

# O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico<sup>1</sup>

Susan Haack<sup>2</sup>

Nós temos pouquíssima teoria no direito ao invés de muita.

*Oliver Wendell Holmes.*<sup>3</sup>

[P]ragmatismo [é] um mediador e reconciliador... ele abrandando nossas teorias... Suas maneiras são várias e flexíveis, seus recursos... ricos e intermináveis.

*William James.*<sup>4</sup>

## 1. O pragmatismo jurídico, velho e novo

Em 1869, James escreveu a Holmes quando se encontrava em Berlim: “[q]uando eu chegar em casa vamos formar uma sociedade filosófica para termos reuniões regulares e discutirmos nada menos do que as questões mais altas e amplas – a ser composta por nada menos do que os homens

---

1 © 2007 Susan Haack. Este artigo baseia-se em uma palestra proferida na sessão plenária do XXIII Congresso Mundial do IVR (*Internationale Vereinigung für Rechtsund Sozialphilosophie*; em português, “Associação Internacional para a Filosofia do Direito e Filosofia Social”), na Cracóvia, Polônia, em agosto de 2007. Eu procurei me valer, aqui e ali, de dois artigos anteriores (Haack 2005a, Haack 2007). Este artigo foi traduzido por Rachel Herdy, Pesquisadora Visitante na Universidade de Miami (Bolsista PDEE/CAPES).

2 *Professora Ilustre* da Área das Humanidades, *Cooper Senior Scholar* em Artes e Ciências, Professora de Filosofia e de Direito, Universidade de Miami. E-mail: shaack@law.miami.edu.

3 Holmes, 1896, p. 404

4 James, 1907, p. 43. James nota que ele toma emprestada a palavra “unstiffens” do joven pragmatista italiano Giovanni Papini.

mais altos no topo da sociedade de Boston”; e previu que “isso pode tornar-se algo muito importante depois de alguns suficientes anos”<sup>5</sup>. “Isso”, é claro, fora o Clube Metafísico, o nascedouro da tradição pragmatista clássica na filosofia; e Holmes estivera envolvido antes mesmo do início. Ele estivera presente em algumas das palestras de Peirce no Instituto Lowell em 1866<sup>6</sup>; e após o retorno de James da Europa, participou das primeiras reuniões do Clube. Muitos anos depois, recordando-se da origem do pragmatismo, Peirce escrevera: “o Sr. Ministro Holmes não consideraria mal, eu acredito, que nós estamos orgulhosos a relembrar de seu pertencimento” ao grupo<sup>7</sup>.

Depois do inverno de 1871-2, contudo, Holmes parece ter abandonado o grupo; e ele nunca oficialmente se descreveu como um pragmatista. Na verdade, quando James introduziu o seu pragmatismo ao universo filosófico, Holmes, como muitos leitores, teve dificuldade em distingui-lo da “vontade de acreditar” (“*will to believe*”) – uma idéia com a qual tinha tão pouca simpatia que, em uma carta de 1908 a Sir Frederick Pollock, desconsiderou-a como “divertidamente capciosa” (“*an amusing humbug*”)<sup>8</sup>. Mesmo assim, Holmes é tradicionalmente considerado como o fundador, e ainda o principal representante do pragmatismo jurídico – e com boas razões; pois o entendimento acerca do direito que articulou em *The Common Law* (1881), no seu mais famoso artigo, “*The Path of the Law*” (1896), e em suas opiniões como Ministro primeiramente da Suprema Corte do Estado de Massachussets e depois da Suprema Corte dos Estados Unidos é indubitavelmente pragmatista em tom e teor. Dewey publicou uma “crença” sobre a filosofia do direito, e escreveu sobre a lógica no direito, sobre a idéia jurídica de “personalidade” corporativa, e venerou o empirismo jurídico de Holmes<sup>9</sup>; James aludiu a discussões com um “juiz bem-versado” tendo em vista seu contato com decisões que deveriam ser tomadas sob evidências inadequadas<sup>10</sup>; Peirce

5 Citado em Perry, 1935, p. 508; em Fisch, 1964, p. 4; e também em Baker 1991, pp. 214-5.

6 Weiner, 1949, p. 75 *apud* Howe, 1957, p. 251. As palestras (não publicadas) de Peirce foram intituladas “A Lógica da Ciência e Indução” (“*The Logic of Science and Induction*”).

7 Peirce, in Hartshorne et al., eds., 1931-58, 5.12 (c.1906).

8 Holmes para Sir Frederick Pollock, in Howe, ed., 1941, p. 139 (17 de junho de 1908).

9 Dewey, 1941 (o “credo” na filosofia do direito); Dewey, 1924 (lógica no direito); Dewey, 1926 (personalidade corporativa); Dewey, 1921 (o empiricismo jurídico de Holmes).

10 “[C]omo um juiz bem-versado me disse certa vez, com poucos casos valem a pena dispensarmos

utilizou o procedimento jurídico adversarial como uma forma de realçar suas reflexões epistemológicas<sup>11</sup>. Mas naquele grande hotel que Giovanni Papini associou ao pragmatismo<sup>12</sup>, somente Holmes esteve a trabalhar nos assuntos mais profundos e difíceis sobre a natureza do direito e seu lugar na sociedade.

Nas últimas décadas, o pragmatismo filosófico tem sido frequentemente vulgarizado e abusado; e, ultimamente, cooptado para dar suporte a essa ou àquela abordagem neo-analítica<sup>13</sup>. Algo não dissimilar tem acontecido no pensamento jurídico: ocasionalmente, lê-se que o pragmatismo jurídico tem desfrutado de uma “renascença”<sup>14</sup>, mas quando se examina mais de perto, questiona-se *do que*, exatamente, consiste essa renascença; pois o fato triste é que, na filosofia jurídica como na tendência filosófica em geral, vulgarização e cooptação parecem estar na ordem do dia. Além disso, na sua variedade, muitas senão a maioria das recentes articulações do neo-pragmatismo jurídico manifesta uma marcada desconfiança, ou mesmo uma hostilidade com relação à teoria jurídica: o pragmatismo é “uma aversão geral à teoria”, escreveu Patrick Atiyah em 1987<sup>15</sup>; é a “liberação da culpa por não se ter uma teoria” (*theory-guilt*), Thomas Grey asseverou em 1990<sup>16</sup>; sustenta que “teorias morais, políticas e jurídicas possuem valores somente como retórica, e não como filosofia”, Richard Posner explicou em 1993<sup>17</sup>.

---

muito tempo; a grande coisa é decidi-los à base de *qualquer* princípio aceitável, e tirá-los do caminho” (James, 1896, p. 236).

11 “Algumas pessoas acreditam que o debate quente e partidário é o caminho para se investigar. Essa é a teoria do nosso sistema jurídico atroz. Mas a Lógica coloca seus calcanhares sobre essa sugestão” (Peirce, in Hartshorne et al., eds., 1931-58, 2.635 (1878).

12 “Como ... [Giovanni] Papini bem disse, o [pragmatismo] se encontra no meio de nossas teorias, assim como o corredor de um hotel. Inúmeros quartos abrem-se a partir dele. Em um deles, pode-se encontrar um homem escrevendo um volume ateístico; no próximo, alguém de joelhos rezando por fé e força; em um terceiro, um químico investigando as propriedades de um corpo; em um quinto, excogita-se a impossibilidade da metafísica. Mas todos reconhecem o corredor e precisam passar por ele caso queiram uma maneira prática para entrar ou sair de seus respectivos quartos” (James, 1907, p. 32).

13 Para uma história resumida, veja Haack, 2004.

14 Como comprovam os títulos do Simpósio, 1990 (“The Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought”) e de Morales, 2003 (*Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science*).

15 Atiyah, 1987, p. 5.

16 Grey, 1990, p. 1569.

17 Posner, 2003, p. 12. (Note-se que Posner escreve sobre o “pragmatism de todo dia”; mas desenrolar sua abordagem sobre a relação entre o pragmatismo “de todo dia” com o pragmatismo “filosófico” não é uma tarefa que eu poderia realizar aqui.

Essa associação do pragmatismo com o repúdio à teoria parece mais do que um pouco irônica, dado a insistência de Holmes de que “temos pouquíssima teoria no direito ao invés de muita” – tão irônica quanto parece ser a observação “jogada ao vento” de Richard Rorty de que o pragmatista pensa que “a verdade não é o tipo de coisa acerca da qual alguém deve esperar ter uma teoria interessante”<sup>18</sup>, dado os esforços de Peirce, James e Dewey em articular o significado da verdade<sup>19</sup>. Assim é que não deve surpreender a todos que minha abordagem, como sempre, caminha na contramão de recentes tendências intelectuais. Meu “pragmatismo jurídico neo-clássico” é um entendimento teórico acerca do direito; mas é um entendimento teórico que – em concordância completa com a idéia de James de que o pragmatismo “abranda” nossas teorias – oferece uma abordagem “variável e flexível” acerca do fenômeno jurídico. Não colocarei muita ênfase na chamada “teoria preditiva” ou “teoria do homem mau”, que alguns (de forma um tanto exagerada, em minha opinião)<sup>20</sup> atribuem a Holmes; tampouco no mais recente “movimento” do *Law and Economics*, do qual alguns (de forma muito equivocada, em minha opinião)<sup>21</sup> vêem Holmes como o pioneiro. Mas o que ofereço será sim teoria jurídica, tudo bem; só não será uma teoria jurídica rígida ou essencialista.

Conforme desenvolvo meus principais temas – a pluralidade diversa dos sistemas legais envolvidos em um congêneres de arranjos sociais que chamamos de “direito”; a evolução e adaptação de sistemas pré-legais, legais, sub- e pós-legais; o crescimento do significado de conceitos jurídicos; o papel da lógica no direito; e as complexas interrelações entre direito, moralidade e sociedade –, começarei com algumas idéias-chave de Holmes, e pretendo valer-me livremente das idéias de Peirce, James e Dewey. Meu objetivo, entretanto, não é primariamente exegetico, mas filosófico; e enquanto o entendimento acerca do direito a ser esboçado

---

18 Rorty, 1982, p. xiii.

19 Veja e.g., Peirce, 1878; James, 1907, pp. 95-113; Dewey, 1911.

20 Eu leio as referências de Holmes ao “Homem Mau”, e ao “direito como predição” sobre o que os juízes decidiriam, como primeiramente e acima de tudo um artifício heurístico para persuadir os leitores da distinção entre direito e moralidade. Veja Haack, 2005a, pp. 86-7, bem como a seção 5 abaixo.

21 Holmes certamente acredita que um entendimento da economia e de outras ciências sociais é importante para o direito; mas não há qualquer sugestão em seu trabalho da relação mais imperialista, ambiciosa entre direito e economia atualmente em voga. Veja Haack, 2005a, pp. 83-4, e a seção 5 abaixo.

aqui será no espírito do pragmatismo clássico, minha preocupação principal não é que a teoria seja pragmatista, mas verdadeira.

## 2. O universo pluralista do direito

Em “The Path of the Law”, Holmes critica Sir James Stephen por “se esforçar em obter uma quintessência inútil para todos os sistemas [jurídicos], ao invés de uma análise acurada de um”<sup>22</sup>. Muitos anos depois, em sua célebre opinião dissidente em *Southern Pacific v. Jensen* (1917), ele observa que “o *common law* não é uma onipresença em vigília no céu”<sup>23</sup>, mas é sempre o direito de algum estado. Mas Holmes também escreve sobre todo o congênere de sistemas jurídicos, passados e presentes, como uma tapeçaria rica e complexa, ainda sendo bordada nos legislativos e nas cortes:

Quando eu penso... sobre o direito, vejo uma princesa poderosa que trabalhou com esmero em Bayeux, eternamente tecendo em sua trama figuras obscuras do eterno passado – figuras muito obscuras para que pudessem ser percebidas por aquele que estava à toa, muito simbólicas para que pudessem ser interpretadas exceto por seus pupilos, mas que para os olhares atentos revelam cada passo árduo e cada disputa que fez estremecer o mundo e por meio da qual a humanidade trabalhara e lutara para encontrar o caminho do isolamento selvagem à vida social orgânica<sup>24</sup>.

Todo sistema jurídico é relativo a um lugar e a um tempo; mas o conjunto todo, todo o vasto conglomerado de sistemas do direito – dos precursores dos sistemas jurídicos modernos até os desenvolvimentos futuros perceptíveis somente de forma ainda vaga – representa uma longa luta, ainda em andamento, para suplantar a força bruta e arbitrária por formas pacíficas e inteligentes de solucionar disputas que inevitavelmente emergem em qualquer comunidade humana.

Esse retrato nos traz irresistivelmente à mente o título quase-mas-não-tanto oximorônico de James, “*A Pluralistic Universe*”<sup>25</sup>. James referia-

---

22 Holmes, 1896, p. 403.

23 *Southern Pacific v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917), 222 (Holmes, J., voto dissidente).

24 Holmes, 1885, p. 63.

25 James, 1909.

se à metafísica “mosaica” de seu empiricismo radical<sup>26</sup>; mas a sua frase é nada menos adequada como um lembrete da riqueza e variabilidade dos sistemas jurídicos do mundo, passados e presentes, de suas interrelações complicadas e de suas raízes em atributos comuns da natureza humana e da sociedade<sup>27</sup>.

De uma perspectiva global, a pluralidade é óbvia. Mas mesmo que consideremos somente uma nação, os EUA, nós vemos que seu universo jurídico é distintivamente pluralista. As leis dos estados norte-americanos diferem umas das outras em uma miríade de formas, sutil e não tão sutilmente. Alguns estados, por exemplo, impõem a pena de morte, enquanto outros não – e dentre aqueles que a impõem, alguns requerem que o júri determine, na fase executória, se o réu será perigoso no futuro, alguns a permitem, e o restante sequer considera o possível futuro comportamento do réu como relevante<sup>28</sup>; alguns estados seguem a velha regra *Frye* para a admissibilidade do testemunho científico<sup>29</sup>, enquanto outros adotaram a regra em *Daubert*<sup>30</sup>, e outros ainda não seguem qualquer uma delas, mas comportam-se da maneira como querem<sup>31</sup>; etc., etc.. O direito federal tem seu próprio alcance, sua própria substância, sua própria estrutura elaborada; e a Corte Suprema dos Estados Unidos recebe apelações não-somente de cortes federais de apelação, mas também de cortes estatais. As reservas indígenas constituem oficialmente nações soberanas

26 James, 1912. Eu acredito que há uma interpretação (não, contudo, exatamente a de James) na qual a tese metafísica de James é verdadeira. A maneira como a colocaria seria assim: há um mundo real, mas esse único mundo real possui muitos aspectos. Veja Haack 2002; Haack 2003, capítulo 5; Haack 2005c.

27 “Pluralismo jurídico”, no contexto deste artigo, deve ser entendido como referindo-se a uma tese descritiva, e não normativa; minha preocupação não é, por exemplo, em advogar a favor (ou contra) o reconhecimento sob a lei inglesa de casamentos poligâmicos de imigrantes de Bangladesh. Ultimamente, contudo, a frase é muito frequentemente usada normativamente, como em e.g., Shah, 2005.

28 Estados que requerem testemunhos sobre periculosidade futura incluem Texas (Tex. Stat. Ann. Art. 37.071) e Oregon (Ore. Rev. Stat. Ann. 163.150). Estados que permitem tal testemunho incluem Wyoming (Wyo. Crim. Code 6-2-102) e (como uma dentre uma disjunção de fatores agravantes) Virginia (Va. 19.2-264.4). Estados que se silenciaram sobre a matéria incluem Georgia (Ga. Code. Ann. 17-10-30), Delaware (Del. Code. Ann. 921-141), e Novo México (NM Stat. Ann. 31-20A-5).

29 *Frye v. United States*, 54 App.D.C. 46, 393 F1013, 1923 (sugere como teste para a admissibilidade da evidência científica novel que o princípio ou a descoberta sob a qual se baseia deve ser “suficientemente estabelecida para ser geralmente aceita no campo ao qual pertence”).

30 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579, 1993 (decidiu que as Normas Federal de Evidência adotadas em 1975, especificamente a Regra 702, eram superveniente ao *Frye*, e que o teste para a admissibilidade de testemunho científico experto é a sua relevância e fidedignidade).

31 Veja Lustre, 2001; e, para uma abordagem resumida da posição em cada um dos estados norte-americanos, Karin Horwall Cather, 2007.

nos Estados Unidos, com seus próprios procuradores, cortes, etc.; mas o poder de sentenciar dessas cortes é muito limitado, e esses procuradores não podem processar não-indígenas, nem mesmo não-indígenas que vivem na reserva<sup>32</sup>. Os livros explicam as complicadas meta-regras para a determinação da jurisdição; mas as questões jurisdicionais são em si comumente objetos de manobra jurídica – tão frequentemente, na verdade, que comentadores às vezes reclamam daquilo que percebem como um crescimento alarmante do “*forum shopping*” (o foco das reivindicações frequentemente sendo, mas não sempre<sup>33</sup>, os esforços dos advogados dos reclamantes em ter os casos julgados em jurisdições favoráveis à admissão de seus testemunhos periciais)<sup>34</sup>.

Outros comentadores, apreensivos quando as cortes dos Estados Unidos apelam a precedentes de sistemas jurídicos estrangeiros, expressam preocupação com aquilo que uma manchete recente caracterizou como “turismo judicial”<sup>35</sup>. Isso nos lembra – não que precisemos de lembrança – de que o direito norte-americano faz parte de um universo pluralista muito maior de sistemas jurídicos do mundo. Alguns desses sistemas jurídicos crescem a partir de outros ou suplantam outros, alguns criam um

---

32 Fields, 2007a. A autoridade das tribos indígenas para procesar ofensas sérias como assassinato, carnificina, estupro, assalto com intenção de matar, incêndio criminoso, roubo e furto foram retiradas sob o *Major Crimes Act* de 1885; tais ofensas hoje só podem ser processadas pelo governo federal (Fields, 2007b). Sobre processos cíveis que envolvem tribos indígenas, veja Fields, 2007c).

33 O recente borburinho jurídico sobre a propriedade de Anna Nicole Smith seria um exemplo. Veja Cass, 2007 e LaGarga et al., 2007 (onde reportam-se assuntos jurídicos sobre os quais a Corte possui autoridade para decidir a custódia do filho sobrevivente de Smith, e onde a Corte legítima possui jurisdição sobre a propriedade de Smith).

34 Veja e.g. Gottesman, 1998, p. 777 (predizendo que, depois de *Daubert* (nota 30 acima) e *Joiner* (*General Electric Company v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997)) “os demandantes tentarão assiduamente o *forumshopping* de forma a manter seus casos fora da corte federal, ao menos naqueles estados cujas cortes estaduais não apliquem uma triagem de fidedignidade similar” e “[m]esmo quando o caso encontra-se inevitavelmente destinado a uma corte federal, podemos esperar um mais alto grau de *forum shopping*”); e, mais geralmente, Berger, 2001.

35 Glendon, 2006. O artigo refere-se a *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), um caso em que, por cinco a quatro votos, a Suprema Corte retirou a pena de morte quando aplicada a pessoas abaixo de dezoito anos de idade; e no qual o Ministro Kennedy escreveu para a maioria que “em peso esmagador a opinião internacional [é] contra a pena de morte para jovens”. *Roper* também promoveu uma série de artigos na *Harvard Law Review*: Jackson, 2005-6; Waldron, 2005-6; Young, 2005-6. Outros exemplos significativos incluem a decisão da Corte Suprema em *Miranda v. State of Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 486 (“O procedimento inglês desde 1921 sob as Regras dos Juizes é significativo” em sugerir que “o perigo ao cumprimento do direito em interrogatórios restritos parece maior do que é”), e a revogação do Juiz Pollock’s, em *U.S. v. Llera-Plaza*, 188 F.Supp. 2d 549 (Mar. 13, 2002), 566, de sua anterior exclusão parcial do testemunho de examinadores de digitais (citando uma decisão inglesa então recente, *Regina v. Buckley*, 143 SJ LB 159 (Apr. 30, 1999)).

sistema dentro de outro, justapõem-se a outros, interagem ou entram em conflito. O direito dos Estados Unidos é parente próximo de outros sistemas do *common law*. É mais de longe relacionado aos sistemas do *civil law*, com os quais, todavia, há muito tempo compartilhou raízes – e com alguns dos quais, o seu primo próximo, o direito inglês (sentado lado a lado do distintivo direito escocês), agora se encontra, juntamente com os sistemas jurídicos francês, alemão, polonês, etc., etc., compartilhando do grande guarda-chuva do direito da Comunidade Européia. O direito norte-americano é mais distante ainda dos muitos e variáveis, mais exóticos sistemas jurídicos – com os quais, entretanto, interage de diversas maneiras: a ajuda para inventar uma nova constituição iraquiana sob as quais algumas disputas familiares possam ser dirimidas pela lei da Sharia é um exemplo notável, mas uma lista completa seria grande demais, e muito variada.

E isso é somente parte de um universo pluralista ainda mais vasto, pois ainda nem mencionei o direito internacional: acordos para o controle de armamentos; acordos comerciais como o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA); organizações como a Organização Mundial do Comércio (OMC) ou a Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO); acordos ambientais multilaterais como o Acordo para a Conservação de Cetáceos<sup>36</sup> Pequenos dos Mares Báltico e do Norte (ASCOBANS); os tribunais internacionais que julgaram alemães e japoneses acusados de crimes de guerra, os tribunais mais recentes que julgaram pessoas acusadas de crimes de guerra na ex-Iugoslávia e em Ruanda, e agora o Tribunal Penal Internacional (TPI); e assim por diante<sup>37</sup>.

As interações entre o direito nacional e internacional são multifárias: por exemplo, o direito da aviação civil dos Estados Unidos simplesmente incorpora os “standards” e as “práticas recomendadas” da ICAO<sup>38</sup>; os dois nacionais da Líbia acusados de colocar uma bomba no voo 103 da PanAm foram rendidos pelas autoridades libanesas após sanções impostas pelas Nações Unidas, e posteriormente julgados por uma corte escocesa

---

36 A palavra “cetáceos” refere-se a baleias, golfinhos, botos, etc.

37 Minha lista segue, de forma não tão aleatória, os exemplos do capítulo 6 de Scott e Stephan, 2006, e do capítulo 5 de Murphy, 2006. Evans, ed., 2003 inclui uma lista densa com seis páginas escritas (pp. xxxiii-xxxviii) com abreviações para vários acordos internacionais, organizações, etc.

38 Murphy, 2006, pp. 163-5.

sediada nos Países Baixos<sup>39</sup>. E às vezes essas interações são em si objeto de disputa jurídica: em 2008, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que a decisão da Corte Internacional de Justiça<sup>40</sup> em *Avena*<sup>41</sup>, no sentido de que os Estados Unidos haviam violado a Convenção de Viena por não ter informado cinquenta e um nacionais do México acerca de seus direitos sob a Convenção, não constituía direito doméstico diretamente executável. Ainda, a Suprema Corte estabeleceu que o Memorando do Presidente Bush, afirmando que os Estados Unidos fariam com que as cortes estaduais atribuissem efeito ao caso *Avena*, não requeria que os estados revisassem as pretensões desses mexicanos independentemente de suas próprias normas procedimentais<sup>42</sup>.

Mas o que, você deve estar pensando, ao lado de suas muitas interações, une essa pluralidade diversa de sistemas jurídicos? A resposta fácil é que, apesar de toda a sua diversidade, são sistemas de *direito*; mas isso é *muito* fácil, o que imediatamente suscita uma questão ainda mais difícil: o que faz com que um conjunto de normas sociais venha a se tornar se um sistema jurídico; o que distingue as leis, digamos, de normas de etiqueta? A meu ver, trata-se de uma questão que pode ser melhor abordada no espírito da observação de Holmes, em uma opinião em um caso que envolvia a altura de muros vizinhos, no sentido de que “a maior parte das diferenças, quando sutilmente analisadas”, são realmente diferenças de grau<sup>43</sup>.

O comentário de Holmes está no espírito do princípio regulativo que Peirce chamou de “sinequismo”<sup>44</sup>: uma preferência em princípio por hipóteses que postulam continuidades sobre aquelas que postulam distinções aguçadas. Peirce tinha em mente primariamente hipóteses metafísicas; mas o sinequismo não é menos útil como uma forma de aproximação

---

39 Murphy, 2006, p. 168; citando *Her Majesty's Advocate v. Megrahi*, No. 1475/99, slip. op. (High Court Judiciary em Camp Zeist, Jan. 31, 2001), re-publicado in 40 I.L.M. 582 (2001). Um dos libaneses fora condenado, o outro absolvido.

40 O braço judicial das Nações Unidas, que lida com conflitos jurídicos entre os Estados.

41 *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mex. v. U.S.)*, 2004 I.C.J.12.

42 *Medellin v. Texas*, 128 S.Ct. 1346 (2008).

43 *Rideout v. Knox*, 148 Mass. 368, 19 N.E. (1889), 372. A opinião de Holmes encontra-se re-publicada in Shriver, ed., 1940, pp. 162-6.

44 Peirce, 1892, 1893. Veja também Haack, 2005b.

do nosso problema na teoria jurídica. Ao invés de tentar identificar “a natureza essencial do direito”, o princípio do sinequismo sugere que nós faríamos melhor em tentar articular de que maneira aqueles sistemas normativos que não hesitaríamos em classificar como sistemas jurídicos são conforme aqueles que estamos mais inclinados a descrever – buscando nossas aspas assustadas (“*scare quotes*”) – como sistemas de “direito”; e de que maneira são diferentes<sup>45</sup>. Assim como Karl Llewellyn, ao escrever que “não tentará uma definição do direito”, eu vejo “um foco, um cerne, um centro – com fronteiras ilimitadas para o exterior”<sup>46</sup>.

Certamente, o tipo de articulação que tenho em mente não seria tarefa fácil; mas eu acho que o que poderíamos encontrar é que, ao lado de casos centrais claros que facilmente caracterizaríamos como sistemas jurídicos, haveria um campo amplo e bem variável de fenômenos de penumbra que não nos sentimos seguros, em certo grau, para classificar; e mais ainda, que os motivos para nossa hesitação podem ser diferentes a depender do caso. Aqui está uma lista preliminar, um esboço: de casos centrais de sistemas jurídicos, de sistemas que alguém se sentiria tentado a classificar como quasi-, apenas- ou “jurídico” (com aspas assustadas), e de fenômenos que claramente parecem ficar fora da categoria do direito:

- o direito nacional/estatal, a extensão básica de “sistema legal”;
- o direito internacional (embora, onde falhem os mecanismos de coerção ou onde esses são informais, alguns possam sentir a necessidade de buscar as aspas assustadas)<sup>47</sup>;
- sistemas “pré-legais”, e.g., códigos tribais onde o direito não é claramente distinguível do tabu e do costume social;

---

45 O efeito das “aspas assustadas” é transformar uma expressão que significa “X” em uma expressão que significa “o ‘assim chamado’ X”, i.e., “o pretendido, suposto X”. O *locus classicus* sobre esse assunto é o capítulo 1 de Stove, 1982; veja também Haack 2005c.

46 Llewellyn, 1930, p. 432.

47 O professor Murphy escreve que “aqueles novos na área” às vezes questionam se o direito internacional é realmente direito, ou somente “direito” – nenhum sutilmente percebendo que a preocupação é ingênua. Contudo, quando, apenas algumas páginas depois, ele escreve que “um estado contratante que não possa cumprir suas obrigações [sob o artigo 8 do Protocolo de Montreal] é encorajado a reportar-se a um comitê de implementação do protocolo... O comitê então trabalha com o estado inadimplente para alcançar o cumprimento...”, ele então revela que o pensamento pode não ser tão ingênuo no final das contas. Murphy, pp. 208, 153, 162. Os professores Scott e Stephen reconhecem mais abertamente que a coerção do direito internacional varia do formal para o muito informal: “A Corte Européia de Justiça... de forma clara executa coerções formais do direito da Comunidade. No extremo oposto, o chamado Pacto de Molotov-Ribbentrop de 1939... repousa inteiramente sob os recursos das partes para fazer valer o seu cumprimento”. Scott e Stephen, 2006, pp. 110-111 (citações omitidas).

- sistemas “sub-legais”, e.g., sistemas de arbitragem ou de “solução alternativa de disputas”, que operam à sombra do sistema legal<sup>48</sup> para solucionar disputas e ao mesmo tempo evitar as custas e a demora dos procedimentos jurídicos regulares<sup>49</sup>;
- “ordens jurídicas ilegais”, como o “direito” nas favelas<sup>50</sup> e sistemas de “direito” impostos pelas autoridades que tomaram o poder de forma ilegítima, cujo regime impõe a lei é ilegítimo em si mesmo<sup>51</sup>;
- regras escolares, regras de etiqueta, códigos morais, regras editoriais, que não são, até mesmo em sentido extensivo, sistemas jurídicos.

Tosca como é essa lista – e como se apresenta, é certamente bem tosca –, ela é suficiente sugerir que o conceito de direito pode ser um tipo de conceito-acoplador (*cluster-concept*) que envolve muitos elementos, inclusive, pelo menos, a fonte das normas, sua função, seu conteúdo e os mecanismos de coerção. (A preferência de Holmes pela frase mais vaga e ampla, “a força pública”, ao invés de a frase de Austin, “a vontade do soberano”, pode ser útil aqui<sup>52</sup>.) Sentimo-nos confortáveis em falar de “direito” ou “sistema jurídico” quando todos os elementos estão presentes; menos confortáveis, em graus variáveis, quando alguns estão presentes enquanto outros não.

Como H. L. A. Hart escreveu quase meio século atrás, “nada suficientemente preciso para ser reconhecido como uma definição pode proporcionar uma resposta satisfatória” para a questão “O que é o direito?”. Como os pensamentos precedentes sugerem, uma razão importante para isso pode ser que o conceito de direito adquiriu seu caráter complexo em parte por causa das maneiras como, no curso da história humana, os sistemas normativas que podemos chamar de pré-jurídico, jurídico e pós- ou sub-jurídico têm evoluído<sup>53</sup>.

---

48 A frase vem de Damaska, 1978; veja também Galanter 1981.

49 Esses em si variam, todavia, do bastante formalizado para o muito informal. Para um exemplo do último, veja Shishkin, 2007.

50 Santos 1995, pp. 158-249. Santos parece encarar tais “ordens jurídicas” de alguma forma análoga ao direito tribal; alguns conhecidos brasileiros, contudo, me dizem que são os traficantes de drogas, e mais recentemente as milícias (grupos paramilitares formados por agentes e ex-agentes do sistema de segurança pública), que efetivamente controlam tais favelas, e que enforçam tais normas.

51 De forma interessante, minha hesitação em incluir esses sistemas jurídicos parece diminuir se o regime tem estado no poder por tempo suficiente.

52 Holmes, 1896, p. 399.

53 A citação é de Hart, 1961, p. 16. Aqui não é o local para uma exploração detalhada das similaridades

### 3. Teoria jurídica evolucionária

“O desenvolvimento do nosso direito tem acontecido por quase mil anos”, escreveu Holmes, “como o desenvolvimento de uma planta, cada geração tomando o inevitável próximo passo, ... simplesmente obedecendo a uma lei de crescimento espontâneo”<sup>54</sup>. Os velhos pragmatistas foram dentre os primeiros filósofos a levar a sério o trabalho de Darwin; e Holmes não fora exceção.

Certamente, sistemas jurídicos não são organismos biológicos ou espécies, mas fenômenos culturais. E talvez, quando Holmes fala da evolução de nosso sistema jurídico, isso nada mais é do que uma metáfora, uma forma pitoresca de dizer que o direito constantemente se altera e se adapta, respondendo “espontaneamente” a circunstâncias em mudança constante. Mas também é possível construir a idéia de evolução dos sistemas jurídicos de uma maneira mais robusta, como parte de um entendimento acerca da evolução do fenômeno cultural em geral. É característico dos seres humanos<sup>55</sup> fabricar ferramentas para fazer coisas que querem fazer, legar novas formas de fazer as coisas, criar instituições sociais, papéis e regras e transmitir tudo isso aos demais; e tais práticas culturais, embora formadas em parte por nossa dotação genética humana, são também formadas em parte pelo processo de seleção natural que opera sobre os fenômenos culturais em si (e pode, por seu turno, afetar quais traços genéticos são passados adiante)<sup>56</sup>.

Mesmo que entendida de modo mínimo, metafórico, a idéia do direito como evoluindo sugere formas úteis para se pensar os desenvolvimentos jurídicos. Eventualmente, os sistemas jurídicos evoluem rápido o suficiente para que alterações significativas possam ser traçadas em um período relativamente curto. Nos tempos de hoje, a evolução rápida do direito europeu é um exemplo óbvio. Na história relativamente recente, a evolução do direito indiano e paquistanês desde 1947 pode ser outro:

---

e diferenças, mas vale notar que a abordagem de Hart é em grande parte analítica e a-histórica, enquanto a minha é talvez melhor descrita como sintética, e certamente como histórica.

54 Holmes, 1896, p. 398.

55 Embora não bem exclusivamente dos seres humanos. Veja, e.g., Wilson, 1998; Begley, 2001, Haack, 2003, pp. 154-7.

56 Refiro-me aqui ao trabalho de Robert Boyd e Peter J. Richerson: veja Boyd e Richerson, 1985, 2005a, 2005b.

na Partilha, ambos os sistemas jurídicos, modelados no direito inglês, eram virtualmente idênticos; mas agora, como entendo, são significativamente diferentes – o sistema jurídico indiano tão codificado que se assemelha a um sistema do *civil law*; o sistema jurídico paquistanês ainda claramente um sistema do *common law*, mas agora sobreposto com elementos do direito islâmico<sup>57</sup>.

Com maior frequência, os sistemas jurídicos evoluem lentamente, tanto em escala grande quanto pequena. Um exemplo em escala mais larga é o deslocamento gradual e desigual do julgamento por ordálias para outros métodos de prova<sup>58</sup>, com as cortes continentais direcionadas para o direito canônico e a Inquisição<sup>59</sup>, as cortes inglesas em direção a julgamentos por júri, e ultimamente, após muitos séculos, para o atual sistema adversarial e para as regras de evidência exclusionárias<sup>60</sup>. Há ainda análogos da variante evolucionária em seu nicho ambiental isolado – como os doze “jurados” profissionais, geralmente indicados até os 70 anos de idade, responsáveis por determinar questões de fato na Corte Real de Guernsey, uma das pequenas Ilhas do Canal<sup>61</sup>. Uma relíquia de uma prática francesa muito mais antiga<sup>62</sup>, isso me traz à mente de forma

---

57 Devo o exemplo a uma conversa com um jovem advogado paquistanês, Ali Nasir. De acordo com “A Legal Research Guide to Pakistan”, <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Pakistan.htm>, p.2 (acessado em Aug. 31, 2007), “O artigo 1 da Constituição de 1973 declara que o nome oficial do Paquistão deve ser A República Islâmica do Paquistão, e o artigo 2 declara que o Islã é a religião do Estado. ... [A] inserção do artigo 2A em 1985 [requer] que todas as normas sejam recepcionadas em consonância com o Qurun e a Sunnah”. De acordo com um artigo em Globalex (Ramakrishnan, 2006), na Índia, a primeira fonte do Direito está nos atos aprovados pelo Parlamento e pelas Legislaturas Estaduais... uma importante fonte secundária são os julgamentos da Alta Corte Suprema e alguns dos tribunais especializados”

58 O processo parece ter sido gradual e complexo, com algumas partes da Europa afastando-se das ordálias antes, outras depois, e várias explicações são sugeridas para a mudança. Veja Brown, 1975; Hyams, 1981; Bartlett, 1986; Taruffo (no prelo).

59 Kadri, 2005, pp. 69-70, dá uma descrição do primeiro julgamento por júri inglês, ocorrido em Westminster em 1220.

60 Para uma história resumida, incluindo um esboço de recentes acordos do adversarialismo, na forma de testemunhas expertas apontadas pela corte, veja Haack 2008b.

61 Eu inicialmente aprendi isso, confesso, não por meio de pesquisas jurídicas, mas de um romance: Elizabeth George, *A Place of Hiding* (George, 2003). Mas aqui faço referência a Dawes, 2003, p. 385: “Jurados performam o papel de julgadores... Há doze jurados de uma só vez e, uma vez eleitos, [eles] normalmente permanecem no cargo até a idade de 70 anos... Jurados decidem questões de fato”.

62 Guernsey é uma dependência da coroa britânica; ela foi legalmente separada da Normandia no século XVIII, mas ainda utiliza o francês como sua língua legislativa. <http://en.wikipedia.org/wiki/Guernsey>. “Os jurados da Corte Royal... eram tradicionalmente os únicos juizes para tanto o direito como o fato. Eles eram, e até certo ponto continuam, personificações da identidade legal da Ilha. ... [E]m 1245, declarou-se que o Rei João havia instituído *duodecim coronatores juratas* nas Ilhas após a perda da Normandia. Nesses

irresistível as raras espécies de tartarugas que sobrevivem em apenas uma das Ilhas Galápagos<sup>63</sup>.

Para um exemplo em escala menor, mas ainda muito significativo, podemos recorrer à história do direito constitucional nos Estados Unidos. A Primeira Emenda à Constituição, estabelecendo, em parte, que “o Congresso deve abster-se de criar qualquer lei concernente ao estabelecimento de uma religião”, desenhada por James Madison, foi ratificada em 1791 – pouco depois do desestabelecimento da igreja anglicana na Virgínia, mudança da qual Madison e Thomas Jefferson foram os principais proponentes<sup>64</sup>. Ela foi projetada para uma nova nação cujos cidadãos eram virtualmente todos cristãos, mas de diferentes facções, e muitos dos quais tinham vindo da Inglaterra para escapar da perseguição religiosa; e sua intenção fora, no mínimo, a de prevenir o estabelecimento de uma igreja nacional.

Contudo, como Holmes observaria mais de um século depois em *Missouri v. Holland* (1920), naquela altura as palavras da Constituição tinham “chamado para a vida um ser que não poderia ter sido antecipado completamente pelos mais talentosos de seus progenitores”<sup>65</sup>. E hoje os Estados Unidos é uma nação quase irreconhecivelmente diferente na qual há representantes de uma vasta variedade de religiões, cristãs e não-cristãs, para não mencionar a abundância de ateus evangélicos, e na qual a maior parte das pessoas jovens é educada, não por sua família ou em escolas religiosas, mas em escolas públicas. E os tribunais encontram-se chamados a determinar se a provisão, à custa do estado, de uma educação remediadora em matemática ou em leitura para crianças de uma escola paroquial<sup>66</sup>; de um distrito escolar especialmente criado para seguir

---

“doze investigadores ajurados” vemos os jurados em sua forma nascente” (Ogier, 2005, p.96).

63 “In Galapagos, a Race Is On to Protect Turtles’ Differences”, 2007 (reporta que “os cientistas esperam salvar a espécie de tartaruga da Ilha de Pinta, cujo único membro sobrevivente é uma tartaruga de 35 anos de idade chamada “*Lonesome George*” (George Solitário). Vale notar que Jersey também possui doze jurados, mas que o sistema de Jersey difere um pouco da ilha vizinha: os jurados de Jersey são escolhidos por um colégio eleitoral, apontados até a idade de 72 anos, e empossados (mas não todos ao mesmo tempo, como em Guernsey) como juízes de fato na Corte Royal de Jersey.

64 Como Madison escreveu em seu “Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments” (1785), parágrafo 7: “a experiência tetemunha que estabelecimentos eclesiásticos, ao invés de manter a pureza e a eficácia da Religião, tem tido um efeito contrário.” Para a história relevante, veja em geral Cobb, 1920, Adams e Emmerich, 1990.

65 *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), 433.

66 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971) (considerou que os estatutos da Pennsylvania e de Rhode Island

a fronteira de um enclave religioso<sup>67</sup>; ou do “repúdio ao evoluçionismo” lido em aulas de biologia ou estampados nos livros-texto das escolas públicas de ensino médio<sup>68</sup>, etc., etc. implicam um inconstitucional “estabelecimento de religião”.

Em 1802, o então Presidente Jefferson explicou em sua carta aos Batistas de Danbury que as cláusulas religiosas da Peirmeira Emenda – a Cláusula do Estabelecimento em conjunto com a Cláusula do Livre Exercício – erigiram um “muro de separação” entre a igreja e o estado. Hoje, alguns comentadores argumentam que o “muro de separação” que originalmente tinha a intenção de prevenir intrometimentos do governo na religião passou a ser utilizado, lamentavelmente, para prevenir qualquer intrometimento da religião no governo<sup>69</sup>; outros, contudo, argumentam que o muro parece, lamentavelmente, não ser alto o suficiente para proteger contra aquilo que percebem como a ameaça da teocracia.

Ainda em uma escala menor, penso na evolução da “regra da caixa de correio” (“*mailbox rule*”), conforme a qual um contrato é firmado tão logo o ofertado envia sua aceitação da oferta, antes que o ofertante receba o aceite. A Inglaterra adotou esta regra em 1818, no caso paradigmático de *Adams v. Lindsell*<sup>70</sup>. Em 1822, a Corte de Massachusetts julgou de forma contrária à regra<sup>71</sup>. O estado de Nova Iorque aceitou a regra em 1830<sup>72</sup>; em 1850, a Suprema Corte dos Estados Unidos endossou-a<sup>73</sup>. Gradati-

---

que prescrevem a ajuda do estado a escolas privadas para propósitos não seculares inconstitucional).

67 *Board of Education of Kyrias Joel Village School District v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994) (considerou que a criação de tal distrito escolar é inconstitucional). Em uma dissensão furiosa, argumentando que a maioria havia abandonado o texto e a história, o Ministro Scalia escreve com desprezo sobre como surpreso o rabino Kiryas Joel ficaria ao saber que “Os Poderes Que São, lá em Albany” conspiraram para o efeito de estabelecer Satmar Hassidim (p. 732).

68 *Selman v. Cobb County School District*, 390 F. Supp.2d 1286 (N.D. Ga. 2005) (considerou que o repúdio à evolução em textos de biologia do ensino médio é inconstitucional); *Kitzmilller v. Dover Area School Board*, 400 F. Supp. 2d 707 (M.D.Pa. 2005) (considerou que um pronunciamento de repúdio à evolução lido no início de uma aula de biologia do primeiro ano é inconstitucional).

69 Carter, 2006 e, mais genericamente, Carter, 1993.

70 *Adams v. Lindsell*, 1 B. B. & Ald. 681 (1818).

71 Veja *M’Culloch v. The Eagle Insurance Company*, 1 Pick, 278, 18 Mass. 278, 1822 WL 1594 (1822), p. 287 (“[A] oferta não vinculou o peticionário até ter sido aceita, e ela não poderia ser aceita, para o conhecimentos dos réus, até que a carta anunciando o aceite fosse recebida...”); fn 2 refere-se a *Adams v. Lindsell* (nota 70 acima), a qual foi trazida à atenção da corte depois de *M’Culloch* ter sido decidido, mas sugere que há diferenças relevantes nos fatos desses dois casos.

72 Veja *Macther’s Administrators v. Frith*, 6 Wend. 103, Lock. Rev. Cas 408, 21 Am. Dec. 262 (1830).

73 *Tayloe v. Merchants’ Fire Insurance Company of Baltimore*, 50 U.S. 390 (1850).

vamente, a regra espalhou-se de uma jurisdição a outra; Massachusetts, por exemplo, aceitou-a em 1897<sup>74</sup>. Hoje, contudo, os contratos são realizados, com muita frequência não por correio, mas eletronicamente; e a seção 203 do Ato de Uniformização das Informações Computacionais Transacionais (2002) adota a regra do “tempo de recebimento”<sup>75</sup>.

Outro exemplo em escala menor mas fascinante é a disseminação gradual da Regra *Frye*: introduzida em 1923; inicialmente sequer citada; depois adotada aqui e ali, geralmente com respeito especificamente à evidência polígrafa (a qual fora objeto de preocupação em *Frye*); depois gradualmente disseminando-se, até o início da década de 1980, quando se tornou – agora para a admissibilidade de testemunhos científicos novos em geral – “provavelmente a ‘lei da maioria’ de ponta a ponta no país”<sup>76</sup>; e então, depois que *Daubert* alterou o *standard* federal, a regra foi deixada de lado em alguns estados e mantida em outros, algumas vezes em termos modificados – e na Florida, a regra foi transformada em um tipo da Regra *Fryebert*<sup>77</sup>.

Como você deve ter notado, entretanto, na passagem que citei no início desta seção, Holmes escreveu do “nosso” sistema jurídico, presumivelmente referindo-se ao sistema anglo-americano; e alguns podem pensar que a concepção evolucionária é apropriada *somente* para o nosso sistema jurídico, e não em termos gerais. Talvez alguns sistemas jurídicos, assim como a pequena menina escrava Topsy em *Uncle Tom’s Cabin*, simplesmente “cresceram” (“*grow’d*”)<sup>78</sup>; mas, alguns podem argumentar, outros foram deliberadamente formados sob a influência de algum entendimento filosófico articulado sobre a justiça, o direito, o governo ou a sociedade. O próprio Holmes, eles podem nos lembrar, reconhece que é preciso somente “ler os trabalhos dos juristas alemães [para] ver o quanto do mundo hoje é mais governado por Kant do que por Bonaparte”<sup>79</sup>.

Mas qualquer divisão acentuada dos sistemas jurídicos entre aqueles que crescem por mudanças, revisões, extrapolações e reinterpretações

74 *Brauer v. Shaw*, 46 N.E. 617, 168 Mass. 198, p. 200 (1897) (a opinião for a escrita por Holmes). Stowe, 1851-2, p. 240.

75 UNIF. COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT, §§ 101-905 (2002). Minha fonte é Norwood, 2005-6.

76 Veja Giannelli, 1983, p. 196.

77 Veja *Ramirez v. State*, 810 So.2d 836 (2001).

78 Stowe, 1851-2, p. 240.

79 Holmes, 1896, p. 405.

espontâneas (“*seat-of-the-pants*”) em reação a novas circunstâncias e aqueles que são deliberadamente construídos e reconstruídos à base de idéias filosóficas ou políticas articuladas seria certamente uma sobrestimação: nós indubitavelmente encontraríamos ambos os tipos de processos em todos os sistemas jurídicos, embora certamente em proporções diferenciadas em diferentes tempos e diferentes espaços. (Nesse contexto, penso, por exemplo, em quanto a concepção acerca da liberdade de religião incorporada na Primeira Emenda deve-se tanto às idéias de John Locke em *Letter Concerning Toleration*<sup>80</sup>, como à concepção muito mais radical de Roger Williams acerca da liberdade religiosa.<sup>81</sup>)

Mais importante ainda, a interpretação mais robusta, segundo a qual a evolução dos sistemas jurídicos é concebida como parte da evolução dos fenômenos culturais em geral, é bem compatível com o reconhecimento de que as práticas culturais não são sempre “espontâneas”, mas muitas vezes deliberadamente concebidas e executadas. A base biológica da capacidade humana para a cultura é explicável sem recurso à teleologia; mas longe de implicar que nós humanos não deliberamos, planejamos e desenhamos, isso nos proporciona a base para entender como chegamos a ter esta capacidade.

Não apenas sistemas jurídicos, mas também conceitos jurídicos alteram-se e mudam, adquirindo novos significados e perdendo conotações antigas enquanto adaptam-se a circunstâncias em alteração. Este pensamento segue o espírito da concepção de Peirce sobre o crescimento do significado, a qual fora articulada por ele pela primeira vez em referência a conceitos científicos como *planeta* ou *eletricidade*, mas posteriormente aplicada a conceitos sociais como *força*, *riqueza* e *casamento*<sup>82</sup>. De modo similar, conceitos jurídicos como *privacidade*, *liberdade*, *direito*, etc., não são platonicamente fixos, mas inicialmente finos e esquemáticos; são inerentemente abertos a interpretações, especificações, extrapolações e ne-

---

80 Locke, 1689.

81 Diferentemente de Locke, Williams deplorava a idéia de tolerância, a qual ele via como um tipo de condescendência da parte da religião dominante em face do menos favorecido. Roger Williams, *The bloody tenent, of persecution, for cause of conscience, discussed, in a conference betweene trvth and peace ...* (1644); a minha fonte é Cobb 1902, pp.12-13, 181-88.

82 Peirce, in Hartshorne et al., eds., 1931-58, 7.587 (c.1867); 2.307 (c.1893). Veja também Haack, 2009.

gociação entre interesses sociais em competição. Na verdade, o conceito de *direito* em si, suspeito eu, não é apenas um conceito-acoplador, mas também de textura aberta, alterando-se sutilmente ao longo do tempo.

Holmes nos relembra como o conceito jurídico de responsabilidade alterou-se desde o tempo em que a lei punia solenemente um animal ou mesmo uma coisa inanimada que causasse danos a alguém<sup>83</sup>; mais recentemente, os casos “DES” (*diethylstilbestrol*) – nos quais, por ser impossível determinar qual das companhias que estavam no mercado naquela época havia manufacturado uma droga que veio a causar danos, vinte anos depois, às filhas da mulher que a havia administrado, a responsabilidade foi determinada com base na participação de mercado<sup>84</sup> – nos lembram que o mesmo é verdade no que concerne ao conceito de causação. De fato, podemos ver todo um campo de conceitos jurídicos sendo gradualmente adotados, refinados, amplificados, restringidos, contestados e revisados. O direito constitucional proporciona vários e muitos exemplos, enquanto as cortes se reportam a questões como se o direito de privacidade se estende ao provador de roupas de uma loja de departamento<sup>85</sup> ou a uma cabine pública de telefone<sup>86</sup>; ou se o direito ao livre exercício da religião se estende ao uso de uma substância controlada, “peyote”, em uma cerimônia religiosa dos americanos nativos<sup>87</sup>.

Decerto, essa abordagem evolucionária e essas idéias sobre o crescimento do significado<sup>88</sup> encontram-se bem em desalinho com os modelos lógicos das concepções formalistas acerca dos processos jurídicos de tomada de decisão que ainda dominam grande parte da teoria do direito europeia. Mas, não surpreendentemente, compartilho das reservas de Holmes sobre modelos exclusivamente lógicos do direito.

83 Holmes, 1881, 1ª Palestra: “Formas Anteriores de Responsabilidade” (“*Early Forms of Liability*”).

84 *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 607 P.2d 924, 161 Cal. Rptr. 133 (1980); *Bichler v. Eli Lilly & Co.*, 79 A.D.2d 317, 438 N.Y.S.2d 621 (1981). (De forma ainda mais radical, in *Hymowitz v. Eli Lilly*, 73 N.Y.2d 487, 539 N.E.2d 107, 541 N.Y.S.2d 941 (1989), uma companhia ré foi considerada responsável apesar de haver demonstrado que não estava no mercado no tempo em que dano fora causado).

85 *Veja e.g., State of Ohio v. McDaniel*, 44 Ohio App.2d 163, 170, 337 N.E.2d 173, 178 (1975) (“os réus, enquanto se utilizavam dos provedores de roupa da Lazarus, tinham uma expectativa razoável de privacidade sob a proibição constitucional de buscas não-razoáveis”).

86 *Veja e.g., Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), 352 (“uma pessoa em uma cabine telephone [público] pode valer-se da proteção da Quarta Emenda”).

87 *Employment Division, Dept. Of Human Resources of OR v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) (decidiu que “... Oregon pode, consistentemente com a Cláusula de Livre Exercício, negar aos réus compensação desemprego quando sua demissão tenha resultado do uso de [peyote]”).

88 *Veja também Haack*, 2009.

#### 4. Direito, lógica e diretriz (policy)

“A vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência.” Essa é talvez a mais conhecida sentença de *The Common Law* – e constitui o refrão que Max Fish cita quando descreve o livro de Holmes como “embuído pelo espírito do pragmatismo” do início ao fim<sup>89</sup>. Não que o pragmatismo tivesse sido de qualquer maneira hostil à lógica – longe disso; na verdade, Peirce foi a primeira pessoa a descrever-se em *Who’s Who* como um logicista<sup>90</sup>. Mas a concepção de direito de Holmes é, de fato, embuída pelo espírito da aspiração pragmatista – expressa de maneira um tanto diferente por Peirce, James e Dewey<sup>91</sup> – de modo a evitar as armadilhas tanto do Método A Priori como do Empiricismo Sensacionalista tradicional; e, ao invés disso, a tomar uma abordagem baseada, como Peirce teria dito, no “método da experiência e do raciocínio”<sup>92</sup>, ou, como Dewey talvez tivesse colocado, na “aplicação da inteligência” na experiência<sup>93</sup>.

O que Holmes quis dizer com suas famosas palavras combatentes emerge mais claramente quando as colocamos no contexto em que primeiramente apareceram, no ano anterior à publicação de *The Common Law*: na resenha de Holmes de um livro de Christopher Columbus Langdell<sup>94</sup>, primeiro diretor da Escola de Direito de Harvard – a quem Holmes descrevera, de forma não inteiramente lisonjeada, como “talvez [] o maior teólogo jurídico vivo”<sup>95</sup>. Langdell concebia os argumentos jurídicos envolvendo primeiramente a análise e a articulação de conceitos jurídicos centrais, e depois a dedução silogística da conclusão juridicamente correta dados os fatos do caso. A partir de uma análise

---

89 Holmes, 1881, p. 115; Fisch, 1942 in Ketner and Kloesel, 1986, p. 8.

90 Veja Costello 1957, 264 (“O que eu escrevi aqui... era do meu conhecimento em 1914, o ano em que Charles Peirce falecera, o único homem, eu acredito, a escrever “logicista” como sua ocupação em *Who’s Who*”).

91 Veja e.g. Peirce, 1877; James, “What Pragmatism Means,” II Palestra de James, 1907; Dewey, “Escape from Peril,” Capítulo 1 de Dewey, 1929.

92 Peirce, 1877.

93 “[A] visão aqui apresentada, ... demanda que a inteligência, aplicando os melhores métodos científicos e materiais disponíveis, seja usada para investigar, em termos do contexto de situações de fato, as consequências de decisões jurídicas propostas e atos de legislação” (Dewey, 1941, 84). “O que a inteligência deve fazer a serviço do impulso é agir não como seu servo obediente mas como seu clarificador e libertador... Inteligência converte desejos em planos...” (Dewey, 1950, p. 255).

94 Langdell, 1871. (Holmes estava a rever a segunda edição de 1880).

95 Holmes, 1880, p. 234.

apropriada do conceito de “contrato”, por exemplo, ele acreditava que se poderia deduzir silogisticamente que a regra da caixa de correio é juridicamente correta.

Holmes não nega o valor da consistência no direito; contudo, continua ele, embora a consistência seja “alguma coisa; ... não é tudo”; e ele acredita que a concepção de Langdell do direito-como-sistema-lógico é desesperadamente irrealista. Os juizes frequentemente apresentam suas conclusões *como se* as tivessem deduzido de princípios e precedentes jurídicos, argumenta Holmes; mas é ingênuo imaginar que isso significa que eles de fato chegam a suas decisões por meio de inferências puramente lógicas. Muito frequentemente, na verdade, eles estão adaptando silenciosamente o direito existente a novas circunstâncias, e seus argumentos são somente “o vestido de gala que o recém-chegado coloca para parecer apresentável conforme os requisitos convencionais”<sup>96</sup>.

Poderia ser dito em defesa de Langdell que a tese do direito-como-sistema-lógico é certamente não descritiva, mas prescritiva; de modo que o fato, se é que é um fato, de que os juizes fracassam em chegar a suas conclusões, como deveriam, “silogisticamente”, não é uma objeção real. Mas o ponto central de Holmes é que a concepção de Langdell é tão indefensável como prescrição quanto é falsa como descrição: que enquanto a consistência, e assim a previsibilidade, é indubitavelmente desejada no direito, da mesma forma, certamente, isso não é tudo. Eu poderia colocar assim: algumas questões jurídicas são bem curtas e grossas – talvez até capazes, em princípio, de serem elaboradas por uma máquina de calcular; mas conceitos juridicamente importantes podem ser indeterminados em aspectos relevantes, novos arranjos sociais e tecnologias podem requerer que princípios jurídicos mais antigos sejam adaptados<sup>97</sup>, e a sensibilidade moral em constante alteração pode fazer com que certos precedentes – como as decisões que asseguravam os direitos dos donos de escravos, por exemplo – não sejam mais toleráveis<sup>98</sup>.

---

96 Holmes, 1880, p. 234.

97 Como, por exemplo, o direito autoral projetado para a mídia impressa teve de se adaptar para lidar com formas eletrônicas, novas de publicação.

98 Eu penso neste contexto na qual provavelmente é a opinião mais notória de Holmes: seu julgado em *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927) de que o Estado da Virgínia não violaria os direitos constitucionais de Carrie Buck por esterilizá-la sem consentimento. (Ao tempo do caso, de forma interessante, apenas um Ministro dissentira; e a decisão de Holmes em nome da maioria ocupava apenas uma página e meia).

Com certeza, o ano de 1880 é uma data bastante significativa na história da lógica. Pois justamente no momento em que Holmes e Langdell debatiam sobre o papel da lógica no direito – embora nenhum dos dois tivessem conhecimento –, estava a caminho a revolução intelectual que nos proporcionaria o que hoje é chamado de “lógica moderna”. *Begriffsschrift*, de Frege, fora publicado em 1879<sup>99</sup>; um ano depois, Peirce também havia chegado, independentemente, ao cálculo unificado da lógica proposicional e predicada<sup>100</sup>. Mais ainda, qualquer pessoa a par dessa história poderia ver, de uma vez por todas, que a lógica silogística, em qualquer caso, não poderia fazer o trabalho que Langdell acreditava. Pois o conceito de um contrato é inerentemente relacional, tendo a forma “A promete B, em troca da contraprestação c, fazer x”; e uma das mais importantes limitações da lógica aristotélica é a sua incapacidade de expressar relações. Ainda que isso não se tornasse um obstáculo para a lógica nova, moderna, cujos pioneiros foram Frege e Peirce – que tem poder expressivo muito maior –, o ataque principal da crítica de Holmes à idéia de direito-como-um sistema-lógica não é afetado.

Holmes retoma sua crítica do formalismo jurídico não somente em “The Path of the Law”, mas também em suas opiniões constitucionais: e.g., *Gompers* (1905), onde ele escreve que “as provisões da Constituição não são fórmulas matemáticas tendo suas essências na forma; são instituições orgânicas vivas...”<sup>101</sup>. E um caso constitucional mais recente, *County of Allegheny v. ACLU* (1989)<sup>102</sup>, proporciona uma ilustração contemporânea particularmente boa. O que estava em jogo neste caso eram duas manifestações festivas: um presépio montado nas escadarias do Fórum do Condado de Pittsburgh, cercado de potes de poinsetia e com um anjo cujo peito trazia um cartaz escrito “*Gloria in excelsis Deo*”; e uma árvore de Natal com quarenta e cinco pés de altura e uma menorá com dezoito pés, expostos do lado de fora do Edifício do Município e do Condado, e com um símbolo ao pé da árvore onde se trazia o nome do prefeito e um texto com a “saudação à liberdade” da cidade. A questão jurídica consistia em saber se ambas, as duas ou nenhuma das manifesta-

---

99 Frege, 1879.

100 Peirce, 1880.

101 *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1905), 610.

102 *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989).

ções era constitucional sob os auspícios da Cláusula do Estabelecimento. A Corte do Distrito decidiu que ambas as manifestações eram constitucionais; revertendo a decisão da Corte do Distrito, a Corte de Apelação decidiu que nenhuma delas era. A Suprema Corte, finalmente, decidiu que a exposição da menorá com a árvore de Natal era constitucional, mas que a exposição do presépio no Fórum violava a Cláusula do Estabelecimento, e assim era inconstitucional.

Especificamente, o Ministro Blackmun escreveu, a exposição do presépio no Fórum não passou na segunda ponta do teste que a Corte havia articulado anteriormente em *Lemon*<sup>103</sup>: o seu efeito primário fora a promoção da religião. Como a Ministra O'Connor havia sugerido alguns anos antes em seu voto concorrente em outro caso relacionado a exposições natalinas, *Lynch v. Donnelly* (1984), essa ponta do “efeito primário” em *Lemon* deve ser interpretada como precluindo qualquer atividade do governo que transmita uma mensagem de “endosso” de uma religião sobre a outra, ou da religião sobre a não-religião<sup>104</sup>; e – levando em conta o local do presépio, as palavras do anjo e o fato de que nada no recinto prejudicava o caráter religioso daquelas palavras – essa fora precisamente a mensagem transmitida pelo presépio<sup>105</sup>. Contudo, o Ministro Blackmun continuou, a exposição da menorá ao lado da árvore de Natal – levando em conta o fato de que uma árvore de Natal é agora um símbolo secular ao invés de religioso, que a árvore era o elemento predominante da exposição, e que a mensagem transmitida pelo símbolo era de pluralismo – passara no teste *Lemon*<sup>106</sup>. A Ministra O'Connor concorreu em parte e

---

103 O teste articulado em *Lemon v. Kurtzman* (nota 66 acima) requeria que, para satisfazer a Cláusula do Estabelecimento, (i) o estatuto, a provisão, a manifestação, etc. em questão deveria ter um propósito secular; (ii) que seu efeito primário não deveria ser o avanço e nem a inibição da religião; e (iii) que ela não deveria conduzir a um envolvimento excessivo do governo com a religião. O Teste *Lemon* fora em si intencionado como uma articulação do requisito de “neutralidade” primeiramente articulado em *Everson v. Board of Education of Ewing TP*, 330 U.S. 1 (1947), o primeiro caso em que a Cláusula do Estabelecimento fora aplicado aos estados.

104 *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), 690-694. (Justice O'Connor, concorrendo). Nesse caso, a decisão fora no sentido de que uma exposição de Natal de uma cidade que incluísse uma cena de natividade conjuntamente com uma rena, uma bengala gigante de bala e um poço de desejos “falante” era constitucional. (Os comentaristas jurídicos agora falam com gozação da “regra da rena”, referindo-se à idéia de que um símbolo religioso como um presépio é juridicamente neutralizado se renas suficientes ou qualquer outro elemento popular sejam incluídos na mesma exposição). Veja Janocsko, 1990. (O Sr. Janocsko fora um dos advogados para o Condado de Allegheny in *Allegheny v. ACLU*).

105 *Allegheny v. ACLU* (nota 102 acima), pp. 598-600.

106 *Allegheny v. ACLU* (nota 102 acima), pp. 614-22.

no julgamento, arquivando uma opinião que amplificava a sua proposta de refinamento da cláusula de efeitos de *Lemon*<sup>107</sup>.

O Ministro Brennan concorreu em parte, mas dissentiu em parte: quando seus contextos eram levados seriamente em conta, ele argumentou, restava claro que *ambas* as exposições violavam os efeitos da cláusula *Lemon*<sup>108</sup>. O Ministro Stevens também chegou à conclusão de que ambas as exposições eram inconstitucionais; mas seu argumento focou, não em *Lemon*, mas na interpretação da palavra “respeitando” na Cláusula do Estabelecimento em si<sup>109</sup>. O Ministro Kennedy, juntamente com o Ministro Rehnquist e os Ministros Scalia e White, igualmente concorreram em parte e dissentiram em parte; contudo, eles acreditaram que *nenhuma* das exposições violava a Cláusula do Estabelecimento, que ambas recaíam “bem dentro da tradição da acomodação governamental” da religião<sup>110</sup>.

Presumivelmente todos os concernidos estavam tentando determinar se alguma, nenhuma ou ambas as exposições violavam a Cláusula do Estabelecimento; mas seria completamente implausível concluir, como um teólogo jurídico semelhante a Langdell seria obrigado a concluir, que uma ou duas das cortes inferiores, e vários dos Ministros da Corte Suprema, devam ter cometido erros de lógica. “A dissensão judicial é frequentemente condenada, como se isso significasse simplesmente que um dos lados ou o outro não estava calculando corretamente, e que se eles tivessem um pouco mais de trabalho, o acordo inevitavelmente chegaria”. Mas isso, Holmes continua, é uma “falácia”<sup>111</sup>. Pois bem. Não importa o quanto poderoso seja o aparato lógico-formal disponível, nenhuma única conclusão legalmente correta *poderia* ser logicamente derivada dos termos da Cláusula do Estabelecimento, ou até mesmo de tais termos em conjunto com os precedentes de decisões anteriores e dos princípios mediadores e testes que a Corte havia legado no passado. O desacordo surgiu, não porque alguns dos Ministros não eram bem versados o suficiente em lógica,

---

107 *Allegheny v. ACLU* (nota 102 acima), pp. 623-37 (Justice O'Connor, concorrendo em parte e no julgamento).

108 *Allegheny v. ACLU* (nota 102 acima), pp. 637-46 (Justice Brennan, concorrendo em parte e dissentindo em parte).

109 *Allegheny v. ACLU* (nota 102 acima), pp. 646-54 (Justice Stevens, concorrendo em parte e dissentindo em parte).

110 *Allegheny v. ACLU* (nota 102 acima), pp. 654-78 (Justice Kennedy, concorrendo em parte e dissentindo em parte); a citação é da p. 633.

111 Holmes, 1896, p. 396.

mas porque cada um deles atribuiu peso diferenciado a toda uma ampla rede confusa de fatores: ao que ele ou ela percebera como sendo a intenção dos constituintes, à interpretação de precedentes passados, à prática tradicional no passado ou a considerações mais amplas de diretriz (*policy*). Tampouco, acredito eu, poderia a questão ser resolvida mediante um apelo à “lógica da analogia” (mesmo supondo, para fins de argumentação, que tal lógica seja possível); pois desacordos desse tipo são em parte sobre em quais respeitos este caso assemelhava-se a outros já decididos, e em quais respeitos era diferente, e quais eram juridicamente os mais significantes. É justamente como Holmes disse em “*The Path of the Law*”: “por detrás da forma lógica reside um julgamento sobre o valor relativo e a importância de fundamentos legislativos concorrentes...”<sup>112</sup>.

É possível temer que, se as decisões jurídicas não são uma questão de lógica, elas só podem ser arbitrárias ou caprichosas; mas um pragmatista verá de uma vez por todas que esse temor decorre de uma falsa dicotomia. O fato de que decisões jurídicas são sob-determinadas pela legislação ou pelo precedente não significa que não haja qualquer diferença entre decisões sábias, baseadas em avaliações criteriosas sobre a melhor maneira de compatibilizar a prática antiga com as novas circunstâncias, e decisões não-sábias, baseadas em avaliações apressadas, preconceituosas ou partidárias. Agora, é possível que se levante a objeção de que um contraste somente pode ser sustentado por meio de um apelo a uma concepção *quasi*-kantiana do jurídico e da moral; mas um pragmatista verá logo que isso simplifica algumas questões muito complicadas tanto sobre ética, quanto sobre a relação entre direito e moralidade.

## 5. Direito, moralidade e sociedade

“O direito está repleto de fraseologias emprestadas da moral”, escreve Holmes; mas ainda que isso “vá cheirar na narina daqueles que estão ansiosos para colocar no direito o máximo de ética que podem”,<sup>113</sup> no entanto “é desejável apontar e dissipar de uma vez por todas uma confusão entre moralidade e direito”<sup>114</sup>. Na minha leitura, esse constitui grande

---

112 Holmes, 1896, p. 397.

113 Holmes, 1896, p. 394.

114 Holmes, 1896, p. 392.

parte do motivo pelo qual Holmes aconselha que “caso você queira conhecer o direito e nada mais”, você deverá olhá-lo a partir da perspectiva daquele homem hipoteticamente mau que não se importa com o que é certo, mas que se importa com a pena que a força pública lhe imporia caso ele fizesse isso ou aquilo<sup>115</sup>. Eu colocaria esse ponto tomando emprestada a distinção que Peirce introduz em sua discussão da relação entre evento perceptual e julgamento perceptual no “percipuum”<sup>116</sup>, entre distinção conceitual e separabilidade na prática. Embora mesclados na prática, em termos conceituais, aquilo que é jurídico e aquilo que é moral são distintos.

Ademais, até mesmo na prática o direito e a moralidade nem sempre coincidem de todas as maneiras. Algumas regras (e.g., sobre em que lado da rua você deve dirigir, qual formulário você deve submeter para obter o retorno da taxa sobre o preço do seu novo sistema de ar-condicionado, ou se o contrato é firmado quando a carta de aceitação é enviada pelo correio ou recebida) diz respeito a questões que são moralmente indiferentes; mais importante ainda, como Holmes diz, “é certo que muitas leis foram implementadas no passado, e é provável que algumas são implementadas hoje, as quais são condenadas pelas opiniões mais iluminadas do momento”<sup>117</sup>. É quase isso.

Por exemplo, as “Ordenações Hudood”, decretadas no Paquistão em 1979 sob o então Presidente Zia ul-Haq – cuja pretensão era trazer certos aspectos do sistema de justiça criminal em conformidade com o Islã, fazendo com que certas ofensas fossem punidas pelo *hadd*, as penalidades ordenadas pelo Qurun – proporcionou, *inter alia*, que, para comprovar uma acusação de estupro, uma mulher deveria conseguir quatro testemunhas oculares masculinas e muçulmanas para testemunhar o crime; e que uma mulher que levantasse uma acusação de estupro mas que não fosse capaz de provar poderia ser processada por fazer acusação falsa. Até onde eu pude determinar, ninguém foi condenado por estupro sob os auspícios dessa lei; mas em agosto de 2006, mais de duas mil mulheres paquistanesas foram aprisionadas pela violação das leis Hudood<sup>118</sup>. (Tais

115 Holmes, 1896, p. 392.

116 Peirce, 1903.

117 Holmes, 1896, p. 393.

118 Minha fonte é “Hudood Ordinances – The Crime and Punishment For Zina,” em [http://www.asiapacific.amnesty.org/apro/APROweb.nsf/pages/svaw\\_hudoo](http://www.asiapacific.amnesty.org/apro/APROweb.nsf/pages/svaw_hudoo) (acessado em Jul. 13, 2007); “Islam and Rape,”

leis foram emendadas posteriormente neste mesmo ano<sup>119</sup>.) Na minha opinião, e espero que na sua também, essas leis eram moralmente objetáveis. Mas mesmo que você discorde – ao menos, se você discorda porque acredita que as leis que fracassam em implementar os ensinamento morais do Qurun, ou as leis que permitem que um homem seja condenado por estupro à base de evidências mais fracas do que essa, são moralmente objetáveis – você aceita os meus pontos-chave: que aquilo que é jurídico e aquilo que moral são conceitualmente distintos; e que algumas leis são moralmente objetáveis.

Nada obstante, continua Holmes: “eu acredito que nenhum dos meus ouvintes interpretará erroneamente o que tenho a dizer como sendo a linguagem do cinismo”<sup>120</sup>. Da mesma forma, eu também; pois nenhum cínico moral ou cético moral diria, como eu acabei de dizer, que “algumas leis são moralmente objetáveis”. Que há verdades morais, todavia, não implica que tais verdades sejam transparentes, que sejam facilmente conhecidas – por apelo à intuição moral, a um texto sagrado ou a seja lá o que for. A frase de Holmes, “a opinião mais iluminada do momento”, reconhece isso implicitamente; sua observação de que é um infortúnio se um juiz “esquece que aquilo que parecia [a ele] ser princípios primeiros é creditado pela metade de seus companheiros como sendo errado”<sup>121</sup>, torna isso explícito.

Isso não é cinismo ou ceticismo moral; é uma forma de falibilismo ético, no espírito do ensaio de James, “*The Moral Philosopher and the Moral Life*”<sup>122</sup>. Descartando o ceticismo moral como sendo uma “alternativa residual”, evitando tanto o empirismo moral apriorista como o hedonista (o análogo do Empiricismo Sensacionalista na epistemologia), James de-

2006. (O problema, se é que eu o entendo corretamente, decorre do fato de que o conceito de *zina* recobre o intercuro sexual geralmente ilegal, e assim inclui fornicação e adultério assim como estupro).

119 De acordo com “Islam and Rape”, 2006, em julho de 2006, o Presidente Musharraf promulgou um decreto fazendo com que mil e trezentas mulheres que aguardavam julgamento por violação da Hudood se tornassem elegíveis para o pagamento de fiança, e seu governo pressionava por “emendas futuras”. A lei fora revisada posteriormente naquele ano. De acordo com Mufti, 2007, o islâmico moderado Javad Ahmad Ghamidi liderou o Conselho Ideológico Islâmico, um corpo independente de consultores para legisladores paquistaneses, para emendar as leis da Sharia sobre estupro e adultério, argumentando que tais leis não eram genuinamente islâmicas. Veja ainda Masud, 2006, disponível em [www.pakistani.org](http://www.pakistani.org) (acessado em set. 24, 2007).

120 Holmes, 1896, p. 392.

121 Holmes, 1913, p. 65.

122 James, 1891.

envolve uma abordagem de tipo experimentalista, empírico-iluminada acerca da ética. Existe a verdade moral, ele escreve; mas essa verdade moral não é um “conjunto de normas que se auto-proclamam, ou uma ‘razão moral’ abstrata”<sup>123</sup>. A “melhor ação” é aquela que contribui para o “*todo melhor*”, o mundo no qual o menor número de ideais tenha de ser comprometido ou sacrificado. Mas aquilo que constitui essa melhor ação não pode ser conhecido *a priori*; só pode ser desenvolvido empiricamente<sup>124</sup>. E então, argumenta James, a ética casuística “deve simplesmente aguardar o seu tempo, e estar preparada para revisar suas conclusões a cada dia”, como fazem as ciências físicas<sup>125</sup>. Pois essa é a única maneira de desenvolver arranjos sociais e regras morais que “prevalecem com o mínimo de custo”<sup>126</sup>.

James escreve primeiramente sobre “a melhor ação”; mas como sugere minha frase “arranjos sociais e regras morais”, rapidamente ele passa a escrever, de maneira holística, sobre “a ordem mais inclusiva”: Assim como deve haver vitória e derrota, a vitória a ser filosoficamente venerada é aquela do lado mais inclusivo... O curso da história é nada menos do que a luta do homem de geração em geração para encontrar a ordem mais inclusiva. *Invente alguma maneira* de realizar seus próprios ideais que também irá satisfazer as demandas alheias – esse e somente esse é o caminho da paz! Seguindo este caminho, a sociedade tem se sacudido em um tipo de equilíbrio relativo após o outro por meio de uma série de descobertas sociais bem análogas àquelas da ciência. A poliandria e a poligamia e a escravidão, a guerra particular e a liberdade para matar, a tortura judicial e o poder real arbitrário aos poucos sucumbiram...<sup>127</sup>.

A distinção desenvolvida por Dewey entre o que é de fato desejado e o que é genuinamente desejável<sup>128</sup> (por meio da qual, para mim, ele quer dizer aquilo que conduz realmente ao florescimento humano) é possivelmente um melhoramento da idéia de James de que aquilo que satisfaz uma demanda – *qualquer* demanda – é *prima facie* bom; e o seu reconhe-

---

123 James, 1891, p. 259.

124 James, 1891, p. 264.

125 James, 1891, p. 267.

126 James, 1891, p. 264.

127 James 1891, pp. 264-65.

128 Dewey 1929, capítulo 10.

cimento de que fatores econômicos são relevantes ao florescimento é um suplemento útil às considerações mais abstratas de James, assim como é a sua tentativa de articular de que maneira as ciências sociais podem contribuir para a investigação ética. Ademais, a “*Construction of Good*” de Dewey é, em certas maneiras, bem semelhante às idéias que Holmes articulara em “*The Path of the Law*”: e.g., que “o homem bem-versado na dogmática do direito é o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre da economia”<sup>129</sup>; e que não podemos saber sequer se nossa lei criminal faz mais bem do que mal até que venhamos a saber se o criminoso é como uma cascavel, ou se simplesmente está imitando aqueles à sua volta<sup>130</sup>. (Seria o criminoso portador inato de um comportamento anti-social, como nós poderíamos dizer, de forma anacrônica, e então incapaz de ser “reabilitado”; ou seria ele só facilmente influenciado, como o pré-adolescente “fogueteiro” ou “avião” na favela?)

E, mais ainda para o presente propósito, se o empiricismo moral iluminado de James e Dewey está, mesmo que em linhas gerais, no caminho certo, podemos começar a ver como – apesar do fato de que o direito é conceitualmente distinto da moralidade, e apesar do fato de que já houve, e ainda há, leis moralmente ruins – a evolução do direito pode na verdade ser, como Holmes diz, “a testemunha e o depósito externo de nossa vida moral”<sup>131</sup>, um “espelho mágico [no qual] nós vemos refletida não apenas nossas próprias vidas, mas... a vida moral de [a] raça.”<sup>132</sup> A ética e o direito, você poderia dizer, derivam da mesma raiz: da nossa natureza como animais sociais que devem viver em conjunto da melhor maneira que conseguimos em um mundo onde “deve haver vitória e derrota”. E cada passo na evolução dos sistemas jurídicos do mundo pode ser visto como um experimento, em pequena ou larga escala – como parte de um longo, contínuo processo de invenção de arranjos sociais, alguns mais “inclusivos”, mais condutores ao florescimento humano, e outros menos. Nessa perspectiva, desacordos judiciais como aqueles em *Allegheny v. ACLU* parecem, não como um teste de lógica no qual diversos ministros fracassaram, e nem como uma ilustração do caráter arbitrário e irracional

---

129 Holmes, 1896, p. 399.

130 Holmes, 1896, p. 400.

131 Holmes, 1896, p. 392.

132 Holmes, 1885, p. 62.

do processo de tomada de decisão judicial, mas justamente como aquilo que efetivamente são: exemplos em pequena escala de todo o contínuo processo de toma-lá-dá-cá através do qual nosso sistema jurídico “luta... para encontrar a ordem mais inclusiva”<sup>133</sup>.

Você precisa somente pensar em como a vida é quando o estado de direito se quebra, ou está prestes a se quebrar, para perceber que *alguns* meios para se chegar a soluções pacíficas de controvérsias são essenciais até mesmo para um mínimo de florescimento humano. Uma reportagem de imprensa de 2007 sobre o caos virtual no Zimbabué coloca a questão de forma inescapável quando cita um ativista dos direitos humanos naquele país: “Você não tem a mínima idéia do que acontecerá em seguida. Todo dia [é] questão de sobreviver até o outro dia”<sup>134</sup>. (E em um plano muito mais mundano, você pode ver que algumas das leis que eu descrevi anteriormente como “moralmente indiferentes” servem o seu propósito ao estabelecerem *uma* regra onde *alguma* regra é necessária: e.g., se os contratos devem ser feitos por correio quando as partes não se encontram no mesmo local, deverá haver alguma regra sobre quem assume os riscos envolvidos; de modo que, embora teríamos estabelecido uma regra diferente, a regra da caixa de correio serve um propósito útil.)

Mas o estado de direito é somente uma condição necessária para qualquer tipo sociedade meio-civilizada, viável, e certamente não é uma condição suficiente daquela ordem mais inclusiva sobre a qual James escreve; e obviamente não são todas as ordens jurídicas que são igualmente boas. Uma ordem jurídica que é mais inclusiva, mais ou menos no sentido em que James tentou articular, abrindo mais espaço para que um maior número das pessoas possa florescer cada qual à sua própria maneira<sup>135</sup>, é melhor – moralmente melhor – do que uma que é menos inclusiva. Como “inclusivo” sugere, um sistema jurídico que dá poderes

---

133 Eu fiquei perplexa ao descobrir, relendo Turow, 1993, que o advogado ex-policia fictício de Turow, Mack Malloy, expressa essencialmente a mesma idéia: “[N]ão zombe. ... [V]enha para a cidade fervilhante, com tantas almas gritando eu quero, eu preciso, onde a maior parte dos planos sociais resulta em como fazer com que todos um dia não venham a nos prejudicar – venha e tente imaginar as maneiras por meio das quais aquela vasta indisciplinada comunidade pode ser deixada em contato com as aspirações profundas da humanidade para o melhoramento total das espécies, o bom dos muitos e os direitos dos poucos. Isso eu sempre imaginei ser a tarefa do direito, e ele faz a energia da física parecer um mero espetáculo” (p. 203).

134 Johnson, 2007, p. 41.

135 Implícito nisto está o pensamento de que há muitos e vários projetos, atividades, etc., que possam fazer uma vida valer a pena. Veja Haack, 2001-2.

a um grupo às expensas de outro é provavelmente, por essa exata razão, aquém da moralidade<sup>136</sup>. Mas como “mais espaço para que o maior número de pessoas floresca” sugere, pode ser que não haja um único sistema melhor<sup>137</sup>, ou mesmo qualquer coisa como um alinhamento ordenado de sistemas; e porque somente é possível fazermos avaliações imperfeitas e falíveis sobre quais arranjos serão, sobre todos os demais, melhores, e quais serão piores, essa abordagem não oferece um processo de decisão fácil para legisladores ou juízes, nenhuma “teoria” jurídica no sentido estrito, tendencioso, no qual ela é às vezes entendida hoje.

Nesse caso, você poderia perguntar, para que propósito serve essa “teoria jurídica pragmatista neo-clássica”? Para o propósito em que a teoria é geralmente boa – se é que ela é boa teoria: para a explicação e o entendimento; no presente, para explicar, entre outras coisas, de que maneira, como Holmes escrevera há muito tempo, a evolução do direito é testemunha da “vida moral da raça”; e pode vir a ser, embora não tenha sido, propulsora do progresso moral<sup>138</sup>.

## Referências Bibliográficas

- Adams, Arlin M., and Charles Emmerich, 1990. *A Nation Dedicated to Religious Liberty*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press..
- Atiyah, Patrick, 1987. *Pragmatism and Theory in English Law*. London: Stevens and Sons.
- Baker, Livia, 1991. *The Justice from Beacon Hill: The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*. New York: Harper Collins.
- Bartlett, Robert, 1986. *Trial by Fire and Water*. Oxford: Clarendon Press.

---

136 Um pensamento que poderia ser explorado mais concretamente, por exemplo, por um estudo do movimento pelos direitos civis e desenvolvimentos relacionados mais recentes no direito constitucional dos Estados Unidos.

137 Talvez isso seja o que Dewey tenha em mente quando escreve (1950, p. 175) que “[o melhor é o bom; o melhor não é melhor que o bom mas é simplesmente o bom descoberto. Graus comparativos e superlativos são somente caminhos para o grau positivo da ação”.

138 Meus agradecimentos a Mark Migotti por comentários a mais de um esboço que muito ajudaram; a Barbara Brandon, Pamela Lucken e Edgardo Rotman pela assistência com a pesquisa; a Michael Frost, Bibliotecário Assistente na *Inner Temple Library* em Londres, pelo material em Guernsey; a Ali Nasir por informações e ajuda a encontrar material sobre o direito paquistanês; a Michele Taruffo por me incentivar a olhar mais de perto a história do julgamento por ordálias e compartilhar comigo o capítulo de seu livro a ser publicado em breve, o qual explora a significância do ano 1215; e a William Twining e Irwin Stotsky por conversações úteis.

- Begley, Sharon, 2001. Culture Club. *Newsweek* (Mar. 26, 2001), 48-50.
- Berger, Margaret, 2001. Upsetting the Balance Between Adverse Interests: The Impact of the Supreme Court's Trilogy on Expert Testimony on Toxic Tort Litigation. *Law and Contemporary Problems* 64: 286-326.
- Bernstein, Richard, ed. 1971. *William James's Essays in Radical Empiricism and A Pluralistic Universe*. New York: E. P. Dutton and Co.
- Boyd, Robert, and Peter J. Richerson, 1985. *Culture and the Evolutionary Process*. Chicago: University of Chicago Press.
- Boyd, Robert, and Peter J. Richerson, 2005a. *Not by Genes Alone: How Culture Transformed Human Evolution*. Chicago: University of Chicago Press.
- Boyd, Robert, and Peter J. Richerson, 2005b. *The Origin and Evolution of Cultures*. New York: Oxford University Press.
- Boydston, Jo-Ann, ed., 1976-1983. *Collected Works of John Dewey*. Carbondale and Edwardsville, IL: Southern Illinois University Press.
- Brown, Peter, 1975. Society and the Supernatural: A Medieval Change. *Daedalus*, 10: 135-51. Reprinted in Brown, Peter, *Society and the Holy in Late Antiquity* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1982), 302-32.
- Burkhardt, Frederick, and Fredson Bowers, 1979. *The Will to Believe and Other Essays In Popular Philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Carter, Stephen L., 1993. *The Culture of Disbelief: How American Law and Politics Trivialize Religious Devotion*. New York: Basic Books.
- Carter, Stephen L., 2006. An Upside-Down Metaphor. *Christianity Today*, 50.1: 74..
- Cass, Ronald A., 2007. Forum Shopper of the Year. *Wall Street Journal*, Jan. 12, 2007, A3.
- Cather, Karin Horwall, 2007. Guarding the Gate: Expert Witness Testimony After *Daubert*. In Jack Kitaeff, ed., *Malingering, Lies, and Junk Science in the Courtroom*. Youngstown, NY: Cambria Press, 181-355.
- Cobb, Sanford, 1902. *The Rise of Religious Liberty in America: A History*. New York: MacMillan.
- Costello, Harry J. 1957. Logic in 1914 and Now. *Journal of Philosophy* 54.9: 245-64.
- Damaska, Mirjan, 1978. A Foreign Perspective on the American Judicial System. In Fetter, T. J., ed., *State Courts: A Blueprint for the Future*. Williamsburg, VA: National Center for State Courts, 337-42.

- Dawes, Gordon, 2003. *The Law of Guernsey*. Oxford: Hart.
- Dewey, John, 1911. The Problem of Truth. In Boydston, ed. 1974-1983, 6:12-68; in Hickman and Alexander, eds., 1998, 2: 101-30; and (abridged) in Haack, ed., 2006, 341-361.
- Dewey, John, 1921. Justice Holmes and the Liberal Mind. In Frankfurter, Felix, ed., *Mr. Justice Holmes*. New York: Coward McCann.
- Dewey, John, 1922. *Human Nature and Conduct: An Introduction to Social Psychology*. Reprinted. New York: Random House, 1950.
- Dewey, John, 1924. Logical Method and Law. *Cornell Law Quarterly* 10: 17-27.
- Dewey, John, 1926. The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Law Journal* 35: 655-688.
- Dewey, John, 1929. *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*. New York: Minton Balch.
- Dewey, John, 1941. My Philosophy of Law. In *My Philosophy of Law: Creeds of Sixteen American Legal Scholars*. Boston, MA: Boston Law Book Co. Reprinted 1987. Littleton, CO: Fred B. Rothman & Co., 75-85.
- Dewey, John, 1950. *Human Nature and Conduct: An Introduction to Social Psychology*. New York: Modern Library, Random House.
- Evans, Malcolm D., ed., 2003. *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Fields, Gary, 2007a. On U.S. Indian Reservations, Criminals Slip Through Gaps. *Wall Street Journal* (Jun. 12, 2007), A1, A14.
- Fields, Gary, 2007b. On Tribal Land, an Arson Leads to Murder, Prison. *Wall Street Journal* (Aug. 13, 2007), A1, A12.
- Fields, Gary, 2007c. Plaintiffs Suing U.S. Tribes Can't Get Their Day in Court. *Wall Street Journal* (Oct. 17, 2007), A1, A4.
- Fisch, Max, 1942. Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism. Reprinted in Ketner, Kenneth Laine, and Christian Kloesel, eds., *Peirce, Semeiotic and Pragmatism*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 1986, 6-18.
- Fisch, Max, 1964. Was There a Metaphysical Club in Cambridge? In Moore, E. and Richard Robin, eds., *Studies in the Philosophy of Charles Sanders Peirce*. Amherst, MA: University of Massachusetts Press, 5-32.
- Frege, Gottlob, 1879. *Begriffsschrift*. English translation by Terrell Ward Bynum in *Conceptual Notation and Related Articles*. Oxford: Clarendon Press, 1972, 101-203.

- Galanter, Marc, 1981. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism* 19: 1-47.
- George, Elizabeth, 2003. *A Place of Hiding*. London: Hodder and Stoughton.
- Giannelli, Paul C., 1983. *Frye v. United States*: Background Paper Prepared for the National Conference of Lawyers and Scientists. 99 F.R.D. (Federal Rules Decisions): 189-234.
- Glendon, Mary Ann, 2006. Judicial Tourism. *Wall Street Journal* (Sep. 16, 2006), A14.
- Gottesman, Michael, 1998. From *Barefoot* to *Daubert* to *Joiner*: Triple Play or Double Error? *Arizona Law Review* 40: 753-80.
- Grey, Thomas C., 1990. Hear The Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory. *Southern California Law Review* 63:1569-95.
- Haack, Susan, 2001-2. Worthwhile Lives. *Free Inquiry* 22.1: 50-51. Reprinted in Haack 2008a, 217-20.
- Haack, Susan, 2002. Realisms and Their Rivals: Recovering Our Innocence. *Facta Philosophica* 4: 67-78.
- Haack, Susan, 2003. *Defending Science – Within Reason: Between Scientism and Cynicism*. Amherst, NY: Prometheus Books.
- Haack, Susan, 2004. Pragmatism, Old and New. *Contemporary Pragmatism* 1.1: 3-32. Reprinted in Haack 2006, 15-67.
- Haack, Susan, 2005a. On Legal Pragmatism: Where Does “The Path of the Law” Lead Us? *American Journal of Jurisprudence* 50: 71-105.
- Haack, Susan, 2005b. Not Cynicism but Synechism: Lessons from Classical Pragmatism. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, XLI.2: 239-53. Reprinted in Shook, John, and Joseph Margolis, eds., *Companion to Pragmatism* (Oxford: Blackwell, 2006), 141-53; and in Haack 2008a, 70-94..
- Haack, Susan, 2005c. The Unity of Truth and the Plurality of Truths. *Principia* 9, 1-2: 87-110. Reprinted in Haack 2008, 43-60.
- Haack, Susan, ed. (with associate editor Robert E. Lane), 2006. *Pragmatism, Old and New: Selected Writings*. Amherst, NY: Prometheus Books.
- Haack, Susan, 2007. On Logic in the Law: “Something, but not All.” *Ratio Juris* 21.1: 1-37.
- Haack, Susan, 2008a. *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture*. Amherst, NY: Prometheus Books.

- Haack, Susan, 2008b. Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems*, forthcoming.
- Haack, Susan, 2009. The Growth of Meaning and the Limits of Formalism: Pragmatist Perspectives on Science and Law. *Teorema* (Spain), forthcoming. Also forthcoming in Portuguese translation in *Revista de Filosofia UNISINOS* (Brazil).
- Hart, H. L. A., 1961. *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press.
- Hartshorne, Charles, Paul Weiss, and (vols. 7 and 8), Arthur Burks. 1931-58. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge, MA: Harvard University Press. References to the *Collected Papers* are by volume and paragraph number.
- Hickman, Larry A., and Thomas M. Alexander, eds., 1998. *The Essential Dewey*. Bloomington and Indianapolis, IN: Indiana University Press.
- Holmes, Oliver Wendell, 1880. Review of Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, 2<sup>nd</sup> ed. *American Law Review* 14: 233-5.
- Holmes, Oliver Wendell, 1881. *The Common Law*. In Novick 1995, 109-324.
- Holmes, Oliver Wendell, 1885. The Law. Address delivered to the Suffolk Bar Association Dinner, February 15<sup>th</sup>, 1885. In Marke, ed., 1955, 62-3.
- Holmes, Oliver Wendell, 1896. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10:457-78. In Novick 1995, vol.3, 391-406. (Page references in the present article are to Novick, ed., 1995).
- Holmes, Oliver Wendell, 1913. Law and the Court. Speech at a dinner at the Harvard Law School Association of New York, February 15th, 1913. In Marke, ed., 1955, 64-5.
- Howe, Mark DeWolfe, ed., 1941. *The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Howe, Mark DeWolfe, 1957. *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hyams, Paul R., 1981. Trial by Ordeal: The Key to Proof in Early Common Law. In Morris S. Arnold et al., eds, *On The Laws and Customs of England*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 90-126.
- In Galapagos, a Race is on to Protect Turtles' Differences, 2007. *Wall Street Journal* (Jun. 9, 2007), B8.
- Islam and Rape, 2006. *Wall Street Journal* (Aug. 3, 2006), A6.

- Jackson, Vicki C., 2005-6. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review* 119: 109-128.
- James, William, 1891. The Moral Philosopher and the Moral Life. In Graham Bird, ed., *Selected Writings: William James*. Rutland, VT: Dent, 1995, 298-319; and in Haack, ed., 2006, 247-72. (Page references in the present article are to Haack, ed., 2006.)
- James, William, 1896. The Will to Believe. In Burkhardt, Frederick, and Fredson Bowers, eds., 1979, 1-31; and in Haack, ed., 2006, 221-246. (Page references in the present article are to Haack, ed., 2006.)
- James, William, 1907. *Pragmatism*. Eds. Burkhardt, Frederick and Fredson Bowers, eds., Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975. (Page references in the present article are to Burkhardt and Bowers, eds., 1975).
- James, William, 1909. *A Pluralistic Universe*. Hibbert Lectures, delivered at Manchester College, Oxford. In Bernstein, ed., 1971, 121-284.
- James, William, 1912. *Essays in Radical Empiricism*. In Bernstein, ed., 1971, 3-120.
- Janocsko, George M., 1990. Beyond the “Plastic Reindeer Rule”: The Curious Case of *Allegheny v. American Civil Liberties Union*. *Duquesne Law Review* 28: 445-387..
- Johnson, Scott, 2007. Digging a Grave for Zimbabwe. *Newsweek* (Jun. 18, 2007), 38-41.
- Kadri, Sadakat, 2005. *The Trial: A History From Socrates to O. J. Simpson*. New York: Random House.
- LaGarga, Maria, Evelyn Larruba, and Jessica Garrison, 2007. Smith Case is More than Just Theatrics: Behind the Spectacle of Model’s Death are Vexing Legal Questions. *Los Angeles Times* (Feb. 18, 2007), A1.
- Langdell, Christopher Columbus, 1871. *A Selection of Cases on the Law of Contracts*. Boston, MA: Little, Brown. 2<sup>nd</sup> ed., 1880.
- Llewellyn, Karl, 1930. A Realistic Jurisprudence – The Next Step. *Columbia Law Review* 30.4: 431-65.
- Locke, John, 1689. *A Letter Concerning Toleration*. Reprinted. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill Library of Liberal Arts, 1950. Also available at <http://www.constitution.org/jltolerati.htm>.
- Lustre, Alice B., 2001. Post-*Daubert* Standards for the Admissibility of Scientific and Other Expert Evidence. *American Law Reports* 5<sup>th</sup>, 10, 453: 1-139 (originally published 2001, updated weekly).

- Madison, James, 1785. Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments.
- Maitland, Frederic, 1909. *The Forms of Action at Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Marke, Julius, ed., 1955. *The Holmes Reader*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Docket Series. 2<sup>nd</sup> ed., 1964.
- Masud, In'Amullah Muhammad Khalid, 2006. Hudood Ordinance 1979 (Pakistan): An Interim Brief Report. Government of Pakistan. Available at [www.pakistani.org](http://www.pakistani.org).
- Morales, Alfonso, ed. 2003. *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science*. Aldershot, Hants.: Ashgate.
- Mufti, Shalan, 2007. The Fundamentalist Moderate. *Boston Globe* (Jul. 26, 2007), 1B.
- Murphy, Sean D., 2006. *Principles of International Law*. St. Paul, MN: Thomson/West.
- Norwood, John M., 2005-6. A Summary of Statute and Case Law Associated With Transacting in the Electronic Universe. *DePaul Business and Commercial Law Journal*, 4: 415-450.
- Novick, Sheldon, ed. 1995. *The Collected Works of Justice Holmes*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ogier, Darryl, 2005. *Government and Laws of Guernsey*. St. Peter Port: States of Guernsey.
- Peirce, Charles Sanders, 1877. The Fixation of Belief. In Hartshorne, et al, eds., 1931-58, 5.358-87.
- Peirce, Charles Sanders, 1878. How to Make Our Ideas Clear. In Hartshorne et al., eds. 931-58, 5.388-410..
- Peirce, Charles Sanders, 1880. On the Algebra of Logic. In Hartshorne, et al., eds. 1931-58, 3.154-251.
- Peirce, Charles Sanders, 1892. The Law of Mind. In Hartshorne et al., eds. 1931058, 6.102-162.
- Peirce, Charles Sanders, 1893. Immortality in the Light of Synechism. In Peirce Edition Project 1998, 2: 1-000.
- Peirce, Charles Sanders, 1903. Telepathy and Perception. In Hartshorne et al., eds., 1931-58, 7.597-688.
- Peirce Edition Project, 1998. *The Essential Peirce*, vol.2. Bloomington and Indianapolis, IN: Indiana University Press.

- Perry, Ralph Barton, 1935. *The Thought and Character of William James*. Boston: Little Brown and Company.
- Posner, Richard A., 2003. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Ramakrishnan, V., 2006. Guide to Indian Laws. Available at <http://www.nyulawglobal.org/globalex/India.htm> (Last visited Jul. 15, 2008).
- Rorty, Richard, 1982. *Consequences of Pragmatism*. Hassocks, Sussex, UK: Harvester Press.
- Santos, Boaventura de Sousa, 1995. *Towards a New Common Sense*. New York: Routledge.
- Scott, Robert E., and Paul B. Stephan, 2006. *The Limits of Leviathan: Contract Theory and the Enforcement of International Law*. New York: Cambridge University Press.
- Shah, Prakash, 2005. *Legal Pluralism in Conflict: Coping With Cultural Diversity in Law*. London: Glosshouse Press.
- Shishkin, Philip, 2007. Angry Neighbors? In Turkey, People Call on Mr. Sanli. *Wall Street Journal* (Jul. 16, 2007), A1, A10.
- Shriver, Harry C., ed., 1940. *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes: Constitutional Opinions, Selected Excerpts and Epigrams as Given in the Supreme Judicial Court of Massachusetts (1883-1902)*. Buffalo, NY: Dennis and Co..
- Stove, David, 1982. *Popper and After: Four Modern Irrationalists*. Oxford: Pergamon. Reprinted under the title *Anything Goes: Origins of the Cult of Irrationalism* Paddington, Australia: Macleay Press, 1998.
- Stowe, Harriet Beecher, 1851-2. *Uncle Tom's Cabin*. Reprinted. New York: Bantam Books, 1981.
- Symposium, 1990. *The Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought*. *Southern California Law Review* 63.
- Taruffo, Michele, forthcoming. 1215. In Taruffo, *La semplice verita*.
- Turow, Scott, 1993. *Pleading Guilty*. New York: Warner Books.
- Waldron, Jeremy, 2005-6. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*. *Harvard Law Review* 119: 120-147.
- Weiner, Philip P., 1949. *Evolution and the Founders of Pragmatism*. Cambridge, MA: Harvard University Press. Reprinted 1975. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.

Williams, Roger, 1644. *The bloody tenent of persecution, for cause of conscience, in a conference betweene truth and peace*. Now commonly referred to as *Bloody Tenet of Persecution*.

Wilson, E.O., 1998. *Consilience: The Unity of Knowledge*. New York: Knopf.

Young, Ernest A., 2005-6. Foreign Law and the Denominator Problem. *Harvard Law Review* 119: 148-67.

*Trabalho de pesquisadora convidada*