

# OLIVER WENDELL HOLMES JR E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NORTE- AMERICANA

Eugênio Facchini Neto<sup>1</sup>

Ana Paula Martini Tremarin Wedy<sup>2</sup>

Resumo: O presente ensaio aborda a obra doutrinária e jurisprudencial de Oliver Wendell Holmes Jr., e sua marcante influência no direito norte-americano, especialmente durante a primeira terça parte do século XX, quando foi um dos mais influentes líderes da chamada *sociological jurisprudence*. Sua influência doutrinária derivou de suas duas obras principais, *The Common Law* e *The Path of the Law*, escritas nas duas últimas décadas do século XIX, sendo a primeira considerada uma das obras mais influentes de todos os tempos, nos Estados Unidos. Seu legado jurisprudencial está ligado especialmente às três primeiras décadas do século XX, quando se destacou na Suprema Corte norte-americano. Convivendo com uma maioria conservadora, seus principais votos foram vencidos. O vigor de suas ideias e lições, porém, fez com que posteriormente seus posicionamentos se transformassem em orientações até hoje seguidas, em algumas áreas. Suas principais contribuições jurisprudenciais deram-se na defesa da liberdade de manifestação do pensamento, na defesa da *privacy*, na defesa da contenção judicial (*self-restraint*), em deferência ao poder legislativo de experimentação de políticas públicas. Utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica e

---

1 Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador do TJ/RS.

2 Mestre em Direito na PUC/RS, Juíza Federal Substituta do TRF da 4ª Região.

jurisprudencial.

Palavras-Chave: Oliver Wendell Holmes Jr. *Sociological jurisprudence*. Contenção Judicial.

Sumário: Introdução. 1 O Pensamento Jurídico Norte-Americano na Virada para o Século XX. 2 A Contribuição do Jurista Oliver Wendell Holmes Jr. 3 A Contribuição do Magistrado Oliver Wendell Holmes Jr. 3.1 *Otis v. Parker* (1903) – em defesa da contenção judicial. 3.2 *Lochner v. New York* (1905) – em defesa de uma Constituição aberta e plural. 3.3 *Coppage v. Kansas* (1915) – em defesa das experimentações sociais. 3.4 A doutrina do *clear and present danger* e o caso *Schenck v. United States* (1919). 3.5 O caso *Abrams v. United States* (1919) – em defesa da livre manifestação do pensamento. 3.6 O caso *Olms-tead v. United States* (1928) – em defesa da *privacy*. 3.7 O caso *Buck v. Bell* (1927) – o controvertido caso da eugenia. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Abstract: This essay addresses the doctrinal and jurisprudential work of Oliver Wendell Holmes Jr. and his remarkable influence on American law, especially during the first third of the twentieth century, when he was one of the most influential leaders of the so-called sociological jurisprudence. His doctrinal influence derived from his two major works, “The Common Law” and “The Path of the Law”, written in the last two decades of the nineteenth century, the first being considered one of the most influential works of all time in the United States. His jurisprudential legacy is especially linked to the first three decades of the twentieth century, when he stood out in the US Supreme Court. Working with a conservative majority, their main votes were dissidents. The vigor of his ideas and lessons, however, made his positions later become guidelines that have been fol-

lowed in some areas up to now. Its main jurisprudential contributions were in defense of freedom of expression of thought, in defense of privacy, in defense of self-restraint, in deference to the legislative power of experimentation of public policies. We have employed the bibliographical and jurisprudential research method.

Keywords: Oliver Wendell Holmes Jr. Sociological jurisprudence. Judicial self-restraint.

Contents: Introduction 1 The North American Legal Thought in the Passage to the Twentieth Century. 2 The Contribution of Jurist Oliver Wendell Holmes Jr. 3 The Contribution of Magistrate Oliver Wendell Holmes Jr. 3.1 *Otis v. Parker* (1903) - in defense of judicial self-restraint. 3.2 *Lochner v. New York* (1905) - in defense of an open and plural Constitution. 3.3 *Coppage v. Kansas* (1915) - in defense of social experimentation. 3.4 The doctrine of clear and present danger and the case *Schenck v. United States* (1919). 3.5 The *Abrams v. United States case* (1919) - in defense of free expression of ideas. 3.6 The *Olmstead v. United States case* (1928) - in defense of privacy. 3.7 The *Buck v. Bell* (1927) - the controversial case of eugenics. Final considerations. References.

## INTRODUÇÃO



o longo de cem anos, da metade do século XIX à metade do século XX, a ciência jurídica norteamericana foi dominada substancialmente por três escolas de pensamento, que se sucederam no tempo. A primeira dessas escolas foi marcada por um formalismo acentuado. Utilizava-se de um conceitualismo exacerbado, sob a égide de um abstracionismo descomprome-

tido com as realidades e exigências sociais. Tratava-se da chamada escola formalista langdelliana, em homenagem ao nome de seu maior representante, Christopher Columbus Langdell.

Reagindo aos postulados dessa Escola surge inicialmente a escola sociológica norte-americana, no final do século XIX e primeiras décadas do século XX. No âmbito doutrinário, seu nome de maior destaque (HUNT, 1978: 11) foi Roscoe Pound, renomado professor e Diretor da Harvard Law School. Na jurisprudência (embora também tenham deixado importante obra doutrinária), os maiores nomes foram de Oliver Wendell Holmes, Jr, e Benjamin Nathan Cardozo. Essa escola influenciou substancialmente o movimento que veio na sequência, em torno dos anos trinta do século XX, que representou uma certa radicalização contra o suposto cientificismo da escola formalista: trata-se do movimento do realismo jurídico norte-americano, cujos maiores nomes foram Karl Llewellyn e Jerome Frank.

Neste ensaio, pretendemos analisar a superação do pensamento formalista e a grande contribuição de Holmes para escola sociológica. Holmes escreveu uma das obras mais influentes de toda a história do direito norte-americano: *The Common Law*, escrita em 1881. Pouco depois da publicação desta obra, Holmes, que ainda era um relativamente jovem advogado (39 anos), foi convidado para compor a Corte Suprema do seu Estado natal, Massachusetts, onde jurisdicionou por quase vinte anos, até ser nomeado para a Suprema Corte dos Estados Unidos. Sua passagem pela Academia foi rápida. Estava lecionando na prestigiada Faculdade de Direito de Harvard por apenas alguns meses quando foi convidado para compor a corte suprema de seu Estado, tendo abandonado o magistério.

À parte a sua grande contribuição doutrinária, com a publicação do livro acima referido, a importância de Holmes para a ciência jurídica norte-americana está ligada à sua atividade junto à Suprema Corte norte-americana durante as três primeiras décadas do século XX. Como seus colegas eram majoritariamente

conservadores, tornou-se célebre por deles divergir com muito frequência. Acabou sendo cognominado, em razão disso, de *the Great Dissenter*. Todavia, muitas de suas posições, embora vencidas à época em que as defendeu na Corte, tornaram-se vencedoras posteriormente.

Na análise da contribuição de Holmes para o direito norte-americano, vamos inicialmente traçar o pano de fundo do pensamento jurídico da grande nação do norte no final do século XIX e início do século XX. Após, analisaremos a contribuição de Holmes enquanto doutrinador e, na sequência, analisaremos alguns dos mais famosos casos por ele julgados na Suprema Corte.

## 1 O PENSAMENTO JURÍDICO NORTE-AMERICANO NA VIRADA PARA O SÉCULO XX.

O pensamento jurídico norte-americano, na segunda metade do século XIX está substancialmente associado a Christopher Columbus Langdell (1826-1906), que dirigiu e verdadeiramente revolucionou a Faculdade de direito da Universidade de Harvard, da qual foi Diretor no período de 1870 a 1895. Tal período costuma ser denominado de “formalista”. O formalismo defendia a autonomia do Direito, que teria soluções pré-determinadas para todos os casos possíveis, pregando a utilização de métodos objetivos, dentro de um sistema lógico fechado. Consoante a visão formalista, os princípios gerais do Direito deveriam ser extraídos de precedentes, dos quais sempre seria possível deduzir soluções para os casos futuros. Para Langdell, o Direito deveria se inspirar nas ciências da natureza, sendo que o laboratório do jurista seria a biblioteca (embora se deva precisar que ele estava se referindo praticamente aos compêndios de jurisprudência). Através do estudo dos casos jurisprudenciais, o jurista poderia extrair os princípios gerais e as ideias básicas da *common law*. Como o número de casos jurisprudenciais já era

grande, naquela época, ele defendia que ao professor competia fazer a seleção daqueles casos que realmente importavam, separando-os daqueles irrelevantes. A reunião daqueles se dava através do *case-book*. Ele mesmo elaborou um importante *case-book* em matéria de contratos<sup>3</sup>. Ainda hoje o *case-method* e o *case-book* são a moeda corrente no ensino do direito em todas as Faculdades de Direito nos Estados Unidos. Posteriormente, porém, os *case-books* foram enriquecidos com outros materiais, além dos casos jurisprudenciais, especialmente textos doutrinários selecionados pela sua relevância sobre os tópicos tratados, ou referências à legislação.

Se o formalismo representa, de alguma forma, o correspondente norte-americano de movimentos como o pandectismo

---

3 Uma síntese de sua contribuição para o direito norte-americano nos é dada por GALLO: 1997, p. 302/304. Apesar de ser criticado pela sua vinculação ao formalismo, a contribuição de Langdell ao estudo do direito, nos EUA, é inestimável. Até hoje os cursos jurídicos daquele país seguem a metodologia (*case method*) e o currículo por ele introduzido. O método socrático por ele instituído é desde então utilizado em todas as faculdades de direito norte-americanas. Tanto o *case method* (em que o professor da disciplina seleciona a jurisprudência mais relevante e pertinente ao curso que ministrará, devendo esse material ser lido pelos alunos, antes das aulas) quanto o método socrático (através do qual o professor, em vez de ministrar aulas no sentido em que a concebemos, vai questionando os alunos e os forçando a extrair conclusões a partir de princípios por eles identificados a partir da prévia leitura do material fornecido) foram por ele introduzidos na relevante reforma dos estudos jurídicos da Harvard Law School, no período em que ele foi Diretor.

Eis como importantes autores referem seu legado ao ensino do Direito: “Langdell transformou a Faculdade de Direito de Harvard em inúmeras formas. Como condição de matrícula na Faculdade, ele exigiu dos interessados que ou apresentassem um título de bacharel (*baccalaureate*) em um prévio *College* (como ainda hoje se exige) ou que fossem aprovados num exame de seleção (exigências inexistentes até então); estendeu o curso de Direito de dois para três anos; criou tanto o método socrático como forma básica de ensino como seu auxiliar indispensável, o *casebook*; introduziu a necessidade de aprovação em exames finais nas diversas disciplinas; criou a *Harvard Law Review* (a primeira e mais importante Revista Jurídica norte-americana); empregou professores de tempo integral, no lugar de juristas práticos horistas, como era a regra até então; aumentou tanto o número como a qualidade dos estudantes, bem como o valor das anuidades; aumentou o tamanho da Faculdade; expandiu a biblioteca; e, mais importante, impregnou de forma permanente a ideologia de que o Direito era uma ciência” (HALL et al: 1996, 337). Sobre o formalismo jurídico, ver também GRECHENIG e GELTER: 2010, 16-18.

alemão, a Escola francesa da Exegese e a Escola Analítica de Jurisprudência inglesa, a escola sociológica pode ser aproximada aos movimentos antiformalistas europeus, como a Escola da Livre Pesquisa Científica do francês François Geny, e as escolas alemãs da jurisprudência dos interesses (Ihering) e a do direito livre, de Kantorowicz<sup>4</sup>.

A Escola norte-americana da *sociological jurisprudence* tem suas raízes na filosofia do também norte-americano William James, conhecida como pragmatismo<sup>5</sup>. Em seus escritos sobre o pragmatismo, W. James afirmava que uma das distinções mais importantes na filosofia era a existente entre racionalismo e empirismo. O racionalista seria um “devoto de princípios abstratos e eternos”; já o empirista seria um “amante dos fatos em toda a sua crua variedade”. O racionalista crê na eternidade da razão; o empirista, na variedade da experiência<sup>6</sup>. Na verdade, segundo

---

4 Nesse sentido, GALLO (1997: 307). Basta lembrar que Cardozo, no seu “A Natureza do Processo”, referiu expressamente os nomes dos líderes dessas escolas, aceitando seus fundamentos: “O juiz, como intérprete do sentimento do direito e da ordem da comunidade, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com a justiça, por meio do método de livre decisão – “libre recherche scientifique”. Este é o ponto de vista de Gény, Ehrlich, Gmelin e outros”. E um pouco mais adiante, cita expressamente Kantorowicz: “Da cultura do juiz depende, em última análise, todo o progresso da evolução do direito” – CARDOZO (1978: 55 e 56, n.r. 10).

5 A origem mais remota do pragmatismo filosófico é associada aos artigos de Charles Sanders Peirce de 1878: “The Fixation of Belief” e “How to Make Our Ideas Clear”. O artigo “Philosophical Conceptions and Practical Results” publicado em 1898 por William James engrandeceu o movimento. A Escola do Pensamento pragmatista, capitaneada também por John Dewey, foi fundamental para o pragmatismo tornar-se a principal tendência da filosofia norte-americana. No entanto, apenas no final do século XX, o movimento do pragmatismo ultrapassou a filosofia para abranger as ciências sociais (sociologia e ciência política), o direito e a literatura. Os elementos constitutivos do pragmatismo filosófico são: antifundacionalismo (no sentido de ser apenas um método de pensamento, sem dogmas, sem doutrina), consequencialismo (método empírico e experimentalista: as consequências práticas como critério de escolha das diferentes possíveis interpretações) e contextualismo (experiência humana, crenças, valores, tradições são fundamentais para o resultado das investigações científicas e filosóficas) (POGREBINSCHI, 2005: 10-14).

6 JAMES, William. *Pragmatism* (1907), *apud* BODENHEIMER, 1994: 348/349.

Kaufmann, pode-se remontar as influências sobre a escola sociológica norte-americana até o utilitarismo de Bentham e Stuart Mill (Arthur Kaufmann: 2002, 90).

O contraste entre racionalismo e empirismo foi o campo de batalha da filosofia jurídica norte-americana na virada para o século XX e nas primeiras décadas deste. O século anterior fora dominado pelo pensamento racionalista e idealista. A filosofia do direito natural dominava o pensamento dos juristas. Considerava-se a *Common Law* como um sistema racional, encarnação da razão transcendental, que continha em si todos os elementos necessários para a decisão de qualquer caso particular.

No campo estritamente jurídico, coube à Escola Sociológica do Direito, incorporando a filosofia do pragmatismo, capitanear o ataque ao pensamento formalista até então dominante, que nos Estados Unidos atende, por vezes, pelo nome de *analytical jurisprudence* (de origem inglesa) ou *legal positivism*.

O porta-voz mais destacado da reação ao pensamento formalista foi Roscoe Pound (1870-1964), considerado um dos maiores juristas norte-americanos de todos os tempos. De 1916 a 1936 foi Diretor da Faculdade de Direito de Harvard. Sua concepção mais conhecida é a do Direito como espécie de *social engineering* (engenharia social). Sua vinculação com o pragmatismo fica nítida através de algumas de suas máximas, como aquela segundo a qual *Law is experience developed by reason and applied continually to further experience* (Direito é experiência desenvolvida pela razão e aplicada continuamente a ulteriores experiências), ou esta outra: *Law must be stable, but it must not stand still* (O direito deve ser estável, mas não pode permanecer imóvel). Foi um escritor prolífico, tendo escrito 15 livros e 241 artigos doutrinários (BRAYBROOKE, 1958: 288).

Pound segue William James na atitude de “deixar de lado as coisas primeiras, os princípios, categorias” e “examinar as coisas últimas, frutos, consciências, fatos”. Nega ele a existência de princípios jurídicos eternos e imutáveis. O Direito, segundo



afirma, é fluído e muda quando mudam as condições sociais que lhe dão vida. A verdade de seus princípios é relativa, não absoluta. A ciência do direito nada mais é do que uma espécie de “engenharia social” (*social engineering*), ou seja, um instrumento para a melhoria da ordem social e econômica por meio de um esforço consciente e inteligente. É, em suma, um instrumento da civilização.

Escrevendo em 1958, professor emérito da Columbia University (PATTERSON, 1958: 395) referiu que, olhando para as mudanças sociais e jurídicas que ocorreram nos Estados Unidos na primeira metade do século XX, conclui-se que a mais influente teoria jurídica desenvolvida no período foi a da *sociological jurisprudence*, atribuindo a Pound um especial destaque.

A *sociological jurisprudence* não é, verdadeiramente falando, uma escola de filosofia jurídica. É mais um método que se utiliza de várias ciências sociais para estudar o papel do Direito como uma força viva na sociedade, procurando usá-lo para a melhoria social. Segundo sua concepção, o direito é um instrumento de controle social, amparado na autoridade do Estado. O jurista sociológico não tem preferências por nenhum tipo específico de norma, senão por aquela que se mostra a mais eficaz. Do ponto de vista filosófico, ele é um pragmatista (GARDNER, 1961: 9).

Também já foi dito, no ambiente cultural do início do século XX, que o termo “sociological jurisprudence” denotava otimismo sobre a possibilidade das ciências sociais auxiliarem a modernizar o direito norte-americano (SIMON, 2008: 938).

O adepto da *sociological jurisprudence* sabe que “o direito não é mais algo sagrado ou misterioso. Decisões judiciais são investigadas e discutidas livremente por historiadores, economistas e sociólogos. As doutrinas anunciadas pelas cortes são debatidas pela imprensa” (POUND, 1907: 12)

Pound admite que outras instituições, como a família, igreja, escola, associações profissionais, organizações sociais,

etc, também desempenham um papel no processo de ‘engenharia social’, mas afirma que “the brunt of the task falls on the legal order” (o peso principal da tarefa recai sobre a ordem jurídica), com seu aparato político da regulação e coerção (KELLY, 1996: 364).

A visão poundiana segundo a qual o direito não representa um raciocínio puramente lógico, deduzindo-se soluções a partir de princípios apriorísticos, sendo necessário procurar os resultados socialmente úteis, ‘equilibrando’ os interesses em disputa (*balancing of interests*), chegou a ser equiparada, por Bati-ffol (s/d, 46), à *Interessenjurisprudenz* dos alemães. Essa aproximação entre as duas tradições jurídico-filosóficas também fora feita por Roberto Lyra Filho (1977: 57): “Pound desenvolve uma construção aparentada à ‘jurisprudência dos interesses’ e ao teleologismo de Ihering”, e posteriormente por Vera Fradera (1992: 123/133), referindo-se esta professora à ideia comum à ambas as Escolas de que a ordem jurídica está repleta de lacunas, “cabendo ao julgador ‘achar’ a solução justa para o caso não previsto”.

Uma das grandes contribuições de Pound ao pensamento jurídico foi sua distinção entre “Law in Books and Law in Action” (denominação de um célebre artigo publicado em 1910, na revista *American Law Review*, vol. 44), onde afirma que “podemos estar certos de que a *law in the books* frequentemente tende a ser muito diferente da *law in action*” (we may be sure that law in the books will often tend to be very different from the law in action).

Outro grande nome da *american sociological jurisprudence* foi Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), igualmente um dos maiores juristas norte-americanos de todos os tempos. Cardozo, oriundo de uma família judia, tornou-se membro da justiça estadual de Nova Iorque em 1914, quando passou a integrar a *New York Court of Appeals* (equivalente, grosso modo,

aos nossos Tribunais de Justiça, embora com composição substancialmente menor), a qual passou a presidir a partir de 1926 até sua nomeação para o cargo de *Justice* da Suprema Corte em 1932, onde permaneceu até alguns meses antes de falecer, em 1938.

Apesar de sua passagem pela mais alta corte dos Estados Unidos, costuma-se dizer (DWORKIN, 2006: 55 e 63), porém, que as maiores contribuições de Cardozo para o direito norte-americano ocorreram quando ele pontificou na Corte de Apelações de Nova Iorque. Enquanto integrava a justiça de Nova Iorque, tornou-se o mais destacado juiz da *common law*, tendo dado duradouras contribuições para o desenvolvimento do direito privado norte-americano. Na área da responsabilidade civil (*tort law*), expandiu o espectro das pessoas civilmente responsáveis, através de decisões memoráveis, como *MacPherson v. Buick* (1916), que constitui a base sobre a qual desenvolveu-se posteriormente a responsabilidade dos produtores. Em outra decisão (*Ultramares Corporation v. Touche*), em 1931, contribuiu para aumentar a proteção de terceiros não contratantes. Na área contratual, desenvolveu doutrinas visando a introdução da idéia de lealdade contratual (*fairness*) nas relações negociais. O contrato, dizia ele, não pode ser encarado como gerador de comportamento puramente competitivo (*purely competitive behavior*) entre as partes, mas sim deve pressupor a existência de um comportamento reciprocamente cooperativo (*mutually cooperative behavior*). Possuía uma visão aberta do fenômeno jurídico, defendendo que o direito devia ser entendido pelos seus fins e pela sua função, e não como algo puramente conceitual ou formal.

No campo do pensamento jurídico, Cardozo afirmava que a sentença não representa apenas um processo de revelação do Direito, mas também – em grau considerável – um processo de criação. O Juiz interpreta a consciência social e a concretiza em suas decisões, mas ao assim agir, também contribui para formar e modificar a consciência que interpreta. Concordava com

os postulados essenciais da escola sociológica e do pragmatismo filosófico ao qual se vinculava, no sentido de ver no Direito uma ciência que possuía relação íntima com os fatos e realidades da vida social, bem como o fato de o Direito ser um produto das forças sociais e não uma mera decorrência do poder formal do soberano (BODENHEIMER, 1994: 348/360).

Tal como Pound, Cardozo admite que princípios podem colidir entre si. Quando isso acontece, os juízes são forçados a escolher qual deles aplicar. Todavia, diferentemente de Pound, Cardozo não se limita a essa constatação. Ele insiste ser necessário compreender como os juízes fazem essa escolha, ou seja, porque os juízes dão mais valor a um princípio do que a outro que com aquele colida no caso concreto (DUXBURY 1997: 217/218).

Tanto quanto Holmes, Cardozo deixou marcas não só na jurisprudência norte-americana, como também na doutrina. De acordo com Gilmore (1991: 73), os livros *The Common Law*, de O. W. Holmes, e *The Nature of the Judicial Process*, de Benjamin N. Cardozo, “são os dois livros mais célebres na história da doutrina jurídica americana”.

No livro *The Nature of the Judicial Process*, que reúne a série de conferências que Cardozo proferiu em 1920, junto à Yale Law School, ele se dedica a analisar o problema do procedimento que um juiz deve seguir ao decidir um caso. Ele refere que somente ocasionalmente o processo decisional comporta um ato criativo por parte do juiz; neste caso, deve o juiz considerar o que ele chamava ‘método’ da filosofia, da história, da tradição e da sociologia (LANGONE, 2016: 776). Com a expressão ‘método da sociologia’, ele queria dizer que em uma situação em que o juiz não encontra arrimo em qualquer base jurídica, deve ele levar em consideração os efeitos socioeconômicos de sua decisão (*insight* aceito também pelo movimento realista e, posteriormente, pela *economic analysis of law*).

Segundo Brutau (1977: 75), para Cardozo, a tarefa do

juiz consistia em adaptar a experiência do passado de modo que servisse melhor aos interesses do presente. Cardozo sustentava que enquanto os juízes se limitam a ser meros porta-vozes da legislação, atuando o que ela determina, a sua atividade, no essencial, é de se considerar meramente administrativa – e não judicial. Esta, propriamente, só cobra existência quando intervém a dúvida, a mesma dúvida em razão da qual puderam criar o direito o pretor, em Roma, e o chanceler, na Inglaterra.

Vale a pena reproduzir alguns trechos de sua obra doutrinária, onde ele expõe uma visão do mundo jurídico e forense à qual permanecerá fiel durante sua vida (CARDOZO, 1978: 57, 89, 151/152, 156, 175,) e que muito influenciou o pensamento jurídico norte-americano posterior:

[depois de distinguir as motivações conscientes daquelas por ele denominadas de subconscientes, diz ele que] Mais sutis são as forças colocadas tão abaixo da superfície que não podem, razoavelmente, ser classificadas senão como subconscientes. Muitas vezes, é através delas que os juízes se mantêm coerentes consigo próprios (...). Recordamos William James (...), que cada um de nós tem, na verdade, uma filosofia básica de vida (...). Há, em cada um de nós, uma torrente de tendências (...) que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente mais do que outros mortais. Durante suas vidas, forças que não reconhecem e não podem nomear os estiveram impulsionando continuamente – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; e a resultante é uma visão da vida, uma concepção das necessidades sociais, um sentido – (...) que pode determinar (...) onde deverá recair a escolha”. (...) “Podemos tentar ver as coisas tão objetivamente quanto desejamos. Não obstante, nunca podemos vê-las com outros olhos exceto os nossos próprios. (...)”

Muitas vezes perturbei-me, nos meus primeiros anos de exercício da magistratura, ao descobrir quão pouco navegado era o oceano sobre o qual eu embarcara. (...) À medida que os anos passaram, refleti mais e mais sobre a natureza da função judicial e reconciliei-me com a incerteza, porque, amadurecido, vi-a como inevitável. Amadurecido, vi que o processo em seu apogeu, não é descobrimento, mas criação; as dúvidas e suspeitas, as esperanças e temores constituem parte do trabalho do

espírito, das ânsias da morte e do nascer, nas quais os princípios que serviram a seus dias expiram e novos princípios nascem. (...)

O espírito da época (...) é, muito frequentemente, apenas o espírito do grupo em que os acidentes do nascimento, da educação, da profissão ou da companhia nos colocaram. Nenhum esforço ou revolução do espírito removerá totalmente e para sempre o império dessas fidelidades subconscientes. (...) Somos constantemente mal induzidos pela nossa extraordinária faculdade de racionalização – isto é, de imaginar argumentos plausíveis para aceitar aquilo que nos é imposto pelas tradições do grupo a que pertencemos. Somos abjetamente crédulos por natureza e aceitamos instintivamente as sentenças do grupo. (...) estamos sempre de novo ouvindo a vozinha tranquila do rebanho e prontos a defender e justificar suas instruções e conselhos, aceitando-os como maduros resultados do nosso próprio raciocínio.”

Segundo avaliação de Bernard Schwartz (1989: 147), depois de Holmes, Cardozo foi o segundo mais importante e proeminente magistrado americano da primeira metade do século XX. “O que foi Holmes para o direito público, foi Cardozo para o direito privado”.

Concluindo esse primeiro item, recorda-se a jurisprudência sociológica nega que o Direito possa ser compreendido sem considerar os fatos e realidades da vida social humana. Um juiz que deseja cumprir satisfatoriamente sua missão tem que ter um conhecimento íntimo dos fatores sociais e econômicos que modelam o Direito e influem sobre o mesmo. E é aqui que entra em cena a figura central de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1936). Dividiremos a análise da sua notável contribuição para o direito norte-americano em duas partes: a primeira versará sobre sua contribuição doutrinária e a segunda sobre sua contribuição jurisprudencial.

## 2 A CONTRIBUIÇÃO DO JURISTA OLIVER WENDELL HOLMES JR

Nascido em 1841 e criado em Boston, as credenciais de seu pai, Oliver Wendell Holmes<sup>7</sup>, professor de medicina na Universidade Harvard e um dos mais conhecidos escritores norte-americanos do século XIX, lhe permitiram conviver com a elite do pensamento norte-americano, estabelecendo laços com Charles Sanders Peirce e William James, por exemplo, com quem veio a fundar o Clube Metafísico de Harvard, base do desenvolvimento do pragmatismo filosófico (GODOY: 2006, p. 91). De fato, a ligação de Holmes com o pragmatismo atualmente está solidamente estabelecida. Susan Haak referiu que “tanto juristas quanto historiadores de filosofia identificam Holmes como o primeiro pragmatista jurídico; e o fazem corretamente, já que inúmeros temas familiares aos filósofos da tradição pragmatista clássica também podem ser encontrados no pensamento jurídico de Holmes” (HAAK, 2011: 67/8).

---

7 O fato de seu pai ter sido uma figura extremamente bem sucedida e admirada no seu tempo acarretou a Holmes Jr dificuldades para afirmação de uma personalidade própria. É o que se extrai do seguinte trecho de uma comparação entre ambos: “His father was not merely a competent physician and well-known poet but also a leading public figure of his time; he loved publicity, social companionship, and good conversation, and his public reputation was thereby so deeply entrenched that when the younger Holmes was appointed to the Supreme Court in 1902, at age sixty-one, he was chiefly described as Dr. Holmes’s son— nesses termos: WHITE, 1988: 156.

Também costuma ser referido que seu pai não se entusiasmou quando Holmes Jr. manifestou sua decisão de se matricular numa faculdade de direito, pois achava impossível que um advogado pudesse vir a ser um ‘grande homem’. Mais tarde, já reconhecido como um grande jurista, Holmes Jr. teve a oportunidade de dizer, como espécie de resposta tardia ao seu pai: “Eu digo – e agora o digo sem sombra de dúvidas – que no Direito se pode viver com grandeza, tal como alhures; que aqui como alhures o pensamento pode realizar a sua unidade em uma perspectiva sem limites; que aqui como alhures podemos satisfazer a nossa sede de viver, beber o amargo cálice do heroísmo, consumir o espírito na busca do inalcançável” (*Collected Legal Papers*, p. 30), citado por Carmelo Geraci, na sua *introduzione* a HOLMES, Oliver Holmes. *Opinioni Dissenzienti*. Milano: Giuffrè, 1975, p. XXV. Numa outra versão do difícil relacionamento de Holmes com seu pai, conta-se que quando Holmes contou ao seu pai sua decisão de estudar Direito, seu pai teria dito: “*What’s the use of that, Wendell? A lawyer can’t be a great man*”. Holmes Jr. vingou-se ao reagir a uma observação condescendente de um escritor norte-americano - “*So you are the son of the celebrated Oliver Wendell Holmes*” – respondendo prontamente: “*No, he was my father*” (STRATE, 2011).

Holmes lutou pela abolição da escravatura, servindo ao Exército da União por três anos na guerra civil norte-americana. A experiência militar de Holmes foi marcante e efetiva. Ele lutou em grandes batalhas e foi seriamente ferido por três vezes (a bala de um de seus ferimentos ficou alojada em seu corpo até sua morte). Seus biógrafos referem que sua participação na guerra “afetou substancialmente toda sua posterior visão de mundo”. Sua experiência na guerra “o curou de ilusões sociais (...) e o conduziu à aceitação da vontade predominante na sociedade que ele jurou servir”, o que explica sua doutrina da *judicial self-restraint*, destinada a ser o principal elemento da filosofia judicial de Holmes (SCHWARTZ, 2000: 186/187).

Em 1866, graduou-se em direito na Harvard Law School. Nos quinze anos seguintes dedicou-se ao exercício da advocacia e ao ensino do Direito. Publicou vários ensaios jurídicos, artigos, sumários, críticas literárias, e finalmente o livro *The Commow Law* (1881), em que critica o formalismo e o método do ensino jurídico introduzido em Harvard por Christopher Columbus Langdell.

Na introdução à reimpressão, em 1991, de sua grande obra doutrinária, *The Common Law*, o professor Sheldon M. Novick assim se referiu à obra de Holmes: “O livro *The Common Law*, de Oliver Wendell Holmes tem sido identificado como a maior obra jurídica da doutrina americana e uma das maiores peças intelectuais da América do século XIX. *The Common Law* teve um considerável impacto no direito contratual e da responsabilidade civil, tanto nos Estados Unidos quanto na Grã-Bretanha”.

O livro *The Common Law* é dividido em onze capítulos, tratando dos seguintes temas: 1) Formas primitivas de responsabilidade; 2) Direito Criminal; 3) Responsabilidade civil (Trespass and Negligence); 4) Teoria da Responsabilidade Civil (Fraud, Malice and Intent); 5) Depósito; 6) Posse; 7) Contratos I – História; 8) Contratos II – Elementos; 9) contratos III – Nulo



e anulável; 10) Sucessões - I Pós-morte; II – Inter vivos; 11) Sucessões – II – Inter vivos.

Com uma clareza cristalina, Holmes sintetiza os princípios fundamentais das principais áreas do direito privado, sendo uma das mais clássicas introdução ao direito privado norte-americano.

Já na primeira página de seu *The Common Law*<sup>8</sup>, afirma que:

“A vida do Direito não tem sido a lógica, mas sim a experiência. As necessidades sentidas da época, as teorias políticas e morais predominantes, as intuições sobre o interesse público – confessadas ou inconscientes -, inclusive os preconceitos que os juízes compartilham com seus concidadãos, tem tido muito mais influência que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados”.

A primeira frase acima reproduzida (*the life of the law has not been logic, but experience*) é conhecida e repetida por todos os juristas americanos. Ela praticamente representa a essência das escolas antiformalistas, especialmente a *sociological jurisprudence*.

Ainda que Holmes, incansável leitor e ciente do desenvolvimento das ideias jurídicas em todo o mundo, tivesse conhecimento do fato histórico de que o direito estava sendo codificado na maior parte do mundo, em detrimento da tradição da *common law*, ele permaneceu toda sua vida enamorado pela *common law*, entendendo-a superior ao positivismo legalista em ascensão no mundo (MENDENHALL, 2015: 138)

Em 1897 Holmes publicou o ensaio *The Path of the Law*, originado de uma conferência que ele fez, naquele mesmo ano,

---

8 Para salientar a importância desse livro, cito o seguinte trecho: “Seu *Common Law* foi o primeiro trabalho americano a examinar as instituições e concepções jurídicas exclusivamente sob o ponto de vista do seu desenvolvimento histórico. Pela primeira vez um jurista americano examinou o direito como um antropologista o enxergaria – como uma parte orgânica da cultura dentro da qual ele cresceu. (...) Este foi o livro que mudou tanto a vida de Holmes quanto o curso do direito americano” – SCHWARTZ (2000: 187).

na Boston University School of Law. Nessa obra, prosseguiu ele na crítica ao pensamento jurídico formalista, enfatizando que o Direito deveria ser construído à luz dos objetivos sociais que se propõe a alcançar, mas apresentando um pensamento mais conservador. Uma boa apreciação dessa obra, suas origens, seu impacto e sua crítica, encontra-se em COHEN (1989: 61 a 68).

Holmes era cético sobre a capacidade das leis de proverem solução precisa para os casos concretos. Enfatizou a influência de fatores externos à lei na tomada da decisão judicial, concepção mais tarde adotada como fundamento máximo do Realismo Jurídico.

Foi nesse ensaio (*The Path of the Law*) que Holmes desenvolveu a “teoria da predição” (*prediction theory*), ou alegoria do homem mau (*bad man*), teoria depois adotada como um dos pressupostos do Realismo Jurídico, segundo a qual, na interpretação do Direito, os juristas deveriam focar na previsão de como os tribunais decidirão:

“O que é o Direito? Vocês encontrarão autores que dirão que é algo diverso do que é decidido por tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que é uma dedução a partir de princípios éticos ou de axiomas consolidados, que pode ou não coincidir com o que foi decidido por aqueles tribunais. Mas se nós pegarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau (*bad man*), nós perceberemos que ele não dá a mínima para princípios ou axiomas ou deduções. O que ele quer saber é como as cortes de Massachusetts ou da Inglaterra realmente decidirão seu caso. E eu concordo com essa visão. *Profecias sobre o que as cortes efetivamente farão, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por Direito*”.<sup>9</sup>

---

9 HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Acessado em <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>, em 25.01.16. O ensaio foi publicado originalmente no volume 10 da Harvard Law Review, 1897. O trecho, no original é: “What constitutes the Law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the *bad man* we shall find that he does not care two straws for the

Ou seja, Holmes adota a perspectiva de um hipotético bandido (daí também o nome de *bad man theory*) que, quando processado, está apenas interessado nas conseqüências jurídicas para si, decorrentes da violação da lei. Ele não tem preocupações morais. Apenas deseja saber como será julgado pelo tribunal encarregado do seu caso. Para Holmes, conhecer o Direito é prever como os juízes irão julgar determinados casos.

Isso não significa, porém, que Holmes colocasse uma barreira entre standards éticos e a lei. Ao contrário (KELLOGG, 2007: 88). Holmes concebia o direito como ‘experiência’, e que o conhecimento do mundo somente é possível através da experimentação. Segundo ele, o Direito é ‘constituído por práticas contextuais, situadas, radicadas nos costumes e nas expectativas condividas’. Defendia a opinião de que “a continuidade com o passado não é um dever, mas somente uma necessidade” (MINDA, 2001: 33 e 34).

Na sua biografia divulgada no site da “American History, from Revolution to Reconstruction”<sup>10</sup>, Holmes é considerado um dos gigantes do direito Americano, não somente porque ele escrevia tão bem, mas também porque ele escreveu tanto e por tão longo tempo. Sempre é possível localizar-se uma citação sua pertinente a qualquer situação. Até mesmo o prédio da Receita Federal norte-americana (Internal Revenue Service building), em Washington, D.C., reproduz uma frase sua: "Taxes are the price we pay for a civilized society" (impostos é o preço que pagamos para termos uma sociedade civilizada).

Analisaremos, a seguir, a contribuição de Holmes para o desenvolvimento do direito nos Estados Unidos, focando especialmente em alguns votos célebres de Holmes, que demonstram

---

axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”.

10 <http://www.let.rug.nl/usa/biographies/oliver-wendell-holmes/>, acesso em 03.01.2017.

a coerência entre suas ideias filosóficas e sua aplicação jurisprudencial. Holmes acreditava que se alguém quisesse realizar algo grande, teria de fazê-lo antes de atingir os quarenta anos. Ele poderia dizer ter observado esse limite temporal, já que publicou seu magistral *The Common Law* quando tinha 39 anos. “O resto da vida”, disse Holmes antes de chegar aos 40 anos, “é destinado a burilar os detalhes” (AICHELE, 1989: 109, n. 16). Em 1916, John Wigmore (1916: 601) disse que “Justice Holmes é o único magistrado Americano que conheço que traçou para si um sistema de ideias jurídicas e de posições genéricas frente à vida, e redigiu seus votos em harmonia que o sistema por ele elaborado”.

Selecionamos alguns dos casos mais famosos julgados por Holmes, quer como integrante da maioria, quer como votos vencidos. Em razão de limites para o presente artigo, deixamos de fazer uma mais completa relação entre a obra doutrinária e seus casos jurisdicionais, remetendo o leitor interessado ao excelente e completo artigo de Patrick J. Kelley (1990: 429/483), que pacientemente relacionou suas posições doutrinárias, nos dois famosos livros e nos seus inúmeros outros artigos escritos, e seus votos na Suprema Corte.

### 3 A CONTRIBUIÇÃO DO MAGISTRADO OLIVER WENDELL HOLMES JR.

Após uma bem sucedida carreira na advocacia de Boston, ao longo de quinze anos, em 1883 Holmes foi nomeado juiz da Suprema Corte Judicial de Massachusetts, onde trabalhou por vinte anos, sendo os últimos três como Chief Justice (Presidente da Corte).

Já nesse período Holmes apresentava algumas ideias discrepantes das de seus colegas mais conservadores. Isso ficou claro nos julgamentos que participou, envolvendo greves e pi-

quetes, que a partir de 1890 começavam a se tornar mais frequentes no Estado de Massachusetts, nos primórdios dos movimentos trabalhistas e da organização sindical. Os empregadores temiam que os sindicatos (Labor Unions), organizando greves e fazendo demandas coletivas, pudessem prejudicar seus negócios. Assim, muitos deles ajuizaram ações contra os nascentes sindicatos, buscando a reparação de danos em razão de greves e piquetes. Holmes entendia que os trabalhadores deveriam ter o direito de fazer greve e piquetes, para tentar fazer respeitar seus interesses trabalhistas. Sua tomada de posição não encontrou apoio entre os demais juízes, entre os empresários e entre os políticos do seu Estado. Apesar disso, ele manteve-se fiel às suas convicções e votou vencido em algumas causas. Tornou-se conhecido o caso *Vegeahn v. Guntner*, julgado em 1896, pela Suprema Corte de Massachusetts. A maioria dos juízes proibiu os grevistas de fazerem piquetes impedindo outros trabalhadores de ingressarem na fábrica de móveis de propriedade de Frederick Vegeahn. Cinco dos sete juízes entenderam que, em nome da “liberty of contract”, tanto os empregadores quanto os empregados tinham o direito de estabelecer as cláusulas de seus contratos de forma livre e irrestrita. Uma vez pactuadas as cláusulas, essas deveriam ser cumpridas. A maioria entendeu que a greve e os piquetes interferiam com essa liberdade contratual. Holmes dissentiu, entendendo que se o Direito protegia os proprietários e empresários, deveria também proteger os trabalhadores, como forma de tornar justa sua ‘competição’ (LITTLEFIELD & WICEK, 2005: 48/49).

Em 1902 Holmes foi nomeado *Justice* (“Ministro”, na nossa terminologia) da Suprema Corte dos Estados Unidos. Na época da nomeação, Holmes tinha já completado 61 anos, sendo o mais idoso Justice a ser nomeado para a Suprema Corte. Aposentou-se em 1932, aos 90 anos, ainda perfeitamente lúcido, havendo consenso no sentido de ter sido ele um dos mais brilhantes magistrados norte-americanos de todos os tempos.

Em 25 dos seus 29 anos de Suprema Corte, Holmes nunca faltou a uma sessão da Corte. Ele caminhava diariamente de sua casa até o Tribunal, percorrendo uma distância de mais de quatro quilômetros.<sup>11</sup>

Como a composição da Suprema Corte, naquela época, era extremamente conservadora, Holmes votou de forma divergente em inúmeros importantes casos. É conhecido como o mais importante prolator de votos vencidos de toda história jurídica dos Estados Unidos. Suas divergências, porém, geralmente antecipavam grandes guinadas posteriores na jurisprudência norte-americana. Holmes era um juiz que estava à frente de seu tempo histórico.

Enquanto magistrado, os votos vencidos de Holmes concederam prestígio e popularidade às opiniões divergentes no âmbito da Suprema Corte, antecipando a concepção atual dos votos dissidentes como importante meio de expressão judicial. Suas decisões judiciais são caracterizadas não apenas pelo emprego de metáforas como instrumento estilístico distintivo, mas também pela brevidade, inovação e franqueza da linguagem empregada, pela insistência em ser específico e não formalista, em identificar valores e políticas ao invés de invocar fórmulas (POSNER, 1992)

Apesar de sua própria afirmação no sentido de que “o direito não é lugar para o artista ou para o poeta”, Holmes tinha “a alma do artista e do poeta”. Ele empregava as palavras como ferramentas para adaptar o direito às necessidades contemporâneas e, ao fazê-lo, enriquecia tanto o idioma inglês quanto a jurisprudência. Como disse um colega seu: “desejaria poder fazer que meus casos soassem tão simples e fáceis como Holmes faz soar os seus” (as duas últimas citações são do *Justice Stone*). Citando Cardozo, diz B. Schwartz (1989: 133 e 134) que “como

---

11 "Oliver W. Holmes, Jr.," *Oyez*. Chicago-Kent College of Law at Illinois Tech, n.d. Jan 3, 2017. <[https://www.oyez.org/justices/oliver\\_w\\_holmes\\_jr](https://www.oyez.org/justices/oliver_w_holmes_jr)>

estilista e construtor de frases, Holmes não foi segundo para ninguém. Quem mais foi capaz de condensar a totalidade de uma filosofia jurídica em um parágrafo?” Estilisticamente, Holmes somente pode ser comparado a Voltaire, por sua capacidade para comprimir profundos pensamentos em epigramas e aforismos.

O historiador de direito FRIEDMAN (2002: 277), depois de criticar amargamente o estilo de redação das *opinions* dos juízes norte-americanos, inclusive os da Suprema Corte, por serem demasiadamente longas, empoladas e sem estilo, refere que “talvez a mais proeminente exceção e talvez o mais famoso de todos os justices da Suprema Corte, foi Oliver Wendell Holmes Jr.”, referindo que “*no one more brilliant and protean has ever graced the Supreme Court*”.

Para os padrões norte-americanos, sua produção de votos ao longo de seus trinta anos de judicatura junto à Suprema Corte é impressionante naquele contexto (considerando a média de 80/100 acórdãos que a Suprema Corte norte-americana profere a cada ano) – e até hoje restou imbatido: foram 873 *opinions* (votos) proferidas em três décadas (Hall & Patrick, 2006: 84). Do ponto de vista qualitativo, tais votos até hoje são festejados, celebrados e muitos deles continuam regendo importantes setores da sociedade americana.

Holmes acreditava que os juízes precisam transcender suas próprias convicções. Sustentava que suas opiniões políticas não interferiam no desempenho de seu papel enquanto membro da Suprema Corte. Conscientemente ele resistiu à pressão dos partidos políticos e da opinião pública, concentrando-se mais no desenvolvimento das estruturas fundamentais do Direito (AICHELE, 1989: 136-140).

Suas convicções a respeito da arte e ofício de julgar e sobre a função do judiciário já foram assim resumidas (MENDENHALL, 2013) : 1) defendeu a *judicial restraint* como forma de deferência aos legisladores, entendendo que, dentro dos limi-

tes fixados na Constituição, cabe aos legisladores, representantes do povo, fazerem opções e enveredar por experimentos sociais que lhes pareçam adequados; 2) admirava o sistema da *common law*, pelo qual o direito evolui lentamente, sempre retendo e refletindo a sabedoria e valores das gerações passadas; 3) era cético em relação ao direito natural e aos direitos naturais que, como conceitos, são demasiadamente vagos e podem justificar uma ampla diversidade de abordagens judiciais.

Holmes incitava aos juízes a estudarem economia e estatística, bem como pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deveriam ser claramente identificadas (GODOY, 2013, item 4.1., s/p).

Analisaremos, a seguir, alguns dos mais importantes casos julgados por Holmes, onde sua filosofia jurídica encontra aplicação prática.

### 3.1 OTIS v. PARKER, 187 US 606 (1903) – EM DEFESA DA CONTENÇÃO JUDICIAL.

Trata-se de um dos primeiros casos julgados por Holmes, poucos meses após assumir o cargo de *Justice* da Supreme Court. Nele, teve Holmes a oportunidade de expor o fundamento básico de sua filosofia hermenêutica, sustentando suas ideias sobre tolerância e equidistância judicial.

Em determinado trecho do acórdão, afirmou Holmes que “ainda que os tribunais devam julgar de modo autônomo, isso não significa que seja inválida toda a lei que os juízes considerem excessiva ou incôgrua relativamente ao que parece ser seu escopo, ou fundada em concepções morais que não sejam por eles condividas. É preciso deixar considerável espaço para pontos de vista diferentes” (HOLMES, 1975: 23/29).

### 3.2 LOCHNER v. NEW YORK (1905) – EM DEFESA DE UMA CONSTITUIÇÃO ABERTA E PLURAL.



O tristemente famoso caso *Lochner v. New York*, julgado em 17 de abril de 1905 pela Suprema Corte norte-americana, por escassa maioria de 5 a 4, simbolizou durante três décadas o conservadorismo da maioria dos membros daquela corte, acolhendo e reforçando o chamado *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo).

Eis os fatos subjacentes: na última década do século XIX iniciou-se um movimento que buscava algumas reformas sociais através da legislação de alguns Estados. Entre outros objetivos, visava garantir maior proteção a alguns trabalhadores – especialmente mulheres, crianças e trabalhadores em atividades insalubres ou perigosas. Constatou-se, então, que, diante da inexistência de legislação restritiva, os padeiros que trabalhavam no Estado de Nova Iorque costumavam trabalhar mais de cem horas semanais, normalmente em condições as mais insalubres possíveis (porões quentes e abafados no verão, frios e úmidos no inverno), com potenciais danos à sua saúde. Esse movimento logrou convencer os políticos novaiorquinos a editarem uma lei – o *Bakeshop Act* -, em 1895, que vedava o trabalho de padeiros por períodos superiores a dez horas diárias ou sessenta dias por semana.

Os pequenos proprietários de padarias, que empregavam poucos padeiros e não obtinham muitos lucros, sentiram-se especialmente prejudicados pela nova legislação. Um desses pequenos padeiros, chamado Joseph Lochner, foi multado em 50 dólares, com base em tal legislação, por ter um padeiro trabalhando por mais de sessenta horas semanais. Ele recorreu à justiça estadual novaiorquina, sustentando a inconstitucionalidade da legislação, mas perdeu em todas as instâncias estaduais. Seu advogado conseguiu, então, levar o caso até a Suprema Corte norte-americana, alegando violação da 14<sup>a</sup> emenda constitucional, alegando ter sido privado de sua liberdade e propriedade sem o devido processo legal.

A noção clássica de *due process of law* fora positivada no direito norte-americano através da emenda constitucional n. V (integrante do *Bill of Rights* – conjunto das dez primeiras emendas à Constituição Federal - proposto em 1789 e aprovado em 1791, estabelecendo que o governo federal não poderia privar ninguém da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal). O entendimento logo firmado foi no sentido de que ela se aplicava apenas ao governo federal. Mais tarde, foi ela novamente referida na emenda constitucional n. XIV, de 1868, estendendo também aos Estados-membros o dever de respeitar o devido processo legal. Tal cláusula sempre fora entendida como uma obrigação imposta a todos os entes governamentais de operar de acordo com o princípio da legalidade, usando procedimentos justos. Ou seja, tratava-se de um devido processo legal de natureza processual ou procedimental.

Todavia, já a partir dos anos oitenta do século XIX, uma corrente conservadora passou a sustentar a existência de limites maiores à atuação governamental, advogando-se um devido processo legal de natureza substancial ou substantiva (*substantive due process of law*). Segundo tal posicionamento, da Constituição Federal e suas emendas se extrairiam limites àquilo que legalmente poderia ser positivado pelo Legislativo, ou ao menos imporia a observância de determinados requisitos procedimentais. Tal idéia sustentava a possibilidade das cortes judiciais analisarem o conteúdo da legislação emanada, bem como a validade dos meios adotados para sua implementação, principalmente quando essa ‘legislação econômica e social’ entrava em potencial conflito com algum direito previsto na Constituição. Essa concepção, que já estava sendo adotada para derrubar a legislação estadual reguladora das ferrovias, veio a se consolidar no caso *Lochner*, quando a maioria dos juízes da Suprema Corte entendeu que o benefício público decorrente de tal legislação não justificava a privação dos padeiros do seu “direito” de trabalhar sob os termos e condições contratualmente estabelecidos.

O princípio constitucional que teria sido violado pelo *Bakeshop Act* novaiorquino de 1895, segundo tal argumento, seria a “liberty of contract”. Tal princípio não fora previsto diretamente na Constituição ou em suas emendas posteriores, mas estava sendo “construído” pela jurisprudência das cortes judiciais a partir de uma leitura ampliativa da 14<sup>a</sup> emenda à constituição federal. Sustentava-se que a ‘liberty’ protegida pela *due process clause* incluía o direito de desenvolver uma atividade comercial ou uma vocação (“the right to pursue an ordinary trade or calling”, como sustentado já em 1873 no voto dissidente do Justice Stephen Field, nos célebres *Slaughterhouse cases*). A partir dos anos oitenta do século XIX a doutrina da ‘liberty of contract’ vinha sendo recorrentemente usada pelas cortes estaduais para defender que a Constituição protegia o direito de estabelecer relações contratuais livres de qualquer interferência governamental desarrazoada. A Suprema Corte, porém, só havia aplicado tal entendimento uma única vez, no caso *Allgeyer v. Louisiana*, em 1897. O redator do caso Allgeyer, Justice Rufus Peckham, foi também o redator do caso *Lochner*. Ele expandiu e reforçou os argumentos já anteriormente adotados, afirmando que a legislação novaiorquina necessariamente interferia com os direitos contratuais entre empregadores e empregados. Ele textualmente afirmou que a liberdade garantida pela XIV Emenda Constituição incluía o direito de comprar e vender trabalho (“included the right to purchase and sell labor”)<sup>12</sup>. Portanto, qualquer legislação interferindo com esse direito seria considerada inválida, a não ser que existissem circunstâncias especiais e relevantes. Seu voto recebeu a adesão de outros quatro *justices*, formando a maioria.

Num dos quatro votos dissidentes, o Justice John Marshall Harlan sustentou que a maioria havia baseado sua argumentação numa presunção equivocada. Harlan acreditava que

---

12 *Lochner v. New York* (198 U.S. 45- 1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> . Acesso em 29/11/2014.

quando a validade de uma lei era questionada em termos de sua compatibilidade constitucional, dever-se-ia partir da presunção de sua constitucionalidade. Harlan foi acompanhado pelos *justices* White e Day. Com argumentação um pouco diversa posicionou-se o quarto dissidente, Oliver Wendell Holmes, Jr, sustentando que uma lei estadual deveria ser tida como constitucional a não ser que violasse princípios fundamentais do ordenamento jurídico ou das tradições vigentes, segundo a percepção de uma pessoa racional. Holmes também criticou acerbamente a maioria vencedora, afirmando que a doutrina por ela acolhida nada mais fazia do que refletir teorias de darwinismo social e da economia do *laissez-faire*. Em suas famosas palavras: “*A Constitution is not intended to embody a particular economic theory. It is made for people of fundamentally differing views*” (em tradução livre: “uma Constituição não pretende incorporar uma particular teoria econômica. Ela é feita para pessoas com pontos de vista fundamentalmente diversos”).

Holmes condenou a visão político-libertária da Suprema Corte e assim se manifestou sobre a interpretação da XIV Emenda da Constituição e a cláusula do devido processo legal<sup>13</sup>: “Proposições gerais não decidem casos concretos (*general propositions do not decide concrete cases*). A decisão dependerá mais de uma escolha fundada em uma sutil intuição do que de

---

13 Na verdade, em 1891, quando ainda integrava a Corte Suprema de Massachusetts, Holmes já havia manifestado seu pensamento, divergindo da maioria no caso *Commonwealth v. Perry*. Naquele caso, aquela corte estadual fora acionada para apreciar a legitimidade, frente à Constituição de Massachusetts, de uma lei daquele Estado que proibia cláusulas contratuais permitindo desconto do salário dos empregados da indústria têxtil em razão de imperfeições identificadas nas peças fabricadas. A maioria dos juízes entendeu que ainda que não houvesse uma vedação constitucional expressa, a lei violava o direito natural e inviolável do cidadão de ‘adquirir, possuir e defender sua propriedade’, direito esse que abrangia o direito de estipular “contratos razoáveis”. Holmes, ainda que admitindo uma ampla liberdade contratual, alertou para o perigo de tal cláusula contratual para o contratante mais vulnerável, o que justificava a intervenção do legislador. – Sobre esse caso, reproduzindo parte do voto vencido de Holmes, v. HOLMES, 1975: 5/8.

qualquer premissa maior bem articulada.”<sup>14</sup>

Apesar das críticas veementes feitas não só pela minoria vencida, em fundamentados votos, mas também por boa parte dos juristas, políticos e a sociedade em geral, as idéias acolhidas pela maioria no caso *Lochner* continuaram a exercer forte influência sobre toda a jurisprudência norte-americana durante as três décadas seguidas, chamadas de *era Lochner*. Entre 1905 e 1937, quando a Corte, com a mudança de sua composição, finalmente alterou seu posicionamento, no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, um sem-número de leis estaduais (e algumas federais) foi derrubado com base no precedente do caso *Lochner* (KENS, 1992, verbete “*Lochner v. New York*”; TUSHNET, 2008: 81/92)

O mesmo raciocínio e a mesma divergência foi exposta por Holmes alguns anos mais tarde, ao julgar o caso *Adkins v. Children's Hospital*, em 1923. A diferença ficou por conta de que no caso *Lochner*, tratava-se da constitucionalidade ou não de lei que fixava jornada máxima de trabalho (naquele caso, para os padeiros de Nova Iorque), ao passo que no caso *Adkins* tratava-se da constitucionalidade ou não de uma lei do Congresso que fixava um salário mínimo para as trabalhadoras do Distrito de Colúmbia (Distrito Federal onde se localiza a cidade de Washington). Em determinado trecho de sua dissidência, Holmes, coerente com sua filosofia de auto-restrição judicial, afirmou que “o critério de constitucionalidade a seguir não consiste em saber se, ao nosso juízo, a lei responde ou não ao bem público”.

Embora o voto divergente de Holmes não tenha tido muita repercussão imediata, até porque suas meras 617 palavras ficaram submersas pelas mais de 9.000 palavras usadas pelos votos da maioria, seu contundente voto logo alcançou notoriedade, chegando a ser tido como verdadeiro ícone (BOWDEN, 2009). Juristas consagrados da atualidade consideram que referido voto é “the greatest judicial opinion of the last hundred

---

14 Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> . Acesso em 29/11/2014.

years” (POSNER, 1998: 271) e “a major turning point in American constitutional jurisprudence” (WHITE, 1993: 324).

### 3.3 COPPAGE v. KANSAS (1915) – EM DEFESA DAS EXPERIMENTAÇÕES SOCIAIS.

Os votos dissidentes de Holmes são reconhecidos por manifestarem uma política de moderação judicial (*judicial restraint*). Holmes continuamente reiterou que a responsabilidade por determinar que medidas eram necessárias para enfrentar os problemas econômicos e sociais recaía sobre o povo e seus representantes eleitos, e não sobre os juízes (caso *Baldwin v. Missouri*, j. em 1930). O enfoque de Holmes baseava-se na convicção de que era algo terrível invalidar um ato dos representantes eleitos do povo e que o poder de fazê-lo não deveria ser exercido senão quando as circunstâncias fossem imperiosas.

No entanto, contrapondo-se à postura ativista adotada pela Suprema Corte no período, em viés conservador, a deferência ao legislador como argumento de seu voto dissidente, proferido no caso *Coppage v. Kansas* (1915), não evitou que a Suprema Corte declarasse a inconstitucionalidade de uma lei que visava a proteção de empregados do Estado do Kansas, considerando ilícita a pactuação de cláusulas contratuais que impedissem os empregados de filiarem-se a sindicatos. Referida norma foi declarada inconstitucional sob o fundamento de que a proibição legal violava o direito constitucional ao devido processo legal dos empregadores e que não era dever do Estado assegurar equivalentes poderes de barganha entre empregadores e empregados.

Não obstante, apesar de vencido, a fundamentação de Holmes reiterando seu entendimento de que não compete ao Judiciário decidir se os políticos devem ou não optar por uma legislação progressista e com preocupações sociais, quando a Constituição não proíbe tais escolhas, até hoje é invocada

quando se pretende defender uma postura de contenção judicial.<sup>15</sup>

De fato, acórdãos da Suprema Corte da década de 70 invocam seu nome para afirmar que “os pontos de vista opostos de política pública, relativos a negócios, economia e assuntos sociais, constituem matéria de escolha legislativa” (caso *North Dakota Board of Pharmacy v. Snyder’s Drug Store*, 1973), ou que “as cortes devem deferência às opções legislativas, a menos que se demonstre sua arbitrariedade ou irracionalidade” (caso *Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group*, 1978), ou ainda, “o poder judicial não deve estabelecer-se como uma super-legislatura para julgar a sabedoria ou as vantagens de determinadas políticas legislativas... na esfera econômica local, somente o ato totalmente arbitrário é que não se deve tolerar” (caso *New Orleans v. Dukes*, 1976).

Como pontua Posner (2008: 287/288), a noção de Holmes e Brandeis no sentido de que os Estados são laboratórios para experimentação social é, ao mesmo tempo, a quintessência do pragmatismo ao exaltar a superioridade da experimentação sobre julgamentos a priori, e a pedra angular de uma política de moderação judicial.

### 3.4 A DOUTRINA DO *CLEAR AND PRESENT DANGER* E O CASO *SCHENCK v. UNITED STATES* (1919).

O caso *Schenck v. United States* abre a série de casos ligados à Primeira Guerra Mundial, envolvendo a Lei de Espionagem, de 15.06.17 (alterada e ampliada pela *Sedition Act* de 16.05.18), que incriminava qualquer conduta que pudesse representar incitamento à obstrução de recrutamento, insubordinação militar ou redução da produção bélica.

A importância do caso reside no fato do conflito de tal

---

15 Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/1/case.html>. Acesso em 02/04/15.

vedação com a liberdade de manifestação de pensamento. Nesse caso é formulada, pela primeira vez, a doutrina do *clear and present danger*, até hoje invocada em decisões judiciais norte-americanas.

Tratava-se de recurso de réus condenados sob tal legislação, por terem elaborado e divulgado panfletos contra o recrutamento e arrolamento de soldados durante Primeira Guerra Mundial. O recurso dos condenados era apoiado na liberdade constitucional de palavra e de imprensa.

Ao julgar esse caso, Holmes concluiu que a supressão legal do discurso contrário à guerra não violava a cláusula constitucional da liberdade de expressão, ao fundamento de que a nação em guerra tem o direito de suprimir o discurso que seria tolerável em tempos de paz. Ele também ressaltou que o “freedom of speech”, embora constitucionalmente protegido, não era um direito absoluto, ilustrando seu pensamento com uma frase destinada a ser invocada incontáveis vezes depois daquele julgamento:

“o caráter de cada ação depende das circunstâncias em que ela é realizada (...) *A mais rigorosa garantia da liberdade de expressão não protegeria quem, em um teatro, gritasse “fogo”, causando pânico entre os espectadores (...)*. O problema consiste em saber se as palavras são usadas em circunstâncias tais e são de tal natureza que criam o *perigo claro e iminente (clear and present danger)* do dano substancial que o Congresso tem o poder de impedir. É um problema de gradação.”

A prova do *clear and present danger* serve para indicar a liberdade de expressão em uma sociedade livre, mas também para enfatizar que seu exercício deve ser compatível com a preservação de outras liberdades essenciais para uma democracia, garantidas constitucionalmente. Quando esses outros atributos de uma democracia são ameaçados por meio da palavra, a Constituição não nega poder ao governo para restringi-la.

No caso *Schaefer v. United States* (1920), Holmes sustentou que ‘*clear and present danger*’ não é um standard, nem um absoluto matemático – “é uma questão de proximidade e



grau”; portanto, sua aplicação variará caso a caso e dependerá das particulares circunstâncias que se apresentem. Discursos que seriam inócuos se dirigidos a uma plateia esclarecida, poderiam produzir um resultado inteiramente diferente em bairros onde uma leve fagulha poderia ser suficiente para acender uma chama. Esse posicionamento de Holmes tem clara inspiração em John Stuart Mill, que em seu celebrado ensaio *On Liberty* formulou exemplo bastante assemelhado (SCHWARTZ, 1989: 130).

### 3.5 O CASO *ABRAMS v. UNITED STATES* (1919) – EM DEFESA DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO.

A dissidência de Holmes no caso *Abrams* fixou o fundamento e a essência da Primeira Emenda à Constituição norte-americana como sendo o de um “livre mercado de ideias”. O melhor teste para o alcance da verdade se dá através da competição dos diversos projetos para a sociedade, buscando sua aceitação pelo povo (SCHWARTZ, 1993: 221).

O caso julgado envolvia fatos ocorridos em 1918. Cerca de um ano após a revolução russa de 1917, os réus haviam escrito e distribuído panfletos em Nova Iorque, nos quais criticavam o governo norte-americano por enviar tropas para a Sibéria (em apoio às forças reacionárias que resistiam à Revolução Russa) e incitavam os trabalhadores a realizarem uma greve geral em apoio à revolução bolchevique. No caso *Abrams v. United States* a Suprema Corte manteve a condenação dos réus, seis imigrantes russos, pela prática do crime de conspiração, previsto no *Espionage Act* de 1917.

Em seu voto dissidente, Holmes analisou de forma mais criteriosa a intenção dos réus e o real impacto que o discurso proibido na Lei de Espionagem poderia causar nos leitores, concluindo pela impossibilidade de supressão e criminalização da liberdade de expressão no caso.

Holmes, nesse caso, ofereceu, pela primeira vez na história da Corte, uma poderosa defesa da liberdade de expressão. Excepcionando a postura de contenção judicial por ele tradicionalmente adotada, enfatizou a proteção ao “livre mercado de ideias” como essencial ao desenvolvimento do processo democrático: “Quando a humanidade perceber que o tempo tem estremeado muitos dos valores pelos quais lutam, talvez possam acreditar (...) que o maior bem comum desejável é melhor alcançável pelo livre mercado de ideias: que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento ser aceito no mercado competitivo, e que a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados de forma segura”, disse ele em seu voto.

Alguns anos mais tarde, em 1925, Holmes novamente divergiu da maioria, em caso envolvendo liberdade de expressão. Tratava-se do caso *Gitlow v. New York* (268 U.S. 652), que envolvia a legalidade da condenação, em 1919, de Benjamin Gitlow, um dos líderes extremistas do movimento socialista norte-americano, por ter divulgado um “manifesto da esquerda”, incentivando a “anarquia criminal”, o que seria incriminado por uma lei novaiorquina (*Criminal Anarchy Act*, de 1920. A maioria da Suprema Corte, esposando ideias contrárias àquelas de Gitlow, manteve a condenação, considerando o ‘manifesto’ um incitamento à concreta e imediata ação revolucionária. O dissenso de Holmes, acompanhado de Brandeis, novamente invoca a doutrina do *clear and present danger*. Holmes esclarece que “toda ideia é um incitamento à ação. Essa se oferece como credo e, se acolhida, faz estrada, a menos que um outro credo suplante o anterior ou uma insuficiência de energia sufoque o movimento em seu nascedouro. A única diferença entre a expressão de uma opinião e um incitamento está na paixão de quem fala. A eloquência pode dar foco à razão.”

Em correspondência que manteve com o jurista inglês

Pollock, explicitou que quando defendia a liberdade de pensamento, “não estava se referindo à liberdade de pensamento para aqueles que pensam como nós, mas sim liberdade para o pensamento que odiamos” (SCHWARTZ, 1989: 127). Coerente com esse pensamento, no caso *United States v. Schwimmer* (1928), que envolvia a condenação de um líder do partido comunista norte-americano, que defendia ideias tradicionalmente odiadas pelos americanos, Holmes sustentou que “se a longo prazo as crenças depositadas na ditadura do proletariado estão destinadas a serem aceitas pelas forças dominantes da comunidade, o único significado da liberdade de expressão é que se lhes dê oportunidade de se manifestarem”.

Porque a liberdade de palavra constitui verdadeiro pressuposto para qualquer noção de liberdade, Holmes estava muito mais disposto a identificar abusos legislativos ou executivos nessa área do que em outras, como no opinável campo das reformas econômicas. Ainda que a chamada *Preferred Position Doctrine* (uma doutrina criada jurisprudencialmente que sustenta a possibilidade de hierarquizar os direitos e liberdades previstos na constituição, dentre os quais encontra lugar privilegiado a liberdade de pensamento e opinião) tenha sido formulada inicialmente na década de 40, pelo *Justice Harlan Stone*, no caso *Jones v. City of Opelika*, não há dúvida de que tal *doctrine* encontrou forte inspiração nos votos de Holmes.

Em alentado e recente artigo doutrinário, com mais de 60 páginas e fruto de extensa pesquisa em correspondência trocada por Holmes no período do julgamento do caso, o professor Thomas Healy (HEALY, 2014) argumenta que Holmes alterou seu pensamento sobre o valor da liberdade de expressão em razão da pressão que sofreu por jovens progressivistas a quem estava ligado e de quem era uma espécie de mentor (Harold Laski, Felix Frankfurter e Learned Hand – o primeiro, notável cientista político britânico com quem se correspondia, e os outros dois brilhantes juristas que se tornaram famosos magistrados). Laski e

Frankfurter, naquele mesmo período, estavam sofrendo alguns ataques por suas posições mais radicais. Eles haviam solicitado a Holmes que escrevesse um artigo doutrinário a respeito da tolerância com a opinião alheia, que Holmes teria declinado, em razão do seu absorvente envolvimento com a atividade jurisdicional. Pouco tempo depois, no caso *Abrams*, surgiu a oportunidade dele expor, com extrema veemência, seu ponto de vista a respeito do tema. Segundo o articulista, o voto vencido de Holmes deveria ser visto menos como uma abstrata defesa da liberdade de expressão, e mais como uma defesa de seus amigos.

### 3.6 O CASO *OLMSTEAD v. UNITED STATES* (1928) – EM DEFESA DA *PRIVACY*.

O caso *Olmstead* envolvia a condenação de integrantes de uma rede de contrabandistas de bebidas alcoólicas. A condenação fora possível em razão da interceptação telefônica de suas conversas, feitas clandestinamente por agentes federais. A defesa invocava a quarta e quinta emendas constitucionais para invalidar a interceptação e, com isso, anular todas as provas dela derivadas. A maioria dos *justices* manteve as condenações. Holmes e outros colegas divergiram. Em um trecho de seu voto dissidente, Holmes afirmou que “devemos ter em mente duas coisas igualmente desejáveis, mas que não podemos ter juntas, o que nos compele a fazer uma escolha. É certamente desejável que os delinquentes sejam descobertos e punidos e que toda e qualquer prova existente seja utilizada para tal fim, mas também é desejável que o governo não se utilize de provas obtidas mediante um crime. (...). É preciso escolher e, quanto a mim, prefiro que alguns delinquentes escapem da justiça do que o governo empregue condutas ignóbeis” (HOLMES, 1975: 145/147).

### 3.7 O CASO *BUCK v. BELL* (1927) – O CONTROVERTIDO CASO DA EUGENIA.

Um dos mais (justamente) criticados casos julgados por Holmes foi *Buck v. Bell*, em 1927.

O caso envolvia a esterilização compulsória (através de uma salpingectomia – extração das trompas de falópio) de Carrie Buck. Carrie era uma pessoa alegadamente portadora de deficiência mental, filha de uma deficiente mental e mãe de uma criança igualmente portadora da mesma característica. Estava recolhida a uma instituição pública (State Colony). Tinha ela 18 anos quando foi julgada, em 1924, alguns meses após a aprovação de uma Lei do Estado da Virgínia (de 20.03.1924), que prescrevia que a saúde de uma paciente e o bem-estar da sociedade poderiam ser promovidos, em certos casos, pela esterilização compulsória de deficientes mentais – por vasectomia ou por salpingectomia -, sem dor ou perigo para suas vidas. Justificava-se a lei através do argumento de que referidas pessoas estavam recolhidos a abrigos públicos e que sua liberação poderia acarretar perigo ou inconveniências para a sociedade, à medida que poderiam vir a procriar, já que a experiência teria demonstrado que a hereditariedade desempenha um papel importante na transmissão da insanidade e imbecilidade. Carrie foi selecionada como uma das potenciais pessoas a serem submetidas à referida lei. O caso foi levado à justiça e as duas primeiras instâncias afirmaram a constitucionalidade da lei da Virgínia. Três anos depois do primeiro julgamento o caso chegou à Suprema Corte.

Holmes votou com a maioria (houve apenas um voto divergente) e foi designado para redator do acórdão. Seu voto foi no sentido da manutenção das decisões anteriores, reafirmando a constitucionalidade da lei da esterilização compulsória. Holmes sustentou que fora garantido a Carrie amplo acesso ao devido processo legal, com possibilidade de eficiente defesa. Em determinado trecho de seu voto, Holmes sustentou que “It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate

offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes. Three generations of imbeciles are enough” (em tradução livre: “é melhor para todo o mundo se a sociedade puder impedir aqueles que são manifestamente incapazes, de perpetuarem a sua espécie, ao invés de se aguardar para executar uma descendência degenerada, em razão da prática de um crime, ou deixá-la passar fome, em razão de sua imbecilidade. O princípio que sustenta a vacinação compulsória é amplo o suficiente para abranger o corte das trompas de Falópio. Bastam três gerações de imbecis.”).

Holmes parece ter aceitado os argumentos da eugenia a ponto de elevá-los ao grau de política pública. Raciocinou ele de forma analógica, comparando o inconvenientes da esterilização com o sacrifício dos soldados em batalha. Referindo-se à Guerra Civil norte-americana, ele argumentou que se o bem-estar público pode chamar os melhores cidadãos para entregarem suas vidas em prol da nação, certamente aqueles que enfraquecem a força do Estado podem ser chamados para um sacrifício substancialmente menor (WATSON, 2011).

Em livro lançado em 2000 (*Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*), o Prof. Albert Alschuler apresenta uma visão não usual do legado de Holmes. Embora aceitando sua genialidade e sua extraordinária influência no direito norte-americano, referido professor argumenta que seu legado foi também pernicioso. Uma das razões que levou Alschuler a uma visão crítica de Holmes foi justamente o caso *Buck v. Bell*. Sustenta Alschuler que enquanto outros entusiastas da eugenia da sua época falavam em esterilização de “imbecis”, Holmes teria defendido a própria eliminação de deficientes mentais recém-nascidos (SCHULER, 2001).

De fato, o voto de Holmes, naturalmente chocante aos olhos contemporâneos, igualmente foi criticado na época, em

pleno período do chamado *progressivism*. Referidas leis de esterilização, implementadas em inúmeros Estados, foram responsáveis pela esterilização de mais de 60.000 pessoas. E em muitos casos, como pesquisas mais recentes revelaram, as esterilizações alcançaram pessoas que sequer eram deficientes mentais (como se isso fosse justificativa suficiente!), mas simples desajustados sociais, mães solteiras ou pessoas que viviam de forma promíscua e em desacordo com os padrões morais/sociais vigentes (como era o caso de Carrie Buck) (BURRUS, 2011)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em antagonismo ao pensamento jurídico dominante na segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, caracterizado por uma visão dogmática, positivista e fechada do Direito, desenvolveu-se naquele país, a partir das últimas décadas daquele século e principalmente nas primeiras três décadas do século vinte, uma orientação mais aberta. Essa nova visão do Direito envolvia uma postura interdisciplinar, reconhecendo que o dado legislativo não era tanto o ponto de chegada, mas sim o ponto de partida do intérprete. Essa orientação exigia a mediação do jurista – com destaque para o juiz – para sua concreta aplicação. Ao contrário das teorias clássicas, reconheceu-se um papel criador do juiz, *malgré lui-même*.

No caso da *sociological jurisprudence*, as figuras de maior destaque envolveram o acadêmico Roscoe Pound e o magistrado Oliver Wendell Holmes Jr., além de outro notável magistrado, Benjamin Nathan Cardozo. O presente estudo, após expor as correntes de pensamento que se antagonizavam quando Holmes chegou à sua maturidade intelectual, buscou realçar os aspectos mais importantes do pensamento de Holmes e sua influência no cenário jurídico norte-americano, desacreditando as bases do pensamento jurídico clássico e mudando para sempre a interpretação e aplicação do Direito nos Estados Unidos.

Pode-se dizer que Holmes foi um jurista completo, deixando dois livros que marcaram indelevelmente a cultura jurídica norte-americana, além de seu enorme e persistente legado jurisprudencial. Seus votos, ainda que majoritariamente vencidos na época em que prolatados, foram vistos posteriormente como seguros indicadores de tendências a seguir.

Sua mais importante lição doutrinária resume-se na frase tantas vezes citada: *The life of the law has not been logic, but experience*. De forma icástica, expressou ele que o Direito não pode ser visto apenas como uma ciência lógica e abstrata, mas sim como algo concreto, vivenciado no dia a dia da sociedade e das relações humanas.

Na jurisprudência, capitaneou e fundou as bases da orientação que defende, de forma preferencial, a liberdade de expressão, o livre mercado de ideias, a tolerância com as ideias alheias, mesmo minoritárias e radicais. Até hoje também é lembrado como um dos mais tenazes defensores da contenção judicial. Todavia, talvez esse posicionamento provavelmente se explique mais pelo fato de ter convivido com magistrados extremamente conservadores e reacionários, num período em que o legislador tentava introduzir uma legislação de cunho mais social e adotar alguns experimentos sociais. Em tal contexto, a contenção judicial se justificava como forma a dar curso a uma orientação jurídica de cunho mais social (ou, em termos norte-americanos, mais liberal). Permanece uma incógnita o que ele faria caso tivesse convivido com um legislador reacionário e autoritário e um corpo de juízes mais progressistas.

Como todo e qualquer homem que se torna uma lenda viva, alguns aspectos menos brilhantes e mais controvertidos de seu pensamento e ação levam tempo a serem apontados. Algumas revisões de sua vida e legado começaram a aparecer apenas após decorridos mais de cinquenta anos de sua morte. Tais revisões ajudam a repor o mito no seu lugar de homem, com todas as suas inerentes contradições e complexidades. Mas, apesar



disso, seu importante legado e sua duradoura influência permanece algo indiscutível.

O *Great Dissenter* permanece ícone inabalado na história da Suprema Corte norte-americana e na ciência jurídica da grande nação do norte.



#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- AICHELE, Gary Jan (1989), *Oliver Wendell Holmes Jr. - Soldier, scholar, judge*. New York: Twayne Publishers.
- BATIFFOL, Henri (s/d), *A filosofia do direito*. Lisboa: Editorial Notícias.
- BOWDEN, Thomas A. (2009), “Justice Holmes and the Empty Constitution”. From *The Objective Standard*, Vol. 4, No. 2. Disponível em [https://www.theobjectivestandard.com/issues/2009-summer/justice-holmes-empty-constitution/#\\_ednref4](https://www.theobjectivestandard.com/issues/2009-summer/justice-holmes-empty-constitution/#_ednref4).
- BRAYBROOKE, E. K. (1958), “The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound”). Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/1961/5.pdf>.
- BRUTAU, José Puig (1977). *A jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: Coleção Ajuris.
- BURRUS, Trevor (2011), “One Generation of Oliver Wendell Holmes Jr. Is Enough” In: CATO Institute, publicado em 23.06.2011. Disponível em <https://www.cato.org/blog/one-generation-oliver-wendell-holmes-jr-enough>.
- CARDOZO, Benjamin Nathan (1978), *A Natureza do Processo*

- e A Evolução do Direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Coleção AJURIS/9. Porto Alegre: AGE.
- COHEN, Jeremy (1989), *Congress Shall Make No Law – Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*. Ames: Iowa State University Press..
- DUXBURY, Neil (1997), *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald (2006), *Justice in Robes*. Cambridge/Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de (1992), “A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, vol. 1, n. 28 (1992), p. 123-133.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (2002), *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press.
- GALLO, Paolo (1997). *Grandi Sistemi Giuridici*. Torino: Giappichelli.
- GARDNER, James A. (1961), “The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound (Part I)”. *Villanova Law Review*, vol. 7, Fall 1961, n. 1.
- GILMORE, Grant (1991), *Le grandi epoche del diritto americano*. Trad. ital. de Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes (2006), “O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 43 n. 171, disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf?sequence=1>.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de (2013), *INTRODUÇÃO AO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO*. 1ª Ed. Brasília: edição do autor, 2013. Também disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&c>

d=87&ved=0ahUKEwiBhbyQ0KjRAhVBE5AKHaRO-AIw4UBAWCE-QwBg&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Fin-dex%2Fid%2F16204196&usg=AFQjCNHhZkJGBH-czsmV7xgpX517jWPhZA .

- GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin Gelter (2010), “A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão”. Trad. de Gustavo de Abreu Ribeiro. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers*. Publication date: 26/04/2010. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>.
- HAAK, Susan. (2011), “Pragmatism, Law, and Morality: The Lessons of *Buck v. Bell*.” *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, 3 (2), 65-87.
- HALL, Kermit L.; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul (1996) *American Legal History – Cases and Materials*. 2ª ed. New York: Oxford University Press.
- HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. (2006), *The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America*. New York: Oxford University Press.
- HEALY, Thomas (2014), “The Justice Who Changed His Mind: Oliver Wendell Holmes Jr., and the Story Behind *Abrams v. United States*”. *Seton Hall University - School of Law.*, vol. 39. J. Sup. Ct. History, March, *Seton Hall Public Law Research Paper No. 2384855*. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2384855](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2384855).
- HOLMES, Oliver Holmes (1975), *Opinioni Dissenzienti*. Milano: Giuffrè.
- HOLMES, Jr., Oliver Wendell (1991), *The Common Law*. New York: Dover Publications, Inc.

- HUNT, Alan (1978), *The Sociological Movement in Law*. London: Palgrave Macmillan UK.
- KAUFMANN, Arthur (2002), “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, in: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- KELLY, J. M. (1996), *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press.
- KELLEY, Patrick J. (1990), “The Life of Oliver Wendell Holmes Jr.”. *Washington University Law Review*, vol. 68, Issue 2. Disponível em [http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1950&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1950&context=law_lawreview).
- KELOGG, Frederic R. (2007), *Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KENS, Paul (1992), Verbete “Lochner v. New York”. In: HALL, Kermit L. (ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press.
- LANGONE, Richard (2016), “The Science of Sociological Jurisprudence as a Methodology For Legal Analysis”. *Touro Law Review*, volume 17, n. 4, art. 5.
- LITTLEFIELD, Sophie W.; WIECEK, William M. (2005), *Oliver Wendell Holmes Jr. – The Supreme Court and American Legal Thought*. New York: PowerPlus Books.
- LIRA FILHO, Roberto (1997), *A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: Revisão Crítica*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed.
- MENDENHALL, Allen (2013), *Nomocracy and Oliver Wendell Holmes Jr.*, disponível em <https://nomocracyinpolitics.com/2013/09/30/nomocracy-and-oliver-wendell->

- holmes-jr/ .
- MENDENHALL, Allen (2015), “Oliver Wendell Holmes Jr. and the Darwinian Common Law Paradigm”. *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, Vol. VII, n. 2. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2708610](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2708610).
- MINDA, Gary (2001). *Teorie postmoderne del diritto*. Trad. de Cristina Colli. Bologna: Il Mulino.
- PATTERSON, Edwin W. (1958), “Some Reflections on Sociological Jurisprudence”. *Virginia Law Review*, n. 44.
- POGREBINSCHI, Thamy (2005), *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- POSNER, Richard A. (1992), *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions and other writings of Oliver Wendell Holmes*. University of Chicago Press.
- POSNER, Richard A. (1998), *Law and Literature*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- POUND, Roscoe (1907), “The Need of a Sociological Jurisprudence”. *The Green Bag*. Volume XIX. Boston: Boston Book Company. Disponível em [http://www.minnesotallegalhistoryproject.org/assets/Pound-soc.%20juris.%20\(1907\).pdf](http://www.minnesotallegalhistoryproject.org/assets/Pound-soc.%20juris.%20(1907).pdf).
- SCHULER, Peter (2001). “Law professor reveals another side to Oliver Wendell Holmes Jr in new book on former Supreme Court Justice”. *The University of Chicago Chronicle*, March 15, vol. 20, n. 12, disponível em <http://chronicle.uchicago.edu/010315/alschuler-holmes.shtml>.
- SCHWARTZ, Bernard (1989), *Algunos artifices del derecho norteamericano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- SCHWARTZ, Bernard (1993), *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press.
- SCHWARTZ, Bernard (2000), “Justice Oliver Wendell Holmes, Jr”. GROSSMAN, George (ed.). *The Spirit of American*

- Law*. Boulder/Colorado: Westview.
- SIMON, Jonathan (2008), “*Katz at Forty: A Sociological Jurisprudence Whose Time Has Come*”. *University of California, Davis*, vol. 41.
- STRATE, Gerhard (2011), “How Jurists Serve as Role Models: the Example of Oliver Wendell Holmes Jr.”. Disponível em [https://www.strate.net/en/publications/how\\_jurists\\_serve\\_as\\_role\\_models.html](https://www.strate.net/en/publications/how_jurists_serve_as_role_models.html).
- TUSHNET, Mark (2008). *I Dissent – Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press.
- WATSON, Bradley C. S. (2011), *OLIVER WENDELL HOLMES JR. and the NATURAL LAW*. Disponível em [http://www.nlnrac.org/critics/oliver-wendell-holmes#\\_edn10](http://www.nlnrac.org/critics/oliver-wendell-holmes#_edn10).
- WHITE, G. Edward (1993). *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*. New York: Oxford University Press.
- WHITE, G. Edward (1988). *The American Judicial Tradition – Profiles of Leading American Judges*. New York: Oxford University Press.
- WIGMORE, John (1916). “Justice Holmes and the Law of Torts”. *Harvard Law Review*, vol. 29.