosofia, revelando o massivo grau de contingência e incerteza deixado sem tratamento pela construção teórica tradicional, e um igualmente massivo descaso ético que pode acompanhar asserções filosóficas não-contingentes ou avulsas. Porém, conquanto seja massivo este elemento, é nada obstante uma questão de grau de erro; Neopragmatismo vê isto como absoluto, intrínseco. Diferente do Neopragmatismo, a abordagem pragmática original carrega uma ferramenta reconstrutiva. Declarações teóricas podem ainda ser feitas, até mesmo postulados universais, desde que sua contingência seja adequadamente reconhecida e relacionada por uma compreensão auto avaliativa.

28

A mensagem que isto traz para o debate sobre epistemologia e metafilosofia é clara: a versão pragmática preservaria estas disciplinas de modo a manter a perspectiva epistêmica correta, como um meio de avaliar a fiabilidade da teoria. A versão neopragmática, enquanto isto, urge que se abandone o programa epistêmico (ou “auto avaliativo”), do qual se disse ser um passo pequeno ao relativismo e niilismo.¹⁰

A batalha sobre a alegada metafísica de Dewey não traz a isto luz suficiente, penso, pois é muito abstrata. É tão geral que é quase impossível determinar se e porquê uma disposição para trata ou não tratar questões puramente epistemológicas

10 Para a posição de Rorty em relação a sua afirmação, ver, e.g., *Contingency, Irony, and Solidarity*, pp. 54, 75.

como tais faz qualquer diferença em termos de consequências práticas – a pedra de toque da análise pragmática. Esta condição deriva da dificuldade em explicar um programa pragmático para a filosofia ao tempo do criticismo rompante e desilusão geral com os principais caminhos de investigação desde o Iluminismo. Qualquer rumo prático destes caminhos é sufocado na percepção geral de seu fracasso, e com isto é perdido o apelo que o Pragmatismo originalmente demonstrou a seus fundadores como um meio de identificar e especificar graus de incerteza em cada nível.

Para o Pragmatismo clássico, a generalização era testada pelas consequências e conectada com a solução dos problemas humanos. No direito, isto destaca o grau de inclusão; ainda, não apenas no direito, mas na ciência, e na própria filosofia, o significado pode ser descrito como o melhor consenso dentre aqueles confrontados com participação prática no resultado. O falibilismo se origina como uma referência ao elemento inerente da incerteza e ambiguidade na formação e tradução daquele consenso através da linguagem. Para o Neopragmatismo, a evidência deste elemento parece indicar uma absoluta impossibilidade, enquanto para Peirce e Holmes é atribuído aos fracassos ser adequadamente consequencialista e inclusivo.¹¹

Claramente algumas redescrições estavam em ordem. Holmes observou que “a vida do direito não tem sido a lógica, tem sido a experiência”. Ao retirar o caráter auto determinador e presumidamente preciso do direito e substituí-lo com a ne-

¹¹ Duas observações de Bernstein merecem ser notadas aqui: que a noção de Dewey de “prática” não era vulgar, versão cotidiana que ignora a necessidade científica de buscar novos problemas importantes; e aquela parte da dificuldade de formular consenso recai no caráter hipotético da generalização, sua orientação em direção ao futuro e precisa englobar o desconhecido e por isso inerentemente incertos e ambíguos desenvolvimentos. Ver Bernstein, ed., *On Experience, Nature, and Freedom* (Indianapolis IN: Bobbs-Merrill Co., 1960), pp. xxv, xxviii.

cessidade humana, o elemento da criação de regras e controle sobre a generalização foi destacado de sua posição tradicional no estado e enraizado na sociedade como um todo. Holmes foi um revolucionário, que não dividia a sociedade, comprometido com os princípios radicais de 1776. Assim foi necessário formalmente reconhecer que todos têm interesse no resultado de todo debate, incluindo o debate filosófico, que pode afetar a teoria do direito e em contrapartida o exercício de sanções que afetam a todos.

O Pragmatismo então emerge como a filosofia da democracia, idealmente uma democracia sem barreiras e investigação sem limites. Não se escusar pela ordem existente, mas antes realizar investigações reais — assim como instituições democráticas reais — sempre parece inadequado. É a primeira filosofia a ser baseada em necessidade, falibilidade e representatividade.

30

Eliminar o foco sobre a necessidade humana força uma escolha entre essencialismo e relativismo: ou discernimos o transcendente no destacamento sublime que nos impele, ou não enxergamos isto em absoluto. Um tal destacamento é significado pela tendência do Neopragmatismo em preferir o termo “anti-fundacionismo”, o que implica na impossibilidade de tal discernimento. O Pragmatismo clássico deixa em aberto se discernimentos fundados na necessidade podem levar a expressões gerais que são, para todos os propósitos reconhecíveis, merecedores de consideração como transcendente — apesar da noção de transcendência ser por si mesma sujeita a um teste prático contínuo e progressivo.

Além disso, eliminar a necessidade remove a base da representatividade. Sem isto, os insights que filósofos produzem não precisam ser avaliados por não filósofos, nem testados para os propósitos e necessidades não filosóficas. Tal consenso

mesmo desenvolvido, não precisa ser expandido além de certa “corrente teórica”.

Lidar com a necessidade é o critério pragmático original do método. Abandoná-lo força o falibilismo ao niilismo em relação ao significado e verdade, no qual a noção de método não tem nada a se relacionar senão a uma noção essencialista e destacada de teoria. A ironia de Rorty essencialmente adota esta visão. Conquanto seu criticismo do método tenha sido entendido em referência à obsessão tradicional da filosofia com a epistemologia, sua premissa o obriga a ir além, minando até mesmo padrões procedimentais por terem pragmaticamente recebido status transcendente pela teoria do direito.

O Neopragmatismo e a teoria do direito

Rorty escreveu um artigo sobre Neopragmatismo e teoria do direito para um simpósio na faculdade de direito da Universidade da Southern California. Nele, se dirigiu à questão de “se os denominados ‘novos’ pragmatistas têm qualquer coisa a contribuir – qualquer coisa que ainda não internalizamos como um resultado de serem ensinados por pessoas que cresceram com Dewey como referência”. Rorty escreve:

Minha própria resposta a esta questão é que o novo Pragmatismo difere do antigo em apenas dois aspectos, apenas um dos quais é de algum interesse a pessoas que não são apenas professores de filosofia. O primeiro é que nós, novos pragmatistas, falamos da linguagem em vez da experiência, ou mente, ou consciência, como os antigos pragmatistas faziam. O segundo aspecto é que todos nós lemos Kuhn, Hanson, Toulmin e Feyerabend, e nos tornamos assim desconfiados do termo “método científico”. Os novos pragmatistas desejam que Dewey, Signey Hook e Ernest Nagel não tivessem insistido em usar este termo

como uma expressão chave, já que não podemos providenciar nada distinto para denotar.¹²

Sabemos por *Contingency, Irony e Solidarity (CIS)* que a substituição de Rorty da “experiência” pela linguagem marca um movimento essencial para ele e que, para o que importa a Rorty, este movimento é a diferença crítica entre o “novo” e o “antigo” Pragmatismo. Antes de examinar o que isso significa para a teoria do direito, podemos recordar como Rorty explica este movimento no capítulo de abertura da CIS, onde ele elogia Donald Davidson por carregar a teoria contingente da linguagem a sua conclusão natural:

“[P]recisamos ver a distinção entre o literal e o metafórico do modo que Davidson a vê: não como uma distinção entre duas formas de significado, nem como uma distinção entre duas formas de interpretação, mas como uma distinção entre usos familiares e não familiares de sons e marcas.”¹³

32

A ênfase de Rorty na total contingência da linguagem como meramente “sons e marcas” é conectada a uma presunção de que é a extensão natural da noção de verdade como sendo criada e não descoberta. Rorty foca na última como a verdade filosófica essencial que o Pragmatismo, desde sua fundação, foi levado a tomar como a sua extensão natural desde seu surgimento no fim do século XVIII.¹⁴

Mas considerando as origens do Pragmatismo Jurídico, estamos em posição de perguntar se o Pragmatismo foi originalmente preocupado, como Rorty concebe, apenas com estabe-

¹² Rorty, “The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice,” *Southern California Law Review*, vol. 63 (1990), pp. 1811-19.

¹³ Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity*, p. 17 (1989).

¹⁴ *Id.*, p. 3.

lecer a noção de que a verdade é criada e não descoberta, que é essencialmente a questão de se a verdade é criada, e não como é criada. A simplificação de Rorty aqui colapsa na tautologia de que o Pragmatismo não é mais do que parte do processo de “criação” de uma verdade que por si própria consiste em nada mais do que a verdade que (por definição) a verdade é criada – um resultado escasso para mais de um século de esforço. De fato, como propus, para o Pragmatismo Jurídico inicial a questão do **como** foi não apenas parte da questão, foi a parte realmente importante.

A tendência de Rorty, junto com o de tantos dos “novos” pragmatistas, de focar em Kuhn e Feyerabend, vem à tona aqui, quando estes escritores têm se concentrado sobre o aspecto da contingência da teoria científica. E com a teoria científica, uma vez que aqueles aspectos estão com foco acurado, a questão do “como” parece consideravelmente menos importante que a questão do “se”. Isto é, uma vez que o progresso da ciência é retratado como uma série de saltos de um paradigma incomensurável a outro, o papel do revolucionário científico individual tende a ofuscar a aparentemente reacionária comunidade científica que parece não fazer nada além de ficar no caminho.

Isto não é em absoluto o caso em relação aos aspectos contingentes da teoria do direito, onde o papel da comunidade avaliadora é a pedra de toque da preservação de valores democráticos. E os Newtons e Einsteins estão ausentes da teoria política; em seus lugares está um grupo diverso de grandes teóricos variando de Edmund Burke à Karl Marx, poucos dos quais recebem elogios inaptos dos novos anti-fundacionistas.

A verdade que é criada na teoria do direito – seguindo a máxima pragmática – pode ser definitivamente traduzida em um conjunto de decisões prospectivas de cortes judiciais de que todos precisam fazer ou não fazer certas coisas, a menos que 1) paguem

dinheiro, ou 2) vão para a prisão. Se nos preocupamos com o que estas decisões são, como elas podem nos afetar pessoalmente, e para onde elas podem levar a comunidade, nós teremos melhor cuidado aprofundado sobre a questão do “como”. E a questão do “como” é, proponho, precisamente a questão que Rorty retira em seu artigo sobre o Neopragmatismo Jurídico quando ele nega que o Pragmatismo tem qualquer coisa diferente a nos dizer sobre o método jurídico.

Para levar mais adiante seu argumento, Rorty escreveu em CIS que a verdade não está “lá fora”, uma noção que ele chama “o legado de uma era na qual o mundo era visto como a criação de um ser que tinha uma linguagem própria”.¹⁵ Em vez disso, “O que é verdade... é apenas que linguagens são criadas e não descobertas, e que a verdade é uma propriedade de entidades linguísticas, de sentenças”.¹⁶ Linguagem, por seu turno, é melhor pensada como sugere Davidson, não como um meio mas como um conjunto de metáforas criadas por “sons e marcas”.

Para ver a história da linguagem, e assim da arte, da ciência e do sentido moral, como a história da metáfora é abandonar a imagem da mente humana, ou linguagem humana, tornando-se melhor e melhor adaptado aos propósitos que Deus e a Natureza designaram a elas, por exemplo, ser capaz de expressar mais significados ou de representar mais e mais fatos... precisamos seguir Mary Hesse no pensamento das revoluções científicas como “revoluções metafóricas” da natureza, em vez de insights dentro da natureza intrínseca da natureza.¹⁷

¹⁵ Id., p. 5.

¹⁶ Id., p. 7 (ênfase do original).

¹⁷ Id., p. 16.

Aqui é mais claro que o que Rorty está dizendo sobre contingência é que ela existe entre linguagens separadas – vocabulários “finais” – implicando que não é tão facilmente identificada dentro de uma linguagem como a que Rorty e eu presumidamente compartilhamos. Mas como sabemos quando estamos dentro ou fora? Meu vocabulário é tão diferente que é responsável por nosso desacordo? Passando isto, o que ocorre quando aplicamos seu argumento à teoria do direito?

Duas coisas ocorrem, de acordo com os escritos de Rorty. Primeiro nós desistimos de qualquer meio meta-teórico de criticar, corrigir, ou mesmo controlar o método jurídico como tal, a maneira pela qual classificações e conceitos jurídicos se formaram e decisões e regras são criadas. Afinal de contas, isto é parte de alguma metáfora, incomensurável com qualquer outra metáfora que alguém a falar uma linguagem diferente possa aplicar à situação. Mas vamos mais além que isso; também emendamos a famosa frase de Holmes, “A vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência”, e substituímos “experiência” por “sons e marcas”.

Conquanto a experiência precise estar refletida na linguagem, e uma expressão aceita da abordagem pragmática é que a verdade é criada e não descoberta, linguagem e teoria não podem ser apartadas da, nem ser confundidas com a, totalidade da experiência. Rorty desvinculou esta proposição de seu contexto inicial com uma exposição de seu potencial lógico. Ele fez isto abstratamente, não diferentemente de grandes teóricos da tradição Cartesiana. A percepção da verdade como sendo criada e não descoberta não é um absoluto, ou uma verdade abstrata, ou uma premissa maior, ou mesmo uma proposição que tenha direito a qualquer tipo de “privilegio”, até mesmo privilégios

de diálogo. Precisamos manter em mente como a verdade é criada, não descoberta.

Se há qualquer lugar em que podemos ver a verdade sendo claramente criada e não descoberta é na teoria do direito. E mesmo após esta descoberta, enquanto pessoas ainda estão na ilusão de que as verdades jurídicas são descobertas, a questão do “como” era importante; isto foi apenas mais fácil para racionalizar a execução sumária daqueles que levantaram objeções sobre esta questão para aqueles que estavam encarregados do processo de “descoberta”. Desde que se tornou mais óbvio que é um processo de “criação”, execuções sumárias têm parecido arbitrárias e considerações “metodológicas” entraram em cena – como as coisas que nos referimos nos Estados Unidos como “devido processo constitucional”. Meu ponto aqui é que o Neopragmatismo ignora que o método jurídico se tornou não menos, porém mais importante com a ênfase pragmática na qualidade “criada” da verdade. Então também, proponho, ignora a importância crescente de ver o direito como experiência em vez de como mera linguagem ou metáfora.

Afinal de contas, apesar de “sons e marcas” que denominam o que chamamos “devido processo”, as pessoas até mesmo no século XX têm ignorado partes essenciais da lição que Rorty nos lembra começou a ser ensinada 200 anos atrás.¹⁸ Mesmo se heróis da teoria política como Karl Marx e Friedrich Nietzsche soubessem que a verdade é criada e não descoberta, isto não impediu Stalin e Hitler a “retrocederem” a práticas como a execução sumária. Podemos nos perguntar se a doutrina do direito de Rorty como metáfora teria confrontado isto – ou se confrontaria agora se acontecesse novamente. Claramente, não o faz;

¹⁸ Id., p. 3.

dá a ditadores uma saída fácil ao arguir que aquelas objeções levantadas sobre suas racionalidades devem ser “não familiares” com seus “vocabulários”.

É difícil ver como o Neopragmatismo pode suavizar isto com a qualificação de Rorty de que a contingência total existe apenas entre vocabulários “finais”, implicando que tiranos seriam obrigados a defender-se contra a afirmação de que as suas contingências são, dentro da linguagem do liberalismo, claramente uma prática local desviante. O principal argumento de Rorty é que ele quer nos forçar a “desistir da ideia de que o liberalismo pode ser justificado, e inimigos Nazistas ou Marxistas do liberalismo refutados, ao dirigir o último contra um muro argumentativo”.¹⁹ Mas o Pragmatismo clássico fez precisamente o oposto de dirigir fundacionistas, ou teóricos de qualquer tipo, contra um muro argumentativo; o muro da certeza foi removido, e isto os tornou responsáveis por um tipo de experiência, a amplitude da experiência e a representatividade da experiência sob suas afirmações.

37

Rorty está certo em seu primeiro ponto, de que o Pragmatismo nega uma verificação puramente meta-teórica do método jurídico, se com isto significa uma propriedade da linguagem ou teoria divorciada da experiência de suporte. Mas como na análise de Holmes da Common Law, o método é inextrincável da necessidade, é o próprio processo de decidir, e seus padrões são trazidos das práticas cotidianas de coisas que devem ser decididas. A teoria do direito é parte da prática, na qual a própria prática é avaliada. “Meta-teoria” é um termo infeliz; deveria significar simplesmente que a prática é auto avaliativa, mas parece dizer que a teoria pode avaliar a si mesma em um vácuo.

¹⁹ Id., p. 53.

Estritamente falando, um argumento, por si, não pôde nem poderá vencer o dia para métodos democráticos. Nem o Pragmatismo clássico assumiu isto. Ambos democracia e filosofia pragmática foram gestados de um conjunto de desenvolvimentos históricos que de fato conectam – imperfeitamente, mas estrategicamente – sanções com revisão e aprovação democrática. O Pragmatismo Clássico esteve intimamente conectado com a experiência democrática desde o princípio, assim suas diferenças com o Neopragmatismo ou qualquer outra corrente teórica seriam improvavelmente resolvidas por argumentos, se argumento é completamente desvinculado da experiência.

38

Nossa própria história de debate sobre valores e instituições democráticas deve nos lembrar da dificuldade de persuasão pelo argumento isolado. Os americanos coloniais escolheram a revolução democrática em vez de uma aristocracia de estilo britânica, não por seu mérito lógico, mas por comparação de diferentes modos de experiência. Como tantas vezes acontece no diálogo político, o apelo aos motivos humanos básicos foram empregados para trazer esta comparação. Apoiadores da coroa procuravam sufocar o zelo revolucionário ao explorar os motivos egoístas dos próprios colonos,²⁰ enquanto defensores da revolução jogavam com a inveja daqueles que aceitaram o avanço real. 80 anos depois, os hábeis argumentos de Lincoln contra a escravidão foram designados para associar não-expansão e experiência democrática básica com a qual o não-escravo poderia se identificar: “Como eu não seria um escravo, então eu não seria um senhor. Isto expressa minha ideia de democracia. O que quer que se diferencie disso, para a extensão

20 Ver G. Wood, *Creation of the American Republic* (New York: Norton & Co., 1972), pp. 91-124.

da diferença, não é democracia”.²¹ Mas meros argumentos não podem resolver esta disputa.

De fato, o próprio Rorty apela para a experiência ao defender sua posição de divórcio entre filosofia e experiência. Um impulso principal da CIS é persuadir liberais de que ele não abandonou os valores democráticos. Assim ele se esforça para demonstrar que “a teoria ironista pode ser privatizada, e assim prevenir que se torne uma ameaça ao liberalismo político”, e para mostrar que uma “aversão por crueldade” pode ser combinada, pelo menos na literatura, com “um senso da contingência da individualidade e da história”²² Mas para fazer isto Rorty tem que apelar para a mais básica experiência de todas:

A ideia de que todos nós temos uma obrigação primordial de diminuir a crueldade, de criar seres humanos iguais em relação a sua suscetibilidade a sofrer, parece tomar por certo que há algo dentro dos seres humanos que merece respeito e proteção de modo bastante independente da linguagem que falem. Isto sugere que uma habilidade não linguística, a habilidade de sentir dor, é o que é importante, e que diferenças no vocabulário são bem menos importantes.²³

39

Conclusão

A questão se resume, nas próprias palavras de Rorty, a se as ideias, linguagem e dor são relacionadas – ou alternativamente se “a ideia que todos nós temos a obrigação primordial de diminuir a crueldade” de fato “toma por certo” algo “que merece respeito e proteção de modo bastante independente da linguagem

²¹ Abraham Lincoln, *Collected Works* ed. Roy R Basler (New Brunswick NJ: Rutgers University Press, 1953) vol. 2, p. 532.

²² Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity*, p. 190.

²³ *Id.*, p. 88.

que [nós] falamos”. O que é significado pelo uso de Rorty do termo “de modo independente” aqui? Ele reconhece que o elemento “ideia” pode de fato ser associado com a “habilidade de sentir dor”, apesar de sua asserção da desconexão intrínseca entre dor e linguagem, e se esta consideração é merecida ser posta como parte do argumento de Rorty, é difícil de aceitar que é independente da linguagem que ele fala, ou especialmente sua “filosofia”.

Em outras palavras, não é plausível adotar uma consideração do surgimento de instituições e filosofia democráticas nas quais as ideias associadas com elas estavam conectadas com o conjunto relevante de experiências – a habilidade de sentir dor, o desejo de evitar a crueldade e humilhação, assim como outros efeitos do processo de governança – do qual a linguagem como um meio de comunicação não pode ser apartada? Nesta consideração, o elemento dinâmico, no qual o surgimento da democracia em última instância dependeu, tem sido o sentir ou o experimentar – ambos por pessoas aflitas e para pessoas aflitas – na combinação com linguagem e teoria, servindo para trazer as consequências de interpretações concorrentes de situações em que as pessoas se encontram.

Portanto aqueles engajados em generalizações interpretativas – e isto inclui filósofos – não podem evitar que suas afirmações gerais tenham sentido e consequências como explicações de, ou prescrições para, modos comparativos de experiência. Para estar seguro, pelo modelo pragmático, a linguagem pode ser enganosa e teorias podem estar erradas. Talvez isto se torne a melhor consideração das falhas do Iluminismo. Mas o remédio não é atribuir a isso ao caráter inato da linguagem e armadilhas fatais na metáfora. Antes, podemos examinar os métodos usados onde os generalizadores do Iluminismo se perderam. A que ne-

cessidades eles responderam? Eles foram suficientemente falibilistas? Quão representativos foram?

A interpretação de Rorty vem do salto entre o modelo de Kuhn de mudanças de paradigma científico para equivaler o literal e metafórico em toda parte, em cada campo de teoria, apenas porque não parecia haver referentes “lá fora” aos quais a supostamente aleatória mudança de paradigma se relaciona. Mas na teoria do direito, a mudança para um paradigma pragmático – se mantivermos sua ênfase original sobre a questão do “como” – fundaria todas as afirmações de criação da verdade no consenso democrático mais amplo possível. Podemos não ser capazes de mostra que a democracia deriva de algo “lá fora”, mas ela realmente se qualifica como uma mudança de paradigma metafórica puramente aleatória? Ou estamos – todos nós – preparados para reconhecer a ela uma superioridade de longo tempo, até mesmo uma transcendência “pragmática”?

41

Apesar de suas desculpas, a posição de Rorty implica que sanções não são importantes para teoria, a menos que possamos claramente ver a relação entre a escolha dos arranjos linguísticos e a verdade eterna. Ele pode não admitir isto, porque soa fundacionista em sua própria acepção, mas é verdade? Porque sanções são uma parte essencial do que deixamos entrar na análise ao usar o termo que Rorty bane do Pragmatismo, “experiência”. O Pragmatismo clássico foi fundado na descoberta de que sanções são importantes, ainda mais porque podemos claramente ver a relação entre o que Rorty chama de arranjos linguísticos e verdade eterna. Isto é o aspecto falibilista do Pragmatismo; necessidade e representatividade demandam que nós metodicamente busquemos uma comunidade mais responsável e menos dolorosa, e que consideremos os apelos, afirmações e insights de todos.

O giro linguístico não provou ser uma ruptura tão perfeita do denominado fundacionismo do Iluminismo quanto pretende. Nos diz que a linguagem é totalmente contingente. Nos diz que precisamos duvidar de toda proposição meta-filosófica, mas que a ausência de qualquer relação entre filosofia e verdade eterna é totalmente infensa a dúvidas. Isto não é falibilismo em absoluto, mas antes outro *coup de philosophe* cartesiano. O Neopragmatismo de Rorty é, por sua própria consideração, apenas uma metáfora – então por que o escolher em vez do “antigo” Pragmatismo? O antigo Pragmatismo não vê a si mesmo como uma mera metáfora; ele diz, escolha-me se você se preocupa com coisas concretas tais como métodos políticos e sanções.

O Pragmatismo agora enfrenta um desafio. Precisa vencer o ceticismo de ambos os lados do Atlântico que se perguntam exatamente onde seu falibilismo forte vai leva-lo. Precisa alargar o diálogo com vocabulários que são realmente diferentes, como aquele da filosofia ocidental, preparando o caminho para representatividades maiores. Mas suponhamos que ao longo do caminho precisássemos confessar incapacidade para identificar qualquer relação clara entre filosofia e verdade eterna, uma proposição que o Pragmatismo clássico não prejudicou. Ainda assim, permanecemos preocupados com nada mais do que como a discussão pode afetar coisas como métodos políticos e sanções. Deveríamos ainda ser auto avaliativos sobre como nós fazemos teoria do direito? Deveríamos ainda ser auto avaliativos sobre como fazemos filosofia? Claro que Rorty responderia sim. Sua recusa de método? Traduzida em termos práticos? É parte deste mesmo processo.

PARTE I

Pragmatismo e Filosofia do Direito

CAPÍTULO I

A construção do positivismo jurídico e o mito da indeterminação do direito¹

Resumo

Este artigo compara a visão pragmática do direito como indiviso e endógeno com a visão concorrente – geralmente conhecida como “positivismo jurídico” – que vê o direito como separado, exógeno e autônomo. Ambos os modelos estão refletidos na metodologia do direito Americano; no entanto, as duas estão em desacordo. Elas implicam uma profunda inconsistência em nossa crença coletiva sobre o que o direito é, ensejando abordagens radicalmente diferentes para a interpretação jurídica. De acordo com o modelo positivista, o direito, considerado como uma matriz adjudicadora, logra êxito ou falha por si mesmo. Sobre decidir casos difíceis, isto significa que o positivista precisa aceitar a possibilidade problemática da “indeterminação do direito”.

45

¹ Este artigo foi apresentado no encontro anual da *Eastern Division of the American Philosophical Association* em 2001. Sou grato a meu comentador, Brian Brix, por seus comentários e sugestões úteis. Por seus comentários úteis no esboço que levou ao pós-escrito de 2009 sobre a abordagem pragmática da interpretação jurídica em casos dúbios, gostaria de agradecer a Jeffrey Brand-Ballard, Michele Friend, Joshua Miller e Eric Saidel da George Washington University, departamento de filosofia, assim como a Claudio Michelin, Haris Psarras, Francisco Saffie, Findlay Stark, Neil Walker, e outros membros da University of Edinburgh, Legal Theory Group.

John Dewey, que sustentou que direito é “por completo um fenômeno social” e que todas as teorias do direito deveriam ser consideradas enquanto programas para ação, alertou contra o uso da palavra “direito” como um “termo geral único”. Direito, explicava, deve ser visto como intervindo em um complexo de outras atividades, e por si mesmo um processo social. Portanto (nas palavras de Dewey): “‘direito’ não pode ser colocado como uma entidade a parte, podendo ser discutido apenas nos termos das condições sociais em que surge e do que concretamente realiza aí.” (1988, p. 117).

46

Esta é uma clássica afirmação do direito como indiviso, endógeno, enraizado, como um teórico social poderia dizer, um “sistema aberto”. Eu quero comparar isto com a concorrente e surpreendentemente visão dominante – geralmente conhecida como “positivismo jurídico” – que vê o direito como separado, exógeno e autônomo. Ambos os modelos estão refletidos na metodologia do direito Americano; no entanto, as duas estão em desacordo. Elas implicam uma profunda inconsistência em nossa crença coletiva sobre o que o direito é. Que diferença faz qual hipótese é escolhida?

Uma significativa jaz em suas diferentes abordagens para a interpretação jurídica. De acordo com o modelo positivista do direito como uma entidade autônoma e separada, o direito, considerado como uma matriz adjudicadora, logra êxito ou falha por si mesmo. Sobre decidir casos difíceis, isto significa que o positivista precisa aceitar a possibilidade problemática da “indeterminação do direito”.² A questão da localização da delimitação do direito por si mesma torna-se intimamente envolvida com a questão da legitimidade das decisões judiciais. Para o modelo al-

2 Ver, de modo geral, Solum (1987) e Leiter (1995).

ternativo, a indeterminação do direito carrega um sentido muito diferente, denotando graus de incerteza e dificuldade.

O termo “indeterminação do direito” pode ser entendido genericamente para significar um alto grau de dificuldade, mas este não é o seu sentido no positivismo (ver Leiter, op. cit.). A questão fundamental da doutrina positivista, tomando para si a técnica e estilo da filosofia analítica, é a definição e delimitação do conceito de direito. Quando o direito não parece ter nenhuma resposta clara para uma questão pertinente, o paradigma positivista força a questão sobre se a resposta estaria fora da delimitação. Casos hipotéticos que levantam questões de delimitação são críticos para a argumentação analítica associada ao positivismo e seus críticos, como nos debates entre Lon Fuller, H. L. A. Hart e Ronald Dworkin.

Como podemos decidir entre duas concepções concorrentes que parecem ser excludentes? Ou, *precisamos* decidir? A questão é profunda. Assemelha-se à questão que tem surgido na filosofia da ciência pelo menos desde *Structure of Scientific Revolutions* de Thomas Kuhn (1962): se existe uma realidade antecedente e separada ditando uma versão “correta” ou “essencial”, ou se nossa compreensão conceitual é, em um sentido forte, imposta ou construída por humanos. Um dos títulos de Ian Hacking caracteriza este conflito como sendo entre “Representando e Intervindo” (1983); a conceituação científica representa a realidade ou intervém nela?

Nós podemos imaginar uma “crise de paradigma” Kuhniano na ciência mais prontamente que no direito; um novo conjunto de fenômenos, demonstráveis por experimentos replicáveis por outros, gradualmente enfraquecendo crenças gerais. No direito, contudo, a crença por si mesma exerce controle imperceptível sobre fenômenos. Por exemplo, quem vai dizer que um direito

putativo não existe desde que seja eficazmente garantido, e amplamente aceito? Representação e intervenção pareceriam ser cogenerativos. Crenças jurídicas podem controlar fenômenos através do compromisso para com um conjunto de hábitos públicos, profissionais e oficiais. Hábitos, então, fornecem a fundação empírica percebida para o sistema de crenças.

Dewey e a delimitação do direito

O instrumentalismo Deweyano, assim como o pragmatismo de Charles Peirce, é bem conhecido por sua ênfase em sujeitar a teoria (e seus componentes conceituais) a uma avaliação consequencialista. Ao comparar teorias diferentes, conquanto não haja diferença programática, não deve haver diferença teórica, independentemente da forma. Um conceito sem relevância programática deve ser, senão sem sentido, não merecedor de atenção séria. Mas se aplicarmos o teste consequencialista de Dewey a seu alerta sobre o uso da palavra “direito” como um “termo geral único”, descobrimos uma questão que o próprio Dewey esteve próximo a reconhecer em *“Logical Method and Law”* (1983, p. 73): se há alguma *vantagem* programática a ganhar em “colocar o direito como entidade separada”.³

Separada do quê? Considere “moral”, por exemplo, o contexto no qual a questão foi levantada no debate entre H. L. A. Hart e Lon Fuller em meados do século XX. Para Dewey, a questão (chamemos Q[a]) “se o direito e a moral são separados” não é

3 Ai Dewey observa, “A lógica de exposição é diferente daquela da busca e investigação... Expor implica que uma solução definitiva foi alcançada; que a situação é determinada em relação a suas implicações jurídicas. Seu propósito é servir de base para a decisão alcançada para que não pareça um provimento arbitrário, e para que indique a regra para lidar com casos semelhantes no futuro”. Ele parece reconhecer aqui que um modelo autônomo de direito pode ter benefícios em seu efeitos sobre crenças gerais.

em absoluto uma questão, pois envolve “colocar [o direito] como uma entidade separada”. Assim também, por este teste, poderia a questão (Q[b]) de se o direito e a moral *deveriam* ser separados, uma questão que por si pode ser distinguida em (1) se o direito deveria ser *acreditado* como sendo, ou (2) *construído* como sendo, separado da moral. Mas a última questão (Q[b₂]) *teria* relevância programática se houvesse qualquer prospecto de *criar* tal separação. Esta é uma questão obscura no alerta de Dewey.

A questão Q[b₁], se o direito e a moral deveriam ser acreditados como separados, jaz em uma intranquila zona inóspita entre o positivismo e Dewey. Parece misturar fato e programa, empirismo e consequencialismo, ao implicar incerteza sobre a questão subjacente de se a verdade (neste contexto) é ela própria dada ou construída. Isto é, oscila por sobre se a crença deve ser buscada apenas em fatos operacionais existentes ou se uma crença independente poderia por si mesma gerar um fato operacional suficiente para criar sua própria fundação empírica. A noção da crença criando uma fundação empírica autossuficiente é um anátema para os cientistas naturais; mas não pode ser descartada da questão no direito.

A questão Fuller/Hart (Q[a]) é na verdade bem próxima de Q[b₁] ao implicar esta mesma incerteza. Fuller e Hart não puderam manter as diferentes implicações nítidas, frequentemente mudando no meio de seus textos alternados de argumentos baseados em fato operacional existente (como o quê juízes e advogados Anglo-Americanos típicos dizem e fazem) a argumentos baseados em considerações profiláticas (como o que eles *deveriam* fazer, e se o positivismo seria ou não seria exposição de práticas jurídicas fascistas). Suas falhas em resolver esta incerteza derivaram do fato de que a frase “se o direito e a moral são

separados” esconde a função de elo que tem a crença, que Peirce e Dewey perceberam tão crucial.

Como notado acima, a mesma incerteza é encontrada no alerta de Dewey contra colocar o direito como entidade separada quando se usa a palavra como um “termo geral único”. Se assim fazendo pode gerar uma crença que resulte em uma prática, e/ou uma prática que suporta uma fundação para a crença, então o alerta deve ser direcionado a outro lugar: para as práticas assim geradas, são elas anteriores ou posteriores em relação à crença. Enquanto conclusão, Dewey escreve no sentido de que o direito “pode ser discutido apenas nos termos das condições sociais nas quais surge e do que concretamente realiza aí”, devemos notar que a única forma em que esta proposição pode ser afirmada em absoluto é através do uso da palavra “direito” como um “termo geral único”.

O Deweyano, aparenta em retrospecto, está preso com pelo menos a entidade verbal “direito”, e a questão da separação é uma matéria não de se, mas de como. O Deweyano não pode evitar o fato de que teorizar sobre o “direito” implica atribuir objetivação a isto, ainda que apenas como uma forma de pensamento. Isto ocorre ao discutir o direito ainda que em termos de “condições sociais nas quais surge e do que concretamente realiza aí”. Além disso, insistir diversamente seria “obstar o caminho da investigação” (outro preceito Deweyano: todos os caminhos devem ser mantidos abertos) sobre a questão de se resultados programáticos favoráveis poderiam emergir da crença do direito ser separado, em um sentido concreto ou em qualquer sentido.⁴

4 A visão trazida por Thomas Hobbes sustenta que a separação do direito e moral era necessária para manter a autoridade do direito, um argumento ainda apresentado hoje, *mutatis mutandis*, por Joseph Raz.

Para que resultados operacionais perceptíveis sejam continuados, seria necessário à crença ser razoavelmente difundida. Se isto já fosse o caso, crença e separação juntos seriam presumivelmente encontrados enraizados na interação entre direito e sociedade: uma interação, vale dizer, imanente às próprias condições sociais que o Deweyano preferiria prestigiar. Agora podemos especificar o caminho da investigação que o alerta de Dewey tornou obscuro: não se o direito é separado, mas em que grau e em que sentido isto *poderia*, e de fato *deveria*, ser – julgado pelas consequências. Isto nos traz de volta à indeterminação do direito.

A indeterminação do direito é um mito?

Das raízes do positivismo jurídico do século XIX surgiu, no legado pós século XX de H. L. A. Hart, uma imagem da interpretação jurídica endereçada ao espaço metafórico entre as vertentes da linguagem jurídica dominante. Apesar de uma analogia pouco precisa, ainda remanesce dominante na discussão dos filósofos do direito. Porém contribui inescapavelmente com qualidades gerais para a análise. O direito é visto como uma estrutura ou padrão fixo sobre o qual casos individuais são comparados e ou encaixados ou não. O modelo naturalmente leva a atribuir o elemento da incerteza na interpretação jurídica (para a qual o fato da disputa atesta) à estrutura relativamente estática ou “corpo” do direito – como oposto ao fluxo de problemas humanos que levam disputas para as cortes.

O juiz Holmes certa vez escreveu “Grandes casos, como casos difíceis, criam um mau direito”.⁵ No modelo da textura ideal

5 Holmes, dissentindo, em *Northern Securities v. United States*, 193 U.S. 197, 400 (1903). Contudo “hard” aqui para Holmes estava perto de “draconiano”, o significado atual é “difícil”. Enquanto Holmes usou a expressão “hard case” em seu sentido original, como em um que “apela ao coração”, transformou-se em referência para casos que geram dúvida ou indeterminados.

(aquele em que a textura jurídica é clara e não ambígua), casos “difíceis” (no sentido de indeterminados) não “criam” um mau direito – ou *qualquer* direito. Se a textura permite, haverá uma resposta correta, ou alternativamente o direito deverá ser presumido indeterminado e os juízes deverão “legislar”. O primeiro requer uma concordância geral sobre uma noção textual. A busca pela visão correta então torna-se uma busca pelo consenso em uma única teoria ou filosofia do direito correta. Se isto não ocorrer, o direito deve ser indeterminado, em um forte, talvez fundamental, sentido – a afirmação dos estudos jurídicos críticos (Unger, 1983).⁶

52

David Lyons (1999) demonstrou que a teoria da textura aberta, adotando o conceito do espaço metafórico em uma entidade de textura aberta, “direito”, ou torna o projeto da interpretação jurídica impossível, ou a linguagem dos juízes e advogados fraudulenta. Pois para o espaço metafórico ser realmente vazio, qualquer lacuna em uma regra deve ser uma lacuna no direito como um todo, ou haveria do contrário algum outro lugar dentro do direito para achar uma resposta. Portanto para tais lacunas não há possibilidade de decidir um caso interpretando “o direito”. Lyons observa que isto é inconsistente com o que acontece nas disputas jurídicas reais.

Lyons toma o exemplo usado por Hart em sua exposição da teoria da textura aberta. Um regramento local bane veículos de um parque público. Falantes fluentes de inglês estão incertos ou discordam sobre se bicicletas são veículos. Hart infere que a regra banindo veículos do parque tem um núcleo de sentido determinado e uma penumbra de sentido indeterminado, na qual a bicicleta entraria. Assim, de acordo com Hart, para decidir casos

6 Ver, especialmente, Solum (1987).

uma corte deve atribuir a uma regra um incremento de sentido determinado que não havia previamente.

Mas, como Lyons observa, isto assume um passo lógico que não é necessário na prática real. Assuma que um juiz decida pelo acusado; isto não demandaria acréscimo de sentido para o termo “veículo”. O caso poderia simplesmente ser decidido sobre o princípio de que “conduta que não é juridicamente proibida é juridicamente permitida”. Assim, embora possa haver uma aparência de textura aberta na linguagem dos textos legais, jurisprudenciais e doutrinários dominantes, isto não acarreta na prática em lacunas no direito, como não há exigência de preenchimento de lacuna para decidir a matéria. Uma corte decidindo um caso de “textura aberta” paradigmático deve não se tornar um substituto do legislador através da atribuição de novo significado para o termo indeterminado. Isto é reforçado pela as-
53
sunção na prática de juízes e advogados que falam e agem em tais casos como se estivessem aplicando o direito. Sustentar o contrário implicaria que advogados e juízes são massivamente confusos ou imbuídos de má-fé ao pretender resolver casos difíceis de acordo com “o direito”.

O modelo de direito como textura não pode evitar atribuir precisamente o elemento da incerteza à mesma entidade ontológica pela qual deve ser resolvida, assim tornando sua remoção impossível por definição. Esta é a antinomia do positivismo jurídico Hartiano.⁷

7 W. V. Quine descreve uma antinomia como um paradoxo que produz uma auto-contradição ao aceitar formas de argumentação (1966, p. 5). Absolvo David Lyons de responsabilidade por qualquer afirmação extensiva deste trabalho; este artigo se mantém por seus próprios méritos.

O modelo endógeno

No modelo endógeno ou enraizado, a incerteza pode surgir não da vagueza da linguagem, mas antes da novidade da própria situação. O modelo alternativo veria a situação da bicicleta principalmente como um caso atroz de gestão municipal. Bicycletas certamente existiam quando o regramento prevendo banir veículos foi adotado, e a incerteza sobre a amplitude de “veículo”, uma vez notada, deveria imediatamente ser esclarecida em uma reunião especial do conselho municipal. Tais casos geralmente não preenchem as pautas dos tribunais. Estes casos *podem* invocar análise de extensão de termos, mas a resistência para resolução mais frequente surge de dúvidas problemáticas envolvendo as consequências em se aplicar uma dada regra a uma situação nova.

54

Isto pode ser verdade em casos envolvendo extensão de termos em uma regra estabelecida, porém é mais típico de casos envolvendo conflitos entre regras aparentemente estabelecidas, mas em conflito. Todos estes casos novos podem fazer um mau direito pois um novo precedente deve ser enquadrado no contexto estabelecido em condições únicas. Dificuldade neste contexto é principalmente associada a fatos anômalos. O caso difícil que faz um mau direito não seria aquele em que um juiz está tentando decifrar a intenção por trás de um dispositivo escrito, contendo fatos que claramente deveriam ter sido previstos. Este é um caso no qual nenhum agente, seja juiz ou legislador na Common Law, aparentemente previu.

Alguma elucidação do modelo alternativo é necessária. Como previamente afirmado, advém de um estudo histórico da Common Law. Em uma já famosa observação, Holmes escreveu em 1870:

É um mérito da Common Law decidir casos antes e determinar o princípio após... Em casos de primeira impressão o conselho frequentemente citado do Lord Mansfield para o homem de negócios que de repente foi nomeado juiz, que ele deveria dar suas conclusões e não suas razões, como se seu julgamento provavelmente estivesse certo e suas razões certamente erradas, não é sem utilização em cortes mais instruídas. (1870)

Este comentário implica em um certo minimalismo judicial da Common Law, decidindo “um caso por vez”.⁸ A passagem propõe um modelo através do qual regras da Common Law são idealmente formuladas:

É apenas após uma série de determinações sobre a mesma matéria, que torna-se necessário “harmonizar os casos”, como se diz, que é, por uma verdadeira indução para afirmar o princípio que até então esteve obscurecido. E esta afirmação é frequentemente modificada mais de uma vez por decisões novas antes da regra geral abstrata chegar a sua forma final. Uma doutrina jurídica bem estabelecida incorpora o trabalho de muitas mentes, e foi testada tanto em forma quanto em substância por críticos treinados cujo interesse prático é resistir a ela a todo passo.

55

Holmes chamou este processo de “aproximação sucessiva”. Regras jurídicas são percebidas historicamente, e esta passagem propõe que elas sejam entendidas como emergindo de classes de atividades, ou mais precisamente de classes de disputas privadas dentro de atividades distintas. Como casos novos surgem dentro de uma dada classe, por exemplo comunicações entre pessoas formando acordos contratuais, eles são inicialmente decididos sobre seus fatos, um caso por vez. Eventualmente um corpo de casos decididos pode ser “harmonizado”, com o estabelecimento

8 Ver, e. g., Sunstein (1999).

de uma regra geral, após um tempo permite análise suficiente de tipos de caso, aprofundando as condições e variedades relevantes das comunicações contratuais. Mas a finalidade é elusiva. A introdução do e-mail pode demandar novas reformas, como o telégrafo no século passado.⁹

Holmes – ao menos o Holmes do início – pode ser visto como um dos últimos grandes teóricos da Common Law. Seus escritos iniciais une a tradição de Coke, Hale e Blackstone com a emergência do Pragmatismo Americano (ver Kellogg, 2007). Sua contribuição é paralela a Peirce e Dewey: trazer similarmente uma abordagem construtivista para a filosofia do direito.¹⁰ A questão da interpretação jurídica sugere que é mais do que meramente interesse histórico. Assim reconstruída, a teoria da Common Law fornece uma posição muito diferente para a indeterminação do direito. O positivismo de Hart a coloca dentro da estrutura ou “corpo” do direito, enquanto a teoria da Common Law de Holmes a coloca fora assumindo-a como uma condição mais ou menos constante de conflito e interação humanos.

Referências

CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.

DEWEY, John. *Logic: the theory of inquiry*. New York: Henry Holt & Co, 1938.

9 O modelo pode ser adaptado para legislação. Leis também são o trabalho de muitas mentes, em corpos eleitos. Circunstâncias diversas são exploradas de uma vez, em comitês legislativos, em vez de em séries através de litígios. Novamente circunstâncias sem clareza remanescem, para dirigir-se de um modo específico ao judiciário, se não pela reforma legislativa. Ver, e.d., Calabresi (1982).

10 O elemento comum pode ser descrito como um foco sobre a investigação; como Dewey (1938) viu a lógica como uma teoria da investigação, o trabalho inicial de Holmes aborda a Common Law como um sistema em evolução da investigação coletiva.

- _____. *Middle Works*. Vol. 15. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1983.
- _____. *Later Works*. Vol. 14. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1988.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA & Longon: Harvard, 1977.
- HACKING, Ian. *Representing and Intervening*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2^a Ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *Codes, and the Arrangement of the Law*. v. 5. American Law Review, 1870.
- _____. *The Theory of Torts*. v. 7. American Law Review, 1873.
- KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes Jr.: legal theory, and judicial restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- LEITER, Brian. *Legal Indeterminacy*. In: Legal Theory, 1995. p. 481-492.
- LYONS, David. *Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation*. In: Legal Philosophy. Vol. 18. n^o 3, 1999. p. 297-309.
- POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- QUINE, W. V. *The Ways of Paradox and Other Essays*. Cambridge MA & London: Harvard University Press, 1979.
- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. New York & Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SOLUM, Lawrence B. *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*. In: 54 U. Chicago L. Rev, 1987. p. 462.
- STONE, Julius. *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*. Sydney & Melbourne: Butterworths, 1985.
- STRAUSS, David A. *Common Law Constitutional Interpretation*. In: University of Chicago Law Review. 63, 1996. p. 877-935.
- SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge and Longon: Harvard University Press, 1999.
- UNGER, Roberto M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

CAPÍTULO II

O abuso dos princípios: a jurisprudência analítica e o caso dúbio

Resumo

A Jurisprudência Analítica contemporânea sustenta que o caso “difícil” ou “dúbio”, não resolvido por qualquer autoridade jurídica clara, é ou juridicamente indeterminada ou pode ser resolvido apenas pelo uso judicial de princípios. Há um aspecto do “caso dúbio” que milita contra o uso de princípios. Quando visto como representativo de um estágio inicial de uma contínua classe de disputas, então (especialmente em casos controvertidos de ampla importância) o uso judicial de princípios pode levar a uma escolha imprevidente de argumentos, e viola valores democráticos fundamentais.

Isto apoia o particularismo ou minimalismo judicial, onde juízes resolvem decisões de modo restrito, por duas razões: 1) a resolução baseada em princípio de todos os casos dúbios é inconsistente com a fase classificatória e exploratória da discussão judicial, e 2) ao debate público entre acadêmicos e cidadãos deve ser permitido ter espaço no desenvolvimento da argumentação prática e ajustamento de práticas envolvendo controversas amplas.¹

¹ Gostaria de agradecer a Jeffrey Brand-Ballard, Michele Friend, Charles Karelis, Joshua Miller e Eric Saidel da George Washington University, departamento de filosofia, por seus comentários e sugestões úteis, assim como a Claudio Michelin, Haris Psarras, Francisco Saffie, Finlay Stark, Neil Walker, e outros membros da University of Edinburgh, Legal Theory Group.

Introdução

Tornou-se um senso comum na Jurisprudência Analítica contemporânea que o então chamado caso “difícil” ou “controverso”, não resolvido por qualquer autoridade jurídica clara, é ou juridicamente indeterminada ou pode ser resolvido apenas pelo uso judicial de princípios (Alexy, 2002, p. 169-70). Minha tese neste artigo é que há um aspecto do “caso controverso” que milita fortemente contra o uso de princípios. Quando visto como representativo de um estágio inicial de uma contínua classe de disputas, então (especialmente em casos controvertidos de ampla importância) o uso judicial de princípios pode levar a uma escolha imprevidente de argumentos, e viola valores democráticos fundamentais.

60 Esta visão diacrônica de classificação de caso apoia o inicial particularismo ou minimalismo judicial, ou a criação de decisões fundamentadas estritamente. Princípios incorporam visões morais, que variam e diferem de juiz para juiz, assim como variam e diferem na sociedade como um todo. Novos casos trazidos às cortes frequentemente significam controvérsias emergindo na sociedade. Em um estágio inicial de uma nova controvérsia, ações jurídicas podem não ser completamente representativas de todas as considerações relevantes para suas resoluções, e as atitudes de especialistas, assim como do público, ainda estão por se formar. Assim, os juízes deveriam limitar a argumentação sobre princípios e definir decisões restritamente, por duas razões: 1) a resolução baseada em princípio deveria aguardar a exposição judicial de casos suficientes para explorar todas as considera-

Também agradeço a George Browne e Clóvis Falcão e aos membros do centro de Pragmatismo e Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em Recife, Brasil. Nenhum dos citados pode ser responsabilizado por erros e mal-compreensões, todas estas são de inteira responsabilidade do autor.

ções, e 2) ao debate público entre acadêmicos jurídicos e não-jurídicos, assim como cidadãos, deve ser permitido ter espaço no desenvolvimento da argumentação prática e ajustamento de práticas envolvendo controversas mais amplas, assim como na transformação de práticas relevantes para isso.

Área aberta e o caso dúbio

A noção de que juízes devem apelar a princípios em casos dúbios vem da noção do direito como tendo uma “textura aberta” (Hart, 1994, p. 128) ou uma “área aberta” como descrito por Alexy (2002, p. 69-70):

De significância especial são as vicissitudes da linguagem jurídica, a possibilidade de conflitos de norma, a ausência de norma na qual basear uma decisão, e, em certos casos, a possibilidade de criar uma decisão até mesmo contrária à interpretação literal de uma norma. Pode-se falar aqui de uma “área aberta” do direito positivo, que pode ser mais ou menos ampla, mas que existe em todo sistema jurídico. Um caso que entra na área aberta deve ser chamado de “caso dúbio” (Alexy, 2002, p. 69)

61

Alexy nota que a posição positivista clássica é que “já que apenas o direito positivo é direito, o juiz deve decidir na área aberta, ou seja, em todos os casos dúbios, baseado em padrões extrajurídicos ou não-jurídicos. Consequentemente, ele é autorizado pelo direito positivo a criar novo direito essencialmente como um legislador, baseado em padrões extrajurídicos”. Alexy favorece uma visão não-positivista, em que o direito inclui princípios, e deste modo todos os casos dúbios podem ser resolvidos por apelo a princípios.

Alexy na passagem acima reconhece quatro diferentes tipos de dúvida ou incerteza: vicissitudes da linguagem jurídica,

conflitos entre normas, ausência de uma norma de controle, ou mesmo a possibilidade de um caso em que os fatos correm contrários à interpretação literal da norma relevante. Este artigo focará em particular nas duas categorias centrais, ausência ou conflito de normas de controle.

Na primeira destas duas categorias, ausência de uma norma de controle, isto pode envolver um caso que não se encaixa em lugar algum por causa da inovação abrangente da circunstância, tendo sido completamente imprevisível pelo sistema existente de estatutos e decisão anteriores. O caso poderia ser uma anomalia, de um tipo nunca a ser visto novamente. Ou poderia ser o que a Common Law tradicionalmente chamou um “caso de primeira impressão”, que pode significar o primeiro de um novo tipo, o resultado de inovação em negócios ou tecnologia, ainda não regulado por lei, ou ainda o resultado de uma controvérsia social emergente sobre um direito humano tal como igualdade ou privacidade.

Em tal caso, o argumento contra princípios é que 1) a disputa particular entre duas partes pode não ser totalmente representativo dos “princípios” que podem ser reconhecidos no devido tempo como aplicáveis, e 2) as atividades em torno da controvérsia ou inovação estão ainda em um estado de transição para uma eventual reconciliação de propósitos conflitantes, tal que os princípios jurídicos não deveriam ainda ser formulados e assentados.

Os princípios no direito auferem força de decisões particularizadas anteriores. Em suas formulações, a primeira função das cortes é conduzir o que tem sido chamado um processo de classificação:

A formulação inicial de preceitos jurídicos, tanto no sentido de “regras” ([regra-]princípios) ou mesmo de princípios, envolve essencialmente um processo de classificação de instâncias para tratamento similar. O mesmo acontece com o processo

de refinamento que coloca limites a um preceito, estende o preceito, ou sujeita-o a algum agrupamento de sub-preceitos. (Stone, 1985, p. 269)

Alexy abordou a razão para a necessidade deste processo, reforçando a necessidade da classificação:

A razão básica para os precedentes seguintes é o princípio da universalidade, o requisito de que tratamos igual os casos iguais, que está por trás da justiça como uma qualidade formal. Isto imediatamente revela uma das dificuldades decisivas do precedente que segue: dois casos nunca serão completamente idênticos. É sempre possível encontrar uma diferença. O problema real, pois, muda para o de determinar quais diferenças são relevantes. (1989, p. 275).

Em muitos casos dúbios este processo de classificação não pode ser feito imediatamente por análise sincrônica, onde as cortes têm exposições não representativas ou insuficientes das condições relevantes para formular uma regra por argumentação prática.

Podemos conceber novos casos surgindo das inovações tecnológicas na comunicação digital, medicina e biologia, do crescimento e diversidade de instituições governamentais e não governamentais, mudanças demográficas populacionais, e o prolongamento da expectativa de vida a despeito de estados de enfermidade, dor e morbidade. Questões difíceis surgem, como: quando a vida começa e finda? O que é autonomia pessoal e invasão de privacidade? Quando o tratamento médico é responsabilizável criminalmente pela morte de um paciente terminal em sofrimento? Argumentos advindos de princípios são geralmente enquadrados em termos como “Existe um direito a morrer?”.

Nos casos que levantam questões dúbias sobre direitos e deveres legais em uma nova área controvertida, é geralmente o

caso em que as práticas afetando aqueles direitos são prematuras e não sedimentadas, e opiniões sobre práticas apropriadas também não estão sedimentadas. Demandas jurídicas, e seus resultados, podem de fato servir para dar foco a práticas relevantes e, com o tempo, encorajar seu refinamento e transformação.

Nas lides iniciais não é necessário ou típico para resultados jurídicos preliminares prescrever práticas. É característico que eles foquem a atenção nelas. As práticas variadas envolvendo certas drogas e precauções, permissões jurídicas específicas, e procedimentos administrativos e médicos designados são influenciados pela atenção enfocada pela lide.

Enquanto isso, opiniões e atitudes são afetadas pela natureza dos próprios casos tornados públicos pela lide. Uma literatura volumosa de opiniões instruídas e especializadas é parte do processo de criação de opiniões. A opinião pública e de especialistas afeta, e é afetada, pelo refinamento de práticas. Com efeito, há um *feedback loop* no qual, como o nome sugere, informação sobre o resultado de uma ação é enviado de volta para o input do sistema, transformando a própria natureza da linguagem e compreensão do sistema.

Argumentos de direitos e princípios refletem opiniões morais concernentes a práticas. Argumentos de um “direito a morrer” é menos efetivamente defendido quando existe pouca informação concernente a circunstâncias relevantes sobre suicídio medicamente assistido. A expressão era pouco familiar antes da recente transformação do cuidado médico e longevidade. É mais efetivamente defendido quando completamente compreendido, e quando precauções específicas foram tomadas para abordar os argumentos gerais em torno disso.

Similarmente, decisões judiciais em uma fase inicial são tipicamente fato-específicas. Antes da transformação, a expres-

são “direito a morrer” evocava suicídio individual; assistência médica em casos drásticos era obrigada a suplantat attitudes tradicionais. De acordo com Alexy, o modelo analítico supõe que todos os casos dúbios deveriam ter sido decididos de acordo com base em princípios. Cass Sunstein em *One Case at a Time: Judicial Minimalismo in the Supreme Court* (1999, p. 76-116) caracterizou o “direito a morrer” como um “novo dilema”, e aplaudiu o fato de que a Suprema Corte dos Estados Unidos ainda se absteve de uma resolução definitiva mais ampla:

É particularmente importante que a questão do suicídio assistido por médicos está enfrentando não negligência ou indiferença, mas intensa discussão em muitos estados. É ainda muito cedo para as cortes anteciparem esses processos de discussão, certamente se considerarmos o fato de que não há barreira sistemática para uma audiência de qualquer grupo afetado. A despeito das aparências, as doutrinas correntes das Cortes refletem este ponto. (1999, p. 77)

65

Decisões fundamentadas restritamente focam a atenção no desenvolvimento e refinamento de práticas. Princípios que refletem attitudes tradicionais teriam falhado em contribuir com argumentação prática útil para o *feedback loop*, e teriam truncado a “discussão intensa” favorecida por Sunstein (devo notar que a legislação local e estadual é parte deste *feedback*, representando participação democrática ainda que não resolvendo definitivamente as questões constitucionais).²

Isto significa que a área de dubiedade não é “aberta” no sentido em que Alexy a descreve? Sugeri que se esta área é aberta,

² Eu sou lembrado por Findlay Stark que a imagem do *feedback loop* deveria ser qualificado mais como um esboço rudimentar do que um quadro acabado. Pois algumas disputas jurídicas podem ter pouco tempo ou oportunidade para input externo, e para outras a questão pode ser tão técnica ou obscura que pouco *input* extrajurídico é visível. O fenômeno é melhor visto em disputas em curso com alta visibilidade pública.

não é *univocamente* aberta, com toda a abertura de uma qualidade uniforme, pois controvérsias jurídicas diferentes estão em diferentes estágios de classificação e resolução a qualquer momento. Assim, no mínimo, graus diferentes de generalidade de argumentação são apropriados para estágios diferentes da discussão judicial. Além disso, quando a área aberta é vista no contexto de outras influências no *feedback loop*, não é puramente uma área aberta apenas no direito, mas é aberta também em relação a opiniões extra-jurídicas, práticas e entendimento.

O modelo analítico de referência imediata a princípios em todos os casos dúbios é inconsistente com o projeto de classificação judicial, e ignora a operação de um *feedback loop* influenciado pela opinião e conhecimento não jurídico. Assume que princípios jurídicos são de antemão válidos como referência, considerando que sua forma e linguagem são fundamentalmente dependentes do caminho pelo qual a controvérsia maior é compreendida e resolvida.

66

Conflito entre princípios e “balanceamento”

Alexy escreve que princípios, como otimização em vez de comandos definitivos, devem ser balanceados por um juiz em um caso em que conflitam:

[O] argumento advindo de princípios é baseado na distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, com a satisfação das condições especificadas aí, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, isto é, com a satisfação de certas condições, elas definitivamente comandam, proíbem, ou permitem algo, ou definitivamente conferem poder para algum fim ou outro. Com fins de simplicidade, elas podem ser chamadas “comandos definitivos”. A forma característica de sua

aplicação é subsunção. Por contraste, princípios são *comandos de otimização*. Enquanto tais, eles são normas comandando que algo seja realizado em sua máxima extensão possível relativa às possibilidades jurídicas e factuais em mãos.

Isto significa que princípios podem ser realizados em graus variados e que a extensão comandada de sua realização é dependente não apenas do potencial fático mas também do potencial jurídico. As possibilidades jurídicas para realizar um princípio, além de ser determinadas por regras, são essencialmente determinadas por princípios concorrentes, implicando que princípios podem ser balanceados uns contra os outros. A forma característica para aplicar princípios é o balanceamento de um contra o outro. (2002, p. 70)

Alexy segue ambos Dworkin (1977) e Hart (1994, pós-escrito) na visão de que onde as regras não funcionam, juízes devem apelar a princípios. Porém, ele parece mais cético que Dworkin quanto a princípios serem dispositivos em relação a resultados. Como pode um juiz resolver um caso pelo balanceamento?

Podemos ver a controvérsia sobre morte assistida por médicos como um no qual duas poderosas normas conflitam, o direito à autonomia e privacidade versus a proibição contra o homicídio. A metáfora de um balanceamento sugere que casos de morte assistida por médicos colocam-se em algum lugar na escala da variada distância de um extremo ao outro. Onde assistência médica é mínima, como prescrever uma droga que é usada em violação a instrução médica, a autonomia vence. Se o paciente está inseguro ou confuso e intervenção médica inadequada resulta em morte, a proibição de homicídio vende.

Alexy reconhece que o que pode aparentar ser balanceamento judicial é sujeito a interpretações concorrentes, e ele abordou a questão:

Um critério para se um juiz recorre ou não a princípios para apoio é se ele se compromete ou não a atingir um balanceamento. A seguinte proposição parece ser verdade: ao se comprometer a atingir um balanceamento, necessariamente se recorrerá a princípios para apoio. Pois é necessário atingir um balanceamento precisamente quando existem argumentos concorrentes, cada qual é por si mesmo um bom argumento para uma decisão e apenas falha em levar diretamente a uma decisão definitiva por causa do outro argumento, reclamando por outra decisão; argumentos como estes são ou princípios ou apoiados por princípios. (2002, p. 72)

Princípios, aparentaria por esta passagem, devem ser identificados como uma norma relevante que um juiz concede como um argumento que não é definitivo. Em seu artigo “*On the Structure of Legal Principles*”, Alexy especifica que, em um caso particular de colisão de princípios (por exemplo se um processo pode prosseguir quando o acusado está em perigo de AVC ou ataque cardíaco), “a corte resolve o problema determinando uma prioridade condicional de um dos princípios colidentes sobre o outro em relação às circunstâncias do caso” (2000, p. 296).

Na consideração anterior da formulação de princípios jurídicos em relação à morte assistida por médicos, o contexto é crítico. Contexto é também variável no tempo, e está mudando com atitudes, práticas e tecnologia. Estritamente falando, princípios concorrentes não estão em *colisão* mas em *transformação*; princípios tradicionais são inaplicáveis devido à novidade das circunstâncias, e um novo princípio deve ser encontrado por engajamento experimental do direito com a comunidade pertinente.

Nem a metáfora da escala, nem a inferência do balanceamento da aparência de argumentos indefinidos, retrata acuradamente o que toma lugar quando juízes usam fatos para decidir casos, e a sociedade responde às suas decisões. Balancear é uma

metáfora estática, na qual princípios *a priori* estão disponíveis à referência imediata e operam através de balanceamento imediato. Se valer disso como proposições gerais em um caso novo é um abuso da argumentação por princípios. Quando novas informações estão vindo, através do constante embora contingente fluxo de casos, enquadrando e reenquadrando os argumentos nos princípios jurídicos em que são baseados, os princípios ainda devem ser vistos como não determinados, e o processo deve deixar amplo espaço para influência e input extrajurídico no curso da reformulação.

Conclusão

Pode a analogia do balanceamento ser reconciliada com esta consideração sobre princípios jurídicos? Pode o argumento analítico dos princípios ser ampliado para incluir a interação entre argumento jurídico e decisão com o contexto de desenvolvimento extrajurídico? A questão depende de se o modelo analítico pode ser adaptado para incorporar um processo interativo de via-dupla e sensível ao momento. A Jurisprudência Analítica tem sido dominada pela questão de se o direito é separado da moral: “O problema central no debate acerca do conceito de direito é o relacionamento do direito e da moralidade. Não obstante uma discussão que alcança mais de dois milênios, remanesce duas posições concorrentes básicas – a positivista e a não positivista” (Alexy, 2002, p. 3).

Isto contribuiu com um poderoso arcabouço conceitual e viés linguístico para a teoria jurídica analítica em favor de um conceito de direito com uma delimitação definitiva – se esta delimitação inclui moral ou não. A busca por uma relação intrínseca levou ao foco intensivo na especificação dos conteúdos

conceituais *a priori* do direito. Isto, por outro lado, obscureceu a interação dos princípios jurídicos com a sociedade como um todo, sua dependência com o curso dos eventos e sua contingência do momento.

O método analítico é comprometido por sua tradição linguístico-conceitual com a análise e especificação da delimitação do direito e seus conteúdos. O modelo analítico não pode ser adaptado para incorporar um processo interativo de via-dupla e sensível ao momento, pois para fazer isto iria precisar não meramente quebrar mas desestruturar e abandonar todas as divisões conceituais estáticas. Nenhuma explicação de sopesamento ou balanceamento de princípios por uma análise de conteúdo da delimitação de considerações específicas pode assimilar o papel fundamental da experiência interativa de formular princípios jurídicos.³

A Jurisprudência Analítica desde Thomas Hobbes tem usado um modelo de direito como autônomo, exógeno, agindo sobre e controlando a sociedade. O modelo alternativo propõe que ele é endógeno, enraizado, refletindo e modificando a sociedade como parte de um processo mais amplo de ordenação social (Postema, 1986, p. 314). O modelo alternativo implica uma visão de direitos e princípios sobre premissas construtivistas em vez de deontológicas, associadas com uma perspectiva comunitária, enfatizando a acumulação de autoconhecimento pela sociedade em seu ajustamento a novas experiências (Sandel, 1982, p. 135).

3 Eu afirmo que nenhuma interpretação da consideração de Alexy do balanceamento proporcional e seus fatores de adequação e necessidade é consistente com o processo transformativo, dinâmico, interativo e gradual explicado aqui, e que para reafirmar o argumento suficientemente para incorporar esse processo seria necessário abandonar o modelo analítico. A interação de decisões judiciais com a sociedade como um todo, a formação e input de opinião especializada e pública relevante, e o efeito de decisões na modificação de padrões de conduta, tudo implica em fatores formativos extra-jurídicos que não podem ser subsumidos dentro de nenhuma categoria ou subcategoria sincrônica de princípios jurídicos.

Referências

ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Trans. Neil MacCormick & Cambridge, MA & Oxford: Oxford University Press, 1989.

_____. *On the Structure of Legal Principles*. In: *Ratio Juris*. Vol. 13, no. 3 (September), 2000. p. 294-305.

_____. *The Argument from Injustice*. Trans. Bonnie L. & Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1977.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

POSTEMA, Gerald. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

STONE, Julius. *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*. Sydney & Melbourne: Butterworths, 1985.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. New York & Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1999.

CAPÍTULO III

O que precisamente é um “caso difícil”? Waldron, Dworkin, Estudos Jurídicos Críticos e o uso judicial de princípios¹

Introdução

73

Em “*Critical Legal Studies: A liberal Critique*” (1990), Andrew Altman observou a lacuna de diálogo entre Ronald Dworkin, como um representante da tradição liberal na doutrina jurídica, e os Estudos Jurídicos Críticos (doravante, EJC). Ele descreveu o fato de que “teóricos liberais e seus críticos dos EJC têm sido bastante desdenhosos com o trabalho um do outro”. Duas décadas após, Jeremy Waldron fez uma observação similar em seu ensaio “*Did Dworkin Ever Answer the Critics?*” (2009) e argumentou que a teoria de Dworkin demanda um robusto papel construtivo dos juízes que é refutado pela posição dos EJC.

Em “*Law’s Empire*” (1986), Dworkin sustentou que juízes devem se esforçar em casos difíceis para instituir uma “comunidade de princípios” em uma sociedade que os EJC contrapõem

¹ Artigo apresentado para o grupo de pesquisa de Teoria do Direito da Universidade de Edimburgo, 2013.

já estar sempre cindida em conflito. Em “*Justice for Hedgehogs*” (2011), enquanto mal mencionando os EJC, Dworkin propõe uma visão unitária da interpretação contra formas de ceticismo que os escritores dos EJC vigorosamente defendem, concernentes à própria existência de uma tal comunidade de princípios.

A separação entre Dworkin e os EJC é altamente abstrata. Esse artigo busca iluminar o problema através de um reexame da incerteza jurídica. Ambos, EJC e Dworkin, veem a incerteza como um posicionamento algorítmico fora do que Waldron denomina um contemporâneo “primeiro plano” de regras e textos claros. Essa visão sincrônica se cristalizou com o surgimento do “*The Concept of Law*” (1961) de H.L.A. Hart. Isto ignora o posicionamento de casos em uma relação diacrônica com disputas judiciais em curso e problemas sociais, onde resolução por princípios pode ser prematura e depender de experiência futura. Como seu papel interpretativo em tais casos é variavelmente compartilhado com a comunidade como um todo, os juízes devem exercitar propriamente uma contenção minimalista no estágio exploratório de controvérsias em curso.

Junto a sua visão unívoca de casos difíceis, os EJC e Dworkin privilegiam uma *epistemologia individualista* de princípios jurídicos orientada na figura do juiz, como o mítico super-juiz “Hércules” de Dworkin exemplifica: o reino dos princípios é cognoscível apenas (se de fato o for) pelo juiz racional idealizado. Este artigo defende uma epistemologia moderada e participativa, ou *socializada*, para princípios jurídicos, deixando espaço, quando apropriado, para inputs de fora do sistema judicial. Quando uma disputa se relaciona a uma controvérsia mais ampla e contínua, o tempo para decisões baseadas em princípios pode não ter chegado.

Isto destaca uma forma distinta de incerteza que tem, no entanto, sido percebida comumente como indeterminação jurídica. A percepção da indeterminação nessa categoria de casos deriva da aparência de equilíbrio entre interpretações conflitantes, característica de uma classificação não sedimentada de uma forma ou classe emergente de disputa. Quando o papel judicial em tal caso é considerado em relação a um problema emergente ou instável, a percepção de dificuldade intratável pode e deve ser vista não como uma indeterminação radical, mas como representando um estágio de investigação a desenvolver percepções de condições subjacentes.

Essa profícua perspectiva reconhece um perigo implícito a qualquer aprovação generalizada ao “uso judicial de princípios”: a influência da ideologia e subjetividade na aplicação judicial de princípios morais. Recorrer a princípios prematuramente (e, inclusive, a princípios constitucionais) pode transformar uma investigação baseada em fatos em controvérsias instáveis. Como Cass Sunstein notou (1999), essa observação cautelosa aplica-se até mesmo a cortes constitucionais.

Eu começo examinando os argumentos no artigo de Waldron (2009) defendendo a tese de que Dworkin não “respondeu [a contento] a seus críticos”. Isto envolve o debate sobre se o “plano de fundo” é suficiente para resolver disputas jurídicas através do uso judicial de princípios. Waldron observa que o ceticismo dos EJC obriga Dworkin a se mover em direção a um robusto papel construtivo para os juízes. Para Waldron essa disputa destaca a relação de princípios de plano de fundo e políticas para os compromissos da comunidade como um todo.

Então, dirijo-me a analisar a dificuldade jurídica inerente ao suposto “primeiro plano”, e para a percepção analítica da indeterminação em “casos difíceis”, traçando a noção da indeter-

minação jurídica como tem sido influenciada pelos argumentos de realistas jurídicos, H. L. A. Hart e positivistas jurídicos, EJC e Dworkin. Em assim fazendo, discuto que a percepção da “resolução por princípios” no famoso caso *Riggs v. Palmer* e *Hanningsen v. Bloomfield Motors*, em vez de validar uma opção relativa ao uso de princípios em casos difíceis, é na verdade consistente com uma abordagem comedida – com uma teoria diacrônica em vez da sincrônica de ambos EJC e Dworkin. A visão diacrônica ataca qualquer teoria universalizada de resolução interpretativa por meio do apelo à moral, aos princípios ou aos valores – e, de igual modo, ataca a universalização da crítica da “impossibilidade” dos EJC. De fato, isso levanta a questão de quais casos de fato realmente *requerem* a abordagem de Dworkin do uso judicial de princípios.

76

Waldron sobre Dworkin e os EJC

Em seu artigo “*Did Dworkin Ever Answer the Critics?*” (2009) Jeremy Waldron explora a natureza da decisão em casos “difíceis” ou “dúbios”, onde o uso primário a regras, casos e textos relevantes revelam não haver resposta clara. Surge então a questão de se existe um recurso secundário coerente para juízes no corpo da doutrina jurídica. Avaliando a coerência lógica na doutrina jurídica, e suas fontes, Waldron examina, *inter alia*, escritos de Duncan Kennedy e Roberto Unger como exemplificação do “ceticismo interno” dos Estudos Jurídicos Críticos. Ele compara isto a posição de Ronald Dworkin em “*Law’s Empire*”, que ele caracteriza como “otimismo descritivo” (2009, p. 155).

Em seu ensaio, parte de um volume de 2009 sobre os escritos de Dworkin, Waldron considera a suficiência da resposta de Dworkin ao ceticismo interno. Notando que “EJC nunca esteve-

ram particularmente interessados em Dworkin, nem ele neles”, Waldron observa contudo que ambos compartilham um interesse comum e foco sobre o que Waldron chamou de “elementos do plano de fundo”² do sistema jurídico – os “princípios e políticas que estão por trás dos textos e regras que os positivistas jurídicos enfatizam”. O plano de fundo é visto como distinto do conjunto de fontes primárias para às quais juízes e advogados se voltam por primeiro (2009, p. 155).

Waldron nota que os EJC, tomados como um movimento, compartilha muitas assunções básicas com Dworkin. Conquanto diferindo na determinação relativa de um “primeiro plano”, aceita nada obstante a ideia de um plano de fundo e a contribuição de políticas e princípios de plano de fundo para decisão e argumentação jurídica. Aceita o status desse plano de fundo como direito, e concorda que é pelo menos tão importante para a doutrina como Dworkin defende. Os Escritos Jurídicos Críticos são menos simpáticos à ênfase positivista sobre o primeiro plano, conquanto insista que o plano de fundo é indeterminado e a decisão não pode escapar ao subjetivismo. Será arguido abaixo que ambos compartilham um modelo sincrônico de dificuldade jurídica que ignora a relação de percepções imediatas de indeterminação para problemas ainda não resolvidos.

Waldron observa que o que as duas abordagens dizem sobre o plano de fundo é muito diferente. Dworkin tem defendido

2 **Nota do tradutor:** “Primeiro plano” e “Plano de fundo” são traduções respectivamente de “foreground” e “background”. O professor Kellogg as explica como sendo: 1) *Foreground*: “apenas se refere a um corpo de textos oficiais dos quais uma resposta pode ser encontrada por dedução”; 2) *Background*: “é um termo metafórico usado por acadêmicos influenciados pelo positivismo jurídico para materiais sobre os quais juízes se apoiariam que não é parte do assim chamado direito “positivo”. Este uso deriva da crítica de Ronald Dworkin a H.L.A. Hart, após ele afirmar que juízes podem ser influenciados por princípios e políticas quando não encontrarem uma resposta dedutiva para um caso. O termo “background” se refere aos princípios e políticas. Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1977, pp. 14-45”.

desde 1967, em sua refutação inicial à defesa de H. L. A. Hart da separação positivista do direito e moral, que o recurso ao plano de fundo, em particular em certos princípios que carregam um caráter “moral”, dispõe de um recurso necessário para decisões jurídicas em casos que o primeiro plano é disputado ou indeterminado. O plano de fundo é, além disso, um recurso suficiente para encontrar a resposta certa de qualquer caso difícil. Os escritores dos EJC têm persistentemente afirmado que o plano de fundo é muito cindido por contradições, como ser capaz de suportar qualquer resultado em casos semelhantes, um ceticismo interno que vê o plano de fundo como inadequado para o tipo de utilização de Dworkin.

78

A descrição otimista de Dworkin defende que os elementos do plano de fundo de um sistema jurídico como o dos Estados Unidos são capazes de sustentar a carga pesada de determinado argumento que Dworkin atribui a eles em sua teoria do direito. Waldron contesta que a comparação com os EJC nos força a confrontar a questão de como juízes de fato realizam isto – como eles *de fato* escolhem dentre o corpo dispar de princípios e políticas que são indiscutivelmente enraizados em precedentes e textos jurídicos (2009, p. 159).

Primeiro Waldron observa que para responder a crítica dos EJC, Dworkin deve colocar considerável ênfase sobre o que pode apenas ser considerado como o lado “construtivo” do seu argumento. Em vez de dizer que o plano de fundo jurídico é claramente coerente, Dworkin, dada a força dos argumentos dos EJC de que isto é claramente incoerente, tem que afirmar que isto é capaz de ser *feito* coerente nas mãos de um intérprete suficientemente habilidoso. Porém, Waldron diz, “a resposta não pode estar aí. O construtivismo de Dworkin pode autorizar uma manipulação engenhosa e versátil dos materiais jurídicos existentes:

tomamos as partes do (frequentemente contraditório) plano de fundo que gostamos e aprovamos, e os utilizamos para adicionar algo como uma credibilidade doutrinária para as posições que estamos visando” (2009, p. 156). Tal manipulação é precisamente o que os EJC têm afirmado ser um convite aberto para preferências subjetivas.

Deste modo, argumenta Waldron, a concepção de Dworkin requer uma justificação a mais, uma que Dworkin custou a fornecer em “*Law’s Empire*”. Esta justificação é que os materiais de plano de fundo para os quais juízes apelam guardam fidelidade com “a rede de compromissos mútuos que nos tornam a comunidade que somos”. Apenas ao apelar para uma visão social ou comum mais ampla, Dworkin pode rejeitar os argumentos de um pragmatista puro, que irá de outro modo negar que nós deveríamos nos preocupar, em absoluto, com o plano de fundo, uma vez que o primeiro plano foi mostrado como sendo indeterminado, simplesmente criando o caso diretamente de qualquer coisa que seja provável promover o bem social:

Para refutar a posição pragmatista – que Dworkin reconhece ter que ser refutada para abrir espaço para sua concepção de direito como integridade – não é suficiente para mostrar que nós *podemos* elaborar algo coerente e atrativo do plano de fundo jurídico. O advogado Dworkiano precisar mostrar que nós *devemos* tentar elaborar algo coerente e atrativo do plano de fundo jurídico” (2009, p. 156).

Consequentemente, Dworkin cria um argumento estendendo em “*Laws Empire*” propondo a noção de que o objetivo da função judicial é guardar fidelidade com uma “comunidade de princípios”. Contudo, Waldron afirma que essa resposta ao pragmatista não se dirige verdadeiramente ao cerne da posição dos EJC, em sua versão mais fortemente articulada pelos es-

critores principais dos EJC. Quanto mais Dworkin insiste em adentrar criativamente no plano de fundo para guardar fidelidade com a comunidade de princípios, mais ele precisa confrontar ou ignorar argumentos de que o plano de fundo é cindido em inconsistências. Nas palavras de Waldron, “O construtivismo a que Dworkin apela, de modo a evitar a crítica dos EJC, consegue (se o faz) apenas ao custo de se desprender da ideia de que a comunidade é, em algum sentido, desde já comprometida com uma posição coerente e baseada em princípios que o advogado Dworkiano tem uma responsabilidade de trazer à luz” (2009, p. 156).³

Neste insight, Waldron conecta a dificuldade jurídica com a questão mais ampla da experiência da comunidade. Será argumentado abaixo que a tarefa construtiva na doutrina, destacada aqui por Waldron, traz uma importante relação com padrões ainda emergentes e ainda não expressados nas formalidades da linguagem jurídica. Exemplos podem ser prontamente buscados da literatura; notadamente, Edward Levi observa esse fenômeno

3 Waldron nota que muito do criticismo dos EJC ao Dworkin é superficial – que sua doutrina jurídica é “elitista”, e insuficientemente preocupada com “a privação e desvantagem na sociedade”. Mas existe ao menos uma linha de ataque a que Dworkin tem sido obrigado a responder. Roberto Unger e Duncan Kennedy têm forçado a noção de que o plano de fundo não tem apenas um autor, suas perspectivas diversas derivando de conflitos contínuos através da história do direito. Os princípios opostos encontrados no plano de fundo não são apenas tendências rivais, mas visões incompatíveis ou teorias do que nós devemos aos outros e à vida coletiva de nossa sociedade. Eles já estão comprometidos com um “pesar e ranquear” de valores diversos. “É fútil imaginar que moral e conflito prático darão margem a análises em termos de conceitos de alta instância”. A resposta de Dworkin a tais afirmações é de que a asserção de uma matriz de decisões enigmáticas com contradições é por si mesma desde já uma “interpretação” dos elementos do plano de fundo. Esta resposta funciona como algo maior em sua recente contribuição para o agora ampliado debate em *Justice for Hedgehogs* (2011).

Waldron traz que o advogado Dworkiano tem o ônus da prova de mostrar como advogados e juizes na verdade alcançam o objetivo da integridade. Eles precisam pegar e escolher dentre os elementos contraditórios, e descartar o resto. Mas isto destaca o perigo de dar uma licença a juizes vitalícios não votados para justificar suas preferências subjetivas em fundamentos morais.

(altamente relevante, como será visto, para *Henningsen v. Bloomfield Motors*) em seu “*Introduction to Legal Reasoning*” (1949), assim como Grant Gilmore em “*Death of Contract*” (1974).

Para sumarizar o que se disse acima, o ensaio de Waldron lança luzes sobre um modelo convencionalmente aceito de incerteza jurídica, compartilhado por Dworkin e os EJC e visto univocamente como estando fora de um primeiro plano determinado. Ele destacou a natureza construtiva do recurso ao plano de fundo, e o problema da subjetividade no apelo judicial a princípios gerais. Este artigo agora volta-se a um exame da incerteza jurídica e indaga se assunções básicas que são feitas criam o próprio dilema que parece insolúvel. Na seção seguinte, reviso a recente história da indeterminação jurídica desde o declínio do realismo jurídico.

81

A percepção da indeterminação no realismo jurídico, Hart, e EJC

O argumento em favor de um modelo diacrônico de incerteza jurídica, sugerido acima, requer revisitação, senão de fato reversão, de certas percepções que têm se fortalecido desde a influência de H. L. A. Hart sobre a doutrina jurídica conceitual. A figura contemporânea do “caso difícil”, estando fora de um primeiro plano de autoridades jurídicas determinadas, deveria ser entendido no contexto do lugar único de Hart na doutrina jurídica do século XX. Ao confinar a indeterminação jurídica aos “interstícios” entre significados verbais, Hart também a fez sincrônica com os textos jurídicos existentes — assim, fora de um primeiro plano contemporâneo.

O discurso convencional sustenta que um “formalismo” acrítico prevalente no século XIX foi balanceado por ataques de

realistas jurídicos sobre assunções não examinadas da determinação jurídica. Realismo jurídico foi ele próprio um movimento com diversidade, com vários autores se dirigindo à natureza da objetividade judicial, comportamento judicial e a natureza das fontes jurídicas. Como Andrew Altman observou em 1986, o criticismo do realismo jurídico à determinação do formalismo jurídico foi considerado em conjunto e caracterizado como “excessos” por Hart em seus escritos, incluindo *“The Concept of Law”* (Altman, 1985, p. 206; Hart, 1958, p. 607; 1961, p. 123).

Nestes comentários sobre o realismo jurídico, Hart reconhece que havia uma porção significativa de indeterminação no direito, mas argui que isto necessariamente ocupou uma zona periférica. O direito poderia ser conceitualizado como um sistema de regras, e existem alguns casos nos quais as regras não especificam claramente o resultado jurídico correto. Isto é devido à ineliminável textura aberta da linguagem não apenas jurídica, mas natural (a qual Hart retira de Frederick Waismann, 1945). Todos os termos gerais têm tanto um núcleo de significado quanto uma “penumbra”, ou uma extensão na qual há uma controvérsia insolúvel e incerta de qual termo se aplica a um caso específico.

Para Hart, esta extensão penumbral seria consideravelmente menor que a extensão do núcleo. Hart usou como um exemplo o termo “veículo”, como em uma proibição de “veículos no parque”; carrinhos de bebê cairiam inofensivos na “penumbra”. Para Hart, a natureza da indeterminação do direito é limitada a uma periferia fora de um sistema de regras que oferece resultados específicos na maioria dos casos. Mas Hart deu pouca atenção a demonstrar que o seu foi um relato completo e justo da crítica realista.

Assim, as contenções do realismo foram “domesticadas”, persuadindo muitos autores que seguiram Hart a afirmar que suas pretensões foram “transcendidas” (Altman, 1986). Dada a prevalência dessa atitude, não é surpresa que Dworkin deu pouca atenção aos realistas jurídicos. Enquanto os EJC iriam mais tarde enfatizar uma indeterminação “global” de um plano de fundo cindido com normas e princípios em contradição, os realistas focaram em uma incerteza “local”, a imediata ambiguidade de fato e regras alternativas no contexto de casos individuais.

Como Altman documentou em 1986, a percepção realista da dificuldade era bem mais profunda e mais pervasiva do que a caracterização de Hart. Primeiro, análises realistas perceberam um conjunto de regras relevante para a decisão em qualquer caso ajuizado. Em qualquer caso haviam dois ou mais pontos potenciais de dúvida devido à vagueza de regras. Segundo, muitos realistas rejeitaram a distinção entre *holding* e *dictum*. Enquanto “*holding*” referia-se aos fundamentos essenciais da decisão, a “*dicta*” facultativamente cobria comentário não essencial que poderia incluir pontos do direito não tratados como fundamentais ao resultado. A própria linha sugerida por esta distinção era virtualmente impossível para identificar, e, portanto, para propósitos práticos, vaga e variante. Assim, juízes escrevendo opiniões subsequentes não estariam adstritos por nenhuma percepção original do que era essencial (208-9).⁴

4 Hart reconhece que “Não há um método único de determinar a regra para a qual um dado precedente autorizado é uma autoridade”, mas ele adiciona que “não obstante, na vasta maioria de casos decididos, há pouquíssima dúvida. A nota principal declara apenas uma de um número de regras que poderia constituir o *holding*. Hart reconhece que os juízes reduzem e ampliam precedentes de modo que não há uma única formulação correta de uma extração de regras de casos, mas ele afirma um “acordo geral” com os resultados. A resposta realista a isso seria que existem ainda regras concorrentes a se escolher, e disso não se segue que o direito determina o resultado. (Altman, 1986, p. 210).

O realismo jurídico, enquanto focando em formas de dúvida e dificuldade, não adotou universalmente a indeterminação radical dos EJC. Ao ignorar a diversidade dos escritores realistas sobre incerteza jurídica, Hart e outros falharam em apreciar uma linha da literatura realista, ou talvez pós-realismo jurídico, que identifica uma forma de incerteza relacionada à investigação através do tempo (Levi, 1949). Essa forma de intratabilidade ocorre quando linhas concorrentes de precedente são aplicadas a novas formas de experiência. Como será demonstrado abaixo, a disputa é então vista não simplesmente de uma posição de um juiz em um caso, mas na natureza desta relação com uma *classe* de casos em curso – por exemplo, demandantes prejudicados por uma “instrumentalidade perigosa”, cobertos por uma garantia limitada adquirida, partes de um contrato “impossível”, e assim por diante.

84

Da perspectiva do espaço lógico entre linhas de autoridade através do tempo, em vez de ocupar espaço intersticial do texto em um momento definitivo, podemos imaginar um novo caso que não está “fora” de um discreto conjunto de regras ou corpo de doutrina jurídica, mas argumentativamente “dentro” ainda traçado em direções concorrentes, igualmente atraído em direção a duas (ou mais) linhas de precedente estabelecidos – por exemplo, se uma urna de café explodir ou um automóvel defeituoso é uma instrumentalidade perigosa, ou se a promessa de um presente é consideração suficiente para um contrato exequível (ver Gilmore, 1974, p. 19).

A influência de Hart e refutação subsequente de Dworkin ⁵ solidificaram a dominância de um modelo de primeiro plano/

5 Após Hart “domesticar” a tese realista da indeterminação, essencialmente esvazia sua insistência sobre a percepção de regras opostas (que Hart não se dirigiu totalmente), sua tese deixa amplo espaço para os argumentos de Ronald Dworkin sobre decisão baseada em princípios. Este não era novo para a doutrina; a rejeição realista do formalismo deixou espaço para

plano de fundo que Waldron destacou em 2009. Este modelo privilegia o investigador individual e ignora o processo em curso de classificação negociada por múltiplos investigadores. Um caso novo pode a princípio parecer indeterminado no contexto do precedente anterior. Como recorrente, é reconhecido como uma nova situação, comparada e definida, e eventualmente clarificada em relação a padrões anteriores de decisão. A próxima seção examina o processo e o papel de juízes, princípios e comunidade no que Waldron corretamente destaca como um empenhimento experimental, embora teste, e “construtivo”.

A percepção da indeterminação em um contexto de classificação

O ensaio de Waldron propõe que talvez não haja resolução em nível abstrato do desentendimento entre EJC e Dworkin. Dado o plano de fundo de modelo pós-Hart de incerteza, podemos olhar em vez disso para a própria natureza da incerteza jurídica. O ensaio clássico de Edward Levi sobre a história das “instrumentalidades perigosas” retrata a construção social de um princípio jurídico, e mostra além disso o quão experimental e de tentativa é o processo, frequentemente um período prolongado de muitos anos, de fato remontando a um século em um caso de responsabilidade por dano de um objeto de perigo iminente, eventualmente aplicado ao automóvel.

A narrativa de Levi é longa e complexa. Para simplificar o processo, irei adaptar um exemplo histórico,⁶ como um pre-

um argumento sincrônico similar em “balanceamento de princípios” de Herbert Wechsler; Dworkin pode ser visto como herdeiro para a busca de Wechsler por princípios “neutros”. (ver Altman, 1986, 212).

6 Meu exemplo é baseado em um caso inglês de 1866, *Beadel v. Perry*, primeiro citado por Holmes em sua edição de *Kent's Commentaries on American Law* e depois desenvolvido em “*The*

cursor necessário para reavaliar o argumento de Dworkin sobre *Riggs*, o caso do legatário assassino, e *Henningsen*, o caso da garantia automobilística limitada. Imagine uma nova jurisdição de Common Law com mínima regulação ou códigos. Casos surgem envolvendo proprietários confinantes, alguns dos quais preferem espaços abertos, e outros privacidade. Muitos dos últimos preferem muros e estruturas próximas de seus limites, e em virtude de não haver códigos estruturantes ou demarcadores eles são limitados apenas por suas vontades e desejos. Processos são trazidos por demandantes confinantes alegando violação de seus direitos naturais à luz e ao ar por estas estruturas e muros limitantes dos vizinhos. Processos de júri são garantidos, e os construtores de muros contestam com o seu direito de livre gozo da propriedade privada.

86

Muitos destes casos são submetidos ao júri, e alguns são julgados por distrito e juízes de cortes superiores. Eles são decididos inteiramente em seus fatos particulares, e isso é refletido nos documentos da corte, imprensa local, e opiniões judiciais. Alguns casos envolvem estruturas e muros altos, outros baixos, alguns de madeira, outros pedra, alguns são esteticamente agradáveis, outros feios, e assim por diante—omas alguns acham os resultados insatisfatórios e apelam à Suprema Corte regional.

Essa Corte revisa os julgamentos iniciais em sua regularidade processual, para assegurar-se de que os fatos dão suporte à decisão. Assim, se a corte do processo julgar que não havia bloqueio substancial da luz e ar, e a decisão também assim considerava, o julgamento é confirmado; e vice-versa. Certas alegações são consideradas irrelevantes, tais como se a estrutura é de madeira ou pedra, aprazível ou feia.

Theory of Torts” (1873), onde sua referência ao longo da vida a juízes “demarcando linhas” entre precedentes opostos em casos difíceis parece ter se originado. Ver Kellogg, 2007, p. 32.

Eventualmente os advogados especializados em casos de limitadores criam argumentos trazidos do crescente histórico. Previsivelmente, os advogados focam na altura do muro e na distância do limite comum, citando estas dimensões nos casos em que dão suporte a seus clientes. Enquanto isso, proprietários de terras engajados em uma nova construção, cientes do desenvolvimento das decisões da corte, ajustam suas expectativas e se absteriam de construir em desacordo com certas alturas genericamente vistas como excessivas próximo de divisas de propriedade. Revendo os casos ao passar do tempo, os advogados, e eventualmente juízes, concluem que há uma relação crítica refletida nos padrões de julgamentos: muros que excedem uma certa relação de altura para a distância do limite são progressivamente considerados como violadores do direito à luz e ar dos proprietários confinantes.

87

Isto leva a uma regra de direito. Após muitos anos de consideração de vários outros fatores, a Suprema Corte eventualmente decide *en banc*, com uma opinião no mais importante (hipoteticamente) caso do *Feather v. Stone*, que uma particular relação de altura e distância “respeita o direito fundamental da liberdade de um proprietário de usar e gozar de sua própria terra, conquanto preserve o acesso de seu vizinho a beleza e brisa”. Daqui em diante a relação de altura e distância é um “porto seguro”, e qualquer muro construído de acordo está na legalidade. Com esta decisão observada (e adequadamente “baseada em princípios”), a controversa disputa da delimitação do muro é considerada resolvida.

Como isto sugere, no estágio inicial de litigância de uma nova classe de casos, há um ambiente que podemos chamar indeterminação. Uso e gozo da propriedade privada implica dois direitos em oposição, acesso a luz e ar e liberdade de uso. Sen-

do completamente geral e a princípio sem um corpo de precedentes, os dois direitos asseguram jurisdição aos casos sobre a limites de muros, mas não dão nenhuma orientação específica. Os processos iniciais eram decididos com base em fatos particulares; sobre o que parece justo a quem examine os fatos, seja júri ou juiz. Dois corpos de precedentes cresceram, um confirmando e outro indeferindo muro e estruturas. Esses casos eram relativamente fáceis, tal como onde um muro alto é construído sem acordo justo contra a fronteira adjunta de propriedades. Mas alguns casos eram duramente próximos, as dimensões próximas a um ainda emergente consenso.

Os casos rigorosamente balanceados sobre os fatos são sempre os mais difíceis de decidir. Por isso observo que os fatos podem parecer balanceados entre dois “direitos” em oposição, assim como de linhas de decisão, sem nenhuma regra judicial (ou legislativa) – ainda – para avaliá-los. Ao tempo em que *Feather v. Stone* (onde os fatos aparentavam perfeito balanceamento) alcançou a alta corte, havia uma aparência de ambos os tipos de indeterminação, local e global; *local* pois os advogados poderiam citar os corpos de precedentes em oposição permitindo e removendo estruturas, e *global* por que poderiam igualmente argumentar a partir dos direitos globais em oposição de livre fruição da propriedade privada e a preservação de valores ambientais.

Para os juízes individuais, o caso próximo pode ter parecido indeterminado. Para o sistema judicial, era um estágio de investigação, sua resolução dependendo de muitos fatores levando ao eventual princípio jurídico dominante, de onde a eventual “linha” jurídica é trazida. Como Levi relata (1949) isto incluiu práticas ajustadas e percepções públicas, traduzidas pelo conselho em argumentos jurídicos para e contra o prospecto de respon-

sabilidade. Tal é o processo de “construção” destacado pela crítica de Waldron a Dworkin. Não é o super-juiz hércules que deve encontrar a resposta. Júris e juízes importam noções prevalentes de justiça, prática e tecnologia das partes engajadas nas próprias disputas que criam a aparência de indeterminação. A construção toma lugar dentro de um contexto de preocupação com valores básicos que parecem estar em conflito. Ainda assim, o conflito percebido de valores básicos não mina ou deslegitima o direito. Valores em conflito podem parecer “incomensuráveis” no sentido mais amplo, no entanto podem ser mensurados na aplicação.

Outro olhar sobre Riggs e Henningsen

Como isto difere dos casos de *Riggs* e de *Henningsen*? Os casos sobre limites por muros implicam em uma classe de disputas em curso ao longo do tempo, o que não acontece com o caso do testador-assassino de *Riggs*. *Riggs v. Palmer* envolve o que pode ser considerado como uma situação notadamente insólita. O testador, Francis Palmer, deixou pequenos legados para suas duas filhas e um imóvel para sua esposa, com o remanescente (o principal legado) a seu neto adolescente, Elmer Riggs. O último, então vivendo com seu avô e ciente de que a herança estava sob reconsideração, envenenou seu próprio avô para reter e efetivar a herança.

Após primeiro examinar a história legislativa do estatuto do testamento e determinar que não era decisivo, a corte usou a formulação em quatro partes: “a ninguém deve ser permitido lucrar por sua própria fraude, ou ter vantagem de seu próprio erro, ou fundar qualquer alegação sobre sua própria iniquidade, ou adquirir propriedade por seu próprio crime”, descrevendo suas proposições como “máximas da Common Law”.

A corte também citou uma linha de autoridade para um “princípio” em oposição – a decisão da Suprema Corte dos E.U.A. em *New York Life Insurance Company v. Armstrong* (117, U.S., p. 591). Nele foi decidido que a pessoa que obteve uma apólice sobre a vida de outrem, pagável quando de seu falecimento, e depois matou o assegurado para tornar a apólice pagável, não poderia receber. *Riggs* não é, estritamente, um caso fora do primeiro plano; a linha do *Mútuo* poderia ser estendida a testamentos.

No entanto, diferente de fraude de seguro, morte de testador é rara. Não se apresentou às cortes com um problema em curso, como limites de muros, como prejuízos de uma “instrumentalidade perigosa”. Como pareceria se os fatos de *Riggs* estivessem em equilíbrio entre duas linhas de autoridade em oposição? Assuma ilustrativamente que o mesmo caso surgiu, porém com um testamento prevendo “Eu reconheço que meu querido neto Elmer foi órfão aos 3 anos e obrigado a crescer em circunstâncias desesperada, e apesar de sua natureza mercurial e propensão a ter problemas com a lei, deixo para ele a soma de \$ 500 para ajudar com os custos da educação reabilitadora”. Neste exemplo, o direito consolidado dos testamentos iria provavelmente prevalecer. Elmer é ainda culpado por procurar lucrar de seu próprio erro, o princípio de Dworkin ainda se aplica, mas o caso iria por outro caminho.

Agora considere fatos que ocupam o espaço comum – em uma sociedade repleta de pessoas de mau caráter envenenando seus benfeitores. Nos casos mais difíceis, as heranças são superiores a \$ 500, a linguagem apenas vagamente reconhece a maldade do caráter. O próprio *Riggs*, em relação aos fatos isoladamente, foi um caso fácil.

Henningsen v. Bloomfield Motors, decidido em 1960, também desempenhou uma parte chave do argumento de Dworkin. Nele,

a generalização baseada em princípio surgiu a partir de uma história de incerteza factualmente balanceada. Em sua refutação de 1967 à Hart, reimpressa em *“Taking Rights Seriously”*, Dworkin remove *Henningsen* de sua história; ele registra que o caso decidiu “a questão importante de se (ou o quanto) uma fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso de um automóvel defeituoso. O demandante Henningsen tinha comprado um carro, e assinou um contrato que dizia que a responsabilidade da fabricante por defeitos era limitada a “consertar partes defeituosas”. Henningsen argumentou que “a fábrica não deve ser protegida por esta limitação”, mas “não foi capaz de apontar para qualquer lei, ou qualquer regra de direito estabelecida, que impedisse que a fabricante de seguir o contrato. A corte, não obstante, concordou com Henningsen”.

Este relato deu suporte às afirmações de Dworkin de que o caso foi decidido de acordo com o princípio “que as cortes não irão permitir serem usadas como instrumento de inequidade e injustiça”. Mas Dworkin omite que se tratava de um júri que inicialmente “concordou com Henningsen”. O caso sofreu apelo do veredito do júri de responsabilidade da fabricante. Na apelação, as duas questões eram de se a garantia expressa estava vigente, e de se uma garantia implícita havia para além da prevista expressamente. Dirigindo-se à garantia implícita primeiro, a corte do apelo disse “decidimos que sob as condições do marketing moderno, quando uma fabricante coloca um novo automóvel no fluxo do mercado e promove sua compra pelo público, uma garantia implícita de que é razoavelmente adequado para uso como tal acompanha-o às mãos do último comprador. Ausência de intermediação entre a fabricante e o distribuidor que realiza a última venda é imaterial”.

Essa questão chave, de responsabilidade por dano advindo de um automóvel defeituoso a um interessado distante, é precisamente aquele que, de acordo com Levi, levou um século para ser resolvido na famosa opinião do juiz Cardozo em *MacPherson v. Buick* (1916). Como Levi explica, “o mecanismo da argumentação jurídica não deveria ser ocultada por sua pretensão”.⁷ Traçando a história até *Dixon v. Bell* em 1816, Levi identifica três fases. Na primeira, as cortes reconhecem a necessidade de uma abordagem comum para recuperação por uma parte prejudicada por um objeto não adquirido diretamente do fabricante — a arma carregada em *Dixon*. Na segunda, uma classificação plausível é testada, o conceito de um objeto “inerentemente perigoso”, declarado em *Longmeid v. Holliday* (1857). Estes casos começaram com veneno mal rotulado e acabaram com um automóvel defeituoso. Como nas hipotéticas decisões delimitantes, uma linha deve ser traçada incluindo alguns casos (o veneno) e excluindo outros (uma lampa defeituosa, uma carruagem pré-automotiva). “Durante este tempo também”, nota Levi, “há a tentativa inevitável de elevar-se sobre os casos e encontrar alguma grande regra to-

92

7 A pretensão é: que o direito é um sistema de regras conhecidas aplicadas por um juiz; a pretensão tem estado há muito sob ataque. Em um sentido importante regras jurídicas nunca são claras, e, se uma regra tivesse de ser clara antes de poder ser imposta, a sociedade seria impossível. O mecanismo aceita as diferenças de visão e ambiguidades das palavras. Permite a participação da comunidade para resolver a ambiguidade ao possibilitar um fórum para a discussão de políticas na lacuna da ambiguidade... O mecanismo é indispensável à paz na comunidade. (1949, 1, nota de rodapé omitida). Levi nota que “mudança nas regras é a qualidade dinâmica indispensável ao direito. Isto ocorre porque o escopo do Estado de Direito, e portanto seu significado, depende de uma determinação de quais fatos serão considerados similares àqueles presentes quando a regra for inicialmente anunciada. A busca da similaridade ou diferença é o passo chave no processo jurídico”. A existência de certos fatos em comum traz à baila a regra geral. Se isto é realmente argumentação, então pelos padrões comuns, pensar em termos de sistemas fechados, é imperfeito a menos que uma regra geral tenha anunciado que esta similaridade comum e verificável deve ser decisiva. Mas uma tal regra que fixe prioridade não existe... assim parece que o tipo de argumentação envolvida no processo jurídico é uma que a classificação muda a medida em que a classificação é feita.

talizante” (o princípio do juiz Brett de “dever do cuidado básico” em *Heaven v. Pender*, 1883). Esse esforço hercúleo é ultrapassado pela última experiência.

Na terceira fase, o conceito de perigo inerente é abandonado em favor da noção de perigo iminente.⁸ A regra é declarada em *MacPherson v. Buick* pelo juiz Cardozo como segue: “se a natureza de uma coisa é tal que é razoavelmente certo colocar a vida e membro em perigo, quando feita negligentemente, é então uma coisa perigosa... [mas] deve existir um reconhecimento de um perigo não meramente possível, mas provável”. Tudo isso falta no relato de Dworkin. O direito já garante o automóvel para prestar contas, independentemente de sua relação com o vendedor. A verdadeira dificuldade era acabou após *MacPherson*, apesar de ter levado 100 anos.⁹

8 Como Levi descreve o processo,

Argumentar por exemplo mostra um papel decisivo que as ideias comuns da sociedade e as distinções feitas por especialistas podem ter ao conformar o direito. O movimento de conceitos comuns e especializados dentro do direito pode ser acompanhado. O conceito é proposto em argumento da diferença ou similaridade em um resumo, mas não ganha aprovação da corte. A ideia conquista espaço na sociedade. É novamente proposta à corte. A corte desta vez reinterpreta o caso anterior e ao fazê-lo adota a ideia rejeitada. Nos casos subsequentes, a ideia ganha mais definição e é vinculada a outras ideias que tiveram aceitação das cortes. Agora não é mais a ideia que era comumente entendida na sociedade. Modificou-se em casos subsequentes. Ideias inicialmente rejeitadas mas que gradualmente ganharam aceitação agora trazem o que se tornou uma categoria jurídica do sistema ou se convertem em algo que pode ser seu oposto. O processo é um que as ideias da comunidade e ciências sociais, seja correto ou não, enquanto ganham aceitação na sociedade, controla as decisões jurídicas. Ideias equivocadas, claro, desempenharam uma enorme parte na conformação do direito. Uma ideia, adotada pela corte, está em uma posição superior para influenciar a conduta e opinião da comunidade; juizes, tudo considerado, são criadores de regras. E a adoção de uma ideia por uma corte reflete a poderosa estrutura da comunidade. Mas argumentar através de exemplo vai operar na mudança da ideia após ela ter sido adotada. (1949, p. 5-6).

9 Levi descreve a Common Law com um “sistema de classificação em movimento” que “requer a apresentação de exemplos concorrentes”. Ao fazer isto, os litigantes “participam da criação do direito... eles são vinculados a algo que ajudaram a criar. Ainda mais, os exemplos ou analogias levantadas pelas partes trazem ao direito as ideias comuns da sociedade. As ideias tiveram seu dia na corte, e terão seu dia novamente. Isto é o que torna a audiência justa, mais do que qualquer ideia de que o juiz é completamente imparcial, pois é claro que ele não pode

Comentários e conclusão

Sou grato ao grupo de pesquisa de Teoria do Direito por seus recentes comentários úteis neste artigo em construção.¹⁰ O comentário envolve principalmente a seguinte questão: Quais são as implicações normativas do então chamado “modelo diacrônico” da incerteza jurídica e, em particular, o que indica a uma corte onde um caso se encontra nos estágios de uma controvérsia mais ampla, e o que guia a decisão judicial no estágio inicial como oposto ao estágio final?

Dirigi-me a esta questão em meu livro sobre o juiz Oliver Wendell Holmes Jr., cuja abordagem influenciou meu relato “diacrônico” da incerteza jurídica (ver Kellogg, 2007, 76-79). A primeira referência de Holmes para tal modelo ocorreu em 1873 em seu ensaio “A Teoria dos Danos”, onde ele descreve o crescimento do direito como envolvendo negociação entre analogias concorrentes. Ele cita um exemplo similar a disputa delimitadora imaginada acima, onde o direito de construir estruturas compromete a luz e o ar de um vizinho. Casos iniciais são decididos sobre fundamentos particulares, sem sopesar os princípios concorrentes, mas, antes, os fatos relevantes. Com o passar do tempo, as cortes podem, se a questão não é resolvida pela legislação, alcançar uma solução geral.

Aplicado a Suprema Corte dos Estados Unidos, Cass Sunstein tem escrito isto como um caminho “minimalista”, que “não sempre, mas normalmente” faz sentido “*quando a Corte está li-*

ser completamente”. Ele aponta que há “um requisito adicional que compele o processo a ser dessa forma. Não apenas novas situações surgem, mas adicionalmente as vontades das pessoas mudam. As categorias usadas no processo jurídico devem ser mantidas ambíguas de modo a permitir a infusão de novas ideias.” (1949, p. 4-5).

10 Gostaria de reconhecer e agradecer o grupo de pesquisa de Teoria do Direito da Edinburgh Law School, em particular a Claudio Michelon, Paulo Sandro, Martin Kelly, Luis Duarte d’Almeida, Tom Campbell e Kevin Walton, por seus comentários desafiadores e úteis.

dando com uma questão constitucional de alta complexidade sobre a qual muitas pessoas se sensibilizam profundamente e sobre a qual a nação está dividida (*em fundamentos morais ou outros*)” (Sunstein, 1999, *itálicos originais*).

Em *Vegelahn v. Guntner* (1896) e *Plant v. Woods* (1900), Holmes divergiu duas vezes de seus pares na Suprema Corte Judicial de Massachusetts sobre a questão de se piquetes organizados fora da empresa comercial era juridicamente válida no direito estadual. Piquetes trabalhistas eram uma nova questão jurídica no final do século XIX, caracteristicamente um caso “difícil”, no sentido diacrônico que busquei retratar. Em *Vegelahn* a maioria fundamentou sua decisão em um princípio moral amplo: piquetes violavam o direito do livre contrato protegido pela Constituição de Massachusetts. Divergindo do apelo a um princípio abrangente, Holmes, no ínterim, foi capaz de persuadir a maioria de que a abordagem apropriada era uma mais minimalista, que eles aplicaram em *Plant*. Holmes novamente divergiu, mas abriu com o comentário “Muito para minha satisfação, se posso dizer, a Corte entendeu devido adotar o modo de abordar a questão que acredito ser o correto”. (Kellogg, 2007, p. 129-131).

Estava claro na discussão do grupo de pesquisa de Teoria do Direito que esta questão está no cerne do argumento sobre como casos difíceis são percebidos e decididos. Várias implicações imbricadas foram levantadas, e espero dirigir-me a elas em um artigo futuro. No entanto, o ponto aqui tem sido propor uma contraposição ao modelo “sincrônico” de incerteza jurídica compartilhado pelos EJC e Dworkin, vendo incerteza como um posicionamento algorítmico fora do que Waldron denominou um contemporâneo “primeiro plano” de textos e regras claras. É significativo que a visão sincrônica tenha se cristalizado no surgimento de “*The Concept of Law*” (1961) de H. L. A. Hart.

O modelo sincrônico ignora o posicionamento de casos em uma relação diacrônica com disputas judiciais em curso e problemas sociais, tais como piquete trabalhista no fim do século XIX ou suicídio assistido no fim do século XX, onde a resolução por princípio pode ser prematura por depender de mais experiências. Eu sustento que o papel interpretativo de juízes em tais casos é variavelmente compartilhado com a comunidade como um todo, e que eles devem exercer adequadamente uma contenção minimalista em um estágio exploratório de controvérsias em curso.

Espero ter elucidado uma perspectiva que reconhece o perigo implícito em qualquer aprovação generalizada do “uso judicial de princípios”. Repetidamente falada por Holmes, é a influência da ideologia e subjetividade na aplicação judicial de princípios morais.

96

Referências

ALTMAN, Andrew. *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*. In: *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, no. 3, 1986. p. 205-35.

_____. *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, MA & London: The Belknap Press of Harvard University, 1986.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA & London: The Belknap Press of Harvard University, 2011.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974.

HART, H.L.A. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. In: 71 Harv. L. Rev., 1958. p. 593-607.

———. *The Concept of Law*. Oxford: The Clarendon Press, 1961.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. “The Theory of Torts.” 7 American L. Rev., 1873. p. 652.

KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LEVI, Edward H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago & London: Chicago University Press, 1949.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1999.

WAISMANN, Frederick. “Verifiability.” In Antony Flew, ed., *Logic and Language*, First Series (1951). Oxford: Basil Blackwell, 1945.

WALDRON, Jeremy. “Did Dworkin Ever Answer the Critics?” in Scott Hershovitz, ed., *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2009.

CAPÍTULO IV

Teoria jurídica no limite: uma análise dos Estudos Jurídicos Críticos de Andrew Altman – uma crítica liberal¹

A análise detalhada de Andrew Altman² do movimento Estudos Jurídicos Críticos (EJC) é o primeiro esforço de avaliação exaustiva dos EJC por um filósofo profissional, embora um com uma inclinação em direção à tradição liberal da teoria jurídica. Altman acompanha a doutrina dos Estudos Jurídicos Críticos de perto desde 1983. Ele leva a sério o desafio dos EJC à corrente jurídica liberal e lamenta a surpreendente escassez de diálogo entre escritores dos EJC e defensores contemporâneos do liberalismo como John Rawls e Ronald Dworkin. Altman oferece um mapa excelente para o terreno variegado da corrente dos EJC, facilmente o melhor disponível para pessoas leigas. Finalmen-

99

¹ Minhas escusas a Andrew Altman pelas citações necessariamente selecionadas de seu livro. Maiores elucidações sobre a perspectiva deste crítico podem ser encontradas em *Legal Scholarship in Temple of Doom: pragmatism's response to critical legal studies*, 65 Tul. L. Ver. 15 (1990)

² A. B. 1972, Ph.D. 1977, Columbia University, Associate Professor of Philosophy, George Washington University.

te, ao aprimorá-lo contra os críticos mais agudos, Altman ajuda-nos a acessar o dilema da corrente da teoria jurídica liberal.

Os Estudos Jurídicos Críticos iniciaram em meados dos anos 70. Seus expoentes iniciais congregados largamente na faculdade da Escola de direito de Harvard, uma situação que levaria mais tarde a batalhas muito mais divulgadas sobre nomeações e outras políticas da faculdade. Conquanto possam ter perdido a maioria dessas batalhas, teóricos dos EJC logo colocaram liberais complacentes em toda parte na defensiva por demonstrações hábeis de que muito da doutrina liberal é repleto de inconsistência. Enquanto isso, os maiores defensores da ortodoxia liberal como Dworkin secamente dispensaram os argumentos dos EJC como “fracassos embaraçosos e espetaculares”.³

100

Enquanto atacava vigorosamente nas trincheiras, os EJC escolheram ignorar os grandes teóricos liberais, mostrando uma passageira desconsideração por aqueles como Dworkin e Rawls. Rawls, conclui Elizabeth Mensch, “um pouco caprichosamente, simplesmente ressuscitou a teoria do contrato social do século XVII”,⁴ enquanto Dworkin “simplesmente oscila entre uma confiança implícita na teoria do direito natural e confiança na legitimidade inerente da tradição liberal”.⁵ Altman não é facilmente demovido por esta ausência desdenhosa de diálogo. Tendo absorvido vasta quantidade tanto da literatura dos EJC quanto liberal, ele articula argumentos e estratégias opostos ponto por ponto.

O ponto da questão jaz, afirma Altman, no desafio dos EJC a “um princípio central para o pensamento jurídico liberal – o

3 R. Dworkin, *Law's Empire* 274 (1986).

4 Mensch, *The history of mainstream legal thought*, em *The Politics of Law* 18-19 ((D. Kairys ed. 1982).

5 Id.

Estado de Direito” (p. 9-10). Embora escritores dos EJC dissintam sobre matérias importantes, “a conexão central dos EJC é que o Estado de Direito é um mito” (p. 10). Contra isto, Altman avalia o background filosófico do Estado de Direito, baseado em Platão e Aristóteles, desenvolvido por Locke e Bentham, e recentemente definido por H. L. A. Hart, John Rawls, e Ronald Dworkin (p. 25-26).

Existem três eixos principais no ataque dos EJC. O primeiro afirma que o Estado de Direito não é possível em uma sociedade que adota um conceito liberal de liberdade individual. O pluralismo implicado de visões políticas e morais fundamentalmente incompatíveis infecta modos de ordem tanto quanto de conflitos. Assim, a existência de argumentação *jurídica* presumivelmente pura, autônoma em relação a escolha política e ética, é impossível.⁶

101

O segundo eixo desdobra-se por sobre a afirmação de que as doutrinas jurídicas das sociedades liberais contemporâneas são crivadas de contradições. Todo princípio jurídico é oposto por um outro, em todo contexto fático. Juízes secretamente apoiam-se em considerações morais e políticas ao decidir qual das normas jurídicas incompatíveis eles basearão suas decisões. Como um escritor dos EJC coloca: “[A] teoria jurídica tradicional requer uma grande quantidade de determinação como uma premissa fundamental do Estado de direito. Nosso sistema jurídico, entretanto, nunca satisfaz esse objetivo”.⁷ Esses dois primeiros eixos suportam a tese dos EJC de que a própria ideia de Estado de Direito serve para perpetuar relações ilegítimas de poder. Expor

6 Ver genericamente Kennedy, *Legal Education as Training for Hierarchy*, em *The Politics of Law* 47 (D. Kairys ed. 1982); Klare, *The Law School Curriculum in the 1980s: What's left?* 32 *J. Legal Educ.* 340 (1982).

7 Singer, *The Player and the Cords: Nihilism and legal theory*, 94, *Yale L. J.* 13 (1984).

a falsidade desta ideia é parte da estratégia dos EJC designada a minar tais relações.⁸

O terceiro eixo ataca a noção de que o direito não é sequer capaz de constranger o exercício do poder social e político. Direito é um artefato, uma criação humana; considerá-lo como uma força independente controlando aqueles que o criaram e sustentaram é similar a fetichismo ou superstição. Enquanto o pensamento jurídico liberal passou a aceitar a premissa de que direito, e de fato a noção de “sociedade”, são artefatos humanos em vez de expressões de uma ordem natural subjacente, “ninguém”, diz o teórico dos EJC Roberto Unger, “nunca teve a ideia da sociedade como um artefato radicalmente”.⁹

Em meio a tais desconfianças acerca do direito e da doutrina liberal convencional, alguém poderia esperar uma tensão de preocupação sobre o grau de envolvimento de cortes e advogados na vida Americana. Contudo, os EJC são geralmente muito comprometidos com o ativismo jurídico, através de artigos em revistas jurídicas senão em processos, e busca expandir a liberdade de advogados para elaborar argumentos políticos. Os EJC tomam a posição de que razões prevalentes para a contenção judicial são simplesmente parte do corpo de princípios em oposição que servem aos interesses daqueles no poder. Eles deveriam ser abandonados para emancipar os argumentos jurídicos dos desprovidos de poder. Enquanto isso, escolas conservadoras foram surpreendentemente silentes sobre a quebra entre liberalismo e os EJC, e falharam em explorar o descrédito que isto poderia lançar ao ativismo judicial generalizadamente.

8 Ver, e. g., Mensch, *supra* nota 26, at 5-6.

9 R. Unger, *Social Theory: its situation and its task* 1 (1987).

Altman é cuidadoso em apontar que os escritores dos EJC não rejeitam totalmente os valores liberais. Unger afirma que liberdades individuais devem ser valorizadas e preservadas (p. 17). Mas há outros aspectos da vida humana para os quais a teoria liberal não conta adequadamente, tais como comunidade e solidariedade (p. 18). Para Mark Tushnet, outro pensador de referência dos EJC, é à tradição civil republicana que o liberalismo falha em prestigiar: “[A]ssim como a tradição republicana corretamente enfatiza nossa dependência mútua, a tradição liberal corretamente enfatiza nossa individualidade e as ameaças que impomos uns aos outros”.¹⁰ Ao desmistificar o direito, teóricos dos EJC buscam expor e corrigir a exclusão percebida, ou *desempoderamento*, de muitos segmentos da sociedade moderna; de fato, Unger descreve sua visão geral como uma “democracia empoderada”.¹¹

Altman discerne conflitos importantes dentro dos EJC, o principal dentre eles a divisão entre teóricos moderados e radicais (p. 18-21). Radicais geralmente subscrevem-se em uma visão “desconstrutivista” de significados de termos jurídicos, sustentando que não há estrutura objetiva, que termos jurídicos não tem estabilidade ou significados fixos, mas são “recipientes vazios” nos quais advogados e juízes podem colocar qualquer sentido que sirva seus propósitos. Tushnet, um radical, coloca deste modo:

Os materiais da doutrina jurídica são quase ilimitados, e as técnicas aceitáveis de argumentação jurídica – distinguindo na base de fatos, fazendo analogia com outras áreas do direito onde problemas cognatos surgem – são tão flexíveis que eles nos permitem juntar precedentes diversos em qualquer padrão que escolhermos.¹²

10 M. Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* 23 (1988).

11 Ver de modo geral R. Unger, *False Necessity* (1987).

12 M. Tushnet, *supra* nota 32, at 191-92.

Altman afirma que esta abordagem se baseia em premissas falhas e indefensáveis em relação a linguagem e realidade social (p. 20).

Ele associa o radicalismo dos EJC com o “ceticismo de regras” dos primeiros realistas jurídicos, a visão de Jerome Frank e Karl Llewellyn de que regras e precedentes são “meramente palavras” sem força vinculadora (p. 153) Altman reconhece que ceticismo de regras, levado ao extremo, tornaria o Estado de Direito impossível: “pessoas sempre iriam governar; o direito nunca poderia. Nossa fé no direito como uma proteção contra um poder arrogante seria infundada” (p. 153). Como Tushnet conclui: “[S]e os realistas estivessem certos, nada ficaria entre nós e o abismo no qual os fortes dominam os fracos, enquanto que o direito, que liberais pensaram ser nosso guardião, oferece apenas a ilusão de proteção”.¹³

104

Esta visão se funda sobre a posição existencialistas de que não há nenhuma instituição social ou regras que tem o poder para controlar o pensamento, ação e escolha individual. O futuro social está inteiramente aberto, inteiramente livre do controle do passado social. Radicais dos EJC são forçados a duas disputas para dar suporte a esta afirmação: 1] que nossa crença comum na “estrutura” social capaz de controlar o comportamento individual é uma auto-ilusão para nos aliviar da ansiedade de reconhecer a abertura do futuro, e 2] que não apenas regras jurídicas, mas todas as regras e normas de qualquer tipo, são vazias de qualquer poder coativo inerente (pp. 149-55).

O que garante a crença dos EJC de que a “ideia” do Estado de Direito pode manter relações ilegítimas de poder? Altman argumenta que o ceticismo de regras radical derrota a possibili-

¹³ Tushnet, *Critical Legal Studies and Constitutional Law: an essay in deconstruction*, 26 stan. L. Rev. 625 (1984).

dade de indivíduos controlarem outros indivíduos: “nada torna impossível que escravos se revoltam, que trabalhadores se rebelem, que os oprimidos se insurjam” (p. 178). Os EJC responderiam que que não é nada maior ou menor que a ameaça de um real constrangimento por aqueles que detêm as armas da coação estatal. A questão de se as regras são mais do que palavras então deve voltar-se a se as ameaças de constrangimento devem ser sentidas em todas as instâncias de obediência a elas.

Altman reconhece que não há evidência de uma “força” oculta unindo a sociedade a suas leis e regras, mas isto não demonstra que regras enquanto regras não podem exercer nenhum constrangimento em absoluto. “O fato de que tais regras podem ser jogadas no lixo a qualquer momento não mostra que elas não exercem nenhum controle, apenas que o controle não é total” (p. 178). O mecanismo real que ele sugere estar em funcionamento tem aversão ao criticismo:

Na medida em que o agente temido do criticismo é justo qualquer um na população, a experiência é de constrangimento pelas regras mais do que a indivíduos específicos. Isto é, na medida em que eu faço X de modo a evitar o criticismo não de apenas uma pessoa em particular, mas justo de qualquer um que possa saber a respeito, eu tenho uma experiência de constrangimento por regras (p. 180)

Podemos ter a expectativa de que os radicais dos EJC responderiam a este argumento afirmando que tal medo é parte da tirania das relações ilegítimas de poder que os EJC buscam expor.

Pode ser muito simplista que a questão entre a ala radial dos EJC e o liberalismo jurídico, pois, reduza-se a se regras existem por medo da prisão ou má publicidade. No entanto, ambos os campos assumem que regras são integralmente constructos prá-

ticos, diferindo apenas em se elas podem ser justificadas como tais. E ambos os campos assumem um papel bem mais importante para advogados que, por exemplo, Learned Hand, que em 1944 disse algo muito similar ao comentário de Tushnet sobre o Realismo: “A liberdade está no coração de homens e mulheres; quando morre aí, nenhuma constituição, nenhum direito, nenhuma corte pode fazer muito para mudar isto. Enquanto que quando está lá, não precisa de nenhuma constituição, nenhuma corte, nenhum direito para salvá-la”.¹⁴

O tratamento de Altman para a corrente moderada dos EJC é mais revelador da originalidade dos escritores dos EJC, e em última análise dos argumentos atuais para a doutrina liberal. A posição moderada sustenta que os termos jurídicos de fato têm um cerne sedimentado de sentido, mas que as interpretações requeridas para decidir casos são inescapavelmente vinculadas a crenças políticas e morais individuais (p. 19). Nosso direito de fato tem uma estrutura objetiva, mas deriva de uma perspectiva ética particular, temporal e inadequada. Unger, o “moderado” principal, disse:

A nação, no momento Lycurgan de sua história, optou por um tipo particular de sociedade: um compromisso com a república democrática e com o sistema de mercado como uma parte necessária desta república. O povo pode ter escolhido algum outro tipo de organização social. Mas ao escolher este, ao escolher isto por exemplo em vez de uma aristocracia e política corporativista no modelo europeu antigo, elas também escolheram a estrutura institucional definida legalmente que viria junto.¹⁵

¹⁴ Hand, *The spirit of Liberty*, em *The Spirit of Liberty: papers and addresses of Learned Hand* 144 (I. Dilliard ed. 1959).

¹⁵ R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 5 (1983).

Ao expor o caso do liberalismo, Altman interpreta a escolha de Lysurgan como algo menos contingente e caprichoso. Ele reduz a essência do Estado de Direito a dois requisitos: comunicação justa e a responsabilização jurídica de autoridades estabelecidas a um sistema pré-existente de normas cogentes, deste modo oferecendo proteção das liberdades individuais mais amplas possível (p. 23-24). Isto exige uma diferenciação entre direito e política. O reino da política é um no qual concepções concorrentes do bem e do correto são adaptados através do processo democrático, enquanto o reino do direito é restrito a interpretar e aplicar estas adaptações (p. 26-27).

A refutação dos EJC a esta distinção traz esta importante qualificação para Altman: “Virtualmente, todos os pensadores contemporâneos de destaque que defendem esta versão de Estado de Direito reconhecerão que na prática é impossível isolar o processo jurídico completamente dos julgamentos sobre os méritos relativos das visões que competem na arena política” (p. 27). Admitir isto deveria despertar um interesse renovado nos argumentos para contenção judicial propostos por Thayer, Holmes, Hand e Frankfurter; mas Altman não toma este curso, pois o “Estado de Direito” que ele defende tende a se basear profundamente nas mãos de advogados e juízes.

Altman chega a essa assunção ao responder o ataque de Unger sobre as “antinomias” do liberalismo. Unger argumentou desde o início que existem contradições fatais no coração da teoria liberal jurídica e política, destruindo a possibilidade do Estado de Direito liberal: devido à insistência liberal sobre a subjetividade dos valores (isto é, a ausência de qualquer garantia além da escolha individual para um valor em particular se sobrepor a qualquer outro), não pode haver nenhum processo neutro nem para a interpretação do direito nem, de fato, para a própria

legislação.¹⁶ Como a ordem social pode ser criada e mantida se não há valores objetivos em torno dos quais possa ser construída? Como pode uma tal ordem evitar a subjugação de algumas pessoas às escolhas subjetivas de outras? Nas palavras de Unger:

Primeiro, o procedimento é inseparável do resultado: todo método torna escolhas legislativas mais provável que outros... Segundo, cada sistema constituinte em si mesmo incorpora certos valores; incorpora uma visão de como o poder deve ser distribuído na sociedade e de como conflitos devem ser resolvidos.¹⁷

Altman responde a isso confrontando Unger por sua falha em distinguir dois tipos de “valores”, ao confundir o “correto” e o “bom” em um termo geral. Liberais podem insistir na subjetividade de certos valores importantes, mas aqueles envolvendo concepções do *bom*, não do *correto*. O bom tem sido considerado por liberais como subjetivo no sentido de que nenhuma concepção dele autoriza aqueles que a abraçam a coagir aqueles que dissentem; mas o liberalismo não nega a noção de objetividade, ou da propriedade de coerção, quando se trata de justiça e obrigação moral (p. 66).

Altman, crédito lhe seja dado, é cauteloso ao não se basear nesta resposta rasa. O próprio limite entre o correto e o bom está frequentemente em disputa, como em controvérsias a exemplo de direito ao aborto e o papel do governo em promover bem-estar social. Liberalismo demanda neutralidade jurídica, mas Altman admite que “em um contexto onde a própria linha entre o correto e o bom é um problema, a questão de se o poder público está sendo exercido de um modo neutro não vai ter uma

¹⁶ R. Unger, *Knowledge and Politics* 76, 88-100 (1975); R. Unger, *Law in Modern Society* 180 (1976).

¹⁷ R. Unger, *Law in Modern Society* 180 (1976).

resposta incontroversa” (p. 69). Se neutralidade jurídica não é possível, o liberalismo é pego por fim na antinomia de regras e valores. No caminho de responder a esse problema, Altman demonstra porquê o liberalismo leva a si mesmo a uma tradição ativista na doutrina.

Os EJC contestam que a interpretação completa de regras jurídicas vai depender de alguma avaliação das concepções em disputa do bom e do correto, cuja disputa na arena política ajudou a gerar as próprias regras. Isso é necessário seja para apenas classificar os múltiplos propósitos de uma única regra, seja para os fins contenciosos de diferentes regras implicadas em um determinado caso. Por depender dessa avaliação, as controvérsias normativas da arena política não podem ser isoladas do processo da interpretação jurídica (p. 80).

Altman não questiona a afirmação de que advogados devem classificar os propósitos de regras diferentes. Em vez disso, ele olha para os modelos principais da teoria liberal para oferecer uma resposta. Estes modelos, responde Altman, “retratam a argumentação jurídica como envolvendo alguma dependência de julgamentos políticos e morais” (p. 89).

Por exemplo, no modelo que defendi, há uma convenção dominante que prescreve decisões cujos fundamentos são mais adequados de acordo com o direito sedimentado, e quando esta convenção quebra, há uma convenção que prescreve decisões cujos fundamentos se adequam com alguma proporção substancial do direito sedimentado. No último caso, é provável haver fundamentos concorrentes para a decisão, todos os quais se adequam bem o suficiente ao direito sedimentado, então juízes vão sempre apelar, implícita ou explicitamente, a suas próprias convicções morais e políticas ao selecionar dentre aqueles fundamentos potenciais de decisão (p. 89).

Este é o paradigma de Altman da doutrina liberal, que compartilha aspectos de Rawls, Hart, Sartorius e Dworkin. Altman defende esta posição vigorosamente, e ele é meticoloso ao responder a pontos em oposição de todos os principais autores dos EJC. Sua adaptação dos primeiros escritos filosóficos de Willard Quine para responder as origens foucaultianas dos argumentos dos EJC para indeterminação da linguagem jurídica é típico do seu alcance, originalidade e circunscrição. Altman não se intimida com a complexidade, e sua justiça e convicção ao avaliar as posições dos EJC deve assegurá-lo uma audiência ampla e contínua.

Ausente deste diálogo – e não há nenhuma culpa de Altman – está qualquer sugestão de uma teoria alternativa rejeitando o papel implícito de advogados como os intérpretes principais das questões políticas, éticas e morais que se infiltra nos interstícios do âmbito judicial. Está implícito no paradigma de Altman que o advogado liberal, após cuidadosamente consultar a lista de “convenções” para determinar com o “direito” deve resolver uma questão moral, eventualmente exerce um julgamento subjetivo de qualquer forma. Os EJC deixam de lado a linguagem e simplesmente assume que advogados estão engajados na política. Por esta franqueza, devemos ser gratos. Ambos os campos são comprometidos em manter a profissão jurídica no poder.

Pode não haver nenhuma utilidade em reclamar disso, assim como não há nenhum teórico jurídico “preponderante” que reste da escola Thayer-Holmes-Hand-Frankfurter. Para estes, o direito era uma disciplina, não uma entidade autossuficiente como o liberalismo supõe. Sua noção estrita de jurisdição a impede de se tornar um fórum aberto. A teoria constitucional do

último deles, Felix Frankfurter, é agora desconsiderada,¹⁸ e a posição liberal agora parece ter sido, em um grau considerável, reivindicada pelos esforços do século XX por sobre as liberdades e direitos civis. Existe uma visão amplamente difundida de que intervenção judicial, e, portanto, interpretação, em uma ampla extensão de questões constitucionais, é imperativo desde o primeiro momento em que elas surgem.

Podemos ter em mente para um tempo futuro – um em que profecias judiciais não sejam amplamente aceitas – que Learned Hand levantou dúvidas similares aos EJC e aos Realistas sobre o poder da litigância constitucional para salvar a sociedade de seus próprios excessos.¹⁹ Mas ele assim o fez para expressar a vulnerabilidade, não a impossibilidade, de uma sociedade abaixo do direito: o perigo de depender demais do processo jurídico. Frankfurter teria preferido deixar controvérsias sobre liberdades civis se alargarem e apodrecer sem intervenção judicial desde que necessário para resolução na corte da opinião pública.²⁰ E Holmes, confrontado com uma crise muito mais severa sobre a aceitação pública das decisões da Suprema Corte do que comentaristas atuais podem relembrar, rejeitou completamente apelar a convicções morais e políticas para escolher dentre fundamentos concorrentes para decisão:

Se não pode ser diferente, é como deveria ser, que o direito está atrás dos tempos... Como o direito incorpora crenças que têm... se traduzido em ações, enquanto há dúvida, enquanto convicções opostas ainda se mantêm na linha de frente umas contra as outras, o tempo do direito ainda não chegou; a noção

18 Ver, de modo geral, Kellogg, *Legal Scholarship in the Temple of Doom: Pragmatism's Response to Critical Legal Studies*, 65, *Tul. L. Rev.* 15 (1990).

19 Ver *supra*, nota 36 e texto que acompanha.

20 Ver Kellogg, *supra* nota 40.

destinada a prevalecer ainda não merece o título. É um infortúnio se um juiz consulta sua simpatia consciente ou inconscientemente em relação a um lado ou outro prematuramente como direito, e esquece que o lhe parece princípios básicos, são considerados por metade de seus concidadãos como estando errados.²¹

Ambos, liberalismo e EJC, fazem muito caso da chamada *indeterminação jurídica*; tornou-se inteiramente para ambos os campos a pedra de toque de suas contrastantes teorias do direito. Eles negligenciam que a raiz da indeterminação subjaz não no direito, mas na vida, e que há meios outros além da litigância ou mesmo legislação para resolvê-la. O livro didático e oportuno de Altman torna claro que esta consideração tem pouca importância tanto na teoria do direito liberal quanto nos EJC.

²¹ Discurso de O. W. Holmes, Jantar da Escola de Direito de Harvard, Ass'n de N. Y. (Feb.15, 1913), reimpresso em *The Occasional Speeches of Justice Oliver Wendel Holmes* 168 (M Howe comp. 1962).

CAPÍTULO V

Generalismo moral *versus* particularismo jurídico: a distinção pragmática entre direito e moral

Em oposição a positivistas e interpretacionistas jurídicos, este texto propõe uma distinção pragmática entre direito e moral como operacional ao invés de ontológica. O argumento de Ronald Dworkin, enfatizando “a suprema importância do princípio moral na adjudicação legal e constitucional” teve considerável influência no debate entre positivistas e interpretacionistas jurídicos. Dworkin assume a visão de que as proposições gerais encontradas nas opiniões jurídicas, tais como o princípio de que “ninguém pode se beneficiar com seus próprios erros” aplicado em *Riggs vs. Palmer*, são princípios morais. Ele conclui que os princípios morais podem fundamentar julgamentos particulares. O Falibilismo pragmático insiste que tais proposições são proeminentemente jurídicas, e que um exame minucioso do caso mencionado demonstra que julgamentos particulares têm prioridade metodológica e servem para limitar sua extensão.

O Falibilismo pragmático critica o uso estendido de universais pois estes encobrem circunstâncias particulares tornadas relevantes através do precedente jurídico. Ele sustenta que a asserção de Dworkin é uma licença para se usar a moralidade como um pretexto para se decidir casos desconsiderando circunstâncias particulares. Isto pode até ser ocasião para a influência de preferências ideológicas e subjetivas secretas. Para o falibilista, os princípios morais não decidem casos difíceis, mas servem tão-somente para distrair-nos dos fatos que tornam o caso particular difícil, e podem esconder as verdadeiras razões para as decisões, tanto dos tribunais, quanto dos litigantes.

A fundamentação de Dworkin

114

A tese de Ronald Dworkin, enfatiza “a importância soberana de princípios morais em decisões jurídicas e constitucionais” (2006, *passim*), representando uma forma pronunciada de generalismo moral – a visão de que há princípios morais gerais que fundam julgamentos particulares (Dreier, 2006b, xxii). Irei examinar esta afirmação no contexto do exemplo principal de Dworkin, o caso de *Riggs v. Palmer*, e mostrar que a extensão do assim chamado princípio “moral” em *Riggs* é limitado em sua real aplicação pela instância particular, levantando a questão de se Dworkin está correto em apontar nisso o caráter de ser distintamente *moral*.

Mais especificamente, irei demonstrar que o princípio “ninguém deve se beneficiar do próprio erro”, o qual Dworkin afirma ter tido um papel decisivo em *Riggs*, é e foi demonstravelmente inaplicável como uma proposição geral para vários outros tipos de disputas jurídicas. Não obstante, afirmações após o caso *Riggs* buscando aplicá-lo como uma proposição geral, foi limita-

do a certas afirmações onde um demandante na esfera criminal busca ressarcimento financeiro por ato ilegal grave.

Princípios morais, enquanto isso, podem ser ditos como dependentes por seu caráter de um alto grau de generalidade (Audi, 2006, 285). Como Kant sustentou em seu Imperativo Categórico, eles buscam universalidade. Até considerado o problema perpétuo de identificação de princípios morais que não têm exceção, podemos seguir W. D. Ross ao admitir que eles devem ao menos afirmar uma universalidade *prima facie* (Ross, 1930, 122-23; Audi, 2006, 289). A universalidade inerente dos princípios morais não é uma questão aqui, mas antes a designação de caráter moral para proposições gerais encontradas em argumentos e decisões jurídicas, as quais afirmo estarem fundadas em casos particulares.

Dworkin vem a esta posição através de uma crítica do positivismo jurídico de H. L. A. Hart, que confirmou e atualizou uma tradição que data de John Austin, notadamente arguindo que direito e moral são separados, e conceituando direito como um sistema definível de regras.

Opondo-se à separação de Hart de direito e moral, Dworkin argumenta a partir de dois casos particulares, *Riggs v. Palmer* e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, que princípios morais podem “suplantar” regras jurídicas claras em decisões. Em *Riggs*, um juiz decidiu que um herdeiro nomeado que tenha matado seu avô não poderia herdar um patrimônio vultoso de seu último testamento. Dworkin afirma que uma regra clara de sucessão é superada neste caso por um princípio, declarado pela corte como “A ninguém pode ser permitido se beneficiar de sua própria fraude, ou tirar vantagem de seu próprio erro, ou fundar qualquer pretensão sobre sua própria iniquidade, ou adquirir propriedade por seu próprio crime”. Em *Henningsen*, ao com-

prador de um carro defeituoso foi permitido ressarcimento por danos após um acidente cuja cobertura de garantia limitada era apenas para reposição de partes defeituosas. Aqui o contrato inequívoco foi superado pelo “princípio” de que “cortes geralmente recusam a se prestar a garantir um negócio no qual uma parte tomou vantagem injustamente da necessidade econômica de outra” (Dworkin, 1977, 23-24).

Armado primariamente com estes exemplos, Dworkin ataca a definição estrita de direito de Hart como um corpo de regras com a afirmação de que “quando advogados argumentam ou contendem sobre direitos subjetivos e obrigações, particularmente naqueles casos difíceis quando nossos problemas com estes conceitos parecem mais agudos, eles usam de normas que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas, e outras tipos de normas” (p. 22).

116

Falibilismo pragmático

O falibilismo pragmático, fundado no método pragmático clássico, é uma forma de particularismo – a visão de que a ordem de explicação parte de casos particulares a proposições jurídicas gerais. Isto incluiria o “princípio” declarado em *Riggs*. Irei elucidar o falibilismo do Pragmatismo jurídico como concebendo julgamentos jurídicos particulares enquanto prioridade metodológica, por servir para limitar a extensão de todas as proposições jurídicas gerais, enquanto os morais não são comparavelmente limitados. Primeiro, devo distinguir falibilismo pragmático do assim chamado “Neopragmatismo” (Hildebrand, 2003, 130, p. 154).

Dworkin não está sozinho ao caracterizar o Pragmatismo jurídico contemporâneo como um consequencialismo pros-

pectivo: “possibilita que juízes devem sempre decidir os casos que apreciam em um estilo consequencialista, prospectivo. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem consideração pela prática judicial anterior”. Conquanto isto foque em um alvo fácil, claramente não é uma caracterização justa do falibilismo pragmático, como exemplificado por exemplo na escola antiga de Oliver Wendell Holmes Jr. (Kuklick, 1977, p. 51).

Dworkin está se dirigindo menos ao ponto de vista presente em Holmes que em escritores recentes frequentemente chamados “neopragmatistas”: Richard Rorty, e especialmente Richard Posner, para os quais o Pragmatismo corresponde realmente a um consequencialismo prospectivo (Posner, 2003, p. 24-56).

Falibilismo é a ideia de que nenhuma formulação de uma proposição ou princípio geral pode ser definitiva, como teorias devem ser conectadas a experiências e prática, e a validade da proposição é dependente tanto do passado quanto do futuro, em seu sucesso como um reflexo da experiência e como um guia para conduta futura. Isto não é Pragmatismo no sentido cotidiano convencional, o qual tende a se enviesar no discurso contemporâneo. Falibilismo não desconsidera o valor do precedente jurídico, diferente do que diz certas formulações como as de Dworkin, atribuindo ao Pragmatismo “uma não consideração a práticas passadas” (Dworkin, 2006, p. 21).

De acordo com o falibilismo, soluções para problemas jurídicos derivam de padrões de decisão em casos individuais específicos. Como decisões de um dado tipo emergente de processo de disputas jurídicas, padrões são eventualmente percebidos, e um modelo de prudência é deduzido dentro do padrão, eventualmente expressado como uma regra. Um exemplo histórico pode ser a navegação de embarcações, com práticas cautelares adu-

zidas a testemunhos, interpretados como regras de prudência, finalmente transformadas em regras de responsabilidade em processos de cargas extraviadas. Júris desempenharam um papel fundamental, em perceber e implementar (mais comumente em casos de responsabilidade por dano) os modelos de prudência que são prevalentes na comunidade. As regras assim formadas são flexíveis em face de novas disputas trazidas por avanços no comércio ou tecnologia. Elas são sujeitas a modificação adaptativa – isto é dizer, elas vêm ao mundo inerentemente “falibilíveis”.

Mais ainda, em casos difíceis, padrões de conduta em oposição (conservados em algum grau em precedentes distintos) têm frequentemente se transformado em conflito. O pedestre, que está se conduzindo corretamente, é acidentalmente prejudicado por um automóvel de uma transportadora comercial que também estava em um curso devido. Ou um estudante branco em seleção é rejeitado e alega prejuízo pela universidade estar engajada em um outro defensável curso de ação para dar suporte à diversidade do corpo discente. Como tais conflitos encontram solução? Aqui encontramos a diferença-chave em relação a Dworkin.

Para o falibilismo, não obstante a manutenção da relevante linguagem legislativa ou constitucional, isto é também um gradual processo de busca que tem sido expresso como “marcar pontos sobre uma linha”. Excetuando o caso óbvio, juízes não devem no primeiro momento buscar por um princípio ou regra decisivos. Por baixo das disputas jurídicas geralmente subjaz um confronto entre modos de fazer as coisas, modos que são inutilmente caracterizados como incorporando “princípios” irreconciliáveis. Seguindo o que outros escritores chamaram de uma abordagem “minimalista” para decisões judiciais, juízes deveriam reconhecer que “Uma linha tem de ser demarcada para separar os domínios dos desejos irreconciliáveis. Uma

tal linha não pode ser demarcada em termos gerais.” (Holmes, 1901, 123; Sunstein, 1999).

Podemos notar que este relato (ênfatizando “desejos” em relação a “princípios”) evita uma linguagem de direitos subjetivos fixos, e assim também a discussão focada em balancear políticas em oposição ou escolher entre princípios morais aplicáveis. Ele vê os dois lados de um caso difícil (como são muitos os casos que alcançam o nível mais alto de recurso) como apenas parcialmente representativo de posições internas a modos distintos em evolução de atividades orientadas por objetivos que convergiram em conflito. Isto, resumidamente, implica o argumento falibilista contra Dworkin: a moralização judicial causa curto-circuito em um processo de reconciliação a partir de fatos específicos que favorecem pequenos passos a partir de casos específicos no caminho para a generalização, que por si mesma pode requerer tempo e experiência.

119

Isto não é para indicar que padrões morais estão ausentes do processo jurídico. O padrão de prudência aplicado a fatos específicos em um caso de responsabilidade por ilícito ou dano pessoal é, afinal, um padrão ético, enraizado nas práticas da comunidade. O corpo do precedente jurídico é uma incorporação de experiências morais diversas, expressadas em precedentes distintos. Falibilismo não deve negar que juízes nunca deveriam fazer generalizações, quando experiência anterior suficiente possa garantir ou requerer. As raízes de proposições ou princípios jurídicos gerais, na medida em que evocam padrões morais, jaz na articulação retrospectiva de experiência da especificidade de caso (Holmes, 1881, 127). O Pragmatismo jurídico falibilista dá a julgamentos jurídicos particulares uma prioridade metodológica, ao servir para limitar a extensão de todas as proposições jurídicas gerais, como opostas às morais. Isto levanta a questão

de se Dworkin está correto em atribuir a proposições gerais encontradas em argumentos jurídicos o caráter de serem distintivamente proposições *morais*.

Teste falibilista

Com este plano de fundo, podemos agora avaliar a afirmação de Dworkin que insiste na necessidade judicial de princípios morais. Enquanto Dworkin originalmente argumentou a partir de dois casos, focarei no caso mais conhecido de *Riggs v. Palmer*. Em ambos os casos, contudo, podemos encontrar um conflito que um falibilista caracterizaria como entre corpos opostos de precedentes em vez de um entre regra jurídica e princípio moral.

Como dito acima, Dworkin afirma que a Corte de Apelo de Nova York em *Riggs* argumentou a partir do princípio moral “ninguém deve lucrar de seu próprio erro”. Na verdade, a corte usou a seguinte formulação: “a ninguém deve ser permitido lucrar por sua própria fraude, ou ter vantagem de seu próprio erro, ou fundar qualquer alegação sobre sua própria iniquidade, ou adquirir propriedade por seu próprio crime”. Imediatamente após esta formulação, a corte citou uma decisão de 1886 da Suprema Corte dos Estados Unidos, sustentando que um demandante que adquiriu uma apólice de seguro de vida para outra pessoa, pagável em caso de morte, e então assassina o segurado para receber o seguro, não poderia exigir o pagamento na corte (*New York Life Ins. Co. v. Armstrong*, 117 U.S. 591).

Assim, a decisão em *Riggs* pode ser vista como uma extensão da regra do caso *Armstrong*, que foi decidido em termos da especificidade do caso. Devemos notar que o princípio “ninguém deve lucrar de seu próprio erro” é uma conflação da linguagem que de fato foi usada em *Riggs*. Dworkin parafraseou nos termos mais

gerais, acompanhando sua afirmação de que um princípio moral pode desempenhar um papel em um “caso difícil”. Como deveríamos decidir se adotamos o modo de Dworkin ver o caso *Riggs*?

Podemos abordar esta questão notando que *Riggs* não é, como Dworkin diz, um “caso difícil” no sentido de colocar dificuldade real em escolher entre lados ou resultados opostos. Para o falibilista, um caso hipotético realmente difícil seria um que pudesse ter sido decidido por qualquer dos caminhos, tal como se o testamento tivesse dito: “Eu reconheço que meu querido neto foi órfão aos 3 anos e obrigado a crescer em circunstâncias desesperadas, e apesar de sua natureza mercurial e propensão a ter problemas com a lei, deixo para ele a soma de \$ 5.000 para ajudar com os custos da educação reabilitadora”. Por comparação, *Riggs* é um caso fácil. O testador, Francis Palmer, deixou um legado pequeno para suas duas filhas e um imóvel para sua esposa, com o remanescente para seu neto adolescente Elmer. O último, então vivendo com o seu avô e ciente de que a herança estava sendo reconsiderada, envenenou-o para manter e efetivar a herança.

No caso real teria sido surpreendente, embora talvez não chocante, se a corte houvesse desconsiderado o testamento com não mais do que uma simples declaração de que “ninguém deve lucrar de seu próprio erro”. Ainda assim, a corte esforçou-se para enfatizar as circunstâncias extremas do caso – intento claro e específico de obter uma vasta herança já em reconsideração – assim como para mostrar que: 1) a lei específica estava aberta à construção negando o testamento; 2) havia precedente jurídico fora da jurisdição americana para considerar um testamento inválido na ocorrência de assassinato; e 3) que a Suprema Corte dos Estados Unidos recentemente considerou que uma pessoa que assassinou alguém para quem ela tinha adquirido uma apólice de seguro de vida não poderia receber.

No caso hipotético, onde o testamento contém linguagem que aparenta balancear o ato ilícito do neto, seria de fato tanto surpreendente quanto chocante se a corte desconsiderasse o testamento com a simples declaração do princípio de Dworkin, e sem maiores explicações ou análise dos fatos e precedentes relevantes. Um falibilista veria isto como um mal-uso de argumentação moral e um abandono do dever de analisar e decidir sobre fundamentos relevantes e específicos. Isto é porquê, em um verdadeiro caso difícil, o princípio de Dworkin “ninguém deve lucrar com o seu próprio erro” perde inteiramente o que Dworkin chama de poder explanatório ou “peso” (Dworkin, 1977, 22ff), por duas razões. Primeiro, um princípio *concorrente* é agora claramente visível, o princípio da fidelidade com a intenção do testador. Segundo, podemos agora ver o problema de uma *extensão demasiada* do princípio de Dworkin: aplica-se a muitas circunstâncias onde o direito pode de fato conter algo diverso.

122

Se seguirmos a história do caso de *Riggs* em decisões subsequentes da mesma corte, encontraremos uma percepção distinta de que a extensão de seu princípio, sem restringir condições, iria assimilar mais casos que o direito poderia justificar: de fato a proposição “ninguém deve lucrar com o seu próprio erro” se aplicaria a virtualmente qualquer acusado afirmando o funcionamento da regra comum limitando o tempo para dar entrada em uma ação, ou de culpa concorrente, em que o acusado alega que o demandante é parcialmente responsável por um dano. Iria se aplicar independente da natureza, circunstâncias e extensão de “lucro” e “erro”.

Subsequente ao caso de *Riggs*, a Corte de Apelo de Nova York esforçou-se para ampliar sua aplicação. Havia desprovido apenas processos de execução de pagamento de dinheiro

reivindicado de crimes sérios como fraude, aposta, suborno, prática ilícita do direito e pornografia. Em 1960 a corte declarou “não é todo pequeno mal-feito no curso da execução de contrato que excluirá a outra parte da responsabilidade por um trabalho feito ou bens fornecidos. Deve haver ao menos uma conexão direta entre a transação ilegal e a obrigação objeto do processo. Conexão é uma questão de grau. Algumas ilegalidades são meramente incidentais para o contrato objeto do processo (citações omitidas). Não podemos agora, mais do que em nossas decisões passadas, anunciar qual serão os resultados de todos os tipos de corrupção, menor ou maior, essencial e periférico” *McConnel v. Commonwealth Pictures Corp.*, 7 N.Y. 2d 465, 471; 166 N.E.2d 494, 497 (1960).

A corte também desproveu processos por danos de prejuízos causados no curso de conduta ilícita, tal como criar bombas caseiras e dirigir um veículo roubado, mas circunscreveu isto como segue: “A... regra é baseada na sólida premissa de que um demandante não pode se valer de uma relação ou ato ilegal para definir o dever do acusado. Recusamos estender a aplicação para além de ações em que as partes de um processo estavam envolvidas na conduta criminal subjacente, ou em que o demandante criminal busca impor um dever decorrente de um ato ilícito.” *Alami v. Volkswagen of America, Inc.*, 97 N. Y. 2d 281; 766 N.E.2d 574, 577 (2002) (permitindo reivindicar contra a fabricante de automóveis por um motorista que estava bêbado quando seu carro bateu).

Deve ser notado, entre parênteses, que ao longo do caso jurídico subsequente, a corte sempre descreveu o princípio de *Riggs v. Palmer* em termos jurídicos, e nunca o caracterizou como um princípio “moral”.

Compreensão falibilista

Para sumarizar o argumento deste artigo, a tese de Ronald Dworkin, enfatizando “a importância inexcedível dos princípios morais nas decisões jurídicas e constitucionais”, toma a visão de que proposições gerais encontradas em casos jurídicos tais como *Riggs v. Palmer* são princípios morais, assumindo que princípios gerais como “ninguém deve lucrar com seu próprio erro” pode fundamentar julgamentos particulares. O falibilista pragmático insiste que estas proposições são distintamente jurídicas, e que um cuidadoso exame do caso jurídico demonstra que julgamentos particulares têm uma prioridade metodológica e servem para limitar sua extensão.

124 Por que deveríamos preferir a metodologia do particularismo falibilista em vez do generalismo moral de Dworkin? A resposta dada pelo falibilista foca-se no caso difícil, o mesmo tipo de caso que o Dworkin alega poder ser decidido por princípios morais. Como demonstrado no caso hipotético discutido acima, *Riggs v. Palmer* não é o arquétipo de um caso difícil, empoleirado precariamente na divisa entre os princípios jurídicos concorrentes de “lucrar com o erro” e “fidelidade ao testamento”. Em verdadeiros casos difíceis, o apoio judicial em uma proposição geral serviria para desviar a atenção dos próprios fatos que tornam o caso particular difícil. A permissão judicial de Dworkin para denominar uma proposição geral, como “ninguém deve lucrar com seu próprio erro” como um “princípio moral”, concede uma afirmação *prima facie* de prerrogativa que o falibilista veementemente se oporia.

O falibilista pragmático critica o uso de termos gerais estendidos em demasia que mascaram as circunstâncias particulares que são realçadas pelo precedente jurídico. Isto significa que a

afirmação de Dworkin pode ser uma licença para usar moralidade como um pretexto enquanto se decide sem nenhuma consideração a circunstâncias particulares. Isto pode até ocasionar a influência de preferências subjetivas ocultas. Neste sentido, princípios “morais” não decidem casos difíceis, mas podem esconder as razões adequadas para decisão tanto das cortes quanto dos litigantes.

Referências

- AUDI, Robert. Ethical Generality and Moral Judgment. In: DREIER, James. *Contemporary Debates in Moral Theory*. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- . *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Belknap Press, 2006.
- HILDEBRAND, David. *Beyond Realism and Antirealism: John Dewey and the Neopragmatists*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2003.
- HOLMES, O.W. Jr. *The Common Law*. Boston: Little Brown & Co, 1881.
- . *Patnoudé v. New York, New Haven, & Hartford RR*. In: 180 Mass. 119, 123; 61 N.E. 813, 814, 1901.
- KUKLICK, Bruce. *The Rise of American Philosophy*. New Haven and London: Yale University Press, 1977.
- POSNER, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA and London: Harvard University Press, 2003.
- ROSS, W. D. *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press, 1930.
- SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

CAPÍTULO VI

Hobbes, Holmes e Dewey: o Pragmatismo e o problema da ordem¹

Introdução

Se o Pragmatismo (como Richard Rorty e outros têm afirmado) não tem nenhum grande projeto para além do compromisso com o pluralismo democrático deliberativo, isto tem alguma forte parcela, como Wilfrid Sellars coloca ao definir filosofia, de “como as coisas, no sentido mais amplo possível do termo, permanecem unidas, no sentido mais amplo possível do termo”? Neste artigo vou buscar a visão de um conceito distintamente dinâmico e transicional de ordem implícito no Pragmatismo clássico, em vez de uma visão analítica fundada em uma imagem cognitiva fixa. Central para este tema é a resposta muito diferente a conflitos humanos de Oliver Wendel Holmes Jr. e a de Thomas Hobbes.

127

¹ Gostaria de agradecer a George Browne e os membros do Centro para o Pragmatismo e Direito da Universidade Federal de Pernambuco em Recife, Brasil, Jeffrey Brand-Ballard, Paul Churchill e os filósofos da bolsa-marrom da Universidade de George Washington, Francisco Saffie e os membros do Legal Theory Group da Universidade de Edimburgo, departamento de direito, meu colega McCormick Fellow John Lovett, John Cairns, a quem tive o privilégio de conhecer em Edimburgo, Larry Hichman, e críticos anônimos de Contemporary Pragmatism, por seus comentários e sugestões úteis em esboços prévios que levaram a este artigo.

Em 11 de novembro de 1862, o capitão Holmes escreveu de seu regimento na Virgínia a sua irmã Amelia em desespero pela possibilidade da Confederação vencer pela força. Ele tinha sido ferido duas vezes, em outubro de 1861 enquanto seu regimento estava sendo destronado por uma força superior Balls Bluff no rio Potomac, e novamente em setembro de 1862 por uma bala que atravessou seu pescoço em Antietam. Ele logo seria novamente atingido em Fredericksburg, seu regimento praticamente dizimado. Após testemunhar incontáveis corpos de soldados mortos em Bloody Angle na Batalha de Wilderness, ele iria declinar uma promoção e renunciar a sua comissão em agosto de 1864 para retornar a Cambridge para estudar direito.

O desespero de Holmes se provou injustificado e a União de algum modo permaneceu unida –, como, ele mal estava acuradamente consciente. O Pragmatismo filosófico – em sua forma clássica – seguiu a Guerra Civil Americana. Isto foi apenas 80 anos após a Revolução Americana, e 60 anos após a guerra de 1812. Emergindo no despertar de três guerras fratricidas, é de ser esperado que dentro das origens do Pragmatismo houvesse alguma resposta, se não uma distintiva, para o problema do conflito humano. O outro lado do conflito é a ordem; e os problemas da ordem intelectual e moral senão inseparáveis são resistentes à separação se levarmos Sellars a sério. A tarefa de Hume em sua filosofia moral, nota Haakonssen, é completamente análoga a sua tarefa na epistemologia: explicar como um mundo comum é criado a partir de elementos subjetivos e primados (1981, 4). Holmes, de muitos modos um sucessor de Hume, não foi completamente reconhecido como um filósofo original pelos acadêmicos do direito, mas uma leitura ampla, no contexto de seus contemporâneos pragmatistas, adiciona uma dimensão distintiva para a criação do caráter moral, e certamente jurídico,

do mundo comum. O que faz uma comunidade real permanecer unida, no senso mais amplo do termo?

Para nos dirigir a essa questão, podemos tomar uma linha de pensamento desenvolvida por Holmes e continua em Dewey. O projeto contínuo de Dewey, como Ralph Sleeper o caracterizou, era elucidar um naturalismo pragmático radial como uma crítica de, e uma alternativa a, tradição analítica dominante em lógica, epistemologia e ontologia (Sleeper, 1986). Compreendo Holmes como fazendo o mesmo pela doutrina jurídica: lançando uma crítica naturalista profunda da doutrina jurídica analítica como reemergiu com John Austin no século XIX, seguindo Thomas Hobbes no século XVII e continuando hoje com H. L. A. Hart e Joseph Raz. A explicação naturalista radical de Holmes destaca aspectos críticos do projeto de Dewey, particularmente a natureza precária da ordem democrática, e a presença persistente do modelo do direito baseado na autoridade. Isto fundamenta demasiado frequentemente conversações abstratas sobre modelos pragmáticos de democracia, e enquanto trazendo à terra, também propõe uma agenda pragmática em outras áreas da filosofia contemporânea.

129

Faz isto ao explorar, como um aspecto do Pragmatismo, o problema da ordem como um a se dirigir e reconciliar o conflito permanente, que ambos Hobbes e Holmes tornaram central em todas as suas formas: militar, política, moral e intelectual.² A diferença entre eles é que Hobbes resolveu o problema através da autoridade, enquanto Holmes o faz através da investigação e ajuste. Como isto está relacionado às origens do Pragmatismo?

2 Ver, e.g., Shapin e Shaffer, 1985, 15, 99-100. “[S]oluções ao problema do conhecimento estão enraizadas em soluções práticas ao problema da ordem social, e [...] soluções práticas diferentes ao problema da ordem social guardam soluções práticas contrastantes ao problema do conhecimento. É disso que as controvérsias Hobbes-Boyle se tratavam”, p. 15.

Notavelmente, ao retornar para Cambridge, Holmes não mostrou sinais de distúrbio de estresse pós-traumático. De 1866 aos anos de 1870 ele esteve ativo em discussões em uma série de encontros de filosofia com William James, Chauncey Wright, Charles Peirce e outros; após um decepcionante pequeno período de trabalho na escola de Direito de Harvard, ele trabalhou em um escritório jurídico em Boston; ele lia trabalhos científicos e filosóficos recomendados por Wright, assim como as “*Lectures on Jurisprudence*” de John Austin e outros tratados jurídicos; ele avidamente tomou de James B. Thayer a revisão do tratado jurídico enciclopédico, *Kent’s Commentaries on American Law Review*, uma tarefa massiva; e ele editou e escreveu para a *American Law Review*, eventualmente traçando um caminho que pode ser inferido de uma concepção original do direito influenciada por Emerson, Wright, Mill, Darwin, Maine e uma imersão em estudos antropológicos e históricos diversos. Sua concepção era a antítese da de Hobbes.³

Neste ensaio, vou examinar o mecanismo pelo qual Holmes, nos anos de 1870, veio a descrever o desenvolvimento e manutenção da ordem social. Ele não a caracterizou como tal; sua matéria era o direito, a Common Law, e seu foco era em casos, concentrado na revisão e atualização de *Kent’s Commentaries*. Ainda assim, a natureza desse mecanismo, eventualmente ampliado para o direito constitucional, tem tanto em comum com os temas emergentes do Pragmatismo que é elucidador abstrair dele uma resposta cognata para a questão do conflito: uma teoria pragmática da ordem, jurídica no sentido imediato, conceitual e moral por implicação.

³ Para uma consideração completa disso ver Kellogg (2007).

Proponho três abordagens para elucidar isto, em três dimensões, histórica, ontológica e prática. Por histórica, quero dizer a substituição de Holmes de um modelo Hobbesiano analítico de direito, designado a se dirigir (e presumivelmente suprimir) o conflito pelo controle estatal, por um modelo endógeno que assimila o conflito em um processo de investigação formal, mas comunitário, dentro de tipos distintos de disputa. Por ontológico me refiro à rejeição de Holmes da delimitação analítica em torno do direito, datando de Hobbes e ainda refletida na separação contemporânea entre direito e moral, em favor de um falibilismo holístico, que como o de Dewey abarca toda investigação, jurídica, científica, estética e filosófica, em uma única cobertura ontológica. A terceira ou dimensão prática refere-se a crítica de Holmes à ideologia, melhor conhecida pelas palavras de seu famoso voto divergente em *Lochner v. New York*: “A décima quarta emenda não promulga o *Social Statics* do Sr. Herbert Spencer”; ou, mais abstratamente, “Proposições gerais não decidem casos concretos”.

131

Tendo estabelecido estes três aspectos, espero que o leitor concorde comigo que o que distingue a abordagem pragmática para a doutrina jurídica é que o direito deve ser analisado não como uma entidade separada, mas como parte do problema mais geral, ou conjunto de problemas, da ordenação social. Então estaremos em posição para explorar a abordagem pragmática ao conflito como uma teoria dinâmica da ordem, distinta da tradição analítica dominante, e para ver suas vantagens.⁴

4 Estou consciente que o peso da opinião em relação a Holmes sustentou há muito que, antes de um pragmatista, ele é um positivista dentro da tradição de Hobbes, Austin e Hart; e. g. Patrick Kelly, “Foi Holmes um pragmatista? Reflexões sobre uma nova virada em um argumento antigo”, 14s, ILL, 427 (1990); Alvert Alschuler, *Law without Values*, Chicago: University of Chicago Press, 2000. Como observei em Kellogg (2007), estas fontes se fundamentam no “Path of the Law” de Holmes. Neste ensaio Holmes escreve: “Frequentemente duvidei se seria um ganho se toda palavra de significado moral pudesse ser banida do direito de uma vez”, e

Tradição analítica e crítica pragmática

É bem sabido que Hobbes coloca o conflito no centro de seu pensamento sobre o direito e o governo: “Minha mãe deu à luz a gêmeos: a mim, e ao medo”. É também bem sabido que da premissa do conflito inveterado, ele deduz um “contrato social” à moda Euclidiana por homens no estado de natureza cederem certos direitos inatos ao Estado para estabelecer e manter a sociedade civil. Conquanto dificilmente o primeiro a conceber o direito como uma força autônoma mantendo e dirigindo a sociedade, Hobbes deu a tradição um renascimento racionalista e modernista, renovado nos séculos sucessores por Bentham, John Austin, H. L. A. Hart e recentemente Joseph Raz.

Foi a versão recém-publicada de John Austin de *Analytical Jurisprudence* que prendeu a atenção de Holmes nos anos de 1860, muito como foi a versão de Lotze da *Analytical Logic* que prendeu a de Dewey em 1903 (Sleeper, 1986, 5, 64-5). Aceitando por um momento a ausência de pervasividade do conflito, há um paradigma mais plausível que o de Hobbes do contrato mítico para explicar sua relação com o direito? Exemplificando um naturalismo historicista, o modelo de Holmes é retirado diretamente de livros de direito. Este é o histórico de disputas constantes, canalizadas às cortes jurídicas e posteriormente organizadas na inteligência jurídica. Para Holmes, litígio, visto em torno de to-

ele menciona “os maus efeitos da confusão entre ideias morais e jurídicas”. Sem o insight de textos iniciais, isto é facilmente confundido com uma separação analítica do direito e da moral, como é sua ênfase em um padrão externo de responsabilidade em *The Common Law*, do qual sua consideração e refeição inicial de Austin foi omitida por irrelevante.

Discordantes desta visão convencional que veem Holmes como um notável pragmatista inclui Thomas C. Grey, “Holmes and Legal Pragmatism”, 41, *Stanford Law Review*, 787 (April, 1989), 787-856, e “Freestanding Legal Pragmatism”, 18, *Cardozo Law Review*, 21 (September, 1996), 21-42; Também Nota Anônima, “Holmes, Peirce and Legal Pragmatism”, *Yale Journal*, Vol. 84, No. 5 (Apr. 1975), 1123-1140.

dos nós, é uma parte chave do processo de ordenação social; e vou propor que ele descobriu dentro de suas características que são representativas de relações mais gerais entre disputa e investigação, entre conflito e teoria.

Proponho que o modelo foi original, embora tenha tido importantes precedentes. Uma versão inicial da teoria baseada na Common Law foi desenvolvida em resposta a Hobbes por Sir Edward Coke (1552-1634) em *Institutes*, e Sir Matther Hale (1609-1676) especialmente em seu póstumo *Reflections*, construído em Coke. Eles são os primeiros na tradição anglofônica a pôr para fora que há uma diferença entre a forma de argumentação implicada das duas versões para regular conflito através do direito. Direito é ou exógeno ou endógeno.⁵ Ou você controla o conflito de fora (levando, como a tradição revela, ao pensamento analítico formal) ou você o assimila por dentro, através de um frequentemente deslegante e bagunçado sistema *ad hoc* de negociação e classificação gradual.

Hobbes, que favoreceu a elegância Euclidiana, foi perturbado por advogados comuns como Coke e Hale, que resistiram ao seu modelo fundado na autoridade. Mais tarde, em sua vida, escreveu seu *Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Law*. Colocando-se como o filósofo, Hobbes pergunta ao estudante “Você concordaria que todo homem a todo outro homem alegasse para o direito sua própria razão particular? Não há entre os homens uma razão universal consensual em qualquer

5 A razão da Common Law tem sido descrita como “dentro do direito”. É fundado na conduta e prática. Como Gerald Postema observou, era “inseparável das situações particulares trazidas ao direito e resolvidas por ele. É a razão não de regras e princípios, mas de casos”. Isto reflete o fato de que casos são o subproduto de interação problemática entre humanos engajados em atividades econômicas e sociais, que naturalmente caem em padrões que podem ser qualificados como “costume”, do qual a razão não pode ser destacada. É distinto, portanto, do significado dado ao termo por Hobbes (Postema, 1986).

nação, além da razão daquele que tem o poder soberano. Ainda, no entanto, que sua razão seja a razão de apenas um homem, ainda que esteja posta para suprir o lugar de uma razão universal, que é exposta para nós por nosso Salvador no Evangelho; e consequentemente nosso Rei é para nós o legislador tanto da lei escrita, quando da common-law”.

O ataque de Hobbes a Coke não foi publica até bem depois de sua morte em 1681; mas foi aparentemente circulado amplamente o bastante em forma de manuscrito a chamar a atenção de Sir Matthew Hale, cuja resposta ao manuscrito, *Reflections by the Lord Chiefe Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue of the Lawe*, foi publicano apenas em 1921 quando sua importância foi reconhecida pelo historiador do direito Britânico Frederick Pollock, à época um antigo amigo e correspondente de Holmes.

134

Hale começa sua *Reflections* com uma demonstração elaborada de que a razão não é de modo algum unívoca quando aplicada a diferentes matérias de investigação, tal como matemática, física e política, e que deve ser permitido assumir um significado especial no campo difícil do direito. Isto porque “a textura dos assuntos humanos não é diferente da textura de um corpo doente trabalhando durante as doenças, podem ser de tão variadas naturezas que tal Phisique tanto pode ser adequada à cura das doenças de alguém quanto pode ser destrutiva em relação a outro, e a cursa da doença de alguém, pode ser a morte do paciente” (1921, 503).

Conquanto não tenha sido lido por Holmes antes de muito tarde, isto prefigura seu próprio hábito de pensamento baseado na Common Law a partir de situações práticas, próximo da experiência crua, enquanto resistindo a respostas gerais fáceis. Ao reafirmar um modelo endógeno contra o esquema analítico de Austin, Holmes foi obrigado a aprofundar e responder à mais in-

sistente separação ontológica do direito e moral de Austin. Aqui ele iria trazer a atitude empiricista, naturalista, do Iluminismo Escocês que influenciou sua própria educação e a de seus pares graduados em Harvard como Wright, Peirce e James.

Como notado acima, a visão de Hale foi um desafio inicial à abordagem racionalista que Bentham e seu discípulo John Austin iriam mais tarde elaborar. Havia uma resposta diferente ao racionalismo Britânico na Escócia no século após Hale: a teoria do sentido moral de Shaftesbury, Hutcheson, Hume e Adam Smith. Como o historiador jurídico John Cairns escreve, “do trabalho de Frances Hutcheson... as teorias do direito natural racionalista na tradição de Pufendorf foram progressivamente superadas na Escócia por versões de teoria do sentido moral. Um seguidor da filosofia do Lorde Shaftesbury, Hutcheson tentou fundamentar a ética na observação e estudo do pensamento e comportamento de seres humanos... A fundação do julgamento moral não estava na razão, mas nos sentidos.” (2003).

135

Cairns traça a influência disso em Kames, Hume, Smith e Millar, assim como a influência de Montesquieu no pensamento do Iluminismo Escocês sobre o direito. Podemos ver que Holmes na verdade alcança ambas as tradições, a de Coke e Hale assim como a de Kames e Smith. Ele absorveu o pensamento Escocês como um estudante de Harvard por Francis Bowen, que ensinou teoria política e filosofia para membros do Clube Metafísico (e até compareceu a algumas de suas reuniões). Os diários de pós-guerra de Holmes mostram que ele também leu Hamilton, Bain e outros escoceses, assim como Montesquieu, e é claro Darwin, uma influência enorme sobre todo os membros do Clube.

Podemos dizer que Holmes reinterpreta Hale ao privilegiar o precedente como o corpo orgânico de padrões de decisão – ou o que está na base, padrões de conduta, eventualmente traduzidos

em conceitos jurídicos quando eles primeiro colidem e depois são ajustados e reconciliados. Ele viu a Common Law como trazendo à tona padrões morais da resolução de conflitos, enquanto os refaz e assim desenvolve e constantemente escreve e revisita o componente moral do direito.

O que Holmes faz com a teoria do sentido moral parece particularmente notável. Holmes historiciza o “espectador imparcial” de Smith de um modo que condicionalmente valida o precedente. O “homem prudente e razoável” de Holmes foi o teste para negligência, o padrão da cautela. A pessoa prudente é o espectador *histórico* de Holmes. Nós valorizamos o precedente porque a pessoa prudente esteve lá desde sempre, no papel de júri e juiz, constantemente infundindo a Common Law com uma versão mais historicamente plausível – mesmo enquanto ainda altamente idealizada – do sentido moral escocês.

136

Esta explicação simplificada esconde a complexidade subjacente, mas serve para esboçar genealogia. O que falha em mostrar, no entanto, são as implicações para aplicar precedentes conflitante e resolver disputas. O espectador imparcial de Smith foi um mecanismo, um tropo, originalmente planejado para enfatizar a ética anti-racionalista de Hutcheson. O homem prudente é também um mecanismo, mas é trazido da história jurídica (explicitamente introduzido no direito Inglês em 1781 por Sir William Jones) e é expresso com cautela, mais do que um toque do ceticismo Humeano ou Burkeano. Enquanto o espectador teórico de Smith poderia dizer, “Aha! Posso olhar dentro de mim para fazer a coisa certa em qualquer caso dúbio”, o homem prudente de Holmes é um construtor de consenso: “Whoa, penso que isto parece correto por *agora*, para *mim*, neste *instante*, mas primeiro vamos checar os precedentes, permitir futuras variações, e aguardar um consenso antes de determinar uma regra”.

Smith pensou que o espectador imparcial poderia encontrar o universal no particular,⁶ mas Holmes reconheceu a partir de Kent que isto leva tempo e experiência. O juiz prudente procura primeiro o precedente, e apenas encontra o universal quando o tempo é maduro:

Este é o mérito da Common Law, decidir o caso primeiro e determinar o princípio depois... Em casos de primeira impressão o aviso frequentemente citado de Lord Mansfield para o homem de negócios que subitamente era nomeado juiz, de que ele deveria declarar suas conclusões e não dar suas razões, pois seu julgamento provavelmente estaria correto e suas razões certamente erradas, não é desnecessária a cortes mais instruídas. (1870)

Aqui a decisão jurídica é descrita como vindo antes da argumentação; a matriz analítica do direito, e suas regras *a priori* de decisão, pareceriam surpreendentemente irrelevantes. Isto seguramente parece errado, até reconhecermos que Holmes está falando não de casos ordinários, mas do caso difícil, a situação nova, frequentemente representando um novo e a princípio intratável conflito de interesses.

O esboço simplificado implica – talvez em demasia – que não há um itinerário racional claro do direito escrito para a decisão específica. Mais importante, todavia, é que implica em uma common-law de minimalismo judicial, decidindo “um caso por vez”. Esta expressão foi mais recentemente desenvolvida por Cass Sunstein, referindo-se a decisões da Suprema Corte que evitam fórmulas e impedem generalizações extensas (1999). Sunstein, escrevendo sobre controvérsias que são em sua expressão “não ainda completamente teorizadas”, poderia com proveito ter cita-

6 Ver MacCormick, 2008.

do Holmes para este princípio, pois Holmes tinha proposto em 1870 um modelo bastante sofisticado através do qual as regras da Common Law são idealmente formuladas:

É apenas após uma série de determinações sobre o mesmo assunto, que se torna necessário “reconciliar os casos”, como é chamado, isto é, por uma verdadeira indução para declarar o princípio que até o momento fora percebido obscuramente. E esta declaração é frequentemente modificada mais de uma vez por novas decisões antes da regra geral abstrata tomar sua forma final. Como bem sedimentado a doutrina jurídica incorpora o trabalho de muitas mentes, e tem sido testada tanto em forma quanto em substância por críticos treinados cujo interesse prático é resistir a cada passo. (1870)

138 Holmes chamou este processo de “aproximação sucessiva”. Regras jurídicas são vistas historicamente, e Holmes aqui propõe que elas sejam compreendidas como classes de atividades emergentes, ou mais precisamente de classes de disputas dentro de atividades distintas. Quando um novo caso surge dentro de uma dada classe, por exemplo acidentes de veículo ou comunicações entre pessoas formando negociações contratuais, são inicialmente decididos sobre fatos, um caso por vez. Eventualmente um corpo de casos decididos pode ser “reconciliado”, com a determinação da regra geral, após o tempo ter permitido análises suficientes baseadas em casos específicos, examinando as variedades e condições relevantes de acidentes e comunicações contratuais.

Enquanto o positivismo jurídico analítico enfatiza a linguagem e o texto, o que dá a aparência de fixidez, a atualização do modelo da Common Law enfatiza padrões de conduta, que podem estar no processo de ajuste e mudança gradual. Enquanto o modelo positivista vê a mudança jurídica como possível prima-

riamente através da legislação, Holmes a viu como ocorrendo em áreas até já abarcadas por leis; e a finalidade de generalização é sempre elusiva. A introdução de novas formas de viagem ou comunicação podem requerer novas emendas a regras de viagem ou contrato, como ocorreu com aviões e telégrafos no século passado. E até novas legislações precisarão ser interpretadas e aplicadas em uma base de caso-por-caso.⁷

A separação entre moral e direito

Este tour histórico truncado nos traz um resumo dos desenvolvimentos importantes no século XX, quando a tradição analítica foi revisada por Hart e seus discípulos em Oxford e outros lugares. O aspecto ontológico da posição de Holmes torna-se evidente quando consideramos sua concepção do caso difícil e comparamos com a de Hart e dos positivistas jurídicos contemporâneos.

139

Recordemos de que a comparação de Hale do direito com um curativo introduzido na “textura dos assuntos humanos” separou sua noção de razão e sua conceitualização do direito daqueles de Hobbes. Sua terminologia de “textura” antecipa a “textura aberta” da linguagem jurídica de Hart; porém, diferente de Hart, a textura de interesse para Hale está *fora* do direito, uma textura ou “assunto” ou atividade, e o elemento de dificuldade seria necessariamente alocado ali em vez de dentro do texto isolado.

7 Holmes aplicou este princípio à legislação (1870). Estatutos também são trabalhos de muitas mentes, em corpos eleitos. Circunstâncias diversas são exploradas de uma vez, em comitês legislativos, em vez de séries através da litigação. Novamente circunstâncias que não são claras remanesçam, para ser apreciado de uma maneira específica por caso pelo judiciário, se não através da reforma legislativa. Ver, e g. Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law* (Boston: Beacon Press, 1921), 174; Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago: Chicago University Press, 1949) 27-33.

Podemos comparar um exemplo tornado famoso por Hart, o caso da famosa bicicleta no parque, e sua relação com a noção de uma “textura aberta” na linguagem jurídica. Um regramento local bane veículos de um parque público. Falantes fluentes do Inglês estão incertos ou discordam sobre se as bicicletas são veículos. Hart infere que a regra banindo veículos do parque tem um núcleo de sentido determinado e uma penumbra de sentido indeterminado, na qual a bicicleta entraria (1994, 123-7).

140

Para Hart, decidir o caso da bicicleta requer uma corte para atribuir à regra um incremento de sentido determinado que não havia previamente.⁸ A teoria positivista da textura aberta, adotando a concepção do espaço metafórico em uma entidade de textura aberta “direito”, ou torna o projeto da interpretação jurídica impossível ou fraudulenta a linguagem de juízes e advogados. Para o espaço metafórico ser realmente vazio, qualquer lacuna em uma regra deve ser uma lacuna no direito como um todo, ou haveria de outro modo algum outro lugar dentro do direito para encontrar uma resposta. Consequentemente, para tais lacunas não há possibilidade de decidir um caso interpretando “o direito”.

Imagine um círculo, com o rótulo “DIREITO” dentro, e “MORAL” fora. Esta é a imagem conceitual da doutrina positivista analítica – com o direito e moral separados por uma delimitação definível (Uso a ideia de um círculo por clareza. Talvez em vez de um círculo, implicando uniformidade de teorias analíticas variadas, deveria propor uma linha envolvente com uma forma indeterminada).⁹

8 Hart, 1994, 127. Esta leitura é reforçada pelas notas do próprio Hart no Postscript respondendo a Dworkin adicionado à segunda edição de *The Concept of Law*, 252-3, 272-3.

9 E quanto à imagem não-positivista proposta por Dworkin, na qual a moral não está posta como fora da delimitação putativa? Isto tem sido descrito como uma concepção *não*-positivista, mas retém uma similaridade fundamental, aprofundando as possibilidades de um

Esta imagem é reforçada pela linguagem concernente à própria questão da relação do direito com a moral, e da análise desta questão. Isto força o diálogo sobre o direito a uma questão de delimitação epistêmica, em vez de uma questão de processo. Isto foca na questão de como as coisas inerentemente (ou pelo menos presentemente) *são*, em vez de como as coisas *se tornam*. Esta linha de investigação na doutrina analítica é presumida como “dada”, como uma questão antiga, fundamental e definidora da doutrina.

Um recente comentário do proeminente filósofo Europeu do direito Robert Alexy propõe que toda a doutrina tem sido e deve sempre ser dominada por esta questão, a questão de se o direito é separado da moral:

O problema central no debate em torno do conceito de direito é a relação do direito e da moralidade. Não obstante uma discussão que alcança mais de dois milênios, remanesce duas posições concorrentes básicas — a positivista e a não-positivista (1989, 3).

141

Aqui a posição “não-positivista” é simplesmente a outra alternativa dada pela imagem analítica: a opção que de alguma forma coloca um elemento moral *dentro* da delimitação. A doutrina ocidental é assim dominada por um viés linguístico poderoso em relação ao método e teoria jurídica, por um conceito de direito com uma delimitação definitiva — se esta delimitação inclui a moral ou não. Se ignorarmos Hale e aceitarmos o comentário de Alexy, a visão pragmática é então inteiramente original — uma terceira “posição básica”. Não pode, no entanto, ser tão simples-

círculo que inclui dentro de si um elemento da “moral”, mas nada obstante implicando em uma delimitação. A delimitação imaginária é ainda existente, profundamente enraizada na conversação, e a atenção se volta à explanação da natureza dessa delimitação distintiva, não no questionamento de se ela existe afinal.

mente mapeada, pois o modelo pragmatista de direito é parte de um modelo de inteligência *em desenvolvimento* no contexto de *toda* experiência.

Falácias analíticas

A imagem analítica serve para ilustrar a dimensão prática da crítica de Holmes à ideologia. Imagine novamente o círculo com “direito” dentro, mas coloque a parte por enquanto o lugar preciso de “moral”. Se direito tem uma delimitação, a questão surge, o que *precisamente* está dentro, e o que está fora? Se a questão surge para que juristas não possam encontrar uma resposta clara dos materiais (leis, casos, textos majoritários, etc.) que estão *dentro*, eles podem procurar uma resposta *fora*? E acredita-se que os “princípios morais” estão dentro, como Alexy, seguindo Ronald Dworkin, tem firmemente mantido? Podem tais princípios gerais serem utilizados para *decidir* o caso difícil?

O falibilismo de Holmes resiste à ideia da delimitação conceitual natural em torno do direito. Não vê nenhum caso difícil como ocupando um lugar dentro *ou* fora da delimitação do direito. Ao invés, o caso difícil apresenta um grau de novidade ou incerteza. Casos se tornam processos jurídicos do caos da complexidade da vida. Trazem inúmeros tipos distintos de incerteza e dificuldade. É um erro categórico tratar todos os tipos de incerteza jurídica como unívoco, de um tipo conceitual, um erro que parece inevitavelmente se seguir da noção de uma delimitação, ou, em qualquer grau, de um debate sobre a separação ontológica do direito e da moral. É um erro que, como Holmes iria posteriormente reclamar, pode ser usado para racionalizar a predeterminação de um juiz para um resultado de uma controvérsia em curso ao contornar detalhes e apelar diretamente a um “princípio moral”.

Desta perspectiva, duas falácias têm seguido da concepção analítica, desde pelo menos John Austin, que o direito tem uma delimitação conceitual distinta. Uma é que um caso particular, incorporando uma questão específica, pode surgir fora da delimitação, e conseqüentemente ser juridicamente indeterminado. De acordo com o modelo positivista, direito, considerado como uma matriz adjudicadora, ou é bem-sucedido ou falha por si mesmo. Sobre decidir casos difíceis, isto significa que o positivista deve aceitar a possibilidade problemática de uma radical “indeterminação jurídica”.¹⁰

A outra falácia, seguindo do debate sobre se o direito e moral são separados, é que a moral, ou princípios morais, devem ser incluídos dentro da delimitação quando necessário a resolver o caso juridicamente indeterminado. Isso dá ensejo à noção superficial de que direitos constitucionais, enquanto “princípios morais” privilegiados, podem ser avaliados como superadores de leis e precedentes sempre que sua arrebatadora linguagem geral permitir. Se o caso representa uma controvérsia prevalente na qual um juiz tem impressões fortes, e há um valor constitucional relevante tal qual a liberdade de expressão, fatos irritantes que podem alinhar o caso com decisões contrárias anteriores podem ser ignorados, em favor de uma recitação retórica da importância histórica do direito constitucional. Conquanto isto possa parecer um fenômeno do século XX, Holmes já havia se defrontado com uma versão do século XIX disto durante sua carreira como um juiz estadual, na ainda desregulada área da organização do trabalho – a tendência de rejeitar piquetes como uma violação à liberdade constitucionalmente protegida do contrato.¹¹ *Lochner*,

143

10 Uso esta expressão em seu sentido radical, não o sentido moderado algumas vezes dado por realistas jurídicos. Ver, e.g., Kellogg (2009)

11 *Vegelahn v. Guntner* e *Plant v. Woods*; ver Kellogg (2007, 127-34)

em 1902, evocou o mesmo direito para afastar o regulamento de bem-estar estatal, e seria o seu encontro de aviso com este fenômeno na Suprema Corte. Em ambos os casos ele divergiu, e em ambos sua posição nasceu de desenvolvimentos históricos.

Direitos constitucionais são importantes, mas eles são implementados ao levantar questões fundamentais para a sociedade como um todo, não ditando, para o juiz individual, respostas de atalho para novas perplexidades como organização sindical ou legislação de bem-estar social. Questões mais recentes em que a tentativa existe para evitar a complexidade são os limites corporativos em gastos de campanha, e suicídio medicamente assistido. Por que juízes devem decidir tais assuntos com fundamentos específicos, como Holmes aconselhou, e abster-se de entrar na constituição para um raciocínio final, irreversível? A resposta simples é que o direito é parte de uma investigação social ampla, e nas controvérsias mais incômodas, a investigação deve correr seu curso antes do princípio correto, reunindo os contornos completamente explorados de um problema, assim na política como na linguagem. E, um amplo espaço deve ser dado para input de fora do âmbito judicial.

144

A ordem dinâmica do pragmatismo

Como as coisas permanecem unidas, em meio a crises e conflitos sérios? Escravidão e sua consequência foram esmagadoramente a maior fonte de dissensão violenta na história da república, um choque de compromissos profundos trabalhados apenas através de dois séculos de ajuste gradual e doloroso – de hábitos, práticas, crenças e até linguagem. O caminho desta disputa é irreconciliável com um contrato social Hobbesiano suprimindo a operação de visões morais conflitantes do

direito. Uma tal visão dificilmente poderia atrair Holmes. Como um jovem abolicionista, ele se formou compreendendo o pensamento de Emerson sobre a responsabilidade pessoal, e sua influência foi enorme.

Para Hobbes, a guerra civil era um mal completo a ser evitado a todo custo, enquanto para Holmes veio a ser compreendida como simplesmente uma manifestação mais explosiva da constante colisão de interesses fundamentais. Não precisamos perdoar uma guerra fratricida para reconhecer que, na Inglaterra do século XVII e XVIII tanto quando na América do XIX, se dirige a impasses morais que instituições jurídicas e políticas não podem resolver. Este insight provavelmente levou Holmes à íntima conexão de casos jurídicos com seus conflitos subjacentes, e uma ênfase menos sobre a doutrina jurídica analítica do que nas dimensões não jurídicas de ajustamento.

O que está faltando da visão de Hobbes é a necessidade constante de adaptação contínua em qualquer esquema real de ordenação social. É a isto que me refiro como a ordem *dinâmica* característica do Pragmatismo, o aspecto transformativo e transaccional da investigação encontrada no trabalho de Dewey. A lógica do direito não é o *a priori* ditado das razões jurídicas, mas antes, parafraseando Dewey, o *produto* da investigação. A dimensão destacada em retrospecto através de Holmes é o elemento do constante conflito como uma força catalizadora.

Como Ralph Sleeper observa, a fórmula da dúvida-crença de Peirce orientou a atenção de Dewey para o real processo do pensamento. Inerentemente vaga, a ideia da dúvida buscou sempre especificidade na obra de Dewey. Para Sleeper, a chave para a lógica de Dewey era compreender inferência “como um evento real da força e poder transformacional, causalmente real na emergência de novas características de coisas ‘entrando na fun-

ção inferencial'. Isto toma inferência como ação, como comportamento que causa mudanças na realidade através da interação com coisas" (1986, 83). Se o processo real de inferência começa com a dúvida, a fórmula dúvida-crença precisa reconhecer que a dúvida é não meramente espectral mas precisa ter sua própria história e psicologia.

De Holmes ganhamos o insight de que a inteligência jurídica é um caso especial de inferência derivado de constantes controvérsias que encontram seu caminho no sistema judicial. A dúvida é palpável no caso difícil. A gradual lapidação da crença através de resoluções baseadas na especificidade de casos é visível no registro do litígio. Embora possa ser falho e caótico, a resolução do conflito por solução jurídica de problemas oferece um registro escrito da ordenação pragmática e naturalista, revelada em toda sua natureza falha e caótica. Este aspecto do conhecimento precisa ser reconhecido igualmente em relação ao crescimento dinâmico de universais e ideais. Em uma palestra dada à Associação de Advogados do estado de Nova York em 1899, Holmes resumizou este ponto de um modo que Dewey iria aprovar:

É perfeitamente apropriado considerar e estudar o direito simplesmente como um grande documento antropológico. É apropriado recorrer a ele para descobrir que ideais da sociedade têm sido fortes o bastante para alcançar aquela forma final de expressão, ou o que têm sido as mudanças nos ideais dominantes de século a século. É apropriado estudá-lo como um exercício na morfologia e transformação das ideias humanas. (1899, p. 212)

Esta extraordinária passagem demonstra que Holmes entendeu o direito de modo inteiramente diferente de Hobbes. Em vez de uma força autônoma suprimindo o conflito como patológico, é enraizado dentro de processos sociais assimilando e apri-

morando o conflito como uma condição natural. Em vez de ver a teoria política e jurídica como um programa profilático para uma entidade governante distinta, a teoria jurídica é correlata ao resto do conhecimento e o direito é visto como um registro escrito que oferece evidência de normas e ideias sociais como cogeneradas continuamente. Ideias são produtos desta visão de conhecimentos-investigação, e elas são constantemente desenvolvidas em resposta à natureza mutante das ações humanas.

Nesta visão original, a filosofia jurídica está engajada em um afastamento radical da tradição positivista analítica, com paralelos esclarecedores e interessantes, não tanto para outras escolas doutrinárias estabelecidas, mas antes (como propus alhures, 2010) para o estudo pós-Kuhn da ciência, que já se tornou um programa de pesquisa vital gerando sua própria consideração da “morfologia e transformação das ideias humanas”.

147

Referências

ALEX, Robert. *The Argument from Injustice*. Trans. Bonnie L. & Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1989.

CAIRNS, John. Legal Theory. In: *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment*. Cambridge University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1977.

HAAKONSEN, Knud. *The Science of a Legislator: the Natural Jurisprudence of David Hum and Adam Smith*. Cambridge University Press, 1981.

HALE, Sir Matthew. *Reflections by the Lord Chiefe Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue of the Lawe*, printed in William Holdsworth, *A History of English Law*. London: Methuen, 1956. p. 499-513.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *Codes, and the Arrangement of the Law*. In: American Law Review 5 p.1, 1870.

_____. “The Path of the Law” *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Company, 1896. p. 179.

_____. Law in Science – Science in Law. *Collected Legal Papers*. Harcourt, Brace and Company, 1899. p. 210.

KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge University Press, 2007.

_____. *The Construction of Legal Positivism and the Myth of Legal Indeterminacy*. 2009. Capítulo I desta obra.

_____. *Law and Science as Forms of Inquiry: Toward a Comparison of Legal and Scientific Knowledge*. 2010. Capítulo VIII desta obra.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

_____. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford University Press, 2008.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

SHAPIN, Steven, and Simon Schaffer. *Leviathan and the Air-Pump: Hobbes, Boyle, and the Experimental Life*. Princeton University Press, 1985.

SLEEPER, Ralph. *The Necessity of Pragmatism: John Dewey's Conception of Philosophy*. Yale University Press, 1986.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge and London: Harvard University Press, 1999.

PARTE II

Epistemologia Pragmática do Direito

CAPÍTULO VII

Comparando a investigação natural e a normativa: o “real” e o “certo” como conceitos de ordenação

Charles S. Peirce sustentou que o impulso social, o desejo de reconciliar nossas crenças pessoais com aquelas de nossos vizinhos, nos levou a acreditar no “real independentemente”. “O real, então, é o resultado a que, mais cedo ou mais tarde, informação e argumentação finalmente chegam, e que é, portanto, independente de variações minhas e suas. Assim, a própria origem da concepção envolve a noção de uma COMUNIDADE, sem limites definidos, e capaz de informação completa, tal que a realidade dependa da decisão última da comunidade... Realidade consiste no acordo que o todo da comunidade eventualmente chegaria”.

O real é para Peirce uma concepção ordenadora na investigação natural e no conhecimento natural. Na investigação normativa, ainda mais aparente é o papel do “certo” como uma concepção ordenadora. A noção do certo vincula a comunidade e influencia diretamente ações, como faz aquela do real. A literatura sobre o certo é distintivamente estruturada, e governada pelo conceito

de justiça, por si mesma uma ideia altamente estrutural. Há dois grupos de literatura distintos sobre o “certo”, o jurídico e o moral. Eu foco aqui na literatura inicial do Pragmatismo jurídico.

Este ensaio, preparado para uma conferência sobre a investigação pragmática, delinea as seguintes observações: 1) A investigação normativa, e conhecimento normativo, é orientado no direito por perturbações no tecido social canalizadas para a resolução sistematizada de disputas; 2) A normatividade jurídica é uma teia ou rede de padrões emergindo de práticas discrepantes e tecidos em conjunto por profissionais cuja missão é impor coerência, consistência e previsibilidade; 3) A teoria pragmática do direito como investigação social implica em um programa de pesquisa distinto da doutrina positivista analítica, que foca no conceito e definição do direito; 4) Enquanto o último confronta o problema da indeterminação em casos jurídicos dúbios, o caso dúbio é visto pelo Pragmatismo como um estágio em um processo contínuo de classificação, neste sentido comparável à investigação experimental na ciência natural.

152

Eu sou grato pela oportunidade de explorar com você um aspecto do Pragmatismo que acredito ser subestimado: sua filosofia do direito. No breve tempo disponível, gostaria de elucidar o falibilismo legal como uma teoria do direito distinta, focando sobre suas raízes nos ensaios iniciais do Oliver Wendell Holmes Jr. Então vou me deter em sua contribuição para uma teoria social mais geral da investigação (como uma sociologia do conhecimento *jurídico*), e finalmente tocar no mérito disso como um programa de pesquisa para filosofia.

A investigação jurídica conecta problemas do dia-a-dia com o conhecimento especializado e profissional. Explora a função e interação de comunidades distintas de investigação, tanto espe-

cializada quanto leiga. Além disso, oferece *insight* sobre a relação da investigação normativa e natural. Para uma compreensão conjunta dessas duas áreas tradicionalmente distintas do conhecimento, podemos olhar para Charles Peirce e Oliver Wendell Holmes Jr., respectivamente. Como meu tempo é limitado, irei discutir Holmes, e então fazer uma comparação com Peirce que certamente teria horrorizado ambos. Ambos membros presumidos do Clube Metafísico de Cambridge, os dois homens eram tão distantes em suas relações pessoais quanto eram próximos em seu radicalismo filosófico.

Primeiro, isto requer um rompimento com o Holmes acadêmico convencional. Para tomar emprestado uma expressão do Peirce, Holmes foi raptado – pelo paradigma convencional do positivismo jurídico analítico, há muito dominante na filosofia jurídica ocidental. Ele é comumente associado com o realismo jurídico do século XX, e você certamente está ciente do realismo jurídico escandinavo. O realismo jurídico do início do século XX foi influenciado até então pela ciência comportamental e social contemporânea. Enfatiza a reforma jurídica, motivada por uma reação contra a falsa certeza da doutrina “mecânica” e “formalista”. No século anterior, Holmes (1872a, 92) definiu direito como uma predição sobre o que as cortes irão decidir, o que foi posteriormente interpretado como instrumentalismo ou behaviorismo judicial. Em essência, era totalmente diferente.

A evidência é encontrada em dois artigos acadêmicos que Holmes escreveu na década de 1870. No primeiro (1870), ele observa que a Common Law Anglo-Americana “decide o caso primeiro e determina o princípio depois”, em um processo de classificação e generalização cumulativa gradual que ele chamou “aproximação sucessiva”. Ele alerta contra juízes que dão razões

prematuras em decisões de casos não familiares, e defende decisões altamente particularizadas em um estágio inicial de investigação em novas classe de disputa. O juiz, assistido pelo júri, devia simplesmente aplicar um padrão de prudência, ou a previsibilidade de lesão em relação a condições novas.

Holmes usou o criticismo do John Stuart Mill do silogismo, que Mill viu como argumentação não do geral ao particular mas do “particular ao particular”. Em seu famoso *System of Logic* (1843), que Holmes leu em 1867, Mill declarou que o geral é simplesmente usado com um guia. Mas para Holmes em seu ensaio de 1870, o geral relevante não pode ser usado como um guia para novos particulares, porque *ainda não existe*. Como isto pode ser? Enquanto novos problemas surgem e novas disputas são decididas, gradualmente um padrão emerge.

154

É apenas após uma série de determinações sobre a mesma matéria, que se torna necessário ‘reconciliar os casos’, como é chamado, isto é, por uma indução verdadeira para declarar o princípio que tem até então sido sentido obscuramente. E esta declaração é frequentemente modificada mais de uma vez por novas decisões antes da regra geral abstrata tomar sua forma final. Uma doutrina jurídica bem consolidada incorpora o trabalho de muitas mentes, e tem sido testada na forma bem como na substância por críticos treinados cujo interesse prático é resistir a cada passo. (1870, 77).

Ele posteriormente enfatizaria que tal generalização é influenciada pelo *feedback* e ajustamento dentro da sociedade.

- I. *A investigação normativa, e o conhecimento normativo, inicia no direito com perturbações no tecido social canalizadas na resolução sistematizada e participativa de disputas.*

Para ilustrar, tomemos uma visita imaginária ao porto de Copenhague nos tempos dos dias de navegação. Com as variedades de vento e maré deveria ter havido colisões constantes levando proprietários de embarcações a cortes reclamando dinheiro pela perda de carga e danos. Imagine um relato detalhado se desdobrando em um salão da corte de como dois navios colidiram, talvez à noite. Quando uma tripulação vê o outro navio, o que a tripulação faz, então? Navegação é trabalhosa e complicada, e na ausência de um erro claro, assumiremos uma audiência para que o julgamento seja contra a embarcação que foi menos prudente considerada as circunstâncias. Podemos honestamente dizer que o caso foi decidido por uma regra do direito?

Com o passar do tempo, colisões similares ocorrem e práticas prudentes se desenvolvem ao ponto em que as cortes podem e irão dizer, sim, este navio ou aquele estava sobrecarregado ou falhou em mostrar uma certa luz ou colocar um vigia, ou apagar uma certa vela para evitar a colisão. Uma ilustração disso pode ser a exibição de todas aquelas luzes coloridas em navios, identificando veleiros, barcos ancorados, rebocadores, barcaças. Sua primeira introdução levou a regras cautelares e daí a decisões e regras e padrões jurídicos. Assim a classe de “casos de colisão” se desenvolveu em regras e padrões gerais, com o passar do tempo.

155

II. A normatividade é uma teia ou rede de padrões emergindo de práticas discrepantes e tecidos em conjunto por profissionais cuja missão é impor coerência, previsibilidade e consistência.

Isto não é, apresso-me a dizer, um relato histórico preciso. É uma simulação livre trazida do ensaio de 1870 por Holmes, que por seu turno é o produto de várias influências: um estudo

próximo de casos americanos e ingleses do século XIX, leitura ampla em filosofia bem como em direito, uma atitude em relação ao conhecimento compartilhado com seus amigos do Clube Metafísico, e as influências sobre eles do Iluminismo Escocês, aplicados a suas leituras de Kant, Hegel e Darwin (Kellogg, 2007). Esta mistura de influências foi dita como tendo levado o Pragmatismo a uma leitura radicalmente naturalizada de Kant e Hegel. (Margolis, 2010).

Você pode ver elementos de um Hegel darwinizado na abordagem de Holmes para a criação de regras, talvez influenciado por seu único mentor admitido Chauncey Wright, que em 1873 publicou um ensaio influente “A evolução da autoconsciência”, escrito com o encorajamento de ninguém menos que o próprio Charles Darwin. Holmes parece ter absorvido a atitude de Wright, e ele tomou isto em uma direção diferente, em direção ao desenvolvimento (ele evita o termo “evolução”) da *inteligência jurídica*, como parte de um processo de ordenação socializado. E agora você percebe o que ele torna implícito na definição do direito como predição do que as cortes irão fazer. Direito não é um conjunto, sistema de regras com uma resposta preexistente para todo novo caso. É um constantemente em desenvolvimento sistema de *classificação*.

Dois anos depois Holmes escreve outro importante artigo (1872b). Aqui ele se dirige a uma questão mais difícil. A maioria dos casos jurídicos não são realmente compatíveis com a simulação que acabei de dar. Eles vêm em um contexto de direito preexistente. Casos difíceis frequentemente parecem estar enredados entre dois (ou mais) precedentes ou gêneros opostos. O exemplo que ele usa é o conflito de incômodo com direitos de propriedade, como a batalha entre proprietários vizinhos sobre a colocação e altura de um muro. Assim gêneros opostos

são reconciliados com o passar do tempo, novamente através de investigação falibilista.

No entanto, esta é dificilmente a visão convencional. A abordagem analítica dominante na doutrina jurídica vê o direito como um corpo de doutrina abrangente e oficial. A assunção de que sempre contém uma resposta falha em explicar a persistência da dificuldade e incerteza – ousar dizer *novidade*. Esta atitude enseja o ceticismo, e muitos realistas jurídicos foram ao extremo oposto ao ver casos incertos como “juridicamente indeterminados”. Isto abre as portas para o behaviorismo judicial ou instrumentalismo – o direito é a soma de influências subjetivas sobre os juízes, ou seu sentido imediato de “melhores” consequências.

*III. No problema do caso dúbio, encontramos a vantagem do Pragmatismo como uma teoria do direito. O modelo analítico leva a um dualismo do tudo-ou-nada. A certeza putativa do fundamentalismo analítico é oposta por um subjetivismo cínico, até relativismo. O Pragmatismo vê o caso dúbio como um estágio da investigação e classificação.*¹

157

Em seu ensaio de 1873, Holmes propõe uma alternativa para o modelo analítico. No caso dúbio, gêneros opostos não são reconciliados nem pela lógica analítica, nem behaviorismo judicial ou instrumentalismo, mas novamente por um processo *social* de aproximação sucessiva, experimental. Ele aplica o modelo cumulativo anterior de 1870 ao problema da resolução de conflitos entre regras e precedentes. Novamente, sua abordagem é “particularizar primeiro, generalizar depois”. Aqui está a passagem chave:

¹ Ambas posições insustentáveis partem do positivismo, modelo analítico do direito, visto como tendo um limite fixo com conteúdos definíveis. Ver Kellogg, 2009.

O crescimento do direito é muito apto a acontecer desse modo: dois casos amplamente diferentes sugerem uma distinção geral, que é clara quando afirmada abrangentemente. Mas como novos casos se agrupam em torno de polos opostos, e começam a se aproximar um do outro, a distinção se torna mais difícil de rastrear; as determinações são feitas de um modo ou de outro em uma preponderância muito leve de sentimento, em vez de sobre razões articuladas; e por fim uma linha matemática é alcançada pelo contato de decisões contrárias, que é tão arbitrária que pode igualmente bem ter sido arrastada um pouco mais para um lado ou o outro. (1872b, 119).

Holmes sugere um processo através do qual novas experiências caem na área cinzenta entre gêneros existentes, eventualmente revelando um novo padrão que primeiro aparece como uma “linha”, enfim redefinindo os próprios gêneros.

158

Em um momento irei perguntar se este modelo *normativo* tem algum paralelo com a investigação *natural*. Podem os dois aprenderem um com o outro? A influente “Escola de Edimburgo” de sociologia de conhecimento científico (SSK) desenvolveu um notável modelo de *classificação* similar da investigação científica, enfatizando que conhecimento científico procede do particular ao particular, e que “todo ato de classificação tem a forma de um julgamento, todo ato muda a base para o próximo ato, todo ato é defensável e revisável...” (Barnes et al., 1996, ix). Descobri que há muito a ser aprendido de uma comparação aqui de uma interação entre particulares e gerais, e o papel das comunidades de investigação, no crescimento cumulativo de ambos conhecimentos científico e jurídico.

Mas primeiro devo me dirigir à questão de se o modelo de Holmes é relevante para o direito contemporâneo. O direito realmente segue padrões de julgamentos por comunidades de

investigação, como Holmes sugeriu 140 anos atrás, ou é tudo é dado pela legislação e normatização administrativa?

Há um perigo hoje de ser raptado pelo modelo analítico dominante do direito que data pelo menos de Jean Radin e Thomas Hobbes e reforçado por Hans Kelsen e John Austin (sem mencionar Napoleão Bonaparte!). O direito é uma criação da soberania, ou de um código, ou de um conjunto de textos ou outras autoridades – e incorporado em uma matriz analítica estática. Essa visão é tão arraigada que Holmes é convencionalmente visto como dentro da tradição positivista analítica. Tenho argumentado por 30 anos que ele rejeitou o modelo analítico. Tenho de reconhecer que ele fez comentários que podem *parecer* simpáticos ao modelo analítico – ele foi, afinal de contas, um juiz. Mas um exame cuidadoso revela que ele consistentemente retornou à analogia da linha-demarcatória de 1973 – um modelo de classificação do direito – através de 50 anos de magistratura, aplicando-o até mesmo para legislação e direito constitucional (Kellogg, 2007).

Podemos encontrar um modelo de classificação no direito contemporâneo? E quanto a um novo problema como suicídio assistido? Essa classe de disputa começou como uma série de perseguições criminais de médicos por homicídios, até que a afirmação oposta de autonomia pessoal ganhou alguma força, da linguagem constitucional, aplicada para mudar as circunstâncias médicas. O problema logo encontrou seu caminho para as cortes de apelo. Em 1999, o Professor Cass Sunstein escreveu um livro chamado “*A case at a time: Judicial Minimalismo on the Supreme Court*”, no qual ele adverte a mesma coisa que Holmes em 1870 – decidir os casos um por vez, é frequentemente prematuro determinar uma regra geral extensível. De modo último, podemos precisar da legislação, mas mesmo isso não pode chegar muito cedo, antes do

estágio experimental, que inclui um processo de *feedback* e ajuste. A legislação é *parte* do processo de investigação.

Uma implicação disso é minar o modelo clássico da escolha social democrática, famosamente criticado por Kenneth Arrow. A escolha social é constantemente desenvolvida fora da urna eleitoral, para o bem ou mal, no processo de resolução de conflitos, influenciada por *feedback* de várias comunidades relevantes. Enquanto que com o suicídio assistido, cada decisão sucessiva responde ao *feedback* de diferentes comunidades de interesse, o que pode incluir profissionais acadêmicos, jurídicos, médicos, cidadãos de idade avançada, grupos de lobby, e assim por diante – até filósofos! Toda decisão é influenciada por ajuste social e a adoção de novas práticas, como novos procedimentos médicos e testamentos vitais. O modelo democrático clássico torna-se insuficiente ao ignorar este processo contínuo de conflito e ajuste.

Quais são os elementos-chave aqui? 1) Estamos olhando para casos não singularmente, como levantar uma questão de direito existente contra um background analítico sincrônico, mas como estágios da investigação em *problemas* sociais, e contra um background *diacrônico*; 2) Não obstante o papel de “grandes juízes”, a inteligência guia não é individual, mas social – consequentemente implica em uma *epistemologia socializada*; 3) A própria investigação é gerada não por curiosidade desapaixonada, mas por conflito, e é bem mais bagunçada que qualquer modelo ideal de diálogo; 4) A investigação toma lugar em um contexto de gêneros preexistentes para os quais olhamos retrospectivamente até mesmo quando engendramos novos casos em relação a eles; 5) O papel judicial de comparar e contrastar é melhor compreendido como um demarcar a linha incrementador e cumulativo; 6) Juízes são melhor vistos como membros de uma comunidade pro-

fissional distinta da investigação, mas agem dentro de uma rede de outras comunidades, tanto especialistas quanto leigas; 7) A interação entre comunidades discrepantes opera como um “*loop de feedback*” de decisões judiciais para seus efeitos, que alimenta novas experiências de volta ao sistema judicial.

IV. O Pragmatismo substitui o problema analítico da “indeterminação jurídica” por um estudo da investigação sobre a incerteza, levando à classificação, como um aspecto da sociologia do conhecimento (jurídico)

Estes são alguns dos principais insights do falibilismo jurídico para a teoria pragmática da investigação. Pode este estudo *normativo* do direito iluminar nosso entendimento da investigação natural, ou da investigação em geral?

161

Peirce e Holmes: o real e o certo como conceitos ordenadores

Kenneth Stikkers coloca Peirce na linha de frente da história da sociologia do conhecimento (2009). Ele observa que Peirce já havia proposto, antes de Dilthey e Durkheim e sem qualquer benefício aparente dos insights de Marx, que as formas do conhecer humano são fundamentalmente formas de vida social, sem reduzir a última a formas de vida econômica. É lamentável que Holmes e Peirce não tenham sido mais compatíveis. Se eles tivessem sido mais inclinados a se relacionar um com o outro, talvez a combinação da amplitude de Peirce com o foco histórico e empírico de Holmes talvez tivesse iluminado paralelos entre a investigação normativa e natural e o papel de “conceitos guarda-chuva” tais como o “real” e o “certo”.

Examinemos uma famosa passagem na qual Peirce se dirige ao papel da investigação em constituir o que entendemos como o “real”:

O real, então, é o resultado a que, mais cedo ou mais tarde, informação e argumentação finalmente chegam, e que é, portanto, independente de variações minhas e suas. Assim, a própria origem da concepção envolve a noção de uma COMUNIDADE, sem limites definidos, e capaz de informação completa, tal que a realidade dependa da decisão última da comunidade... Realidade consiste no acordo que o todo da comunidade eventualmente chegaria. (Peirce, 1984, 239, 241, 252)

Peirce sustentou que o impulso social, o desejo de reconciliar nossos hábitos pessoais com aqueles de nossos vizinhos, nos leva a acreditar no “real independente”. O real, então, é para Peirce um *conceito ordenador*. Inevitavelmente descobrimos que os outros têm visões diferentes das nossas, e cedo ou tarde a força de nossa tenacidade é amainada. A menos que nos tornemos ermitões, devemos necessariamente influenciar a opinião uns dos outros, para que o problema se torne como fixar a crença, não meramente no indivíduo, mas na comunidade como um todo (Peirce, 1986, 250).

O modelo de conhecimento como investigação de Peirce é radicalmente naturalista. É fundamentado na fórmula dúvida-crença, que Dewey mais tarde elucida como uma teoria da inferência social.² Peirce estende esta fórmula naturalista por todo o percurso até questões metafísicas concernentes ao “real”. Também famosamente implica no elemento da “construção” do real como um fenômeno social. Mas leva o naturalismo apenas

2 Para Ralph Sleeper, a chave para a lógica de Dewey era compreender inferência “como um evento real de poder ou força transformacional, causalmente real na emergência de novas características de coisas ‘acessando a função inferencial’. Toma inferência como ação, como comportamento que causa mudanças na realidade através da interação com coisas” (1986, 83).

até aqui, e deixa a discussão da investigação e construção social ainda desconfortavelmente abstrata.

Devemos desconfiar da assunção de que “investigação” é uma condição endêmica ou natural. É certamente fundamentada não em pura curiosidade ou sempre feita no contexto antisséptico de uma biblioteca ou um laboratório. Peirce enfatiza que a investigação é incitada pela dúvida. O que é dúvida? Como surge e opera? Como a investigação então ocorre? A fórmula dúvida-crença precisa reconhecer que a dúvida deve ter sua própria psicologia e história. A dúvida jurídica é orientada pelo problema de disputas sendo levadas às cortes. Esta dúvida é fundada, então, em *conflito*. Holmes, que lutou na Guerra Civil Americana, era acuradamente consciente de que dúvidas conflitantes podem tomar muitas formas, incluindo o desejo por vingança, e serem resolvidas de outros modos, incluindo violência.

163

Desde Peirce e Dewey, a ponta dos estudos do falibilismo tem sido na história e filosofia da ciência, influenciados por textos mais recentes tais como aqueles de Thomas Kuhn, Imre Lakatos, Paul Feyerabend, Larry Laudan, e muitos outros. Os estudos empíricos do falibilismo podem ser encontrados em estudos florescentes de programas de pesquisa atuais, incluindo o “programa de referência” da Universidade de Edimburgo, onde tive uma MacCormick Fellowship em 2009.

Fui atingido lá por similaridades notáveis do “programa de referência” de estudos da ciência com o modelo de investigação jurídica de Holmes. Já citei passagens do texto sinal de Edimburgo, *Scientific Knowledge: A Sociological Analysis* (Barnes et al., 1996). Há também, o modelo de investigação é argumentar de particular ao particular, um processo interativo e social de classificação, com uma ênfase na transformação conceitual. Comparando o modelo de direito de Holmes com o modelo de ciência de

Edimburgo, abre-se a conexão de duas até então separadas áreas do conhecimento, e anuncia uma relevância expandida da sociologia do conhecimento para a filosofia.

Volvendo para a investigação normativa, ainda mais aparente é o papel do “certo” como um conceito ordenador. A noção do certo influencia diretamente ações, até mesmo como a noção do real faz de modo menos direto. A literatura sobre o certo é distintamente estruturada em uma maneira hierárquica, de fato governada pelo conceito de *justiça*, ele próprio uma ideia altamente estrutural. Mas há dois corpos separados de literatura sobre o “certo, o jurídico e o moral. Diferenciando o certo jurídico do moral existe um vasto corpo de literatura dirigindo-se a tais noções como legitimidade, autoridade e procedimento. Em contraste à abordagem analítica, que tem dominado este corpo de obras pelo menos desde Hobbes, Holmes mostra como o certo *jurídico* está em constante transformação.

164

V. Enquanto um positivismo formalista tem sido robustamente desafiado na ciência, remanesce dominante no direito. A pesquisa inicial de Holmes é o primeiro modelo distinto de direito em transição como um sistema de classificação social

O que está ausente do corpo contemporâneo da literatura jurídica é encontrado na literatura dos estudos da ciência: uma crítica detalhada do próprio sistema social da investigação e classificação. A doutrina jurídica analítica está cega quanto a isso, porque é fundada em uma epistemologia estática e individualista. John Austin Focou na natureza dos direitos subjetivos como comandos fixos. H. L. A. Hart se voltou por seu turno à natureza do direito como um corpo de regras, revelado em um estudo pró-

ximo da linguagem jurídica. Ronald Dworkin fez exceção ao modelo de regras, defendendo a operacionalização de “princípios”. Ao invés de minar o modelo positivista, Dworkin efetivamente preservou a noção de que sempre há uma resposta correta *a priori* para qualquer caso dúbio.

Está ausente do modelo analítico qualquer detalhe concernente ao método de pesquisa, a interação de comunidades leigas e profissionais de investigação, teoria da rede-ator, a natureza social de tradições de pesquisa, e muitos outros aspectos comumente encontrados em estudos de ciência contemporâneos. Aqui jaz rico potencial para uma nova geração de pesquisa jurídica.

Há outros importantes aspectos da pesquisa inicial de Holmes que têm sido amplamente ignorados e merecem atenção mais estendida do que disponho aqui. Logo após os dois ensaios ora citados, ele mergulhou na antropologia e história jurídicas, levando a seu tratado *The Common Law* de 1881, incorporando mais *insights*.

Por exemplo, práticas e ideias normativas contemporâneas, mesmo as regras modernas de responsabilidade para os navios colidentes no porto de Copenhagen, têm raízes em passado distante, em noções primitivas, que dão novas razões mesmo enquanto as práticas originais remanescem. Por exemplo, a limitação da responsabilidade no direito marítimo é um produto do antigo desejo de vingança, que foi mitigado pela prática “primitiva” de entrega do instrumento lesivo do dano. Para Holmes, a investigação jurídica do dano pessoal foi um substituto histórico da antiga rixa de sangue, contendo vestígios de seu antigo passado. O processo de substituição de noções primitivas com modelos “racionais” putativos tem sido bagunçado, caótico, desigual, totalmente incompatível com as condições ideais de diálogo Habermasianas ou Rawlsianas.

Tendo alcançado o limite do meu tempo, irei concluir com um último comentário provocativo de Holmes em 1899, propondo que seu mapa diacrônico é aplicável ao reino moral, de fato ao reino das ideias em geral:

É perfeitamente adequado considerar e estudar o direito simplesmente como um grande documento antropológico. É adequado recorrer a isso para descobrir que ideias de sociedade foram fortes o suficiente para alcançar esta forma final de expressão, ou quais foram as mudanças nas ideias dominantes de século a século. É adequado estudá-lo como um exercício na morfologia e transformação das ideias humanas. (1899, 212)

Holmes traz para a teoria pragmática da investigação um foco mais distinto sobre a história e morfologia. Ele propõe nesta passagem que os ossos da metafísica humana jazem mal escondidas no registro histórico, e que sua conexão com a conduta humana e mudança social é palpável.

166

Referências

- BARNES, Barry, David Bloor, & John Henry. *Scientific Knowledge: A Sociological Analysis*. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- HOLMES, Oliver Wendell. Codes, and the Arrangement of the Law, 1870. In: KELLOGG, Frederic R. 1984. *The Formative Essays of Justice Holmes: the Making of an American Legal Philosophy*. Westport & London: Greenwood Press, 1984.
- _____. *Book Notice*, 1872a. Reimpresso em Kellogg (1984), p. 91.
- _____. *The Theory of Torts*, 1872b. Reimpresso em in Kellogg (1984), p. 95.
- _____. *The Common Law*, 1881. Boston, Little Brown & Co.
- _____. *Law in Science and Science in Law*. Collected Papers at 212. Harcourt, Brace and Company, 1899.

KELLOGG, Frederic R. 1984. *The Formative Essays of Justice Holmes: the Making of an American Legal Philosophy*. Westport & London: Greenwood Press, 1984.

———. *Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge University Press, 2007.

———. *The Construction of Legal Positivism and the Myth of Legal Indeterminacy*, 2009. Capítulo I desta obra.

MARGOLIS, Joseph. *Pragmatism's Advantage*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

MILL, J.S. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, 1843.

PEIRCE, Charles. *Writings of Charles S. Peirce: A Chronological Edition*, vol. 2, 1867-1871. Bloomington: Indiana University Press, 1984.

———. 1986. *Writings of Charles S. Peirce: A Chronological Edition*, vol. 3, 1872-1878. Bloomington: Indiana University Press.

SLEEPER, Ralph. *The Necessity of Pragmatism: John Dewey's Conception of Philosophy*. Yale University Press, 1986.

STIKKERS, Kenneth, et al. *John Dewey Between Pragmatism and Constructivism*. New York: Fordham University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge and London: Harvard University Press, 1999.

WRIGHT, Chauncey. *The Evolution of Self Consciousness*. In: *Philosophical Discussions*. New York: Henry Holt & Co., 1877.

CAPÍTULO VIII

Direito e Ciência como formas de investigação: Por uma comparação dos conhecimentos jurídico e científico¹

*Considere quais efeitos, que possam ser concebidos em termos práticos, nós consideramos que tenha o objeto de nossa concepção. Posteriormente, nossa concepção desses efeitos no contexto de nossa concepção do objeto.*²

169

Charles Sanders Peirce, 1878.

A passagem acima, do ensaio de Charles Peirce publicado em 1878 “*How to make our Ideas Clear*”, é talvez a melhor versão da designada “máxima pragmática” do significado. A máxima é exata em sua simplicidade. Mas quais, exatamente, são os efeitos críticos que definem, de fato realmente circunscrevem, na

¹ **Nota do tradutor**

Este artigo contou com a importante colaboração de Marília Araújo de Albuquerque, a quem agradecemos, cujos insights e soluções de tradução inteligentes e sofisticadas certamente garantiram eficiência e fluidez ao texto.

² C. S. Peirce, ‘How to Make Our Ideas Clear,’ *Popular Science Monthly* 12 (January 1878) 286–302. Para uma análise recente e penetrante da teoria do significado de Peirce, ver Haack, 2009b.

prática, objetos conceituais? E *como* o fazem? Peirce não tratou dessas questões de forma sistemática, mas discutiu a observação experimental de qualidades como “dureza” no ensaio original.³

Tem havido debate extenso acerca dessa matéria entre os estudiosos de Peirce, que não irei considerar aqui. Em vez disso, se considerarmos a ênfase de Peirce nas condutas práticas, assim como outros de seus princípios chave, a concepção de conhecimento como busca da crença movida pela dúvida no seio de uma comunidade de investigadores, uma aproximação plausível ao insight proposto é considerar os *efeitos em condutas futuras* dos investigadores e daqueles afetados pela investigação.

Neste trabalho, eu compararei duas escolas distintas de pensamento quanto à natureza do conhecimento como investigação social. Um é o falibilismo pragmático, associado com Charles S. Peirce e os primeiros pragmatistas americanos, que eu associo à filosofia legal de Oliver Wendell Holmes Jr. (Ver também Haack, 2009b). A outra é uma abordagem da sociologia do conhecimento científico conhecida como finitismo, associado à Unidade de Estudos Científicos na Universidade de Edimburgo, conhecido como “programa de referência”, caracterizando os estudos da Escola de Edimburgo.

Tanto o conhecimento científico quanto o jurídico podem ser vistos como formas da investigação comunitária, enfocando a primazia dos casos e modelos no processo de classificação intersubjetiva, e no duplo papel dos conceitos e teorias em guiar a conduta dos investigadores profissionais, bem como em formar e manter a coerência e a consistência tanto da crença especializada quanto da geral. O que se quer dizer com “conceitos e teorias”? A comparação em si deveria se dirigir a essa questão.

3 Id.

Muitos perceberam as dificuldades associadas à noção de “ciência” do direito. Parte do ceticismo relativo a esse tópico refletiu uma visão de ciência que foi abalada desde os trabalhos de Karl Popper, Thomas Kuhn, Imre Lakatos. Paul Feyerabend e outros. A visão tradicional traduziu diferentes percepções sobre metodologia, estas enfatizando a “descoberta” na ciência versus a “criação” no direito, bem como a aparente inconsistência do termo “direito” em sua aplicabilidade em disciplinas distintas.

Um direito científico é tradicionalmente visto como uma prescrição fixa da natureza, enquanto um direito legislado tornou-se conhecido como uma variável humana de criação, como uma prescrição para a sociedade civil, reforçado não por condições naturais, mas pela imposição de sanções humanas. Então, este último é desigualmente direcionado ao dever humano de agir. Porém, a revolução pós-Kuhniana trouxe os estudos científicos para mais perto da noção da teoria como guia de conduta – entendendo a conduta menos no sentido de conduta social, e mais como um elemento técnico e especializado; em efeito as práticas intencionais de cientistas e técnicos e o sistema, ou sistemas, de pensamento e expressão os guiando. Se há, aqui, senso comum para comparar os conhecimentos jurídico e científico, este repousa, ao menos em parte, na percepção do conhecimento como condutor da prática, incluindo a prática de pensamento futuro, comunicação e experimentação.

Nesse âmbito, irei propor uma comparação entre o que pode ser denominado falibilismo jurídico e as pesquisas da Unidade de Estudos Científicos da Universidade de Edimburgo (SSU), ao estender a investigação na ciência como uma cultura, como um modelo de concepções de trabalho que tanto engendram-se nas práticas como afetam a continuidade destas. Tal perspectiva, em geral identificada como a sociologia do conhecimento científico

ou SSK, apresenta aspectos para uma comparação com o direito, que também podem ser vistas como uma cultura cujas concepções engendram-se em práticas, mais explicitamente de dois tipos, aquelas prescritas para a sociedade em geral, e aquelas que guiam os profissionais-advogados, juízes e doutrinadores – na criação, administração e compreensão do conjunto do direito público e privado.

Devo enfatizar que este artigo é uma tentativa exploratória de trazer à tona as perspectivas de uma comparação, e não, em qualquer sentido, uma análise exaustiva da situação. Utilizando-me fundamentalmente do Programa de Estudos Científicos de Edimburgo, e comparando-o com minha própria pesquisa quanto ao falibilismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr., minha ênfase está em identificar paralelos entre o direito e a ciência enquanto processos da investigação social e comunitária, com a intenção de enxergar questões teóricas e doutrinárias na perspectiva dos papéis que exercem na manutenção, como o finitismo científico e o falibilismo jurídico parecem alegar, de programas em curso tanto de crença sistematizada quanto de classificação.

O finitismo, como desenvolvido pelo SSU, foca na natureza da ciência como método de investigação comunitária articulando-se a uma classificação consensual por aqueles que estão engajados na experimentação científica. Assim, as teorias são desenvolvidas a partir de modelos, e consistem em corpos de discurso, mais que em abstração ou teorias proposicionais, ou em postulados a partir dos quais deduções podem ser feitas em um processo frequentemente chamado “dedução hipotética” ou H-P. O próprio termo finitismo sugere uma referência ao “finito” número de modelos ou instâncias que já ocorreram para prover significado imediato a determinada classe, conceito ou

teoria sob consideração. Extraída, ou talvez emprestada, da teoria matemática,⁴ o termo, como utilizado neste contexto, é mais sugestivo do que exato e levanta a questão acerca do que, precisamente, constitui um “modelo”.

Finitismo como uma abordagem à investigação científica sugere uma comparação útil com o falibilismo, um aspecto da epistemologia pragmática, aplicado ao direito. Muito antes de tornar-se um renomado juiz americano, Oliver Wendell Holmes Jr., junto a seus amigos William James e Charles Peirce, era associado como membro presumido em um grupo de discussão em Cambridge, Massachusetts, nos anos de 1870, posteriormente renomeado por Peirce como “O Clube Metafísico”, e frequentemente citado como o berço do Pragmatismo. Como um acadêmico jovem, durante esse período, Holmes desenvolveu uma versão do falibilismo jurídico como uma investigação coletiva suplementar. Neste trabalho inicial, Holmes tratou os casos jurídicos mais como experimentos do que como aplicações mecânicas de regras já definidas.

173

Como o finitismo na ciência, o falibilismo enxerga os conceitos e categorias como incompletos e sujeitos à revisão a fim de incorporar experiências futuras. Também como o finitismo, o falibilismo jurídico parece perceber conceitos como engendrados em um número finito de modelos ou instâncias que abrangem a experiência passada, ainda que não seja a isso que o falibilismo de Peirce se refere; Ele se refere mais explicitamente ao ajustamento futuro dos termos e afirmações gerais. Suzan Haack generalizou e esclareceu a perspectiva de Peirce como “crescimento do significado” (2009a, 2009b) e associou isso à visão de

4 Ver, e.g., W.W. Tait, ‘Remarks on Finitism,’ 1998, at <http://home.uchicago.edu/~wwtx/finitism.pdf>

Holmes do direito (2009b). Valendo-se do trabalho de Holmes (e consciente do fato de que ele nunca, até onde eu sei, utilizou o termo “falibilismo”, de Peirce), podemos perceber o processo jurídico como um processo de investigação estendido, transgeracional, organizado em torno de conceitos jurídicos que originam ações jurídicas. E proponho que isso esclarece a relação entre pensamento, expressão e conduta no processo de investigação em curso em uma comunidade de investigadores, aplicado aos problemas de ordenação social.

Classificação

O que é a classificação legal e como é feita? O método analítico vê o direito como um domínio ou entidade relativamente fixo, tanto que seus conteúdos são ou explicitamente estabelecidos ou sempre já definidos, porém são concebidos, seja como conjunto de direitos, deveres, regras, princípios, ou alguma combinação destes com quaisquer definições ou modificadores. Um retrato estático do direito dá margem à possibilidade teórica da “indeterminação jurídica”, o caso extremo que existe fora dos “conteúdos”, i.e. as autoridades jurídicas relevantes, exigindo dos juízes que criem novos direitos, ou que se empenhem no “ativismo judicial”.

Assim como o finitismo científico, o falibilismo jurídico vê a incerteza jurídica como resultado de classificações inconclusas, e o caso extremamente duvidoso poderá ser, simplesmente, um exemplo que chegou no estágio inicial do processo de classificação, como um objeto, de alguma forma, novo ou original que precisa ser acomodado junto a categorias consensuais já existentes assim como compreendidas dentre os membros da comunidade respectiva.

Entender a natureza social da classificação é um elemento essencial do projeto do SSU. Ao explicar a abordagem por eles utilizada, os autores da *Scientific Knowledge: A Sociological Analysis* (1996) (SKSA) iniciaram pela observação do proeminente teórico francês Emile Durkheim. Durkheim elimina a tradicional e expressiva distinção entre a classificação como esforço humano e como um fenômeno natural.

[Uma] certa intuição quanto às semelhanças e diferenças apresentadas pelas coisas tem tomado importante parcela na gênese das...classificações.

Porém, sentir as semelhanças é uma coisa, e a ideia de classe, outra. A classe é uma moldura externa da qual os objetos parecem apresentar formas similares, em parte, os conteúdos. Os conteúdos não podem prover a moldura em que se enquadram. Eles são feitos de *vagas e flutuantes* imagens...; a moldura, ao contrário, é uma *forma definida*, com contornos fixos, mas que podem ser aplicados a um número indeterminado de coisas, percebidas ou não, efetivas ou possíveis. Na verdade, toda classe tem possibilidades de extensão que vão muito além do conjunto de objetos que conhecemos, seja pela experiência direta ou por semelhança. É por isso que toda escola de pensamento recusou-se... a identificar a ideia de classe com a de uma imagem genérica... a melhor prova da distância separando essas duas noções é a de que um animal consegue formar imagens genéricas ainda que ignore a arte do pensamento em termos de classes e espécies.

175

A ideia de classe é um instrumento de pensamento que foi, obviamente, construído pelo homem.⁵

O trabalho do SSU é descrito na SKSA tanto como justificando quanto estendendo os apontamentos de Durkheim. Os autores destacam que Durkheim não sustenta que a natureza

5 Durkheim, E. 1912. *The Elementary Forms of the Religious Life*. Trans J.W. Swain, 1961, London: George Allen & Unwin.

não teria nada a ver com a classificação, e sim que nossa experiência da natureza, isoladamente, não é suficiente para explicar o crescimento do conhecimento empírico. A primeira coisa a se notar é que, nessa visão de ciência, como na visão de Holmes do direito, o papel das instâncias específicas dos casos ou modelos, é privilegiado, se não central. Um “conjunto de instâncias é tudo que o aprendizado ostensivo pode oferecer para transmitir o senso de semelhança” (49) e “aplicações futuras de termos estão em aberto” (55).

Falibilismo

Antes de prosseguirmos com a comparação da classificação no direito e na ciência, devemos considerar a origem do Pragmatismo americano, que antecede e possivelmente antecipa o que é comumente denominado por revolução pós-Kuhniana na ciência. Os intelectuais de Cambridge, Massachusetts do fim do Século XIX, tornaram-se conhecidos como primeiros pragmatistas ou “clássicos”. Assim como William James, Charles Sanders Peirce e Oliver Wendell Holmes Jr., o grupo incluía também o menos conhecido Chauncey Wright e o advogado Nicholas St. John Green. Encontrando-se de forma irregular para discutir questões de natureza filosófica, esse grupo conjugou o forte interesse científico de Peirce, Wright e James ao acervo jurídico de Holmes, Green e outros advogados de Boston.

O grupo foi bem aceito na literatura filosófica e trouxe a esta uma intensa familiaridade com a literatura sobre evolução, especialmente *Origin of Species* de Darwin. Daí surgiu o que Peirce caracterizou como uma explicação do conhecimento humano como produto de esforços de uma “comunidade de investigadores” a fim de extrair a crença da dúvida em face dos problemas

humanos. Enquanto os problemas da ciência eram fundamentalmente técnicos e voltados aos sistemas naturais, os do direito envolviam o papel deste na manutenção da ordem social. Tanto Green quanto Holmes embasaram-se na tradição jurídica anglo-americana para trazer uma influência acadêmica a tais discussões (Kellogg, 2007).

Peirce denominou “falibilismo” o método através do qual ele, em todos os níveis, aborda a investigação humana: a busca por conhecimento começa, e é movida, pela dúvida, que, em si, tende a ser identificada e generalizada intersubjetivamente. O que as comunidades de questionadores buscam não é completamente definido por “verdade”; citando com frequência Alexander Bain, um personagem do Iluminismo Escocês tardio, Peirce privilegia a “crença”. Então liberta das garras de uma noção idealizada de verdade representativa, o foco pode mover-se na direção da exploração dos fenômenos aparentes que não estão consolidados nas proposições gerais da ciência ou da filosofia, refletindo que a experiência nova constantemente exige revisão ou reafirmação.

Não há proposição geral ou universal que esteja, em algum sentido importante, completamente consolidado. Como será explicado, tal percepção não é a mesma que a noção de falseabilidade de Karl Popper, como é amplamente indicado em todas as formas de proposições gerais, não restritas aos casos em que a experimentação científica é realizada para falsear ou revisar um entendimento consolidado específico. Uma vez que Peirce não se deu ao trabalho de explicar o falibilismo, o entendimento contemporâneo a esse respeito permanece não esclarecido (Margolis, 2002). Desconsiderando despreocupadamente o fato de que os advogados presentes no grupo não usavam o termo, eu sugiro que seu significado pode ser iluminado pelo comentário contemporâneo que despontou de, ao menos, um

advogado do grupo, na questão do direito e da natureza social dos conceitos jurídicos.

Isso me traz de volta ao inicial “Pragmatismo marxista” de Peirce, agora formulado grosso modo: “considere quais efeitos, que podem ser concebidos como tendo implicações práticas, nós concebemos ter o objeto de nossa concepção. Então, nossa concepção desses efeitos constitui o todo de nossa concepção do objeto” O que vem à mente enquanto “efeitos” de conceitos jurídicos? Podemos supor que estes consistem, ao menos em parte, no sentido em que advogados e juízes trabalham casos jurídicos na corte e racionalizam seus resultados, e como aqueles dentre a população em geral moldam suas condutas para evitar sanções. Então, talvez Holmes tenha percebido isso, com um interesse particular na natureza não consolidada desses conceitos.

178

Aproximadamente no período em que o Clube esteve ativo, Holmes publicou um artigo (1870) em que se referiu ao processo da interpretação na Common Law como acontecendo por meio de ‘aproximação sucessiva’. Ainda que não tenha reiterado esses termos, o conceito em si ressurgiu ao longo de sua carreira, interligado a sua concepção acerca do papel do judiciário na interpretação jurídica em geral, seja envolvendo estritamente a Common Law, ou, posteriormente, o direito escrito e constitucional. “Novos casos surgirão, que irão excetuar mesmo as fórmulas mais cuidadosamente construídas. Prosseguindo, a Common Law, como pontuamos, por uma série de aproximações sucessivas — pela reconciliação contínua de casos — está preparada para isso e simplesmente modifica a forma das regras”.

Holmes enfatizou os efeitos dos conceitos, mas em sentido diferente de Peirce. Ele entendia os conceitos jurídicos menos em abstrato, e focou em exemplos históricos, como posse e negligência, enquanto estes emergiam no desenvolvimento

da Common Law. Também focou mais nos efeitos históricos de conceitos jurídicos nos padrões de conduta, tanto como casos de ação quanto meios (ou “formas”, como sugere meu título) através dos quais padrões de conduta eram incorporados às normas jurídicas. Por esta perspectiva, o pensamento jurídico não se desenvolveu por meio de hipóteses e dedução, mas (para usar a terminologia dele) pelo “agrupamento” de instâncias ou casos. Consistente com isto, o conhecido tratado *The Common Law* (1881) de Holmes inicia com a famosa frase “A vida do direito não tem sido a lógica, tem sido a experiência”.

O que chamei de “falibilismo jurídico” de Holmes é uma forma de resposta à resolução de disputas emergentes na tradição da Common Law – isto é, que surgem na operação dia a dia e caso a caso das Cortes Americana e Inglesa de justiça. O processo tem início com julgamentos intuitivos. Na primeira tentativa de definição, Holmes escreve em 1870:

179

O mérito da Common Law é decidir o caso primeiro e determinar o princípio posteriormente...nos casos de primeira impressão, o frequentemente valorizado conselho de Lord Mansfield aos homens de negócio que eram repentinamente nomeados juizes de que deveriam pontuar as conclusões e não justificá-las, posto que o julgamento estaria provavelmente certo e as razões certamente erradas, não deixa de ser aplicável às cortes mais educadas. Apenas depois de uma série de determinações sobre o mesmo objeto-matéria torna-se necessário “reconciliar os casos”, como se diz, ou seja, instituir por verdadeira indução o princípio que tenha sido, até então, obscuramente sentido. E esta determinação é frequentemente modificada mais de uma vez por novas decisões antes que a regra geral assuma sua forma final. Como uma arregimentada doutrina jurídica exige o trabalho de muitas mentes, e como tem sido testada em forma e em substância por críticos treinados cujo interesse prático é resistir a cada passo. (1870, 1)

Está retratado aqui um processo paralelo ao da comunidade de cientistas de Pierce engajados na exploração da Common Law e seu continuado, mas específico, problema. As “muitas mentes” no final da frase inclui juízes treinados, bem como advogados em lados opostos de recorrentes sucessões de disputas que, surgiram a princípio, são melhor resolvidas sem pré-julgamento a partir de deduções de um princípio preexistente. Portanto, o “homem de negócios repentinamente nomeado juiz” deve decidir o caso em seus fatos, mas evitar explicação, e o mesmo também vale para “cortes mais instruídas”. A cautela contra generalização prematura se aplica ao especialista assim como às pessoas comuns.

180 Uma decisão inicial em uma controvérsia emergente opera parecido a um experimento científico; abre a investigação ao criar um precedente potencial para casos similares. Como o registro da investigação científica, o da investigação jurídica consiste a princípio em cuidadosamente registrar observações de experiências concretas múltiplas. O “homem de negócios” a quem Holmes alude (aparentemente uma referência aos “júris especiais” usados na Inglaterra por Lord Mansfield, mas mais provavelmente retirado de um argumento contra o silogismo em *System of Logic* [1862], de J. S. Mill) estava agindo neste momento mais como um júri que um juiz, e o papel que os júris têm tido, desde sua emergência como julgadores de questões factuais, de alcançar uma decisão sem explanação jurídica de seu convencimento sobre as evidências.

Convencimentos de evidências múltiplas podem revelar similaridades. Após uma acumulação de decisões particulares revelar um padrão, de acordo com o texto de Holmes, juízes podem iniciar o processo de generalização. No direito, como talvez na ciência, é apenas após suficiente experiência estabelecer um

claro padrão que observadores treinados podem começar a “abstrair” uma “regra geral”. E, como duramente também na ciência, isto é feito ao “reconciliar os casos”, que se refere a distinção do detalhe que é relevante do irrelevante na articulação de um padrão ou regra comum. Relevância, em uma conclusão última, tanto em direito quanto em ciência, é uma propriedade emergente. Enquanto a noção de relevância emerge, também o faz a percepção de coerência.

Isto sugere um paralelo entre advogados e cientistas que avaliam e generalizam dentro de uma tradição profissional estabelecida os registros de dados diversos, mas relacionados. Os dados, na ciência e no direito, poderiam parecer radicalmente distintos, mas há um sentido no qual as duas formas de investigação são comparáveis. Ambas são incitadas por problemas práticos ou dúvidas confrontando a comunidade em geral, refletindo o modelo dúvida-crença de investigação de Peirce. Em ambas, tentativas não profissionais e informais de resolver tais problemas, uma vez sobrecarregado com algo parecido com superstição, foi substituído por análises profissionais e formais. O entendimento prático subjacente a disputas jurídicas suplantou, como Holmes propôs em *The Common Law* (1881), uma cultura primitiva de vingança, até mesmo como podemos dizer que a ciência suplantou o animismo e superstição. Em ambas, abstração e classificação sistemática têm sido acompanhadas por novas práticas e objetificação conceitual.

Este paralelo tem sido, bem naturalmente, obscurecido pela ênfase da doutrina jurídica contemporânea na legislação. Existe aí, pelo menos entre não profissionais, uma presunção comum de que o direito largamente opera por autorização de instituições soberanas e, portanto, que a afirmação ou regra geral pode ser criada firme, não revisável, e clara na aplicação. Mas o grau

e complexidade da litigância, e o problema perene de resolver conflitos entre regras e leis discrepantes, sem mencionar constituições, enfraquece essa presunção. Um exame detido dos casos sugere que a interpretação de uma lei e a linguagem constitucional, constantemente aplicados a novas e imprevistas circunstâncias, ocorrem em uma base revisional de caso a caso que pode igualmente ser compreendida como falibilista.

Abandonando a cautela devo dizer, para ser explorado neste artigo, que o paralelo tem sido também obscurecido pela teoria política e jurídica pós-Hobbesiana. Thomas Hobbes foi um teórico seminal da teoria da soberania do direito como ordem. Escrevendo no século XVII durante a turbulência da guerra civil inglesa, criou um forte argumento para o direito como comando, generalizado como “positivismo jurídico”, que tem dominado por três séculos e meio, opondo-se a uma concepção de Common Law que foi antes defendida por Coke, Blackstone e Hale, e foi, como proponho alhures, posteriormente retomada por Holmes (Kellogg, 2007).

182

Objetificação como comum tanto à ciência quanto ao direito

Em ambos, ciência e direito, podemos perceber formas distintas de objetificação. Talvez, como W. V. Quine propôs, esta é uma propriedade evitável de nossa “linguagem” (“falamos tão inveteradamente de objetos que dizer que quase parecemos não dizer nada em absoluto; pois o que mais há para falar?”)⁶ Ainda,

6 Quine, W. V., “*Speaking of Objects*”, em *Ontological Relativity and Other Essays*, New York: Columbia University Press 1969, 1: “estamos propensos a falar e pensar em objetos. Objetos físicos são a ilustração óbvia quando o humor ilustrativo está ativo, mas há também todas as qualidades abstratas, números, atributos e classes. Persistimos em repartir a realidade de algum modo em uma multiplicidade de objetos discrimináveis e identificáveis, para ser referido a por termos gerias e singulares.”

a identificação e especificação de objetos materiais e entidades ensejam muito debate e pesquisa científica, sugerindo que a natureza de objetos científicos emergentes, como em física de partículas, é em algum grau hipotética, em evolução, e contingente sobre meios de descrição assim como de observação. É certamente sujeita ao que Haack chama de “crescimento de significado” (Haack, 2009).

Apesar de evidências de alguma transformação conceitual enquanto a investigação está particularmente ativa, o entendimento comum resiste à conclusão de que as entidades científicas são inteiramente construções humanas. É aqui que o SSK fez uma contribuição notável, particularmente o trabalho de Barnes, Bloor e Henry, ao examinar o papel da reificação em dar coerência e consistência a crenças gerais. Em vez de me substituir a esses pesquisadores, preferirei referir outras leituras para *Scientific Knowledge: a Sociological Analysis* (SKSA), especialmente capítulos 4 e 6.

Uma variação interessante disto pode ser encontrada no direito, onde entidades jurídicas concebidas, tais como direitos e deveres, são dados uma objetividade estática pela linguagem sugerindo diferentes objetos no espaço, mesmo quando direitos e deveres específicos disputados estão constantemente emergindo ou em contínua revisão. Reconhecidamente, a maioria das “entidades” jurídicas (legisladas ou de outro modo consolidados direitos e deveres básicos) não estão em constante disputa. Isto é refletido no fato de que juízes e advogados comumente falam do direito como uma prática analítica, envolvendo relação lógica entre direitos e deveres fixos. A imagem de fixidez é reforçada pela linguagem de objetos aplicada mesmo para padrões ainda fluidos e emergentes da controvérsia jurídica, como na natureza

e extensão do direito constitucional à “privacidade”. Mas o imaginário tem defeitos práticos na aplicação.

Em casos controversos, onde direitos opostos estão em conflito, é comum encontrar a linguagem jurídica voltando-se à tarefa de “balancear” os próprios direitos. Com este termo, outra característica da objetificação concreta, peso, é atribuída a conceitos jurídicos. Tal consideração, de uma perspectiva puramente analítica, distrai a atenção do caminho sinuoso de julgamentos dos quais direitos particulares surgiram. Aqui o alerta de Holmes contra a racionalização prematura vem ao jogo (ver Kellogg, 2007, ch 8). Uma análise de balanceamento em uma situação recente pode ensejar uma decisão sobre considerações de políticas mais amplas do que é garantido pela novidade de um caso particular. Irei elaborar mais a respeito disso no contexto de conflitos entre classes competidoras.

184

Conflito e consistência

Se a consideração “falibilista” do surgimento de conceitos jurídicos como entidades está ainda pouco claro, deve iluminar o desafio de resolver conflitos entre direitos subjetivos. Direitos emergentes são fundados em julgamentos individuais, por jures ou outros como o “homem de negócios”, feitos por comparando danos com a conduta prudente. Os fundamentos em que tais julgamentos são inicialmente feitos são a familiaridade dos júris e juízes com padrões dominantes de conduta em uma comunidade como um todo, em relação à atividade que se realizava quando o dano ocorreu.

A cronologia, e diacronicidade, desse processo é importante. Padrões de conduta são precedidos por, e retirados de, padrões de atividade. Os padrões de prudência são inferidos da

familiaridade com os melhores modos em que as coisas estão sendo feitas, com preocupação particular em fundamentar julgamentos sobre aquilo que é visto como sendo o modo “correto” ou prudente. A falha em acionar um certo tipo de luz em um navio a noite, que se tornou uma prática comum para diminuir a probabilidade de colisões, se torna, através de julgamentos repetidos na Common Law, uma razão para responsabilidade estrita por colisões sempre que a luz esteja ausente. Assim uma prática comum pode levar a um dever jurídico.

Nesta admitidamente simplificada consideração, conceitos jurídicos demarcando direitos e deveres são produtos cognitivos de padrões dominantes de conduta agrupados e avaliados pelas cortes judiciais. Isto tem relevância especial para a metodologia de resolver conflitos. Quando direitos subjetivos são vistos conflitando em abstrato, a consideração de Holmes nega que eles possam ser “balanceados” em abstrato. Antes, os conflitos devem ser resolvidos em uma base experimental de caso por caso, assim como os direitos conflitantes foram eles próprios individualmente enquadrados. Aqui está como Holmes descreve o processo de sua resolução em 1873:

O crescimento do direito é muito apto a acontecer desse modo: dois casos amplamente diferentes sugerem uma distinção geral, que é clara quando afirmada abrangentemente. Mas como novos casos se agrupam em torno de polos opostos, e começam a se aproximar um do outro, a distinção se torna mais difícil de rastrear; as determinações são feitas de um modo ou de outro em uma preponderância muito leve de sentimento, em vez de sobre razões articuladas; e por fim uma linha matemática é alcançada pelo contato de decisões contrárias, que é tão arbitrária que pode igualmente bem ter sido arrastada um pouco mais para um lado ou o outro. (1873, 654).

Nessa descrição, como no texto de 1870, conflitos entre direitos existentes não são resolvidos de uma vez, através da interpretação e aplicação de um antecedente conjunto subjacente de princípios jurídicos. Em vez disso eles são gradualmente explorados, primeiro pela reunião de novas experiências, e depois por exames retrospectivos com tempo apropriado de uma matriz de decisões anteriores específicas. Holmes descreve um processo no qual os novos casos são vistos como gradualmente preenchendo um espaço metafórico entre duas regras (“agrupando-se em torno de polos opostos”). Juízes eventualmente resolvem o conflito reconhecendo e descrevendo uma “linha” entre princípios ou polos opostos.

Apesar da ênfase em julgamentos específicos, não há nenhuma tentativa aqui de evitar a linguagem de objetificação; de fato, Holmes abre uma nova metáfora de “traçar a linha” para enfatizar o papel primário de decisões individuais. Cada nova decisão é registrada em sua explicação como um ponto sobre uma linha metafórica definindo o limite entre categorias separadas ainda em evolução. Esta imagem de um “agrupamento” de casos enseja uma comparação com o finitismo científico como descrito na SKSA, que foi anteriormente citada para a observação de que, em ciência, também um “agrupamento de instâncias é tudo que o ensino ostensivo pode oferecer para transmitir o senso de semelhança” (49).

Para descrever o crescimento do conhecimento científico como um movimento de um problema para o próximo na base de analogia e direto modelamento é oferecer uma explicação finitista do processo... Uma classe é suas instâncias aceitas em um dado ponto no tempo: estas instâncias são as fontes existentes para decidir o que mais pertence à classe, os precedentes disponíveis para mais atos de classificação, a base para mais desenvolvimento caso a caso da classificação (105).

Devo observar aqui que o *System of Logic* de J. S. Mill ofereceu uma fonte significativa para ambos Holmes e pelo menos um dos autores da SKSA, David Bloor (ver, 1976). Ambos, Holmes e Bloor, baseiam-se no “conselho do Lord Mansfield” da discussão de Mill do silogismo no capítulo III, onde ele sustenta que “Não apenas podemos argumentar de particulares a particulares sem passar pelos gêneros, como perpetuamente o fazemos” (1862, vol. 2, 212). Na explicação de Mill, o conselho [na versão anterior para um “homem de bom senso prático, que, sendo nomeado governador de uma colônia, tem de presidir sua corte de justiça, sem prática judicial prévia ou formação jurídica”] foi “dar sua decisão corajosamente, pois provavelmente estaria certa, mas nunca se aventurar a atribuir razões, pois elas seriam quase infalivelmente erradas”, como Mill por fim sumariizou,

Toda inferência é de particular a particular: proposições gerais são meramente registros de tais inferências já feitas, e pequena fórmula para fazer mais: a premissa maior de um silogismo, conseqüentemente, é uma fórmula dessa descrição: e a conclusão não é uma inferência trazida *da* fórmula, mas uma inferência trazida *de acordo* com a fórmula: o antecedente lógico real, ou premissa, sendo os fatos particulares dos quais a proposição geral foi coletada por indução. (218, ênfase do original).

Holmes (cujo diário registra uma determinada leitura de dois volumes do *System of Logic* de Mill em sete dias durante novembro de 1866) leva sua abordagem um passo adiante, ao aplicar isto a uma consideração da interação entre classes opostas ou em conflito, por seu gradual e consensual traçar da linha metafórica. Em um sentido a linha pode ser descrita como “arbitrária” em que “pode igualmente bem ter sido trazida um pouco mais para um lado ou para o outro”. Em outro sentido, a explicação des-

creve um processo no qual produtos conceituais são construídos de maneira não diversa de produtos físicos. Um direito subjetivo é uma ferramenta para o futuro assim como um julgamento do e sobre o passado. Uma ferramenta física como uma pá ou um computador podem ser colocados juntos de múltiplas formas e dimensões – como o botão de “enter” ou de “delete”, “um pouco mais para um lado ou para o outro”. Não há uma forma ideal ou perfeita para o direito, mesmo que seja repetidamente modificado para se adaptar a novas condições, conformando condutas enquanto forma e reforma conceitos jurídicos.

188

Destes e outros textos antigos de Holmes parece que o corpo do direito de Holmes é construído de categorias jurídicas e conceitos formados por um processo similar à negociação, embora uma atenuada. O empreendimento como um todo precisa ser tecido em conjunto enquanto é ajustado para acomodar padrões em mudança guiando a conduta futura. Casos diferentes, situações, partes, juízes e advogados (e, claro, acadêmicos) estão todos envolvidos em um *continuum*, como julgamentos são analisados e interpretados para forcejar consolidações finais de múltiplas controvérsias. Consistência geral é um objetivo dominante, mas a análise conceitual é apenas parcialmente um exercício de reconciliação lógica. Também o é negociar cada novo requisito para conduta através do choque de padrões conflitantes de conduta já prevalentes.

É tentador comparar esta explicação com a abordagem finitista de “demarcação” entre especialidades e disciplinas científicas, dada tais observações como limites são “realizações contingentes originadas em situações específicas e responsáveis pela revisão quando estas situações mudam” (SKSA, 140), “Não há divisão natural entre matérias pequenas e grandes na prática da ciência” (155), e “convenções profundamente arraigadas

são fáceis de confundir por divisões naturais” (168). Contudo, a analogia não se aplica aqui, como os autores não estavam preocupados, como Holmes, com limites que surgem de conflitos entre linhas distintas de “precedentes” ou classificação conceitual baseada em convenção. Eles estão preocupados de outro modo com limites em torno de aspectos da opinião científica que se tornou aceita, e de opiniões concorrentes determinadas inaceitáveis. Os exemplos dados são da teoria rejeitada de Thomas Hobbes de pneus e a natureza do ar, e a abordagem de Robert Chamber para a história natural. Um exame mais cuidadoso do que o que dei pode revelar outras divisões conceituais do fenômeno científico que oferece uma analogia mais próxima, talvez a competição entre a teoria da onda e corpuscular da luz e radiação eletromagnética, ou o debate ainda controverso de Bohr e Einstein sobre a física quântica.

189

Holmes frisou que o processo de classificação parece mais analítico do que é, no sentido de que a consistência sempre parece ter sido descoberta, não feita. Em um escrito de 1878, Holmes escreve que consistência é por natureza elusiva:

A verdade é que o direito até agora parece ter, e parecerá pela necessidade de seu ser, sempre abordado e nunca alcançado a consistência. É um sempre adotar novos princípios para a vida de um lado, e sempre mantendo princípio antigos da história por outro, que ainda não foram absorvidos ou descartados. Se tornará inteiramente consistente apenas quando cessar de crescer. (1879, 631).

Muitos anos depois, Holmes comparou sua teoria do direito com a antropologia:

É perfeitamente adequado considerar e estudar o direito simplesmente como um grande documento antropológico. É adequado recorrer a isto para descobrir que ideais da sociedade

têm sido fortes o suficiente para alcançar aquela forma final de expressão, ou quais tem sido as mudanças nos ideais dominantes de século a século. É adequado estudá-lo como um exercício na morfologia e transformação das ideias humanas. (1899, 212)

Aqui encontramos o falibilismo (ou, nas palavras de Holmes, “aproximação sucessiva”) elucidado como um mecanismo de uma teoria evolucionária do conhecimento.

Realismo e a teoria do conhecimento

Contra este plano de fundo, alguém pode encontrar algumas similaridades entre a visão falibilista do direito e a visão finitista da ciência. Alguém pode também considerar o estudo dos fenômenos naturais, que chamamos ciência natural, como um “grande documento antropológico”, ou um “exercício na morfologia e transformação das ideias humanas”? Similarmente, pode alguém, sem abandonar muito a cautela, encontrar outras analogias, tal como o recurso ao real e ao essencial tanto na ciência como no direito enquanto fontes de consistência e crença?

Uma vantagem particular do método do SSU tem sido dar um passo para trás em relação a controvérsias epistemológicas fundamentais na filosofia da ciência a fim de vê-las em um contexto estratégico, um propósito orientador de acordo com os objetivos da ciência como uma atividade coletiva. Um exemplo proeminente é o reconhecimento do “realismo científico” – a representação de entidades conceituais como contendo um grau de “realidade” ou de “real” – como uma prática linguística designada para manter coerência e crença tanto no discurso geral quanto no especializado:

A prática linguística que funciona em um papel crucial na manutenção da coerência é aquela do contrastar o “real” e o “irreal”, ou “realidade” e “aparência”. Usando uma distinção desse tipo, as pessoas são capazes de avaliar percepções e observação, selecionar algumas como “bons dados” indicativos de “como as coisas realmente são”, e rejeitar ou reformular os demais como sendo de algum modo falhos ou enganosos. Uma *estratégia realista* pode ser empregada para assimilar novas experiências a conhecimentos existentes, e modificar conhecimento existente a luz de novas experiências, sem perder a coerência. (SKSA, 81, ênfase do original).

Esta passagem, típica do estilo probatório de seus autores, propõe uma abordagem para o direito contemporâneo e histórico e teoria do direito que buscaria evitar, na medida do possível, tomando lados em certas controvérsias continuadas e buscando antes identificar e explicar os debates e os próprios esquemas conceituais, como propósito orientador para razões estratégicas. Alguma similaridade desta “estratégia realista” pode ser encontrada dentro de questões em torno da “natureza inerente” do direito, e também em relação à validade jurídica – não em sentido processual, mas mais como um padrão conceitual, incorporando a noção de justificação, ou o que podemos chamar validação justificacional. Por exemplo, no contexto de um caso dado ou debate, existe um “direito subjetivo válido” que guie o resultado? Isto chega perto da questão de se o direito específico *realmente existe*. Como tal, a comparação entre a investigação científica e jurídica, finitismo científico e falibilismo jurídico, alcança o nível de conceitos gerais, e para a “teoria” do direito como um empreendimento intelectual.

Estas analogias servem para ilustrar algumas diferenças, bem como similaridades, entre os dois campos de investigação, e para destacar mais prospectos para o que Mary Hesse denomina a

própria abordagem “histórica”. Como Hesse (1980, vii) escreveu, “A recente revolução na filosofia empiricista da ciência pode ser caracterizada de muitos modos, não menos importante que isto é a virada dos modelos lógicos para os modelos históricos”. Neste sentido, a teoria jurídica contemporânea pode estar ficando para trás da filosofia contemporânea da ciência. Reconhecidamente, modelos históricos e lógicos competiram de um estágio antigo na história da teoria do direito. Mas desde o século XVII, um novo e poderoso modelo analítico tem dominado a doutrina jurídica anglófona, fundado na obra de Thomas Hobbes. Mantido e desenvolvido pelo utilitarismo e racionalismo britânico, especialmente pela obra de Jeremy Bentham, John Austin e H. L. A. Hart, agora engaja uma considerável comunidade de acadêmicos e impõe a agenda de muitos, se não a maioria, das maiores contribuições para a literatura da doutrina jurídica especulativa ocidental.

192

Uma contribuição principal que a abordagem da sociologia do conhecimento pode fazer à teoria do direito, então, pode bem ser em se desprender do domínio da analiticidade, e atribuir-lhe um novo ou pelo menos adicional papel, assim como o SSK se propôs a fazer na ciência. Penso ser justo dizer que, hoje, esta atribuição é ainda encarada com ceticismo entre filósofos e profissionais da ciência. Uma crítica similar está provavelmente para ser bem mais ceticamente recebida no direito. Com respeito à tradição da doutrina jurídica analítica anglófona, existe um argumento a ser feito para uma alternativa do tipo SSK à tradição analítica pós-Hobbes. A própria dominância da Jurisprudência Analítica pode extrair de seu papel como uma estratégia de longo prazo designada pelo encorajamento e manutenção da crença geral na realidade, legitimidade e coerência do direito como administrado pelo Estado.⁷

7 Como uma explicação alternativa, “Ciência vê a si mesma imbuída com modernidade e não se intimida com as afirmações amplas sobre sua própria lenda. Direito usa seu poder

Um contexto menos controverso de comparação entre o conhecimento jurídico e científico pode estar em outras abordagens para a filosofia da ciência que se desenvolveram desde a obra seminal de Kuhn. A terminologia de “paradigmas” jurídicos e “mudança de paradigma” se tornou um modo popular de expressão entre acadêmicos do direito.⁸ Em que grau pode a análise de conceitos jurídicos e teorias serem iluminadas como modelos, paradigmas, ou “matrizes disciplinares” na maneira de Kuhn e autores posteriores? Também comparável, na academia jurídica, é a competição entre programas de pesquisa, como Imre Lakatos ilustrou na ciência. A questão precisa se seguir de se, e como, a explicação de Larry Laudan de “tradições de pesquisa” é aplicável. E, em que grau os princípios de Feyerabend da “tenacidade” e “proliferação” são ilustrativos no contexto jurídico?

Uma mudança do caráter predominantemente analítico da doutrina jurídica geral, em direção a maiores ênfases sobre o que Mary Hesse denominou “modelos históricos”, pode ter numerosas vantagens. Certamente encorajaria tais comparações com o campo de estudos da ciência pós-Kuhn. Também traria a teoria geral mais para a linha de estudos histórico-jurídicos em curso, e também com os insights crescentes do direito comparado. Poderia ser o precursor de grande interação entre a teoria e o vasto conjunto de análise doutrinária convencional que entra e sai da academia jurídica. Poderia encorajar mais diálogos entre correntes acadêmicas e pontos de vista separados, e engajar estudos jurídicos internacionais. Proporei em meu último livro que isto

193

e autoridade tradicional apenas para se sustentar e manter seus braços elevados”. Sandra J. Weisman, “A Science: Law Standoff. International Dimensions, Local Implications”, 22d annual law and society conference, Brisbane, Australia, 2005.

8 Ver, e. g., M. van Hoecke & M. Warrington, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: towards a new model for comparative law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 495 (1998).

poderia elucidar a interação entre teoria, legislação e decisão judicial para resolver questões controversas. Em anos recentes a literatura analítica tem focado intensamente sobre um estreito conjunto de questões derivadas principalmente da obra de H. L. A. Hart. Com umas poucas exceções notáveis, tem sido praticamente obliuida a relevância de campos mencionados acima.

Deixando mais discussões dessa e outras matérias para futuro estudo, recebo e aguardo com expectativa qualquer comentário crítico sobre este texto de qualquer leitor.

Referências

BARNES, Barry; BLOOR, David; HENRY, John. *Scientific Knowledge: A Sociological Analysis*. Chicago: Chicago University Press, 1996.

BLOOR, David. *Knowledge and Social Imagery*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1976.

FEYERABEND, Paul. *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*. London: NLB, 1975.

HAACK, Susan. 'On Logic in the Law: Something, But Not All' *Ratio Juris*, vol 20, no 1, 1-131, 2007.

———. *The Meaning of Pragmatism: The Ethics of Terminology and the Language of Philosophy*, *Teorema*, vol. xxviii, p. 9-29, 2009a.

———. *The Growth of Meaning and the Limits of Formalism: In Science, in Law* *Analisis Filosofico* (forthcoming), 2009b.

HESSE, Mary. *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*. Brighton, Sussex: Harvester Press, 1980.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. Codes, and the Arrangement of the Law. p. 77, 1870. In: KELLOGG, Frederic R. 1984. *The Formative Essays of Justice Holmes: the Making of an American Legal Philosophy*. Westport & London: Greenwood Press, 1984.

———. *The Theory of Torts*, 1873. Reimpresso em em Kellogg (1984), p. 117.

_____. *Common Carriers and the Common Law*, 1879. Reimpresso em em Kellogg, 1984, p. 201.

_____. *The Common Law*, 1881. Boston, Little Brown & Co.

_____. *Law in Science and Science in Law*. Collected Papers at 212. Harcourt, Brace and Company, 1899.

_____. *Law in Science and Science in Law*, 1899. In Collected Legal Papers. New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920.

KELLOGG, F.R. *The Formative Essays of Justice Holmes: the Making of an American Legal Philosophy*. Westport, CT: Greenwood Press, 1984.

_____. *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicalgo University Press, 1962.

LAKATOS, Imre. Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes. In: Lakatos & A. Musgrave, *Criticism and the Growth of Knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

LAUDAN, Larry. *Progress and Its Problems: Toward a Theory of Scientific Growth*. Berkeley: University of California Press, 1977.

MARGOLIS, Joseph. *Reinventing Pragmatism: American Philosophy at the End of the Twentieth Century*. Ithaca & London: Cornell University Press, 2002.

_____. "Rethinking Peirce's Fallibilism." Transactions of the Charles S. Peirce Society, vol. 43 no. 2, 2007.

MILL, J.S. *A System of Logic*. London: Parker, Son, and Bourn, 1862.

CAPÍTULO IX

A dimensão social da indução jurídica: o problema da similaridade jurídica e o processo de consolidação¹

Quase todo mundo conhece o conselho de Lord Mansfield a um homem de bom senso que, tendo sido nomeado governador da colônia, precisaria presidir as cortes de justiça sem formação ou prática jurídicas anteriores. O conselho era decidir ousadamente, pois a decisão estaria provavelmente certa, mas nunca aventurar-se em justificá-la, pois estas estariam quase que infalivelmente erradas.

197

John Stuart Mill, *A System of Logic*, 1843.

A passagem acima, retirada do *System of Logic* de J. S. Mill, é parte da contribuição do autor com um debate (com Richard Whately) acerca de se o silogismo lógico “é, ou não é, um processo de inferência; um progresso do conhecido ao desconhecido: um meio de chegar a um conhecimento de algo que não conhecíamos antes”. Mill utiliza-se da familiar história de Lord Mansfield para sustentar a controvérsia de que “toda inferência se dá de parti-

¹ **Nota do tradutor:** A primeira versão da tradução deste artigo fora produzida por Marília Araújo de Albuquerque, a quem agradecemos o empenho e qualidade do trabalho entregue.

culares para particulares” e de que “nenhuma nota é adicionada à prova pela interpolação de uma proposição geral” (232). Mill prossegue:

Desde que os casos concretos sejam toda a evidência que podemos processar, evidência de que não há forma lógica em que possamos atirá-los para fazê-los melhores do que são; e desde que a evidência seja tanto suficiente em si mesma ou, se insuficiente para um propósito, não possa ser suficiente para o outro; não estou apto a enxergar porquê deveríamos ser proibidos de pegar os mais curtos atalhos dessas premissas suficientes para a conclusão, e constrangidos a pegar a “estrada de alta prioridade”, pela arbitrária aprovação dos logicistas.

O exemplo é retirado do direito – especificamente da prática jurídica. O que indica a dificuldade dos observadores individuais em aplicar a inferência silogística a disputas singulares. O jovem Oliver Wedell Holmes Jr., imerso nos registros de casos reais, sugeriu uma explicação quatro anos depois de ler o *System of Logic* de Mill, em 1866. O silogismo modela como a mente individual ideal deve operar para validar o conhecimento; mas juízes são parte de uma comunidade de investigação. Influenciado pelos colegas em Cambridge, talvez também pela experiência na Guerra Civil, Holmes olhou para os efeitos da *sociedade* no pensamento, e para a questão de como a *comunidade* resolve a dúvida e alcança conclusões.

No período anterior à guerra, Mill esteve engajado em outro grande debate, com William Whewell, acerca da natureza e origens da descoberta científica. Os jovens intelectuais do pós-guerra em Cambridge, Massachusetts (fundadores do Pragmatismo, eventualmente reunindo-se no então chamado “Clube Metafísico”) estavam plenamente cientes disto. Vários estavam lendo as principais fontes, incluindo o *System of Logic* de Mill e

os *History* (1837) e *Philosophy* (1847) of *inductive sciences* de Whewell. O diário de leituras de Holmes menciona as três obras.

A passagem por Mill conecta indiretamente o interesse pragmatista na lógica da ciência com a lógica do direito - as formas socializadas de investigação. Max Fisch (1984) destaca que mais da metade dos membros iniciais do Clube Metafísico eram advogados, e que as duas perspectivas esclareciam uma à outra. Alguma evidência disso pode ser encontrada nos diários mantidos por Holmes. Mesmo quando estudando e praticando o direito, Holmes discutia filosofia com William James, John Gray e Chauncey Wright, e (pouco depois de comparecer a uma palestra de Charles S. Pierce sobre Mill) lendo o *System of Logic* de Mill. Em fins de 1866, após retornar da Inglaterra, onde conheceu Mill, Holmes compareceu a ao menos duas das doze *Lowell Lectures* de Peirce em Boston. Os temas da série de palestras eram “A lógica da Ciência, ou Indução e Hipótese”. A quarta palestra, mencionada nos diários de Holmes, foi uma extensa crítica à visão de silogismo apresentada por Mill, que examinarei após primeiro vislumbrar alguns anos a frente.

Em 1870, encontramos Holmes trabalhando em um artigo sobre o direito, repetindo a história do comentário de Lord Mandfield, em um texto que discute a relação entre termos jurídicos particulares e gerais:

“É o mérito da Common Law decidir o caso primeiro e determinar o princípio posteriormente...em casos de primeira impressão, o frequentemente reproduzido conselho de Lord Mainsfield a um homem de negócios que fora, repentinamente, nomeado Juiz, de que deveria afirmar as conclusões e não apontar suas razões, uma vez que o julgamento estaria provavelmente correto e as razões certamente errada, não é inaplicável nas cortes mais instruídas. É apenas após uma série de

determinações acerca de um mesmo objeto-matéria que se torna necessário “reconciliar os casos”, como se diz, ou seja, por meio de verdadeira indução afirmar o princípio que até então era obscuramente sentido. E essa afirmação é frequentemente modificada mais de uma vez por novas decisões antes que a regra geral em abstrato assuma sua forma final.”.

Aqui Holmes parece ter absorvido a rejeição de Mill quanto ao silogismo e a ideia de “argumentação de particular a particular”. Mas a relação de particulares e gêneros é diferente. Holmes adiciona o elemento do emergir de regras gerais a partir de julgamentos particulares, integralmente ausente das considerações de Mill. Ele faz um adendo a Mill “nenhuma nota é adicionada à prova pela interpolação de proposições gerais”. Focando-se na origem do geral em si mesmo, ele atribui a isso uma “série de determinações sobre uma mesma matéria”. Estas, não são dadas, como assumido no clássico exemplo “todos os homens são mortais”, mas representam juízos separados em circunstâncias variáveis por uma comunidade de investigadores, qual seja as díspares cortes de justiça.

A proposição geral “todos os homens são mortais” refere-se a um conjunto de particularidades convencionalmente comparáveis. Mas, e se as particularidades não forem *todas* evidentemente comparáveis, como em um conjunto de novas situações ou julgamentos? Então, certamente não é apropriado “pegar o atalho mais curto das premissas para as conclusões.”. Holmes levantou um problema distinto, o da classificação social e do emergir do consenso. O “gênero” em questão não está ainda estabilizado, implicando a ingerência de fatores sociais em sua formação.

O debate entre Mill e Whewell foi recentemente analisado em detalhes por Laura Snyder no livro *Reforming Philosophy*

(2006). A visão de Whewell é resumida no prefácio da segunda edição de *Philosophy of the Inductive Sciences* (1847, x-xi):

No que toca a essa doutrina de uma Análise Fundamental, que nosso conhecimento sempre envolve, eu ousarei adicionar uma observação, que enxerga além do domínio das ciências naturais. Essa doutrina é moldada para trazer à luz a Filosofia Moral e Política, não menos que à Natural. Na Moral, na Legislação, na Política Nacional, temos ainda afazeres quanto à oposição e combinação de dois elementos; de fatos e ideias; de História e um padrão ideal de ação; de caráter efetivo e posição e dos objetivos localizados acima do verdadeiro. Cada um desses, em conflito com o outro, modifica e modula o outro. Jamais podemos escapar ao controle do primeiro, devemos sempre cessar o esforço de estender o balanço do segundo. Nesses casos, de fato, o Elemento Ideal assume uma nova forma. Ele inclui a Ideia de Dever. A oposição, a ação e re-ação, a harmonia a que devemos aspirar, e jamais poderemos alcançar, está entre o que é e o que deveria ser; entre o Fato passado ou presente, e a Ideia Suprema. A Ideia nunca pode ser independente do Fato, mas o fato deve sempre ser atraído pela Ideia”

201

A tese de Whewell prevê um crescimento do conhecimento recíproco e centrado na pesquisa através da tensão entre o particular e o geral: a oposição, a interação, e eventual coligação (uma forma de combinação ou negociação) dos dois elementos críticos, “fatos e ideias”. Estes tenderam a ser vistos como “em conflito”, mas, com o passar do tempo, “modificando e modulando” um ao outro. A tensão entre estes elementos é, em si, transformadora; ao passo que a investigação progride, “o Elemento Ideal assume nova forma”. Adiante, ambos progridem em direção à “harmonia a que devemos aspirar e não podemos nunca alcançar...a Ideia nunca pode ser independente do Fato, mas o fato deve sempre ser atraído pela Ideia”.

O contexto epistêmico de Whewell é social mais do que individual. O processo envolve uma extensa comunidade de investigadores, tanto física quanto cronologicamente. A tese eventual de Holmes, apresentada em suas próprias *Lowell Lectures*, em 1880 (publicadas em 1881 como *The Common Law*) vislumbra a resolução gradual de disputas emergentes na tradição da Common Law, chegando à operação caso-a-caso das cortes de justiça americanas e inglesas. A sua visão do direito é “sempre buscar e nunca alcançar a consistência” (1879, 631; 1881, 36)

Está retratado um processo paralelo ao das comunidades científicas de Peirce engajadas na exploração dos problemas comuns e correntes, mas específicos. O processo tem início com julgamentos intuitivos. As “muitas mentes” mencionadas nos artigos de 1870 inclui juízes treinados, assim como advogados, em lados opostos de uma sucessão de recorrentes disputas que, quando emergidas na primeira instância, poderiam ser melhor encaminhadas sem o prejuízo decorrente de dedução de um princípio pré-existente. Uma decisão precoce em uma controvérsia emergente reflete aparência de um experimento científico; inicia a investigação ao criar um precedente para casos similares futuros. Assim como os registros da investigação científica, os da investigação jurídica constituem, primeiramente, observações cautelosamente registradas de múltiplas experiências concretas. Conectando pensamento e ação, os julgamentos preliminares refletem a influência de padrões de conduta novos e antigos. A conduta é a força motriz dos precedentes, a ser conciliada junto ao sistema de classificação em desenvolvimento.

Quando a acumulação revela um padrão, os juízes iniciam o processo de generalização. Experiência suficiente permite aos observadores treinados “abstrair” a “regra geral”. Isso é feito pela “reconciliação de casos”, distinguindo os detalhes relevan-

tes dos irrelevantes para a articulação de uma regra comum ou padrão. A relevância, da evidência a uma conclusão final, é uma propriedade emergente. Enquanto a noção de relevância exsurge, também o faz a percepção – ou imposição – de coerência.

Isso sugere um bruto paralelo entre cientistas e juristas ao avaliar e generalizar de forma inerente a uma tradição profissional estabelecida em registros de dados relacionados diversos, mas consecutivos. A natureza dos dados em si pode apresentar-se radicalmente distinta, mas as formas de investigação são comparáveis. Ambas são movidas por problemas práticos ou dúvidas ao confrontar a comunidade como um todo, refletindo o modelo de investigação dúvida-crença de Pierce. Ambos também são aspectos distintos da solução de controvérsia e do ordenamento do conhecimento humano.

Em 1869, Peirce comentou que Whewell “demonstrou com grande elaboração que dois processos tem acontecido em todas as ciências. Sendo um a observação e o agrupamento de fatos e o outro, *controvérsias* que resultam no estabelecimento de concepções claras” (Peirce 1984, 340; ênfase por Peirce).

O direito é amplamente movido pela controvérsia, e posteriormente Holmes desenvolve este tema. Os conceitos jurídicos que demarcam direitos e deveres são produtos cognitivos da reunião e avaliação, pelas cortes de justiça, de padrões de conduta prevaletentes. Quando direitos legais parecem conflitantes em abstrato, os conflitos são melhor resolvidos em bases experimentais, caso-a-caso, assim como os direitos conflitantes haveriam individualmente formatados. Holmes descreveu o processo em 1873:

O crescimento do direito é substancialmente apto a desenvolver-se por esse caminho: dois casos amplamente distintos sugerem uma distinção genérica, o que é claro quando apontado

de forma abrangente. Mas, quando novos casos agrupam-se ao redor de polos opostos e começam a aproximar-se a distinção torna-se mais difícil de ser traçada; as determinações são feitas para um lado ou para o outro por uma sutil preponderância de sentimentos, e não por uma razão articulada; e, ao fim, uma linha matemática é alcançada pelo contato de decisões contrários, o que é arbitrário, então, é que esta possa muito bem ser traçada um pouco além para qualquer dos lados. (1873, 654)

Nessa exposição, consistente com o texto de 1870, conflitos entre direitos existentes não são resolvidos de uma vez, pela interpretação e aplicação de um preexistente conjunto de princípios jurídicos. Ao contrário, eles são explorados gradualmente, primeiro pelo agrupamento de experiências, e depois pelo exame retrospectivamente apropriado de uma gama de decisões específicas anteriores. Casos novos são percebidos como preenchendo gradualmente um espaço metafórico entre duas regras (agregando os polos opostos). Eventualmente os juizes resolvem o conflito ao reconhecer e descrever a “linha” entre os polos opostos ou princípios.

Tomados conjuntamente, os dois trabalhos de 1870 e 1873 sugerem um processo em que a similaridade jurídica emerge na Common Law. Casos que, primeiramente, apresentam-se novos externos a precedentes existentes, são percebidos ao longo do tempo por repetirem-se com elementos comuns suficientes para revelar um padrão nas decisões que pode ser articulado em termos negativos, revelando então um padrão de conduta. De fato, isso é verdade mesmo em situações que apresentam-se, primeiro, tendentes a repousar em um terreno medial entre os padrões existentes que, se aplicados estritamente, sugeririam resultados opostos.

Cada novo padrão normativo eventualmente articulado é basicamente um padrão indutivo, mesmo quando alcançado através da reconsideração e modificação de padrões anteriores que tenham sido previamente tecidos da experiência de múltiplos julgamentos. O estado em que tais padrões tornam-se generalizadamente aceitos deve ser considerado um padrão de consolidação, ou *projetabilidade*, tomando emprestado o termo de Nelson Goodman (1955).²

Eu volto agora a 1866 e à quarta *Lowell Lecture* de Peirce. Tendo diagramado e analisado várias formas silogísticas, Peirce enfim produziu um fardo de bolas vermelhas e as removeu uma a uma para demonstrar a experiência da provável indução. A quarta palestra parte da demonstração de uma intensa crítica do tra-

2 Nelson Goodman em *Fact, Fiction, and Forecast* (1955), reexamine o “problema da validade dos julgamentos sobre casos futuros e desconhecidos” de Hume:

A confirmação de uma hipótese por uma instância depende de forma mais significativa das características da hipótese do que de sua forma sintática. Uma vez que dada peça de cobre conduz eletricidade, aumenta a credibilidade de assertivas afirmando que outras peças de cobre conduzem eletricidade e, assim, confirma-se a hipótese de que todo cobre conduz eletricidade. Mas o fato de um dado homem que esteja nessa sala ser o terceiro filho, não aumenta a credibilidade de assertivas afirmando que outros homens nessa sala sejam terceiros filhos e, desta forma, não se confirma a hipótese de que todos os homens presentes nesta sala são terceiros filhos. Ainda assim, em ambos os casos nossas hipóteses são generalizações extraídas da evidência. A diferença é que no primeiro caso a hipótese é uma assertiva *que pareça direito*; enquanto no segundo caso, a hipótese é meramente uma generalização contingencial ou acidental. Apenas uma assertiva *que pareça direito* – independentemente de sua verdade ou falsidade ou da relevância científica – é capaz de receber confirmação de uma de suas instâncias. Plenamente, então, devemos buscar uma forma de distinguir assertivas *que pareçam direito* das acidentais. (1955, 72-3, ênfases no original)

A solução de Goodman em seu famoso artigo “The new Riddle of Induction” é *projetabilidade*:

Hoje estive falando somente do problema da indução, mas o que tem sido dito aplica-se igualmente a problemas mais gerais de projeção. Como apontado anteriormente, o problema da previsão do passado para casos futuros é, porém, uma versão reduzida de projeção de qualquer conjunto de casos a outros. Vimos que todo um aglomerado de problemas incômodos relativos a propensões e possibilidades pode ser reduzido a esse problema de projeção. Esse é o motivo pelo qual a nova batalha da indução, que é de forma mais ampla um problema de distinção entre hipóteses projetáveis e não projetáveis, é tão importante quanto exasperante.

tamento que Mill oferta ao silogismo em *A System of Logic* (1843), livro que Holmes posteriormente alugou na Boston Athenaeum e leu em uma semana.

Apenas quatro meses antes, Holmes havia jantado privadamente com Mill e Alexander Bain na sala de jantar dos Membros do Parlamento. Uma nota contemporânea em seu diário de que “estava chocado com a falta de impulso imaginativo deles”, sugere um grau surpreendente de confiança em seu próprio entendimento dos interesses compartilhados. Como ele chegou à percepção da indução jurídica é obscuro. Ainda que Holmes jamais tenha admitido a influência de Peirce, duas pistas podem ser traçadas a partir das lições anotadas no diário.

Como um caso jurídico é comparável a uma bola colorida? Um comentário de Peirce na segunda palestra adverte contra os abusos da forma silogística: “dizer que se o vento é leste o barômetro sobe, é equivalente a dizer que todo vento leste faz o barômetro subir. Mas tal transformação não nos permitirá lançar argumentos na forma silogística”. O exemplo que ele deu foi:

Se o vento é leste o barômetro sobe
O vento é leste
O barômetro sobe.

O problema, aponta Peirce, é que “falamos aqui de *ocasiões* e não de *coisas* como em proposições ordinárias; e os objetos que nossos termos denotam estão *ligados* por datas não por *proposições*” (1982[1866], 380 ênfase de Peirce). Talvez tenha ocorrido a Holmes, à época ou posteriormente, que também as decisões jurídicas são eventos ligados por datas, e não coisas por proposições, e que reuni-las na análise jurídica ou interpretação não era uma “proposição ordinária”.

Uma segunda pista na quarta palestra é o extenso comentário de Peirce na insistência de Mill de que o pensamento move-se exclusivamente “de particular a particular”. De onde, então, derivaria o senso de similaridade? Peirce destaca que Mill apoia-se fortemente na existência de classes “naturais” ou tipos, uma assunção implícita de uniformidades na natureza. Ele expressa severas dúvidas acerca desta assunção. Uma é a circularidade: por uniformidade da natureza, o Sr. Mill refere-se a uma constituição desconhecida de coisas apenas definível como tal quando faz induções revelarem-se como verdadeiras; então, quando ele diz que a natureza é uniforme quer dizer nada mais - nada além, de que induções revelam-se verdadeiras” (1982, 413). Outra arbitrariedade: “obviamente há muito mais relacionamentos na natureza que são totalmente irregulares do que os que são uniformes” (417). Um terceiro é a subjetividade humana; de que a uniformidade na percepção de Mill não é diferente de classificação (419-20).

207

O diário de Holmes demonstra apenas que ele estava presente quando Peirce estava levantando dúvidas sobre a forma silogística e a crítica de Mill; mas tomadas em conjunto, as duas palestras chamam atenção para o problema de encontrar a similaridade em ocasiões. Os textos iniciais de Holmes exploram a tese de Mill, assim como as preocupações de Peirce, à luz da história do Common Law. Precedentes legais são os registros de ocasiões anteriores. São linhas de decisão que, numa perspectiva histórica, foram decididos “de particularidades a particularidades”. A noção de similaridade surgiu “após uma série de determinações sobre um mesmo objeto-matéria”, uma vez que “torna-se necessário conciliar casos, como se diz, isso é, afirmar por uma indução verdadeira o princípio que até então obscuramente sentido. E essa afirmação é recorrentemente modificado mais de uma vez por novas decisões antes que a regra geral em

abstrato tome sua forma final” (1870, 1; ênfase adicionada). A “verdadeira indução” é então uma indução social.

A própria frase “verdadeira ideia de indução” foi usada por Whewell. A visão de Holmes sugere aspectos da “coligação” de Whewell. O corpo do direito é construído a partir de categorias jurídicas e conceitos em um atenuado processo de negociação. O empreendimento como todo deve ser entrelaçado enquanto estiver sendo ajustado para acomodar mudanças de padrões guiando novas condutas. Diferentes casos, situações e partes, juízes e advogados (e doutrinadores) estão envolvidos em um *continuum*, enquanto julgamentos diversos são analisados e interpretados para forjar eventuais assentamentos de controvérsias múltiplas. Consistência global é a meta dominante, mas a análise é apenas em parte um exercício de reconciliação lógica. É também um exercício de negociação de cada novo requisito para conduta através do confronto de padrões de conduta conflitantes. Holmes destacou que esse processo de classificação se aparenta mais analítico do que de fato o é, posto que a consistência sempre parece ter sido descoberta e não produzida.

Em um trabalho escrito em 1879, Holmes pontuou que a consistência é por natureza elusiva:

A verdade é que, até o momento, o direito tem sido, e ao que parece pela necessidade de que o seja, sempre uma aproximação e nunca um alcance da consistência. O é por sempre adotar novos princípios da vida em uma extremidade, e sempre reter os antigos, provenientes da história e que que ainda não tenham sido absorvidas ou apagadas, na outra. Tornar-se-á inteiramente consistente então apenas quando cessar o crescimento. (1879, 631).

Como propus acima, há *insights* a serem considerados do estudo histórico de Holmes da Common Law.

Referências

FISCH, Max. *Introduction, Writings of Charles S. Peirce: A Chronological Edition*, 1867-1871 vol. 2 (Writings 2), 1984.

GOODMAN, Nelson. *Fact, Fiction, and Forecast*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Co., 1955.

HOLMES, Oliver Wendell. *Codes, and the Arrangement of the Law*. In: American Law Review, v. 5, 1870. p. 1.

_____. *The Theory of Torts*. In: American Law Review v. 7, 1873. p. 652.

_____. *Common Carriers and the Common Law*. In: American Law Review, v. 13, 1879. p. 609-631.

_____. *The Common Law*. Boston: Little Brown & Co., 1881.

MILL, J.S. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*. London, 1843.

PEIRCE, Charles. *Writings of Charles S. Peirce: A Chronological Edition*, 1857-1866, vol. 1 (Writings 1). Bloomington: Indiana University Press, 1982.

_____. *Writings of Charles S. Peirce: A Chronological Edition*, 1867-1871 vol. 2 (Writings 2), 1984.

209

SNYDER, Laura J. *Reforming Philosophy: A Victorian Debate on Science and Society*. Chicago & London: Chicago University Press, 2006.

WHEWELL, William. *The History of the Inductive Sciences, from the Earliest to the Present Time*. 3 vols. London: John W. Parker, 1837.

_____. *The Philosophy of the Inductive Sciences, Founded upon Their History*. 2 vols. London: John W. Parker, 1847.

CAPÍTULO X

Falibilismo jurídico: o direito (como a ciência) enquanto forma de investigação comunitária¹

Introdução

Enquanto investigamos o terreno da filosofia contemporânea desde a publicação, em 1979, do *Philosophy and the Mirror of Nature*, de Richard Rorty, a tradição analítica dominante que ele desafiou tem rendido mais e mais bases ao Pragmatismo. Isso não é precisamente encontrado em C.S. Peirce e William James, mas ampliado por Rorty para abranger Ludwig Wittgenstein e Martin Heidegger, assim como W.V. Quine, que nunca verdadeiramente se viu como um pragmatista “genuíno”. Tudo isso levou a muitos a indagarem o que é o Pragmatismo “genuíno”?

Na literatura recente duas perspectivas distintas surgiram: Pragmatismo como uma crítica contemporânea à tradição analítica, na verdade uma autocrítica na esteira de Rorty; e Pragmatismo como uma crítica à investigação humana em si. Junto

211

¹ **Nota do tradutor:** A primeira versão da tradução deste artigo fora produzida por Marília Araújo de Albuquerque, a quem agradecemos o empenho e qualidade do trabalho entregue.

aos primeiros, a palavra falibilismo raramente é dita (é praticamente ausente dos índices de Robert Brandom). Para os últimos, é o tema central.

Para os primeiros, o foco principal deriva do ataque de Rorty à metafísica e à epistemologia representacionistas. Valendo-se de outras autocríticas analíticas, como aquelas de Wilfrid Sellars e Donald Davidson, Rorty arguiu pelo abandono da obsessão com a “verdade” filosoficamente engendrada. O desafio dele chegou a atormentar, senão a dominar, a agenda da filosofia analítica, mobilizando defesas da verdade (formas implícitas de fundacionismo e essencialismo de acordo com Rorty) em uma defesa vigorosa, ainda que constantemente retraída.

Para o outro grupo de pragmatistas, o enfoque passou a ser como os falibilistas clássicos, particularmente Peirce e Dewey, conceberiam a investigação, sugerindo uma separação da investigação frente ao objeto; ou seria esta, de alguma forma, constitutiva à realidade, sugerindo, talvez, uma parceria?

A ausência de rigor neste debate tem atenuado a relevância do falibilismo para o primeiro grupo, a quem nós podemos chamar de “pragmatistas analíticos”. Mas, junto ao segundo grupo, os novos falibilistas, estão alguns que agora forjam uma conexão entre uma já vigorosa comunidade de estudiosos externa à tradição pragmatista, os filósofos da ciência pós-Kuhnianos, onde a noção de falibilismo deriva de Peirce e Dewey para ganhar maior relevância contemporânea.²

Neste artigo eu argumentarei que os novos falibilistas tem muito a ganhar de um outro cartel previamente não reconhecido: o Pragmatismo jurídico. Até então, essa possibilidade tem sido

2 Julgando pelos artigos apresentados no 11º Congresso Internacional sobre Pragmatismo em São Paulo, Brasil, em novembro, 2009, uma tendência nítida nesta direção pode ser vista entre a comunidade internacional de acadêmicos pragmatistas.

obscurecida por um desenvolvimento que grosseiramente tangencia àquela já mencionada. A influência do método analítico dominou há muito a doutrina jurídica, há ainda mais tempo que à filosofia geral, correndo mais ou menos diretamente através de Hans Kelsen e John Austin à Thomas Hobbes (que reviveu e modernizou a separação ontológica entre direito e moral). Isto deu ao debate contemporâneo um elenco decididamente analítico, ainda que considerando a sustentação do Pragmatismo no direito. A alternativa a um Pragmatismo jurídico analítico é o até agora obscuro falibilismo jurídico. Ao traçar suas raízes, nós percebemos que esta deve ser a primeira aplicação sistemática do falibilismo em si à história do pensamento.³

Holmes e o pragmatismo

Uma importante influência ao Pragmatismo de Peirce foi Chauncey Wright, o famoso “mestre de boxe”⁴ de Peirce que em 1873 publicou seu estudo desenvolvimentista da cognição humana “*The evolution of self-consciousness*”. Também frequentavam os encontros do iniciante Clube Metafísico muitos advogados, incluindo-se Oliver Wendell Holmes Jr., que reconheceu uma profunda influência de Wright em sua formação.

Já em 1870 encontramos nos escritos de Holmes uma compreensão distinta da gradação da investigação comunitária na formação e modificação das regras jurídicas e generalizações, à qual Holmes se referia como “aproximação sucessiva”. Esta é, na verdade, uma subestimada forma de falibilismo. Foi exten-

213

3 Ver genericamente Susan Haack, “*The Pluralistic Universe of Law: Towards a NeoClassical Legal Pragmatism*,” *Ratio Juris* Vol. 21 No. 4 December 2008 (453-80).

4 Chauncey Wright era como um professor de argumentos duro e incansável, similar a um experiente pugilista (tal como o famoso lutador Mohamed Ali) ensinando a mim e a você como lutar.

sivamente desenvolvida por Holmes e elucida a relação do pensamento, da expressão e da conduta no processo de investigação entre uma comunidade de investigadores, aplicada aos problemas do ordenamento social. Tem muito a contribuir a um entendimento compreensivo da epistemologia pragmática.

Por quê? Porque é uma extensiva referência a formas vigentes de investigação surpreendentemente ausentes do debate contemporâneo sobre o falibilismo, à exceção daqueles que agora atentam-se para a filosofia da ciência. A natureza da revisão de reivindicações cognitivas pode parecer crucial, mas como exatamente a revisão opera em diversos casos específicos? Qual é precisamente o papel da experiência nova e qual é a relação desta com a revisão de proposições gerais significantes? Como uma proposição geral é reconstruída a partir de uma nova experiência e como a crença e o hábito interagem no processo de continuidade da revisão? E qual, em cada caso, é a natureza da transformação de um objeto em conhecimento? É improvável que tais questionamentos sejam satisfatoriamente encaminhados na ausência da investigação empírica.

Um redirecionado estudo falibilista do direito pode iluminar tais questionamentos, em particular a relação da transformação conceitual e comunicativa em conduta e hábito. Entretanto, esconder o falibilismo da perspectiva tem sido um erro grosseiro e persistente da comunidade analítica ao ler Holmes como um companheiro “positivista jurídico”, decididamente uma perspectiva analítica sobre Holmes como teórico. Isso resulta de tirar certas passagens de contexto, a exemplo da definição do direito como uma previsão de decisões judiciais (abordagem comportamentalista atribuída pelos realistas jurídicos, quando em verdade refere-se ao antecipado consenso de juízes como uma comunidade de intérpretes), e a crítica à linguagem moral,

que é comumente mal interpretada para indicar consentimento à vertente positivista de uma separação ontológica entre direito e moral. Ao invés, constitui uma prematura versão da crítica pragmatista à ideologia (Kellogg, 2007)

O que eu chamei de “Falibilismo jurídico” de Holmes é uma forma de resposta à resolução de disputas emergentes na tradição da Common Law – isto é, que surgem no dia a dia e na operação caso a caso das cortes inglesas e americanas de justiça. Em sua primeira declaração assertiva, Holmes escreve em 1870:

É mérito da Common Law decidir o fato primeiro e depois de terminar o princípio...em casos de primeira impressão, o comum conselho de Lord Mansfield a um homem de negócios que recentemente havia sido nomeado juiz, de que deveria apresentar suas conclusões e não justificá-las, posto que o julgamento estaria provavelmente certo e as razões certamente erradas, não é vazio em aplicabilidade às cortes mais instruídas. É apenas após uma série de determinações sobre um mesmo objeto-matéria que torna-se necessário “reconciliar os casos”, como se diz, isto é, por meio de verdadeira indução, instituir o princípio que esteve, até então, obscuramente sentido. E tal afirmação é frequentemente modificada mais de uma vez por novas decisões antes que a regra geral abstrata tome sua forma final. Uma doutrina bem estabelecida constitui o trabalho de muitas mentes, e tem sido testada, em forma e em substância, por críticos treinados que tem por interesse prático resistir a ela a cada passo” (1870, p. 1)

215

Está aqui representado o processo paralelo ao do engajamento das comunidades científicas de Peirce na exploração de problemas presentes, mas específicos. As “muitas mentes” na sentença final incluem juízes treinados, assim como advogados nos lados opostos de uma sucessão de disputas recorrentes que, quando emergem da primeira instância, são melhor resolvidas

sem prejulgamentos de acordo com princípios preexistentes. Uma vez que “o homem de negócios fora recentemente nomeado juiz” deve decidir o caso com base nos fatos, mas abster-se da explicação, e o mesmo se aplica às “mais instruídas cortes”. A cautela contra a generalização prematura aplica-se aos especialistas assim como às pessoas comuns.

Uma decisão prévia é uma controvérsia emergente que opera de forma semelhante ao experimento científico; inicia a investigação ao criar um precedente potencial para casos similares futuros. Assim como o registro de investigação científica, o de investigação jurídica consiste, primeiramente, em uma cuidadosa observação registrada de múltiplas experiências concretas. O “homem de negócios” a quem Holmes alude, em aparente referência aos “jurados especiais” utilizados na Inglaterra por Lorde Mandfield, foi, na verdade, mais um jurado que um juiz, e o papel dos juris, desde sua emergência como julgadores de questões fatuais, tem sido o de alcançar uma decisão sem uma explicação legal para o seu convencimento nas evidências.

Convencimentos de evidências múltiplas podem revelar similaridades. Após uma acumulação de decisões particulares revelar um padrão, de acordo com o texto de Holmes, juízes podem iniciar o processo de generalização. No direito, como talvez na ciência, é apenas após suficiente experiência estabelecer um claro padrão que observadores treinados podem começar a “abstrair” uma “regra geral”. E, como duramente também na ciência, isto é feito ao “reconciliar os casos”, que se refere a distinção do detalhe que é relevante do irrelevante na articulação de um padrão ou regra comum. Relevância, em uma conclusão última, tanto em direito quanto em ciência, é uma propriedade emergente. Enquanto a noção de relevância emerge, também o faz a percepção de coerência.

Isto sugere um paralelo entre advogados e cientistas que avaliam e generalizam dentro de uma tradição profissional estabelecida os registros de dados diversos, mas relacionados. Os dados, na ciência e no direito, poderiam parecer radicalmente distintos, mas há um sentido no qual as duas formas de investigação são comparáveis. Ambas são incitadas por problemas práticos ou dúvidas confrontando a comunidade em geral, refletindo o modelo dúvida-crença de investigação de Peirce. Em ambas, tentativas não profissionais e informais de resolver tais problemas, uma vez sobrecarregado com algo parecido com superstição, foi substituído por análises profissionais e formais. O entendimento prático subjacente a disputas jurídicas suplantou, como Holmes propôs em *The Common Law* (1881), uma cultura primitiva de vingança, até mesmo como podemos dizer que a ciência suplantou o animismo e superstição. Em ambas, abstração e classificação sistemática têm sido acompanhadas por novas práticas e objetificação conceitual.

Este paralelo tem sido, bem naturalmente, obscurecido pela ênfase da doutrina jurídica contemporânea na legislação. Existe aí, pelo menos entre não profissionais, uma presunção comum de que o direito largamente opera por autorização de instituições soberanas e, portanto, que a afirmação ou regra geral pode ser criada firme, não revisável, e clara na aplicação. Mas o grau e complexidade da litigância, e o problema perene de resolver conflitos entre regras e leis discrepantes, sem mencionar constituições, enfraquece essa presunção. Um exame detido dos casos sugere que a interpretação de uma lei e a linguagem constitucional, constantemente aplicados a novas e imprevistas circunstâncias, ocorrem em uma base revisional de caso a caso que pode igualmente ser compreendida como falibilista.

Falibilismo contemporâneo

Enquanto isso, o próprio falibilismo pragmatista foi submetido a um escrutínio cauteloso. Joseph Margolis argumentou em *Reinventing Pragmatism: American Philosophy in the 21st Century* (2002) que o falibilismo, e não o auto criticismo de Rorty, é o insight central que caracteriza uma tradição pragmatista diversa e é considerável para a expansiva influência desta na filosofia contemporânea americana. Margolis distingue o falibilismo de Peirce do de John Dewey, tendo o primeiro dado um elemento “metafísico” na famosa construção da opinião final, a sugestão de que a verdade pode ser encontrada, e em fato consistiria, no infinito fim da investigação. Colocando abaixo exatamente o que tal presunção provou elusivo.

218

Comum a ambos são os temas de que (1) “no que concerne a qualquer proposição, é humanamente possível sustentar uma crença errônea” o que é “equivalente a uma negação da inquestionabilidade cartesiana,” e que (2) “é tanto possível como provável que, para qualquer crença errônea, uma sociedade de investigadores possa, em um intervalo de tempo finito e pertinente, discernir os próprios erros e progredir em direção à descoberta do verdadeiro estado das questões.” Ainda, argumenta Margolis, falibilismo toma duas formas inteiramente diferentes em Peirce e Dewey. Para Peirce significa o perpétuo adiamento da investigação, jamais alcançando a “verdade sobre a realidade”... Para Dewey, significa a restrição de todas as reivindicações cognitivas inerentes a um mundo profundamente fluido, por meio de habilidades práticas (das quais depende a ciência) que primeiramente emerge de certos poderes animais não cognitivos dedicados a nossa sobrevivência e viabilidade. (2002, p. 135)

Favorecendo a versão de Dewey, Margolis sugere que Peirce conduz a si mesmo para o “paradoxo do objeto conhecido”, consistindo em duas alegações incompatíveis, que Margolis resume da seguinte maneira:

Alegação 1: “o ato de conhecer um objeto real o altera” (5.555).

Alegação 2: “a coisa real é o que é, independentemente do que qualquer mente ou conjunto definido de mentes possa representá-la como sendo” (5.565).

Nathan Houser recentemente defendeu Peirce ao questionar de se a Alegação 1 é tão central para Peirce quanto o é para Dewey, acrescentando que Peirce nunca deu ao falibilismo uma definição rigorosa e sugerindo a partir de outros comentários tolerantes que ele permitia uma visão mais abrangente que ambos Dewey e Margolis favoreciam. Em todo caso, Houser elogia Margolis por focar nas implicações variáveis da teoria falibilista e urge por mais atenção a isso. (2005, p. 737-9) Ambos parecem concordar que, nas palavras de Margolis, a discussão acerca do falibilismo de Peirce tem sido “notoriamente frouxa” (2007, p. 231)

219

Objetificação como comum tanto à ciência quanto ao direito

Em ambos, ciência e direito, podemos perceber formas distintas de objetificação. Talvez, como W. V. Quine propôs, esta é uma propriedade evitável de nossa “linguagem” (“falamos tão inveteradamente de objetos que dizer que quase parecemos não dizer nada em absoluto; pois o que mais há para falar?”)⁵ Ainda,

5 Quine, W. V., “Speaking of Objects”, em *Ontological Relativity and Other Essays*, New York: Columbia University Press 1969, 1: “estamos propensos a falar e pensar em objetos. Objetos físicos são a ilustração óbvia quando o humor ilustrativo está ativo, mas há também todas as qualidades abstratas, números, atributos e classes. Persistimos em repartir a realidade de algum modo em uma multiplicidade de objetos discrimináveis e identificáveis, para ser referido a por termos gerias e singulares.”.

a identificação e especificação de objetos materiais e entidades ensejam muito debate e pesquisa científica, sugerindo que a natureza de objetos científicos emergentes, como em física de partículas, é em algum grau hipotética, em evolução, e contingente sobre meios de descrição assim como de observação. É certamente sujeita ao que Haack chama de “crescimento de significado” (Haack, 2009).

Apesar de evidências de alguma transformação conceitual enquanto a investigação está particularmente ativa, o entendimento comum resiste à conclusão de que as entidades científicas são inteiramente construções humanas. É aqui que o SSK fez uma contribuição notável, particularmente o trabalho de Barnes, Bloor e Henry, ao examinar o papel da reificação em dar coerência e consistência a crenças gerais. Em vez de me substituir a esses pesquisadores, preferirei referir outras leituras para *Scientific Knowledge: a Sociological Analysis* (SKSA), especialmente capítulos 4 e 6.

Uma variação interessante disto pode ser encontrada no direito, onde entidades jurídicas concebidas, tais como direitos e deveres, são dados uma objetividade estática pela linguagem sugerindo diferentes objetos no espaço, mesmo quando direitos e deveres específicos disputados estão constantemente emergindo ou em contínua revisão. Reconhecidamente, a maioria das “entidades” jurídicas (legisladas ou de outro modo consolidados direitos e deveres básicos) não estão em constante disputa. Isto é refletido no fato de que juízes e advogados comumente falam do direito como uma prática analítica, envolvendo relação lógica entre direitos e deveres fixos. A imagem de fixidez é reforçada pela linguagem de objetos aplicada mesmo para padrões ainda fluidos e emergentes da controvérsia jurídica, como na natureza

e extensão do direito constitucional à “privacidade”. Mas o imaginário tem defeitos práticos na aplicação.

Em casos controversos, onde direitos opostos estão em conflito, é comum encontrar a linguagem jurídica voltando-se à tarefa de “balancear” os próprios direitos. Com este termo, outra característica da objetificação concreta, peso, é atribuída a conceitos jurídicos. Tal consideração, de uma perspectiva puramente analítica, distrai a atenção do caminho sinuoso de julgamentos dos quais direitos particulares surgiram. Aqui o alerta de Holmes contra a racionalização prematura vem ao jogo (ver Kellogg, 2007, ch 8). Uma análise de balanceamento em uma situação recente pode ensejar uma decisão sobre considerações de políticas mais amplas do que é garantido pela novidade de um caso particular. Irei elaborar mais a respeito disso no contexto de conflitos entre classes competidoras.

221

Conflito e a modificação da conduta

Se a consideração “falibilista” do surgimento de conceitos jurídicos como entidades está ainda pouco claro, deve iluminar o desafio de resolver conflitos entre direitos subjetivos. Direitos emergentes são fundados em julgamentos individuais, por jures ou outros como o “homem de negócios”, feitos por comparando danos com a conduta prudente. Os fundamentos em que tais julgamentos são inicialmente feitos são a familiaridade dos júris e juízes com padrões dominantes de conduta em uma comunidade como um todo, em relação à atividade que se realizava quando o dano ocorreu.

A cronologia, e diacronicidade, desse processo é importante. Padrões de conduta são precedidos por, e retirados de, padrões de atividade. Os padrões de prudência são inferidos da

familiaridade com os melhores modos em que as coisas estão sendo feitas, com preocupação particular em fundamentar julgamentos sobre aquilo que é visto como sendo o modo “correto” ou prudente. A falha em acionar um certo tipo de luz em um navio a noite, que se tornou uma prática comum para diminuir a probabilidade de colisões, se torna, através de julgamentos repetidos na Common Law, uma razão para responsabilidade estrita por colisões sempre que a luz esteja ausente. Assim uma prática comum pode levar a um dever jurídico.

Nesta admitidamente simplificada consideração, conceitos jurídicos demarcando direitos e deveres são produtos cognitivos de padrões dominantes de conduta agrupados e avaliados pelas cortes judiciais. Isto tem relevância especial para a metodologia de resolver conflitos. Quando direitos subjetivos são vistos conflitando em abstrato, a consideração de Holmes nega que eles possam ser “balanceados” em abstrato. Antes, os conflitos devem ser resolvidos em uma base experimental de caso por caso, assim como os direitos conflitantes foram eles próprios individualmente enquadrados. Aqui está como Holmes descreve o processo de sua resolução em 1873:

O crescimento do direito é muito apto a acontecer desse modo: dois casos amplamente diferentes sugerem uma distinção geral, que é clara quando afirmada abrangentemente. Mas como novos casos se agrupam em torno de polos opostos, e começam a se aproximar um do outro, a distinção se torna mais difícil de rastrear; as determinações são feitas de um modo ou de outro em uma preponderância muito leve de sentimento, em vez de sobre razões articuladas; e por fim uma linha matemática é alcançada pelo contato de decisões contrárias, que é tão arbitrária que pode igualmente bem ter sido arrastada um pouco mais para um lado ou o outro. (1873, 654).

Nessa descrição, como no texto de 1870, conflitos entre direitos existentes não são resolvidos de uma vez, através da interpretação e aplicação de um antecedente conjunto subjacente de princípios jurídicos. Em vez disso eles são gradualmente explorados, primeiro pela reunião de novas experiências, e depois por exames retrospectivos com tempo apropriado de uma matriz de decisões anteriores específicas. Holmes descreve um processo no qual os novos casos são vistos como gradualmente preenchendo um espaço metafórico entre duas regras (“agrupando-se em torno de polos opostos”). Juízes eventualmente resolvem o conflito reconhecendo e descrevendo uma “linha” entre princípios ou polos opostos.

Apesar da ênfase em julgamentos específicos, não há nenhuma tentativa aqui de evitar a linguagem de objetificação; de fato, Holmes abre uma nova metáfora de “traçar a linha” para enfatizar o papel primário de decisões individuais. Cada nova decisão é registrada em sua explicação como um ponto sobre uma linha metafórica definindo o limite entre categorias separadas ainda em evolução.

Em um sentido a linha pode ser descrita como “arbitrária” em que “pode igualmente bem ter sido trazida um pouco mais para um lado ou para o outro”. Em outro sentido, a explicação descreve um processo no qual produtos conceituais são construídos de maneira não diversa de produtos físicos. Um direito subjetivo é uma ferramenta para o futuro assim como um julgamento do e sobre o passado. Uma ferramenta física como uma pá ou um computador podem ser colocados juntos de múltiplas formas e dimensões – como o botão de “enter” ou de “delete”, “um pouco mais para um lado ou para o outro”. Não há uma forma ideal ou perfeita para o direito, mesmo que seja repetidamen-

te modificado para se adaptar a novas condições, conformando condutas enquanto forma e reforma conceitos jurídicos.⁶

Margolis (2007, 232) cita Peirce com o que eu sugiro ser uma observação paralela cuidadosa em 1890:

Tente [diz Peirce] verificar qualquer lei da natureza, e você perceberá que quanto mais precisas as suas observações, mais certamente exibirão partidas irregulares a partir da lei (6.46)

Ainda que Holmes não tenha tido exatamente a mesma intenção, sugiro que também ele, como Peirce, diz (como diz Margolis) “para desautorizar a atribuição de tais irregularidades apenas ao erro; ele pensa que estes significam um recurso ainda mais profundo na realidade em si” (2007, 232). Eu defendo que ambos Holmes e Peirce viam a realidade como tendo contornos conceituais que derivam não apenas da invariável natureza essencial das coisas, mas da natureza humana e de suas escolhas e constructos sociais, culturais e linguísticos.

224

A fonte da estrutura e da consistência

Partindo-se destes e de outros textos parece que o corpo do direito de Holmes é construído a partir de categorias e conceitos formados por um processo semelhante à negociação, ainda que uma negociação atenuada. O empreendimento como um todo

6 Ver Haack, *supra*, na 466: “Não apenas os sistemas jurídicos mas também os conceitos jurídicos mudam, adquirindo novos significados e descartando velhas conotações como adaptação a circunstâncias que mudam. Este pensamento está no espírito da concepção de Peirce do crescimento do significado, que ele primeiro articulou em referência a conceitos científicos como planetas ou eletricidade, mas depois aplicou a conceitos sociais como força, riqueza, casamento. Similarmente, conceitos jurídicos como privacidade, liberdade, direito, etc, não são fixados platonicamente, mas inicialmente finos e esquemáticos; eles são inerentemente abertos a interpretação, especificação, extrapolação e negociação entre interesses sociais concorrentes. Na verdade, o próprio conceito de direito, suspeito, não é apenas um conceito agrupador, mas também uma textura aberta, mudando subitamente com o tempo.”.

deve ser entrelaçado enquanto estiver sendo ajustado para acomodar padrões móveis que guiem condutas futuras. Diferentes casos, situações, partes, juízes e advogados (e, é claro, acadêmicos) estão todos envolvidos em um *continuum*, enquanto julgamentos diversos são analisados e interpretados para forjar eventuais acordos de múltiplas controvérsias. No todo, a consistência é uma meta dominante, mas a análise conceitual é apenas parcialmente um exercício na reconciliação lógica. É também um exercício de negociação entre cada requisito de conduta através do confronto de modos conflitantes já prevalentes.

Holmes frisou que o processo de classificação parece mais analítico do que é, no sentido de que a consistência sempre parece ter sido descoberta, não feita. Em um escrito de 1878, Holmes escreve que consistência é por natureza elusiva:

A verdade é que o direito até agora parece ter, e parecerá pela necessidade de seu ser, sempre abordado e nunca alcançado a consistência. É um sempre adotar novos princípios para a vida de um lado, e sempre mantendo princípio antigos da história por outro, que ainda não foram absorvidos ou descartados. Se tornará inteiramente consistente apenas quando cessar de crescer. (1879, 631).

Muitos anos depois, Holmes comparou sua teoria do direito com a antropologia:

É perfeitamente adequado considerar e estudar o direito simplesmente como um grande documento antropológico. É adequado recorrer a isto para descobrir que ideais da sociedade têm sido fortes o suficiente para alcançar aquela forma final de expressão, ou quais tem sido as mudanças nos ideais dominantes de século a século. É adequado estudá-lo como um exercício na morfologia e transformação das ideias humanas. (1899, 212).

Aqui encontramos o falibilismo (ou, nas palavras de Holmes, “aproximação sucessiva”) elucidado como um mecanismo de uma teoria evolucionária do conhecimento.

Onde Holmes se posiciona na comparação entre as visões de Peirce e Dewey? Começamos com a comparação de Joseph Margolis do falibilismo de Peirce e Dewey, focando na natureza da investigação em relação tanto com a conduta como com objetos conceituais definidos para com o compartilhamento dos aspectos regulativos e constitutivos. A versão de Holmes do falibilismo combina uma versão de revisão ou modificação de uma generalidade com o contexto de sua origem e aplicação. Assim como a de Dewey, não é metafísica, no sentido de que a regra final estará mais próxima da “verdade”. É também evidentemente relacionada à regulação da conduta ou do hábito.

226

Como o falibilismo de Peirce, não está inteiramente em aberto, uma vez que prevê o alcance de uma “regra geral abstrata”. Podemos “recorrer ao direito para descobrir quais ideais de determinada sociedade foram fortes o suficiente para alcançarem tal forma final de expressão, ou quais foram as mudanças nos ideais dominantes com o passar dos séculos. A crença em, e a implementação de, direitos fundamentais sugere um rol distintamente constituído de falibilismo jurídico sem necessariamente aludir às generalidades Kantianas ou Hegelianas. É inteiramente empírica e naturalística, e deve ser analisada na acumulação de regras e princípios que perpassam decisões judiciais que demarcam “pontos na linha”. O falibilismo no direito parece ser tanto regulador quanto constitutivo, como uma função de crenças e intenções da comunidade de investigadores.

Mas onde repousa o falibilismo na completa conjuntura da filosofia e da investigação humana? Um registro histórico do direito, da ciência e da filosofia é repleto de teorias anti falibilistas,

conceitos e métodos. Se a mobilidade histórica do pensamento é uma característica definidora de sua natureza, como arrolar a premência de métodos e metas apriorísticos, fundacionistas e puramente analíticos? Inerente à tradição analítica – e isso é verdade nos estudos jurídicos e na filosofia – fundacionismo, não o falibilismo, tem sido tanto regulador quanto constitutivo ao longo de seu período de predominância.⁷

Nós nos recordamos aqui do artigo inicial de Peirce “*How to Make Our Ideas Clear*”, em que a máxima pragmática é posicionada exatamente como um método do conhecimento, dentre outros. Nos termos do direito, da ciência, da filosofia, as alternativas fundacionistas podem ser tanto reguladoras como constitutivas na medida em que são acreditadas e implementadas. Mas alternativa de Pierce, eu entendo, é que o falibilismo tem, sobre as demais abordagens, a vantagem da auto percepção.

227

Isso deveria nos fornecer um hiato no que concerne à questão com que iniciei acerca da natureza fundamental do falibilismo. A história da investigação humana revela uma miscelânea de métodos e conceitos. O falibilismo é, no máximo, um formato crítico que pode ser posto por sobre toda esta miscelânea, ou ao menos sobre o que podemos reconstruir desta, para qualquer ajuda que possa fornecer aos nossos esforços em abordar as questões e problemas que nos são relevantes no presente. Na medida em que é ou regulador ou constitutivo, o é apenas facultativamente. O falibilismo mesmo revela isso – na verdade se

7 Desde que escrevi este artigo encontrei uma possível perspectiva sobre a conceitualização analítica dominante na ciência (talvez aplicável, *mutatis mutandis*, ao direito) proposto pela Science Studies Unit na University of Edinburgh. Em *Scientific Knowledge, A Sociological Analysis* (University of Chicago Press, 1996), os autores, Barry Barnes, David Bloor e John Henry, propuseram a ideia de que o diálogo de cientistas de identidades essencial não é uma simples resposta ao chamamento empírico, mas uma estratégia preferida para manter tanto coerência, consistência e crença generalizada. Id., 81-94.

revela como uma alternativa, como não universal. Sugere que todo o corpo da realidade conhecida, considerada (como deve ser) como um fato histórico e cultural, é variável e descontínuo como o corpo do conhecimento jurídico, e conseqüentemente sob maior necessidade de um modelo crítico.

Conclusão

O falibilismo, como aspecto fundamental da epistemologia pragmatista, pode ser esclarecido pelo estudo do direito. As origens do Pragmatismo no Clube Metafísico em Cambridge, Massachusetts, revelam tal conexão; metade dos membros originários do clube eram advogados. Como um jovem acadêmico, Oliver Wendell Jr. avançou na versão do falibilismo jurídico como investigação coletiva suplementar. Em seus trabalhos iniciais, Holmes trata os casos jurídicos mais como experimentos científicos do que como aplicações mecânicas de regras já esclarecidas. Regras legais são um produto dos conflitos que ocorrem na sociedade, da canalização dos conflitos às disputas jurídicas e eventuais decisões e da gradual acumulação de um entendimento consensual, expresso por meio de regras e princípios, com os quais casos futuros devem ser classificados e decididos. Isso não envolve juízes e advogados. Especialmente nos casos de grande repercussão, dos quais podem ser exemplos representativos o direito ao aborto ou a eutanásia, pode envolver toda a comunidade. O processo jurídico é visto como um estendido, na verdade intergeracional, processo de investigação. Isso elucida a relação do pensamento, expressão e da conduta no processo de investigação em uma comunidade de investigadores, aplicada aos problemas de ordenamento social.

Referências

- HOLMES, Oliver Wendell. Codes, and the Arrangement of the Law, 1870. In: KELLOGG, Frederic R. 1984. *The Formative Essays of Justice Holmes: the Making of an American Legal Philosophy*. Westport & London: Greenwood Press, 1984.
- _____. *The Theory of Torts*, 1872. Reimpresso em in Kellogg, 1984, p. 177.
- _____. *Law in Science and Science in Law*, 1899. Reimpresso em in Kellogg, 1984
- _____. *The Common Law*, 1881. Boston, Little Brown & Co., Reimpresso em in Kellogg, 1984.
- _____. *Law in Science and Science in Law*. in *Collected Legal Papers*. New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920.
- HOUSER, Nathan. *Peirce in the 21st Century*. In: *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 41 no. 4, 2005.
- KELLOGG, Frederic R. *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*. Westport, CT & London: Greenwood Press, 1984.
- _____. *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MARGOLIS, Joseph. *Reinventing Pragmatism: American Philosophy at the End of the Twentieth Century*. Ithaca & London: Cornell University Press, 2002.
- _____. *Rethinking Peirce's Fallibilism*. In: *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 43 no. 2, 2007.
- RORTY, Richard. *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979.
- WRIGHT, Chauncey. *The Evolution of Self-consciousness*. In: *North American Review* 245 (April, 1873), Reimpresso em in Wright, *Philosophical Discussions*. New York: Henry Holt & Co., 1877. p. 205-29.

CAPÍTULO XI

Pragmatismo Americano e a Teoria Social Europeia: Holmes, Durkheim, Scheler e a Sociologia do Conhecimento Jurídico^{1|2}

Resumo

231

A sociologia do conhecimento de Max Scheler converge com o Pragmatismo Americano do século XIX na percepção de que o conhecimento não antecede a experiência das coisas (*ideae ante res*), como no Idealismo Platonico, nem decorre da experiência, em uma correspondência empírica com um mundo objetivo (*ideae post res*). Scheler seguiu o Pragmatismo americano ao enxergar o conhecimento como residindo nos atos humanos concretos (*ideae cum rebus*), e ambos enfatizaram o papel da investigação social ou comunitária.

Como, a partir dessa percepção, deve-se entender o conhecimento? Em grande medida, a resposta deve ser vista junto a domínios específicos da investigação, como ciência, onde uma nascente, porém controversa sociologia do conhecimento científico emergiu no surgimento da “*Structure of Scientific Revolutions*” de Kuhn. E quanto à lei, se percebida

¹ Para o Jornal Europeu de Pragmatismo e Filosofia Americana, 2012.

² **Nota do tradutor:** Esta foi a quarta tradução que contou com a colaboração da Marília Araújo de Albuquerque, sendo sua a primeira versão, que, a propósito, merece destaque pela qualidade.

enquanto outra forma de investigação coletiva? Dada esta convergência do Pragmatismo Americano e a Teoria Social Europeia, não deveria surpreender encontrar similaridades com a sociologia do conhecimento jurídico implícitas nos trabalhos do jurista do Pragmatismo clássico, Oliver Wendell Holmes Jr.

Holmes é convencionalmente interpretado como um percussor do realismo jurídico empírico, ainda que a genealogia de seu pensamento seja distinta daquela dos realistas do século XX. Partindo de influências paralelas às de Pierce e James, ele esboçou uma epistemologia *sociologizada* do direito, e uma evolutiva formulação e manutenção das regras e conceitos jurídicos. O conflito é assimilado em um processo de investigação formal mas participativo em distintos tipos de disputa, através dos quais a conduta é ajustada mesmo que o conhecimento jurídico seja formulado em regras e conceitos. A ordem pragmática de Holmes não engendra-se em uma visão analítica ou racionalista, ou na mecânica *behaviorista*, pois é transitória, histórica e fundada na comunidade. É um exemplo prototípico de *ideae cum rebus*.

232

Neste artigo, eu comparo a teoria do desenvolvimento de Holmes, estabelecida em trabalhos prévios e em “*The Common Law*”, com Durkheim e Scheler. Diferente de Durkheim, Holmes não defende que categorias de pensamento refletem características da organização de grupo e da solidariedade social. A natureza e os modos da classificação jurídica emergem face a um contexto histórico de resolução de conflitos entre interesses distintos. O modelo de Holmes é mais cético quanto ao progresso que o de Scheler, mas admite um papel para inteligência aprimorativa na revisão de hábitos e paradigmas enraizados.

Kenneth Stickers esclareceu a convergência entre a sociologia fenomenológica de Max Scheler e o tema central do Pragmatismo Americano do Século XIX: a ruptura axial de ambas as filosofias Platônica e Aristotélica através da percepção de que o conhecimento não precede a experiência das coisas (*ideae ante res*), como no Idealismo Platônico, nem decorre da experiência em uma correspondência empírica com um mundo objetivo, como no mo-

delo Aristotélico (*ideae post res*). Scheler seguiu a percepção do Pragmatismo Americano de que o conhecimento reside nos atos humanos concretos (*ideae cum rebus*), onde se tornam funcionalizados. Os Pragmatistas de Chicago, por sua vez, reconheceram a importância da pioneira afirmação de Scheler da “Sociologia do Conhecimento”, e sua congruência com a ênfase do Pragmatismo na investigação coletiva (Stikkens, 2009, 80-82).

Como, dada essa percepção, deve ser entendido o conhecimento? Duas características, encobertas pelas abordagens Platônica e Aristotélica, destacam-se no modelo funcional: a dinâmica e mutável natureza do conhecimento e de seus produtos, e a íntima relação destes com a conduta humana e a experiência. Ambas são obscurecidas pelas tendências sincrônicas da teoria Analítica, e têm sido trazidas à tona junto a domínios específicos da questão, como em estudos científicos contemporâneos, e, que uma nascente, porém controversa, “sociologia do conhecimento científico” emergiu no despertar da *Structure of Scientific Revolutions* de Kuhn. (Ver Barnes et al. 1996)

233

Stikkens recalcula a influência do pragmatista William James nos acadêmicos alemães Wilhelm Jerusalem e Max Scheler, e percebe que Charles Peirce já havia sugerido, antes de Dilthey e Durkheim e sem qualquer benefício aparente das percepções de Marx, que as formas do conhecer humano são fundamentalmente formas da vida social, sem reduzir essa última às formas da vida econômica. Tal percepção, radicalmente naturalista, tornou-se central aos escritos recentes da sociologia do conhecimento, e influenciou os estudos científicos pós-Kuhnianos.

E quanto ao direito, se, de fato, pode ser visto como outra forma de investigação comunitária? Dada a convergência entre o Pragmatismo Americano e essa cepa da teoria social europeia, não deveria surpreender encontrar algo comparável a uma so-

ciologia do conhecimento jurídico nos trabalhos do clássico teórico do Pragmatismo, Oliver Wendell Holmes Jr. O Pragmatismo surgiu do Clube Metafísico, e é cediço que metade dos membros originais do Clube Metafísico eram advogados.

Bruce Kuklick e outros recalcularam as influências comuns em todos os membros do clube, tanto que deve-se esperar paralelos na concepção de direito. (Kuklick 1977, Kellogg 2007). Eu focarei, para fins deste trabalho, nos primeiros escritos de O. W. Holmes Jr. Holmes é convencionalmente interpretado como precursor do realismo jurídico empírico. O que sugiro é que seus escritos “pré-jurídicos” esboçaram uma epistemologia do direito sociologizada, e uma evolutiva formação e manutenção das regras e conceitos legais.

234

A improvável comparação entre Holmes e Durkheim

Em 1899, dois anos antes da publicação da *Primitive Classification*, de Emile Durkheim e Marcel Mauss, Oliver Wendell Holmes Jr. teceu o seguinte comentário em uma carta publicada como “O Direito na Ciência e Ciência no Direito”:

É perfeitamente adequado considerar e estudar o direito simplesmente como um grande documento antropológico. É adequado recorrer a isso para descobrir que ideias de sociedade foram fortes o suficiente para alcançar esta forma final de expressão, ou quais foram as mudanças nas ideias dominantes de século a século. É adequado estudá-lo como um exercício na morfologia e transformação das ideias humanas. (1899, 212)

Essa passagem extraordinária, enfatizando a “morfologia” sobre a predominância das estabelecidas teorias do direito analítica e conceitual, reflete pesquisa realizada vinte e cinco anos antes, no período de 1873-6, quando Holmes passou de uma

anteriormente influente versão da Jurisprudência Analítica (as *Lectures in Jurisprudence* de John Austin) aos escritos em história do direito, antropologia e cultura primitiva, para consolidar a teoria da transformação jurídica.

Em publicação de 1876, “*Primitive Notions in Modern Law*” (1876), Holmes observou que muitos dos direitos e deveres reconhecidos no direito Anglo-Americana são reminiscências da “noção primitiva de que a responsabilidade vincula-se diretamente àquilo que provoca o dano”. Além, “as várias considerações de políticas, que não sem frequência são supostas por ter estabelecido tais doutrinas, têm, de fato, sido inventadas em período posterior para dar conta de algo que já estava posto – um processo familiar a todos os estudantes de história.” (1876, 423). Holmes prossegue, para aplicar essa perspectiva na explicação do “crescimento” da responsabilidade jurídica no “caso-por-caso”, eventualmente estendendo-a a todas as áreas do direito. Em seguida, ele usa esses esquemas transformacionais em insights para desenvolver uma doutrina jurídica através de sua influente carreira judicial (Kellogg, 2007, 118-56).

Em comparação, Durkheim e Mauss perguntaram, em *Primitive Classification*, a questão mais genérica, “O que leva os homens a classificar?” Para eles a resposta parecia repousar nas formas mais rudimentares de organização no desenvolvimento da sociedade. Concluíram que “as primeiras categorias lógicas foram categorias sociais; as primeiras classes de coisas foram as classes de homens, dentre das quais essas coisas estavam integradas. Isto porque homens foram agrupados e pensaram em si em forma de grupos, que, em ideias, agruparam suas coisas, e, no princípio dos dois modos de agrupamento emergiram ao ponto de serem indistintos” (1963, 82-3) “Desta forma, a história da classificação científica é, em última análise, a história

do estado das coisas através do qual esse elemento de afetação social foi progressivamente enfraquecido, deixando mais e mais espaço para o pensamento reflexivo do indivíduo. Não há de se afirmar, porém, que essas influências remotas que acabamos de estudar não são mais sentidas nos dias de hoje. Elas deixaram um efeito que sobrevive e que é sempre presente; nisto reside a própria estrutura de toda classificação, que é o conjunto de hábitos mentais por força dos quais nós concebemos as coisas e os fatos na forma de grupos coordenados ou hierarquizados.” (88).

Conquanto os legados intelectuais de Holmes e Durkheim tenham ocupado mundos acadêmicos separados durante o século passado, ambos traçaram uma demarcação similar entre o que consideravam como um estágio de “afetivo” primitivo de civilização e um moderno estágio “racional”, ainda que insistindo na continuidade da influência do antecedente sobre o posterior, esta mesma progressivamente transformada por uma crescente inteligência “reflexiva”. Dessa forma, há elementos comuns a ambos: mudança transformacional com a sobrevivência de elementos vestigiais, preenchendo o método lógico e enfraquecendo o essencialismo lógico, o sustentáculo do pensamento analítico. Para ambos, uma comunidade – ou sociedade – focada no processo histórico está na raiz da existência e gestão de concepções ordenadas. Também para ambos, o presente papel da classificação na inteligência humana é uma preocupação fundamental. A principal diferença é que Durkheim e Mauss empenharam-se em descobrir as *origens* da classificação humana em geral, encontrando-a na estrutura social e na natureza envolvente da solidariedade, enquanto o interesse de Holmes se dirigiu à operacionalização desta no direito Anglo-Americano.

Nesse sentido, Holmes começa seus estudos de classificação jurídico *in media res*, focando-se no próprio contexto do Sé-

culo XIX. Ao assumir em 1869 a editoração e revisão da principal enciclopédia jurídica americana, *Kent's Commentaries on American Law*, ele equipou-se para comparar uma variedade de doutrinas jurídicas em desenvolvimento com o recente e influente sistema analítico das *Lectures in Jurisprudence* de John Austin, publicadas em Londres, em 1861. As *Lectures* chamaram-lhe a atenção pela primeira vez quando frequentava a Escola de Direito de Harvard, quando engajado nas discussões filosóficas com seus pares tornou-se editor da *Kent's Commentaries*, e escreveu ensaios críticos e acadêmicos para a *American Law Review*.

Em 1876-7, Holmes foi dragado ao exame da história jurídica e das culturas e instituições ancestrais, “para provar a verdade histórica de um resultado geral, alcançada analiticamente...há cinco anos” (1877, 641). Esse resultado envolveu a reconsideração do projeto Austiniano de classificação universal e está intimamente conectado com sua famosa frase de abertura no *The Common Law*: “a vida do direito não tem sido a lógica, tem sido a experiência.”. Esse ponto de virada é fundamental ao entendimento de seu pensamento e de sua carreira.

Dados cursos introdutórios sobre a doutrina jurídica, estudantes de direito americanos ainda estão familiarizados com os famosos comandos de definição do direito de Austin. Menos familiar é o detalhado caráter das *Lectures* de Austin, incorporando uma tentativa de estabelecer um arranjo universal ao Direito, que ele destacou como um sistema de direitos (Austin, 1861). Holmes explorou essas teses primeiramente desenvolvendo um sistema alternativo baseado no conceito de dever (1870). Uma comparação intensiva comparação de categorias com casos, estendendo-se por vários anos, eventualmente conduziu-o à rejeição tanto das definições de comando de Austin quanto dos ar-

ranjos lógicos do Direito como sistema de *Lectures* direitos, e, de fato, de qualquer esquema analítico universal.

Isso destacou a questão – incitada por suas observações da contínua influência de anomalias históricas – de como as ordenadas hierarquias da classificação jurídica e suas manifestações em um sistema estruturado são alcançadas. Observando o processo de mudança interno ao sistema existente, e no contexto de um curso ministrado a graduandos de Harvard, Holmes caracterizou sua própria definição de Direito como uma “previsão” de decisões judiciais (1872, 92).

Após seu estudo geral de classificação com Mauss, Durkheim dirigiu-se de forma mais específica ao direito, Em *Division of Labor in Society* (1933), levantou a hipótese da evolução de uma diminuição da confiança em abordagens criminais em favor de formas civis de responsabilização criminal e procedimento, e interpretou este elemento como sustentando a tese da transformação da solidariedade social, de “mecânica” à “orgânica”. Durkheim, então, distinguiu as responsabilidades civil e criminal como refletindo formas distintas de solidariedade social. Holmes, imerso na doutrina de sua revisão da *Kent's Commentaries*, traria, em contrário, as duas formas conjuntamente, em uma teoria uniforme da responsabilidade civil e criminal.

Holmes caracterizaria a mudança histórica (ele evitava o termo evolução) como tendo transformado universalmente os padrões de responsabilidade jurídica de “moral” a “externa”, pretendendo, com tais termos, destacar a gradual perda de ênfase de um elemento de culpa subjetiva fundado em vingança primitiva. Igualmente importante, ele percebia o verdadeiro processo de transformação – e aqui reside sua perspectiva acerca do mecanismo cumulativo de classificação jurídica – fundado na resposta das instituições jurídicas a conflitos sociais presentes.

Tal perspectiva esclareceria tanto seu pensamento quando sua posterior prática jurídica.

O sociólogo jurídico Roger Cotterrell esclareceu a contínua influência de Durkheim nos estudos sócio jurídicos e na teoria social em geral (2010a). Ele poderia compará-la à relativa falta de influência, ou mesmo de interesse, na teoria transformacional de Holmes. Ao longo dos anos, desde sua morte, Holmes raramente foi mencionado nos balanços da teoria sócio jurídica ou na sociologia jurídica. Ele não aparece no sumário das *Theories of Legal Evolution: The Story of an Idea*, de Peter Stein (1980), bem como em *The Evolution of Law* (1985), de Alan Watson, ou em *Legal Anthropology*, de Norbert Rouland (1994).³ Embora sua teoria da responsabilidade se classifique como uma contribuição para a antropologia jurídica, não é reconhecida como tal.

Isso tem obscurecido o reconhecimento contemporâneo da relevância do comentário de 1899 de Holmes acerca do direito como “um grande documento antropológico”, digno de estudo “como um exercício na morfologia e transformação das ideias humanas.”. A observação sugere que, junto a Durkheim (Cotterrell 2010b, 4), ele enxergou o desenvolvimento do direito como esclarecendo preocupações morais básicas. Seu reconhecimento de uma profunda influência do conflito, e da sobrevivência de um passado primitivo, põe um molde de alguma forma mais obscuro sobre as prospecções da sociedade do que as visões de seus contemporâneos Peirce e James. Enquanto ele é consideravelmente menos otimista do que Durkheim acerca de reformas, reconheceu um lugar à inteligência melhorativa na *Common Law* que conquistaria o interesse de John Dewey.

239

3 Ver, genericamente, Herget (1990), 22-30.

Não obstante, Holmes é convencionalmente interpretado como um positivista jurídico e como um percussor do realismo jurídico.⁴ O realismo jurídico do início do século XX foi influenciado pela teoria social contemporânea e pela ciência comportamentalista. Enfatizou a reforma jurídica, motivado pela reação contra a falsa certeza da doutrina “formalista” e “mecânica” (ver White 1984, 1986). Como destacado, Holmes definiu (1872a, 92) o direito como uma previsão acerca da forma como as cortes irão decidir e aplicar o direito, o que foi precipitadamente identificado com comportamentalismo jurídico ou instrumentalismo. Em essência, era completamente diferente.

240

A evidência crítica se funda em dois estruturantes artigos que Holmes escreveu nos anos de 1870. No primeiro (1870), ele destaca que a Common Law Anglo-Americana “decide primeiro o caso e determina o princípio posteriormente”, em um processo de gradual cumulativo de classificação e generalização que ele chamou de “aproximação sucessiva”. Ele adverte, então, quanto a juízes ofertando razões prematuras ao decidirem casos não familiares, e advoga decisões altamente particularizadas no estágio inicial de investigação em novas classes de disputa. O juiz deveria simplesmente aplicar o padrão de procedimento ou a previsibilidade do dano sob condições inéditas.

Citando um comentário do Lorde Chefe de Justiça Mansfield, Holmes partiu do criticismo ao silogismo de John Stuart Mill, que Mill (citando o mesmo comentário) percebeu como raciocínio não era “do geral para o particular”, mas “de particulares a particulares.”⁵ Em seu famoso *System of Logic*, que Holmes

4 Ver, porém, Herget (1990), 37-46, 119-20.

5 Holmes (1870, 1) refere-se à mesma história de Mansfield fundada no *System of Logic* (Livro II, Cap. 3 s. 3, 236).

leu em 1867, Mill declarou que o geral é simplesmente utilizado como guia. Mas, para Holmes, em 1870, o geral relevante não pode ser utilizado como guia para novos particulares, uma vez que estes ainda não existem. Como poderia ser? Enquanto novos problemas emergem e novas disputas são decididas, gradativamente um padrão transparece.

É apenas após uma série de determinações sobre o mesmo objeto/matéria que se torna necessário “reconciliar os casos”, como se diz, ou seja, através de uma verdadeira indução para afirmar o princípio que até então fora, de forma obscura, sentido. Tal afirmação é frequentemente modificada mais de uma vez por novas decisões, antes que a norma geral abstrata tome sua forma final. Uma doutrina jurídica bem estabelecida incorpora o trabalho de múltiplas mentes, e é testada em sua forma e substância por críticos treinados, os quais o interesse é prático é resistir a este a cada estágio (1870, 1).

241

Essa concepção está aberta ao reconhecimento de que a generalização jurídica é influenciada pelo *feedback* e pela adequação à sociedade. Em trabalhos posteriores, Holmes deixa claro que ele se serviu da confiança das cortes do Século XIX frente decisões do júri para derivar, em julgamentos sucessivos, os padrões aplicáveis de atenção a uma forma particular de responsabilidade do delito em determinada jurisdição (Holmes 1873, Kellogg 2007, 98, 161). Essas observações iniciais – feitas em um período em que ele ainda considerava a taxonomia analítica universal de Austin – já o levou para longe do percurso que a teoria jurídica analítica seguiu em direção à jurisprudência conceitual no Século XX, e, ao contrário, em direção a um enfoque similar ao de Julius Stone quanto à influência dos fatores sociais e à relevância do precedente para um sistema de categorias jurídicas suplementares (Stone 1985).

Apesar da associação de Holmes ao realismo jurídico, também o levaram menos ao comportamentalismo jurídico e mais em direção à sociologia do conhecimento jurídico, reconhecendo o contexto social que conecta a formação de regras jurídicas e princípios diretamente com o choque de padrões de conduta. Tal ênfase no conflito sobre a solidariedade posteriormente distinguirá a abordagem de Holmes do enfoque de Durkheim na origem e morfologia dos conceitos internos ao sistema jurídico, senão internos à sociedade em si.

Os trabalhos iniciais de Holmes sugerem uma visão distinta do processo da Common Law no Século XIX, em que a investigação normativa, e o conhecimento normativo, iniciam-se com perturbações na ordem social, canalizadas a uma resolução de conflitos sistematizada e participativa. Nessa participação, Holmes deu ao júri um papel crítico e reconheceu a influência de comunidades geográficas distintas na formação de variações no sistema geral de padrões de responsabilização (Holmes, 1872, 118). Dessa forma, as repetidas “séries de determinação” seriam, na prática real, uma acumulação de julgados em matérias para as quais as cortes estavam abertas enquanto questão de jurisdição, adentrando em categorias de responsabilidade definidas pela lide, atribuindo aos litígios uma forma preliminar de classificação. A partir de então, as disputas gradativamente alcançaram características jurídicas pela razão de julgamentos sucessivos em favor ou contra as partes lesadas, que foram cumulativamente organizados enquanto juízes e doutrinadores “reconciliavam os casos”.

Para ilustrar, tome-se um exemplo de responsabilidade por dano resultante de uma colisão de navios em navegação. Sob as variações do vento e da maré, repetidas colisões levaram os donos dos navios às cortes reclamando indenização por perda de

carga e danos. Nós devemos imaginar, desenvolvendo-se na sala de audiência, um detalhado relatório de como os dois navios colidiram, talvez à noite. Quando uma tripulação viu o outro navio, o que fizeram? Navegar é capcioso e complicado e, na ausência de erro claro, devemos assumir uma escuta justa para que o julgamento prossiga contra a embarcação que, possivelmente, sob a sutil preponderância das provas, apresentou-se menos prudente sob as circunstâncias apresentadas. Podemos dizer, de forma justa, que tal caso foi decidido sob uma regra do direito?

Com o passar do tempo, colisões similares ocorreram e a prática prudente desenvolveu-se ao ponto em que as cortas podem, e dirão, “sim, esse ou aquele navio estava sobrecarregado e falhou na disposição de determinada luz, na afiação do mirante, ou realizou determinada manobra para evitar a colisão. Uma ilustração disso pode ser compreendida pela disposição de luzes coloridas nos navios à noite, identificando embarcações em navegação, ancoradas, rebocadores e barcas. A primeira introdução de tais casos presumivelmente levou a práticas cautelares e, por conseguinte, a modelos normativos e regras. Devemos destacar a participação de múltiplas comunidades de atores, navegadores e proprietários de embarcações, advogados, juizes, juristas, doutrinadores e legisladores.

Nesse cenário, a normatividade emerge como uma rede de padrões decorrentes de práticas distintas e entrelaçadas por profissionais cuja missão é estabelecer coerência, previsibilidade e consistência. Isto não é, apressadamente, um balanço histórico preciso, mas, quase, uma crua simulação extraída dos primeiros trabalhos de Holmes, que, por sua vez, é o produto de várias influências: um estudo cuidadoso dos casos ingleses e americanos do Século XIX, amplo estudo em filosofia e em direito, uma postura em direção ao conhecimento compartilhada com

seus amigos no Clube Metafísico e adjacências, e as influências nestes do Iluminismo Escocês, aplicado às leituras de Kant, Hegel e Darwin. Essa mistura de influências foi interpretada como tendo levado o Pragmatismo a uma leitura radicalmente naturalizada de Kant e Hegel (Margolis, 2010).

Você pode ver elementos de um Hegel darwinizado na abordagem de Holmes para a criação de regras, talvez influenciado por seu único mentor admitido Chauncey Wright, que em 1873 publicou um ensaio influente “A evolução da autoconsciência”, escrito com o encorajamento de ninguém menos que o próprio Charles Darwin. Holmes parece ter absorvido a atitude de Wright, e ele tomou isto em uma direção diferente, em direção ao desenvolvimento (ele evita o termo “evolução”) da *inteligência jurídica*, como parte de um processo de ordenação socializado. E agora você percebe o que ele torna implícito na definição do direito como predição do que as cortes irão fazer. Direito não é um conjunto, sistema de regras com uma resposta preexistente para todo novo caso. É um constantemente em desenvolvimento sistema de *classificação*.

Três anos depois, Holmes escreveu outro importante ensaio (1873). Aqui ele abordou a questão dos casos que emergem no contexto de fontes oficiais conflitantes. Casos que alcançam o estágio recursal emergem junto a um contexto elaborado de normas preexistentes. Os casos mais difíceis posicionam-se entre dois (ou mais) precedentes opostos ou princípios gerais. Um exemplo, no ensaio de 1873, são os conflitos de direitos de propriedade, como em disputas entre vizinhos proprietários de terra sobre a localização e altura de um muro. Após repetidas instâncias, na ausência da legislação local, as cortes eventualmente desenvolveram modelos para localização e altura. Dessa maneira, os opostos genéricos são conciliados através do tem-

po, novamente por uma investigação falibilista.⁶ Holmes teria, então, se distanciado consideravelmente da abordagem analítica de Austin.

A teoria analítica na doutrina jurídica tem percebido o direito como um conjunto oficial e abrangente de doutrina. A asunção de que é abrangente é desestabilizada pela persistente dificuldade dos “casos difíceis”. Então, a perspectiva analítica abre-se ao ceticismo; a dificuldade é vista como uma deficiência residindo no corpo da doutrina em si, ou na “natureza” do direito. Muitos realistas jurídicos partiram ao extremo oposto ao perceber os casos incertos como “juridicamente indeterminados”. A ideia de indeterminação convoca a explicação do comportamentalismo ou do instrumentalismo jurídicos – o direito é a soma das influências subjetivas nos juízes, nos seus sentidos imediatos de “melhores” consequências. Também abre espaço ao presumivelmente legítimo apelo judicial à “moral” ou a “princípios fundamentais”.

245

Quanto aos casos difíceis ou duvidosos, encontramos a distinção da Teoria do Direito de Holmes. Holmes percebe o caso duvidoso como um estágio de investigação e classificação. Em seu ensaio de 1873, Holmes apresentou uma alternativa ao modelo analítico. No caso dúbio, princípios opostos não são conciliados por lógica analítica ou pelo comportalismo ou instrumentalismo jurídicos, mas, novamente, por um processo social de aproximação sucessiva experimental. Ele aplicou o modelo cumulativo anterior, de 1870, ao problema da resolução de con-

6 Peirce explicou a “doutrina do falibilismo” como nossa inabilidade para “em qualquer sentido alcançar certeza perfeita ou exatidão.” Ele a associou à “doutrina da contituidade” (“Então o infalibilismo científico levanta um véu perante nossos olhos, que impede que evidências de continuidade sejam identificadas”) bem como à evolução (“mas o falibilismo não pode ser apreciado em seu significado próprio até que a evolução seja considerada..Evolução significa nada senão *crescimento* no mais amplo sentido da palavra”) (1931, 60, 70, 71).

flitos entre regras e precedentes. Novamente, sua abordagem foi “particularizar primeiro, generalizar depois”. Aqui está a passagem fundamental:

O crescimento do direito é muito apto a acontecer desse modo: dois casos amplamente diferentes sugerem uma distinção geral, que é clara quando afirmada abrangentemente. Mas como novos casos se agrupam em torno de polos opostos, e começam a se aproximar um do outro, a distinção se torna mais difícil de rastrear; as determinações são feitas de um modo ou de outro em uma preponderância muito leve de sentimento, em vez de sobre razões articuladas; e por fim uma linha matemática é alcançada pelo contato de decisões contrárias, que é tão arbitrária que pode igualmente bem ter sido arrastada um pouco mais para um lado ou o outro. (1872b, 119).

246

Holmes sugere aqui um processo em que a experiência nova é levada a uma zona cinzenta entre termos gerais existentes, eventualmente revelando um novo padrão que ele descreve como “linha”, em última instância refinando ou redefinindo os próprios termos gerais.

Dado o arcabouço histórico que chamou sua atenção em 1876, o contexto em que cada caso novo emerge torna-se ainda mais complexo. O relato de Holmes quanto à sobrevivência da vingança primitiva foi desenvolvido a partir do direito contemporâneo. Em seu *“Primitive Notions in Modern Law”* (1876), o direito marítimo Anglo-Americano ofereceu um exemplo de tais “sobrevivências”, em particular da “noção primitiva de que a responsabilidade vincula-se diretamente à coisa causadora do dano”. O proprietário de embarcação ofendido, que teve seu próprio navio danificado em uma colisão não poderia recuperar mais do que o valor da própria embarcação do réu. Holmes percebeu essa sobrevivência influenciando racionalidades poste-

riores para a limitação da responsabilidade, observando que “as várias considerações de políticas que, não com pouca frequência são interpretadas como tendo estabelecido essas doutrinas, foram, na verdade, inventadas em período posterior para dar conta do que já estava posto – um processo familiar a todos os estudantes de história (1876, 423).

Direito contemporâneo

As regras do direito ainda emergem de tortuosos padrões individuais de julgamento, como Holmes sugeriu há 140 anos, ou tudo está tratado pela legislação e pelo processo administrativo de feitura de regras? E quanto a novos problemas, como o suicídio assistido? Essa classe de disputas iniciou-se como uma série de perseguições criminais a médicos por assassinato, até que um clamor antagônico pela autonomia do paciente ganhou alguma força, a partir da linguagem constitucional aplicada a circunstâncias médicas em transformação. O problema logo alcançou as cortes de apelação. Em 1999, o Professor Cass Sunstein escreveu um livro chamado “*A case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*”, no qual ele adverte a mesma coisa que Holmes em 1870 – decidir os casos um por vez, é frequentemente prematuro determinar uma regra geral extensível. Em último caso, podemos precisar da legislação, mas mesmo isso não pode chegar muito cedo, antes do estágio experimental, que inclui um processo de *feedback* e ajuste. A legislação é *parte* do processo de investigação.⁷

247

7 Também os estatutos são o trabalho de muitas mentes, em órgãos eleitos. Circunstâncias diversas são exploradas de uma vez, em comitês legislativos, ao invés da inventariação da litigância. Circunstâncias obscuras permanecem, a serem endereçadas de uma maneira específica para cada caso pelo judiciário, senão por reforma legislativa. Ver, e.g., Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law* (Boston: Beacon Press, 1921), p. 174; Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago: Chicago University Press, 1949), p. 27.

Podemos encontrar um modelo de classificação no direito contemporâneo? E quanto a um novo problema como suicídio assistido? Essa classe de disputa começou como uma série de perseguições criminais de médicos por homicídios, até que a afirmação oposta de autonomia pessoal ganhou alguma força, da linguagem constitucional, aplicada para mudar as circunstâncias médicas. O problema logo encontrou seu caminho para as cortes de apelo. Em 1999, o Professor Cass Sunstein escreveu um livro chamado “*A case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*”, no qual ele adverte a mesma coisa que Holmes em 1870 – decidir os casos um por vez, é frequentemente prematuro determinar uma regra geral extensível. De modo último, podemos precisar da legislação, mas mesmo isso não pode chegar muito cedo, antes do estágio experimental, que inclui um processo de *feedback* e ajuste. A legislação é *parte* do processo de investigação.

248

Uma implicação disso é minar o modelo clássico da escolha social democrática, famosamente criticado por Kenneth Arrow. A escolha social é constantemente desenvolvida fora da urna eleitoral, para o bem ou mal, no processo de resolução de conflitos, influenciada por *feedback* de várias comunidades relevantes. Enquanto que com o suicídio assistido, cada decisão sucessiva responde ao *feedback* de diferentes comunidades de interesse, o que pode incluir profissionais acadêmicos, jurídicos, médicos, cidadãos de idade avançada, grupos de lobby, e assim por diante – até filósofos! Toda decisão é influenciada por ajuste social e a adoção de novas práticas, como novos procedimentos médicos e testamentos vitais. O modelo democrático clássico torna-se insuficiente ao ignorar este processo continuado de conflito e ajuste.

Quais são os elementos-chave aqui? 1) Estamos olhando para casos não singularmente, como levantar uma questão de direito

existente contra um background analítico sincrônico, mas como estágios da investigação em *problemas* sociais, e contra um background *diacrônico*; 2) Não obstante o papel de “grandes juízes”, a inteligência guia não é individual, mas social – consequentemente implica em uma *epistemologia socializada*; 3) A própria investigação é gerada não por curiosidade desapaixonada, mas por conflito, e é bem mais bagunçada que qualquer modelo ideal de diálogo; 4) A investigação toma lugar em um contexto de gêneros preexistentes para os quais olhamos retrospectivamente até mesmo quando engendramos novos casos em relação a eles; 5) O papel judicial de comparar e contrastar é melhor compreendido como um demarcar a linha incrementador e cumulativo; 6) Juízes são melhor vistos como membros de uma comunidade profissional distinta da investigação, mas agem dentro de uma rede de outras comunidades, tanto especialistas quanto leigas; 7) A interação entre comunidades discrepantes opera como um “*loop de feedback*” de decisões judiciais para seus efeitos, que alimenta novas experiências de volta ao sistema judicial.

249

Estudos da ciência contemporânea

Esses elementos delineiam uma visão do direito, embora um exsurja da experiência Anglo-Americana, posto que ambos constituem um processo de investigação social e um sistema especializado de classificação. Uma visão equivalente do desenvolvimento de ciência natural tem se tornado crescentemente evidente desde o surgimento, em 1962, da *Structure of Scientific Revolutions*, de Thomas Kuhn – apesar da *Genesis and Development of a Scientific Fact* já ter apresentado tal perspectiva em 1935.

No livro *Scientific knowledge: a sociological analysis* (1996), representantes precussores da “Escola de Edimburgo” de Estu-

dos Científicos traçaram uma abordagem sobre a ciência contemporânea como outro, especializado, sistema móvel de classificação (46-80). A pesquisa científica responde a problemas sociais; seus maiores elementos fundam-se mais significativamente em tradições de pesquisa que em insights brilhantes; isso frequentemente envolve conflitos entre distintas tradições de pesquisa e aparentes incomensuráveis princípios, como as noções de partícula X fluxo na eletricidade; experimentos podem ser percebidos como exercícios de classificação; e teóricos científicos são membros de uma comunidade de investigação profissional, atuando inserida em uma rede de outras comunidades, tanto especializadas como leigas. (Ver, e. g. Kellogg 2010).

Scheler e a sociologia do conhecimento

250

Essas observações acerca do método da Common Law, comparando os iniciais escritos do juiz Holmes com os temas de Emile Durkheim, e tocando em estudos recentes da ciência, pode parecer distanciado dos amplos interesses e especulações de Max Scheler. Contudo, sugiro que possam ser úteis na composição da noção de “conhecimento funcionalizado”, que caracterizou tanto o Pragmatismo clássico quanto a sociologia fenomenológica de Scheller. Constitui a comparação e exploração dos estudos concretos em campos distintos em que qualquer promessa de uma sociologia do conhecimento unificada deve repousar.

O que precisamente significa falar em uma sociologia do conhecimento e, por conseguinte, em uma sociologia do conhecimento *jurídico*? A frase apresenta um enfoque diferente da amplamente discutida sociologia do direito ou (mais frequentemente) “estudos sócio jurídicos”. Enquanto a última, em geral, remete a diversas perspectivas das ciências sociais direcionadas

ao objeto do direito, seja como instituição, como sistema, prática ou história (Freeman 2006), a primeira parece ser direcionada para o componente social do conhecimento, cognato com um simples estudo do conhecimento em geral. Enquanto a literatura dos estudos sócio jurídicos é vasta e, em sua maioria, relevante para este tópico, há surpreendentemente pouco debate específico acerca da sociologia do conhecimento jurídico.⁸

Há, porém, uma considerável literatura sobre a sociologia do conhecimento em geral. Uma vez que sus primeiras formulações são as de Scheler, sua principal influência pode ser devida a Karl Mannheim, em particular ao *Ideology and Utopia* (1929), traduzida para o inglês em 1936 e que passou a integrar o currículo universitário americano. O trabalho de Scheler sobre a matéria, particularmente o artigo “*Probleme einer Soziologie des Wissens*”, ou “*Problems of a Sociology of Knowledge*”, não foi tra-

251

duzido até 1980, por Manfred A. Frings. Ambos os trabalhos, na Alemanha, foram pioneiras jornadas acerca da matéria, e ambos eram amplamente especulativos, especialmente se comparados aos de Holmes que, é claro, não considerou sua própria pesquisa inerente a qualquer desses campos, uma vez que ainda não havia sido definida.

Essa natureza especulativa causou problemas de entendimento nos dois lados do atlântico, que permanecem até hoje. Críticos interpretaram tanto Scheler como Mannheim como propondo uma forma radical de anti-fundacionismo radical, reduzindo todo o pensamento a sua origem social, independentemente de um mundo restringido. Mannheim cuidadosamente definiu o campo como segue: “a tese principal da sociologia do

8 Conquanto existam muitos textos que podem tocar no assunto, a própria expressão não é frequentemente usada. Ver, e.g., Kennedy (1994), 322; Valverde (2003).

conhecimento é a de que há modos de pensamento que não podem ser adequadamente compreendidos enquanto suas origens sociais forem obscuras” (1936, 2). Em justiça a ele, a relevância da origem social provocou apenas uma modesta demanda ao naturalismo da filosofia ocidental já em desenvolvimento, então iniciada com Hume, Kant e Hegel (Stickers 2009, 67).

Nos anos seguintes da Primeira Guerra Mundial, a filosofia ocidental observou uma renovação de fundações seguras e até triunfantes em seu giro em direção a análises redutivas. A filosofia analítica passou a dominar a academia americana mesmo quando as vertentes do “*postmodernism*” avultaram-se vindas das fontes continentais. Nesse contexto, o ressurgimento tardio do Pragmatismo transformou o ambiente. Apoiando-se em W.V.O. Quine e Donald Davidson, Richard Rorty tornou o Pragmatismo tendência entre os filósofos analíticos, acolhendo rigorosas análises sobre temas exploradas por James e Dewey, reconciliando-as com o pós-modernismo antifundacionista. A ênfase inicial no falibilismo, com sua tentativa social e seus aspectos experimentais foi minimizada.

O Pragmatismo pós renovação de Rorty espalhou-se em várias direções, como a discussão da impossibilidade da missão histórica ou do insight essencial. O mais amplo abismo pareceria ser aquele entre o Neopragmatismo analítico, agora conduzido adiante por Robert Brandom e outros, influenciados por Rorty, e a tradição falibilista e historicista emergida de Peirce, James e Dewey, a vertente não analítica que influenciou Scheler. Este trabalho traz Holmes sob esse guarda-chuva retrospectivo e aponta para a conexão com os recentes estudos empíricos e históricos na sociologia do conhecimento científico.

Para tal propósito, o recente relato de Kenneth Sticker (2009) sobre a inicial associação de Scheler ao Pragmatismo

americano nos anais publicados de uma conferência sobre Pragmatismo e construtivismo é uma bem-vinda contribuição. Stikkers já havia publicado uma introdução à tradução de Frings, em 1980, do “*Probleme einer Soziologie des Wissens*” de Scheler. Nesta obra, Scheler delinea sua relação com uma gama de tópicos, incluindo ciência, religião, política, relações internacionais, e outros temas especulativos de sua sociologia fenomenológica.⁹ Escritos dos primeiros pragmatistas proveram Scheler com um importante recurso para sua compreensão sistemática da crise do período pós-Guerra e a relevância global desta. Ele creditou ao Pragmatismo a revelação das bases práticas fundamentais do conhecimento ao oferecer a primeira alternativa genuinamente nova às epistemologias racionalistas e empiristas.¹⁰ Citando James, o conhecimento para Scheler era uma função da interação dinâmica criativa da humanidade com o mundo; ideias não reportam ou espelham a realidade, mas emergem integradas ao engajamento humano prático e, ao fazê-lo, transformam o mundo (James 1975, 104-6).

253

9 Isto tinha uma orientação social distinta da fenomenologia eidética de Husserl, e incorporou o foco intenso de Scheler sobre a natureza e operação de valores sociais compartilhados, uma preocupação acentuada pelo estado traumático da Europa após a primeira guerra mundial e o senso amplamente difundido de crise intelectual e cultural. A visão de mundo de Scheler foi formada por um sentido de ideias e valores trabalhados através do conflito. Ele foi e remanesce um visionário respeitado; Heidegger o chamou “a mais sólida força filosófica na Alemanha, mais que isso, em toda a Europa.” Stikkers (1980), 3.

10 Através da correspondência com Wilhelm Jerusalem, os escritos de William James foram apresentados a Scheler em 1910. Em 1908, Jerusalem publicou uma tradução alemão do *Pragmatism* de James, e a primeira menção a “sociologia do conhecimento” em inglês é aparentemente encontrada em uma carta de Jerusalem clamando que James suplementasse sua explicação psicológica da cognição com uma sociologia completa, e propondo-se a enviar a ele um ensaio sobre “*Soziologie des Erkenntnis*”. O ensaio chamou a atenção de Scheler, que o republicou em 1921 e introduziu o Pragmatismo na Alemanha com um ensaio intitulado “*Erkenntnis und Arbeit*”, publicado em 1926. O criticismo de Scheler do Pragmatismo sugere ou que ele não entendeu as fontes originais, ou confiou excessivamente nas secundárias. Sua menção de *arbeit* ou “trabalho” no título reflete a noção popular do Pragmatismo como “o que funciona”. Stikkers (2009), 71-5.

Em sua abertura ao “*Problems of a Sociology of Knowledge*”, Sheler resumiu o contexto geral:

Os estudos que se seguem têm um objetivo limitado. São uma tentativa de apontar a unidade de uma *sociologia do conhecimento como parte de uma sociologia da cultura* e, acima de tudo, de desenvolver sistematicamente os problemas desta ciência....eles pretendem trazer à tona alguma unidade sistemática na rapsódica e desordenada massa de problemas presentes, alguns dos quais já foram tomados em detalhes pela ciência e outros que apenas metade já enfrentaram ou mal suspeitaram, problemas postos pelo fato fundamental da *natureza social* do conhecimento e da preservação e transmissão deste, sua expansão metodológica e progresso. 33.

254

Ele seguiu para incluir a esse apontamento “a relação da sociologia do conhecimento para com a teoria da origem e validade do conhecimento (epistemologia e lógica), para os estudos genéticos e psicológicos o conhecimento que evoluem de animais ao homem, de crianças a adultos, de primitivos a civilizados, de estágio a estágio envoltos em culturas maduras”, para “a história positiva dos vários tipos de conhecimento”.

Holmes, utilizando-se da perspectiva comum aos primeiros pragmatistas, já havia lançando luzes sobre a natureza social da investigação jurídica, a origem da responsabilidade na vingança, e a gênese e transformação desta ao evoluir de “animais para homens”. O interesse pós-Guerra de Scheler acerca do papel do conflito na emersão de valores é compartilhado com o comentário de Holmes em 1899, chamando o direito de um recurso “para descobrir quais ideais de uma sociedade foram fortes o suficiente para alcançar aquela forma final de expressão, ou quais foram as mudanças nos ideais dominantes de século em século”. Enquanto Scheler é claramente um pensador mais especulativo,

Holmes, um veterano de um recente conflito sangrento, chegou a preocupações similares a partir de um enfoque particularista e histórico. Tendo rejeitado uma abordagem estritamente analítica ao direito antes de escrever seu trabalho mais significativo, que o levou diretamente à carreira judiciária, ele teria antecipado o enfoque de Scheler na transformação já em seu comentário em 1899 de que o direito prestava “um exercício na morfologia e transformação das ideias humanas”.

Conclusão

Ao comparar fontes tão distintas, o propósito deste artigo foi avançar na abordagem em direção à sociologia do conhecimento *jurídico* que traga o objeto a uma coerente relação com uma sociologia *geral* do conhecimento, bem como com os recentes estudos da sociologia do conhecimento *científico*.

255

Neste trabalho, comparei a teoria evolutiva de Holmes, estabelecida na *Common Law*, com Durkheim e Scheler. Diferentemente de Durkheim, Holmes não sustenta que categorias de pensamento que refletem características da organização em grupo ou da solidariedade social. A natureza e os modos da classificação jurídica emergem primeiramente contra um arcabouço histórico da resolução de conflitos junto a condutas tornadas habituais de grupos e interesses, eventualmente fazendo surgir regras e princípios, consubstanciadas não na pura linguagem, mas também, necessariamente, em padrões gerais de conduta. Mais particularista do que Scheler, arraigado na resolução de conflitos percebida como noticiando uma discreta forma de diálogo. Apesar de profundamente cético acerca do progresso, o modelo de Holmes permite um papel para a inteligência melhorativa emergente em revisar hábitos vestigiais e superar paradigmas estabelecidos.

Transformação é um tema chave para o qual eu tenho feito alusão ao longo deste trabalho. Transformação é o elemento na experiência humana para o qual tanto Holmes quanto Durkheim olharam em seus estudos do direito. É o atributo da experiência humana que, para a completa análise dos conceitos e da língua, apesar de rigoroso, permanece obscuro. É um aspecto da filosofia e da teoria social que continua a influenciar tradições do Pragmatismo e da sociologia do conhecimento, mesmo quando ambas a fizeram em um enfoque essencial a seus próprios auto-conhecimentos; isto é, as duas tradições viram suas próprias tradições condutoras reflexivamente, viram a si como objetos para a experiência transformativa.

Referências

- AUSTIN, John. *Lectures in Jurisprudence*. London: John Murray, 1861.
- BARNES, Barry; BLOOR, David; HENRY, John. *Scientific Knowledge: A Sociological Analysis*. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- COTTERRELL, Roger. *Emile Durkheim: Justice, Morality and Politics*. Farnham: Ashgate, 2010a.
- _____. *Golden Ages: Notes on the Future of Sociology of Law, With Some Comments on its Past, on Poland, and on Jazz*, 2010b. In: Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1715564
- DURKHEIM, Emile. *The Division of Labor in Society*. New York & London: The Free Press, 1933.
- _____; Marcel Mauss. *Primitive Classification*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.
- EDMOND, Gary; MERCER, David. *Representing the Sociology of Scientific Knowledge and Law*. In: Science Communication, vol. 19 no. 4, 1998. p. 307-327.
- FREEMAN, Michael. *Law and Sociology: Current Legal Issues*, v. 8. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HERGET, James E. *American Jurisprudence 1870-1970*. Houston: Rice University Press, 1990.

HOLMES, Oliver Wendell. Codes, and the Arrangement of the Law, 1870. In: KELLOGG, Frederic R. 1984. *The Formative Essays of Justice Holmes: the Making of an American Legal Philosophy*. Westport & London: Greenwood Press, 1984. p. 77.

———. *Book Notice*, 1872. Reimpresso em in Kellogg (1984), p. 91.

———. *The Theory of Torts*, 1873. Reimpresso em in Kellogg (1984), p. 117.

———. *The Common Law*, 1881. Boston, Little Brown & Co.

———. *Law in Science and Science in Law*. Collected Papers at 212. Harcourt, Brace and Company, 1899.

———. *Primitive Notions in Modern Law*. No. I. 1876. In: American Law Review 10: p. 422-39. Reimpresso em in Kellogg, 1984. p. 77.

———. *Primitive Notions in Modern Law*. No. II. 1877. American Law Review 11: p. 641. Reimpresso em in Kellogg, 1984. p. 147.

———. *The Path of the Law*. in Collected Legal Papers. New York: Harcourt, Brace, 1896. p. 179.

———. *Law in Science – Science in Law*. In: Collected Legal Papers. New York: Harcourt, Brace, 1899. p. 210.

JAMES, William. *Pragmatism*. In The Works of William James, ed. Frederick H. Burkhardt, et al. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975.

KELLOGG, Frederic R. *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*. Westport, CT & London: Greenwood Press, 1984.

———. *Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

———. *The Construction of Legal Positivism and the Myth of Legal Indeterminacy*, 2009. Capítulo I desta obra.

———. *Law and Science as Forms of Inquiry: Toward a Comparison of Legal and Scientific Knowledge*, 2010. Capítulo XIII desta obra. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1509651

KENNEDY, Duncan. *A Semiotics of Legal Argument*, in Academy of European Law, ed., Collected Courses of the Academy of European Law, vol. III, Book 2, 309. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1994.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1962.

KUKLICK, Bruce. *The Rise of American Philosophy*. New Haven: Yale University Press, 1977.

MANNHEIM, Karl. *Ideology and Utopia*. L. Wirth & E. Shils, trans. New York: Harcourt, Inc. 1936.

MARGOLIS, Joseph. *Pragmatism's Advantage*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

MILL, J.S. *A System of Logic*. New York: Harper & Bros, 1882.

PEIRCE, Charles S. *Collected Papers*, vol. 1. C. Hartshorne & P. Weiss, Eds. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1931.

ROULAND, Norbert. *Legal Anthropology*. London: Athlone Press, 1994.

SCHELER, Max. *Problems of a Sociology of Knowledge*. M.A. Frings, trans. London: Routledge & Kegan Paul, 1980.

STEIN, Peter. *Legal Evolution: The Story of an Idea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

STICKERS, Kenneth. Introduction. In: Max Scheler, *Problems of a Sociology of Knowledge*. M. A. Frings, transl. London: Routledge & Kegan Paul, 1980.

———. Dialogue Between Pragmatism and Constructivism in Historical Perspective. In: L. Hickman, S. Neubert & K. Reich, Eds., *John Dewey Between Pragmatism and Constructivism*. New York: Fordham University Press, 2009.

STONE, Julius. *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*. Sydney: Butterworths, 1985.

SUNSTEIN, Cass. *A Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

VALVERDE, Mariana. *Law's Dream of a Common Knowledge*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

WATSON, Alan. *The Evolution of Law*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985.

WHITE, G. Edward. *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*. In: *Virginia Law Review* v. 58, 1972. p. 999-1028.

———. *From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History*. In: *Southwestern Law Journal* v. 40, 1986. p. 819-843.

WRIGHT, Chauncey. *The Evolution of Self-Consciousness*. "North American Review v. 116, 1873. p. 245-310.

CAPÍTULO XII

A Serpente e a Rotunda: particularismo ético e os padrões da indução normativa

Introdução

Usando dois exemplos de escolha ética, a cobra nos pés de Philippa e a rotunda de tráfego, este artigo oferece um relato de indução normativa que caracteriza o particularismo e o generalismo como estágios da investigação normativa, ao invés de relatos rivais de conhecimento moral e motivação. O particularismo ético sustenta que o avaliador não pode ser “retirado” em forma proposicional, e que é descritivamente “sem forma”. Com base em exemplos do direito, este artigo afirma que, embora a questão normativa individual possa ser encarada em um contexto particularista disforme aparentemente ilimitado, a normatividade é impulsionada pela repetição de situações semelhantes em relação às práticas compartilhadas e predicação descritiva. Ao invés de retenção de *status* epistêmico por razões derrotadas, o artigo ilustra a segregação de propriedades relevantes e das correspondentes razões, transformação do ambiente de razões e uma ontologia normativa pluralista.

Se esta caracterização da Margaret Little do particularismo moral está correta, e se a afirmação é verdade, porém, então, o conhecimento moral é comunicável? Como isto é sequer possível?

O conhecimento moral é comunicado em proposições gerais. Estas são derivadas da experiência particular. Este artigo caracteriza o particularismo e o generalismo como estágios da investigação normativa, em vez de considerações rivais do conhecimento e motivação moral. O debate generalismo-particularismo falha em reconhecer uma diferença crucial entre escolha moral individual em situações únicas (é perigoso pegar a serpente, mas pode ser mais perigoso não pegar esta), e aquelas em situações problemáticas comuns (entrar em uma rotunda), onde práticas emergentes dirigem a generalização, ambas às quais são imperativas para a ordem social.

260

O argumento é desenvolvido de uma análise de “holismo de razões”, um princípio central do particularismo. Afirmando a partir de exemplos no direito que enquanto o holismo de razões pode sempre ser encontrado nos casos individuais únicos, pode se mostrar temporário em casos de problemas públicos, onde por razões de necessidade precisa ser *afastado* pelo surgimento de práticas gerais e as regras que as incorporam. Afirmando que isto lança luzes sobre como a “relação bem-feita” é “sacada”, encontrando consistência indutivamente através da experiência, ao invés de dedutivamente de princípios.

Particularismo e holismo de razões

O particularismo ético é a visão, em oposição ao generalismo moral, em que a avaliação não pode ser “sacada” em forma proposicional (Little, 2000: 283), isto é “disforme” em relação ao descritivo (279), e que não há padrão descritivo unificando

as classes de ações jurídicas (Jackson, Pettit e Smith, 2000: 99). O particularismo moral robusto enfatiza a multiplicidade e variedade de razões para uma decisão ética particular, razões que podem mudar a polaridade de caso a caso. É uma reação contra uma forma de generalismo que alega que um conjunto limitado de razões pode ditar o mesmo resultado (Dancy, 1993: 57).

O particularismo enfatiza o “holismo de razões”, ou a “sensitividade do contexto” de propriedades fáticas ou não-morais relevantes. De acordo com o holismo de razões, a lista de tais propriedades é longa, e uma consideração de que uma razão em um contexto similarmente pode não ser a mesma razão em outro, devido a diferenças na presença ou ausência de condições de falha e de possibilidade. O holismo de razões é afirmado como um traço essencial de toda escolha ética.

Por comparação, como uma posição generalista clássica, a doutrina da universalidade de R. M. Hare sustenta eu quando uma ação particular é julgada moralmente errada, isto ocorre em relação a um conjunto distinto de propriedades. A consistência demanda que qualquer ação que compartilha estas propriedades é também errada:

Universalidade pode ser explicada de vários modos equivalentes; trata-se disso, se fazemos diferentes julgamentos morais sobre situações que admitimos serem idênticas em suas propriedades descritas universalmente, nos contradizemos. (Hare, 1981: 21)

O particularismo ético tem consistentemente defendido, em numerosos fundamentos, que a generalista “lista de propriedades relevantes” necessária a suportar a universalização não pode coerentemente ser limitada.

Generalistas como W. D. Ross reconhecem o problema de exceções a todo universal: nenhum gênero pode adequadamente

abarcam todos os possíveis casos futuros. O particularismo tem maior dificuldade com a visão mais moderada de Ross, de que gêneros éticos oferecem apenas suporte *prima facie* para decisões morais. Jonathan Dancy respondeu que essa posição *pro tanto* (ou “pela maior parte”) falha ao explicar as razões derrotadas em conflitos morais, e pela “racionalidade do arrependimento” que reconhece o *status* epistêmico não reduzido do “*deve* derrotado” (Dancy, 1993: 111).

Um exemplo inicial da dimensão holística de razões foi o exemplo da serpente de Philippa Foot: ela observou em 1983 que é perigoso pegar uma serpente, mas pode ser mais perigoso não pegar esta em particular. Dancy comenta, “a periculosidade de ‘não pegar esta’ não é reduzida pela periculosidade de pegar”, e afirma que esta demonstração da “valência variável de propriedades fáticas” mostra que a razão oposta “retém sua força total” (Dancy, 1993: 111, citando Foot, 1983).

Contudo, considere o exemplo de Foot no contexto do circo de encantadores de serpentes, que regularmente coletam serpentes venenosas para treinamento e alimentação. A princípio, é igualmente perigoso pegar uma, ou não pegar; mas através da experiência repetida uma prática é estabelecida na qual a paridade de valências opostas é *retirada*. A prática desenvolve quando a situação é repetida suficientemente para se tornar um problema comum. Artistas de circos de serpentes adotarão, da experiência, regras estritas que governam quando e como serpentes devem ser pegadas. O perigo equivalente de pegar, ou não, é removido pela prática. Não é mais o caso, então, que (nas palavras de Dancy) “o derrotado não-comparativo *deve* pode remanescer verdade” (1993: 111). O exemplo sugere outras ocasiões nas quais razões descartadas não retêm sua força total na derrota. Note, no

entanto, que neste caso o descarte de razões toma lugar dentro de uma comunidade específica.

Deste modo, considero o caso de entrar em uma rotunda — mas antes de qualquer regra considerando normas de direção. As regras de trânsito procederam de uma comunidade *inteira* de um modo comparável à prática dos encantadores de serpente: da necessidade orientada pela experiência, por práticas emergentes de experiências de danos potenciais. Em um mundo particularista inicial, não havia regras consolidadas para quando e como motoristas entram primeiro no que pode ter sido a primeira rotunda inglesa. Este é um mundo que era (como um fenomenólogo poderia dizer) “pré-predicativo” com relação aos círculos de tráfego. Devo caracterizar o holismo de razões aqui como uma condição inicial.

A lista de propriedades relevantes governando a conduta normativa pode ser apresentada inicialmente longa, demonstrável por um acidente em uma rotunda original hipotética necessitando investigação sobre o resultado justo, bom ou certo. Imagine a si mesmo como o advogado representando a senhorita Quickly, que foi atingida por um caminhão quando ela alegremente entrou abruptamente em uma rotunda original. Dano e prejuízo foram os resultados, e um julgamento precisa agora ser feito para uma responsabilização justa. Como não havia regra de trânsito, sua cliente processou o proprietário do caminhão, arguindo que o motorista do caminhão deveria ter tomado a ação apropriada para evitá-la. O motorista do caminhão apresentou ação contraposta, afirmando que ela se lançou irresponsavelmente em seu caminho. Mas ausentes quaisquer regras de trânsito regulando “se lançar” ou “evitar”, que não é tudo que os dois motoristas podem argumentar em relação à justiça ou retidão. Ambos, a senhorita Quickly e o motorista do caminhão, podem

estender a investigação para qualquer afirmação que teria concebivelmente um melhor resultado.

Como seu advogado você pode trazer tudo que seja favorável ao balanceamento moral de seu caso, em relação à questão de “quem deve pagar”, incluindo ela estar atrasada para igreja, seu histórico de direção sem mácula, e seu caráter irrepreensível, e igualmente o caráter do motorista do caminhão e o fato de que o caminhão estava carregando uma carga de literatura infame. O advogado representando o motorista do caminhão também tem amplos argumentos com o quais trabalhar, incluindo a importância econômica da viagem de seu cliente, efeitos em sua carreira e sustento, decerto o fato de que sua cliente é rica e ele é pobre em comparação. Além disso, o advogado opositor pode “reverter a valência” dos seus próprios argumentos em relação à senhorita Quickly, afirmando que eles pesam contra mais do que a favor do seu caso (“ela deveria saber”). De fato, é comum entre advogados se reverter a valência de argumentos opostos em casos próximos não controlados por regras consolidadas.

Entretanto, uma vez que a regra estabelecendo um direito-de-via presuntivo para qualquer veículo que *já esteja* na rotunda tenha validade, nada disso é relevante; a ação da senhorita Quickly, e a classe de todas as ações similares, é agora claramente predicável como errada, e uma decisão judicial em seu favor seria considerada injusta. De fato, as várias razões da senhorita Quickly poderia dar para justificar sua pressa ao entrar a já ocupada rotunda, assim como ela estar atrasada para igreja, são desconsideradas pela combinação de regras e práticas estabelecidas regulando outros motoristas, e suas expectativas de que ela não irá entrar em uma rotunda de uma tal maneira que demandará sua ação emergencial. O gênero ético obtém a força motivacional da prática e regra arraigadas, e sobrepõe-se às razões individuais

que ela e outros motoristas podem ainda considerar sobre suas próprias prioridades.

Observe como última referência que a predicação da pressa da senhorita Quickly entra neste último estágio como “errado” ou “mau” não é dedutivamente relacionado a uma teoria universal da bondade. Isto elucida a afirmação de Little de que “a relação do fazer-o-bem não pode ser retirada de uma proposição formal”. As propriedades morais “estreitas” do bom ou mau, certo ou errado, são reveladas aqui como propriedades resultantes, originadas independentemente das propriedades das quais resultam. Irei retornar a este ponto abaixo, onde antecipo a resposta do particularismo.

Como e por que a regra da rotunda passou a existir? Uma solução tinha que ser encontrada para evitar que as batidas na rotunda continuassem sem diminuir (Holmes, 1881: 113-23). O processo foi provavelmente um no qual motoristas cautelosos tenderam a esperar antes de entrar em proliferantes rotundas, gradualmente estabelecendo uma prática. Enquanto isso, devem ter havido disputas a serem resolvidas, nas quais argumentos em relação a litigantes específicos e suas ações, propósitos, riqueza relativa, etc. eram crescentemente ignorados ou rejeitados, até que eventualmente autoridades jurídicas adotaram uma regra baseada na prática preferida.

Nos casos jurídicos novos ou antigos, assim como no ato individual contemplado, há fatores agravantes e mitigadores em toda parte que você olhe, de ambos os lados, e particularismo moral não aceita regras restritivas de evidência relevante. As várias propriedades disponíveis como razões e postas como argumentos são estreitadas pela emergência de práticas cautelares, e o processo de indução normativa os compara em um gradual, ao invés de imediato, processo, buscando o ingrediente essencial

de Hume da similaridade. Hume escreveu “quando encontramos uma semelhança entre vários objetos, isto frequentemente nos ocorre, aplicamos o mesmo nome a todos eles, qualquer que sejam as diferenças que possamos observar nos graus de sua quantidade e qualidade, e qualquer que sejam outras diferenças que possam aparecer entre eles.” (Hume, 1896: 16). O generalismo normativo, podemos então observar, é um produto do estabelecer um compromisso com as expectativas (“*nome-ável*”) finitas e predicáveis.

Isto não nega o valor ilustrativo dos dilemas particularistas. O famoso problema do trolley demonstrou a valência variável de estados intencionais individuais. Um dilema real comparável ocorreu com o processo de 1999 do médico Jack Kevorkian, condenado por homicídio em segundo grau por providenciar um dispositivo a um paciente que apertou um botão que liberou substâncias químicas fatais. Kevorkian colocou ele mesmo na posição do trolley da escolha mágica dentre destinos individuais alternativos. Seu caso foi inicialmente único, mas o problema demonstrou similaridade prática repetida suficiente para comparação e predicação indutiva, tal que propriedades relevantes foram sujeitas ao processo de investigação indutiva.

266

Conhecimento moral

Tendo ilustrado o que tenho chamado de *retirada* de razões, que resposta daria o particularismo a esta consideração? Jonathan Dancy insiste que razões derrotadas sempre retêm seu status epistemológico, e enfatiza ao invés como a “importância” de certas razões guiam decisões morais. Ele escreve, “razões derrotadas são o resultado normal de conflitos morais, onde nos deparamos com razões de alguma força em ambos os lados de uma

questão disputada, e então a questão se torna saber qual sentido pode ser criado a partir do conflito moral pelo tipo de teoria de razões morais que venho começando a delinear.” (1993: 109). Aqui Dancy traça uma observação de Bernard Williams que formou sua própria crítica da teoria generalista:

Parece-me um criticismo fundamental de muitas teorias éticas que suas considerações de conflitos morais e sua resolução não fazem justiça aos fatos do arrependimento e considerações relacionadas: basicamente porque elas eliminam da cena o *dever* em que não se age baseado. (Williams, 1973: 175)

Dancy então observa, “o *dever* não-comparativo derrotado pode remanescer verdadeiro... Ross tentou capturar isto em sua teoria dos deveres *prima facie*, como Williams reconhece, mas ele falhou em reter o *dever* comparativo derrotado em seu completo vigor. A ideia geral é de que o *dever* derrotado fez sua contribuição ao diminuir a retidão geral da ação que nós de fato escolhemos. Que isto não é suficiente enquanto consideração pode ser visto no exemplo excelente de Philippa Foot de pegar uma serpente” (1993: 111).

Como vou enfatizar, está ausente da visão de Dancy a pervasividade da prática ajustada, que povoa o panorama de razões que suportam sua percepção de importância. Dancy observa que “algumas das propriedades de uma situação são relevantes para a questão sobre o que alguém deve fazer, e algumas não são... Estas propriedades relevantes são *importantes*; elas ficam de fora ou são introduzidas, e devem tomar nossa atenção se estamos alertas”. Quando decisões morais são explicadas, de acordo com Dancy, importância é a medida crítica: “Quando vimos a dar uma descrição da situação, as várias importâncias (i.e. a forma da situação) fazem uma diferença em como devemos trata-la”.

O pai que diz a seu filho para não pegar as flores do jardim da porta ao lado porque isto seria furtar não deve ser visto como subsumir esta ação de um princípio geral “Furtar é errado” (ou talvez “Não furtar”), mas antes como um apontar para o caráter mais importante da situação (que as flores pertencem a outra pessoa), que neste caso dá razão suficiente para a criança não fazer isto. (1993: 113)

Importância, concludo, consiste, *inter alia*, na aceitação de padrões já existente de indução normativa. Ao encontrar uma rotunda, dominar o holismo de razões seria a regra e a prática de ceder ao tráfego já existente. O particularismo aceita os padrões da indução normativa sem reconhecer que eles tiveram a si próprios emergidos de um estágio de particularismo indeterminado. Certamente, o panorama de padrões normativos é pluralista, e mal adequado a descrições universais, corroborando a observação de Margaret Little em relação à dificuldade de “retirar a relação do fazer-o-bem”. Mas isto não implica em um particularismo essencial e dominante.

O particularismo holístico jaz em um erro de classificação, que é considerar o dilema individual como típico de toda experiência moral. O particularismo desafiou a própria noção de identicabilidade na vida normativa real, o que Dancy coloca como “a rica multiplicidade de situações vividas.” (1993: x). Em explicações convencionais do processo indutivo, similaridade entre objetos de investigação é comumente presumida. A observação de Hume, “quando encontramos uma semelhança dentre vários objetos, aplicamos o mesmo nome a todos eles, quaisquer que sejam as diferenças que possamos observar em graus de sua quantidade e qualidade, e quaisquer que sejam outras diferenças que possam aparecer entre eles”, implica em que uma parte importante do processo indutivo é a *descoberta*

de similaridade. A questão a ser considerada é se, e como, similaridade entre situações definidas normativamente tornasse conhecida e nomeada.

O problema do trolley é ilustrativo mas dificilmente representativo para demonstrar a valência de intenções. Originou-se com Foot em 1967 (como uma melhoria em duas antigas anedotas, os exploradores presos por um homem gordo na entrada da caverna, e o juiz que encara a ameaça de violência em massa da turba se o homem inocente não for executado) a fim de criticar a “doutrina do duplo efeito” católica romana”. “A doutrina do duplo efeito oferece uma saída da dificuldade, insistindo que uma coisa é se dirigir a alguém prevendo que você vai mata-lo e outra é objetivar sua morte como parte de seu plano.” (Foot, 1978: 23). Tais hipóteses, assim como os dilemas do dia-a-dia de Dancy (tendo que levar notícias ruins a sua irmã, ou devolvendo um livro a alguém que o roubou da biblioteca, 1993), pode servir para destacar aspectos do conflito moral individual, incluindo que eles não são controlados por regras ou princípios, que é o porquê d’eles parecem fundamentar o particularismo. Mas em casos de experiências sucessivas com conflitos similares, como no suicídio assistido por médicos, a resolução prática de dilemas reais tomam precedentes.

O suicídio assistido por médicos ilustra um aspecto a mais da indução normativa escondido pelo holismo de razões, e consequentemente ausente do debate generalismo-particularismo: a *transformação*, por experiências repetidas, do ambiente de razões – do caráter de razões disponíveis. Em 1999, a decisão trágica do dr. Kevorkian tomou lugar quando o risco do encarceramento era grande, porque a perseguição criminal era a única opção em um ambiente jurídico que reconhecia pouca das considerações sociais, jurídicas e médicas que acompanham o debate atual. O

artigo de 1977 de Philippa Foot, “*Euthanasia*”, tratou o assunto como um dilema indeterminado, antecipando as questões — em relação a testamentos, procedimentos médicos melhores, e proteção do paciente — que precisavam ser, e gradualmente têm sido, tratadas (Foot, 1978: 40, 48-51). Isto influenciou o curso da prática e legislação em 40 anos desde o artigo de Foot.

Regras gerais são produtos de experiência e necessidade, e de uma situação que é explorada em julgamentos repetidos. Ao focar apenas no *dever* derrotado, particularistas ignoram que novas razões são colocadas enquanto as antigas são retiradas. A distinção entre a *retirada* e a *verdade continuada* de razões derrotadas indicam uma diferença crítica em perspectiva com o particularismo. A retirada implica em sucessivas experiências dentro de uma comunidade. A perspectiva de Dancy é sincrônica e individual, enquanto que a indução normativa é diacrônica e social, tratando decisões morais como parte de um processo de investigação moral, com distintos estágios de argumentação.

Como o conhecimento moral é possível? Para funcionar precisa ser comunicado, como a ciência comunica o conhecimento natural. Este ensaio propõe que a “forma” do generalismo moral está para ser descoberta na resposta social para problemas distintos, revelando um pluralista, mas não teimosamente particularista, natureza para o panorama normativo, um com padrões e proposições pronunciados (mas não necessariamente globalmente consistentes). Se este não fosse o caso, não haveria conhecimento moral acionável e comunicável.

Referências

- DANCY, Jonathan. *Moral Reasons*. Oxford & Cambridge, Mass.: Blackwell, 1993.
- FOOT, Philippa. *Abortion and the Doctrine of Double Effect*. In: Foot, 1978.
- _____. *Virtues and Vices*. Oxford: Blackwell, 1978.
- _____. *Moral Realism and Moral Dilemma*, 1983. *Journal of Philosophy* 80, p. 379-98. Reimpresso em Gowans, 1987.
- GOWANS, C.W., *Moral Dilemmas*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- HARE, R.M. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963.
- HOLMES, OW. *The Common Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1881.
- HOOKE, Brad, & Margaret Little, *Moral Particularism*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1896.
- JACKSON, Frank, Philip Pettit & Michael Smith. *Ethical Particularism and Patterns*. In Hooker & Little, 2000.
- LITTLE, Margaret Olivia. *Moral Generalities Revisited*. In Hooker, Brad & Margaret LITTLE, ed., *Moral Particularism*, 2000.
- ROSS, W.D. *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press, 1930.
- WILLIAMS, Bernard. *Problems of the Self*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

<i>Título</i>	Pragmatismo, teoria do conhecimento e filosofia do direito
<i>Organização</i>	George Browne Rego Pedro Spindola Bezerra Alves
<i>Tradução e Revisão de Texto</i>	Pedro Spindola Bezerra Alves
<i>Capa e Projeto Gráfico</i>	Ildembergue Leite
<i>Formato</i>	15 x 22,5 cm
<i>Tipografia</i>	Filosofia
<i>Papel</i>	Offset 75 g/m ² (<i>miolo</i>) Triplex 250 g/m ² (<i>capa</i>)
<i>Tiragem</i>	200 exemplares – junho de 2019
<i>Impressão e Acabamento</i>	Oficina Gráfica da Editora UFPE

ISBN 978-85-415-1153-7



9 788541 511537