

Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores

Daniel Brantes Ferreira*

1. Introdução

O presente artigo é oriundo da tese de doutoramento apresentada pelo autor em 2011 no programa de pós-graduação da PUC-Rio.

A tese tinha como principal objetivo responder a quatro perguntas principais: a) o que fora o realismo jurídico norte-americano; b) em que momento histórico surgira o movimento; c) quem foram seus principais autores; d) quais foram as principais contribuições do movimento e de seus autores para a teoria do direito e para o ensino jurídico.

Este artigo tentará de forma mais resumida atingir o mesmo objetivo.

2. Realismo jurídico norte-americano – origens e autores pré-realistas

2.1. Origens

Nos termos postos por Grant Gilmore¹ a história do direito norte-americana pode ser dividida em três eras: A era do descobrimento (1787-1860 – Guerra Civil americana); A era da fé (1860-1914 – Da Guerra Civil até a Primeira Grande Guerra); e a era da ansiedade (1914 até os dias de hoje – Primeira Grande Guerra até os dias atuais).

* Bacharel em Direito pela PUC-Rio (2000-2004), mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (2005-2007) e Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (2007- 2011). Advogado e professor universitário no Rio de Janeiro. E-mail: daniel.brantes@gmail.com

¹ GILMORE, 1977.

É importante dizer que logo no início da *era da ansiedade*, na década de 1920 e 1930, surge o movimento denominado *Realismo Jurídico* que criticava principalmente a fé no método do caso desenvolvido por Christopher Columbus Langdell² em Harvard em 1870. Os autores realistas criticaram o método do caso de Langdell tanto como método de ensino e aprendizado quanto como teoria do direito (criticavam a suposta cientificidade do direito preconizada por Langdell). Daí o fato de afirmarmos que o realismo jurídico norte-americano foi um movimento com dupla faceta: foi uma teoria do ensino jurídico e uma teoria do direito.

Vamos no presente escrito abordar o período entre o final da *era da fé* e o início da *era da ansiedade*, período de surgimento dos escritos pré-realistas (1912 com Joseph Bingham e 1914 com Arthur Corbin) bem como discorreremos sobre o surgimento efetivo do movimento em 1930 e sua decorrada pouco antes da Segunda Grande Guerra.

Iremos, no próximo ponto discorrer sobre os três principais autores pré-realistas, qual sejam, Arthur Corbin, Joseph Bingham e principalmente Wesley N. Hohfeld, para assim demonstrar que este último foi a principal influência do movimento realista. Depois abordaremos autores como Walter Wheeler Cook e Karl N. Llewellyn, reconstruindo assim a linha de surgimento do movimento realista que foi considerado por muitos um retorno ao pluralismo teórico pré-langdeliano.

3. Wesley Hohfeld, Joseph Bingham e Arthur Corbin (principais pré-realistas)

3.1. Wesley N. Hohfeld

Em dezembro de 1914 Hohfeld publica um artigo (*A Vital School of Jurisprudence and Law: Have American Universities awakened to the enlarged opportunities and responsibilities of the present Day?*³) direcionado à Associação de Escolas de Direito Americanas (AALS) onde vislumbra como deveria ser uma escola de direito ideal. Esse escrito conseguiu influenciar enorme-

2 *Id. Ibid.* p. 42. Langdell afirmava que: “Todo o material disponível dessa ciência [que é o direito] está contido nos livros impressos... A biblioteca é para nós o que os laboratórios da universidade são para os químicos e físicos, o que o museu de história natural é para o zoólogo e o que o jardim botânico é para os botânicos (...)”.

3 HOHFELD, 2003, pp. 332-384.

mente a concepção de ensino jurídico de Walter Cook e Karl Llewellyn. Cook tentou durante toda a sua vida acadêmica lecionar em uma escola de direito nos parâmetros preconizados por Hohfeld. A sua experiência fracassada no Instituto para o estudo de direito de Johns Hopkins em 1928⁴ é a maior prova disto como veremos no próximo capítulo. Já Llewellyn, que havia sido aluno de Hohfeld em Yale, carregou tais idéias para a melhoria dos currículos das escolas de direito como veremos no ponto específico do autor.

Em 1914 a percepção de Hohfeld era de que as escolas de direito deveriam modificar seus currículos com urgência. O currículo pautado na tradição langdelliana do método do caso já não supria as necessidades dos juristas em formação. Principalmente aos olhos de um analítico como Hohfeld. Podemos perceber isso através da passagem citada por Hohfeld de autoria de Thomas W. Shelton:

As coisas, atualmente, estão mudando com enorme velocidade. Esse país sofreu uma mudança de sentimento na última década que, em tempo hábil, se provará maravilhosa para todos os intelectuais... Há cinco anos os advogados mais renomados nacionalmente que estão engajados na campanha de modernização olhavam ceticamente para a função. Hoje não só eles prevêm o sucesso do programa da American Bar Association (Associação dos Advogados Americanos) como também acreditam nele... Mesmo assim os advogados devem ser perdoados por não terem tido uma reação mais cedo, pois não agiram até que a necessidade absoluta os encarasse... Seria mera curiosidade pesquisar a causa deste atraso⁵.

A pergunta principal para Hohfeld não seria se as universidades americanas estariam fazendo algo para caminharem na direção correta, mas sim se estariam contribuindo o máximo e realmente atuando como grandes universidades.

Hohfeld então elabora uma proposta para o desenvolvimento de um programa ideal de uma escola de direito da época dividindo-o em três

4 O próximo ponto específico sobre Walter Wheeler Cook explicará melhor o que ocorreu em no *Johns Hopkins Institute of Law*.

5 SHELTON, Thomas W. *apud* HOHFELD, 2003, p. 334. Shelton era membro do Comitê para Uniformização do Direito Processual da Associação de Advogados Americana (Chairman of the Committee on Uniform Judicial Procedure of the American Bar Association).

partes fundamentais: I. O estudo sistemático e sobre o desenvolvimento dos sistemas jurídicos; II. O estudo profissional e detalhado do Sistema jurídico Anglo-Americano; III. O estudo cívico e cultural das instituições jurídicas.

Tal sugestão programática era baseada em convicções exclusivamente pessoais oriundas de sua experiência na academia. Podemos perceber que muitas das propostas de Hohfeld têm por base sua experiência na Alemanha. O pai de Hohfeld era alemão e, portanto este era fluente na língua germânica, chegando a passar um período pesquisando por lá em 1912.

Além de possuir forte inspiração germânica, sua proposta para uma escola ideal de direito consistia em uma forte crítica ao ensino jurídico baseado no método do caso de Langdell (principal característica do realismo jurídico que surgiu por influência de Hohfeld).

O primeiro ponto do programa da escola ideal de direito de Hohfeld (O estudo sistemático e sobre o desenvolvimento dos sistemas jurídicos) vem da avaliação que Hohfeld faz das faculdades de medicina da época. Esta possuía inúmeros professores divididos em vários departamentos. Enquanto isto as faculdades de direito da época (1914) eram formadas por apenas poucos professores, por vezes apenas cinco e nunca passando de dez acadêmicos.

Uma faculdade de direito ideal, portanto, deveria ter um maior número de professores distribuídos em seis departamentos distintos (baseado na observação da escola de medicina), subdivisões da teoria geral do direito, são estes:

1. História ou genética do Direito (*Historical, or genetical, jurisprudence*).
2. Direito comparado ou eclético (*Comparative, or eclectic, jurisprudence*)
3. Direito formal ou analítico (*Formal, or analytical, jurisprudence*)
4. Direito crítico ou teleológico (*Critical, or teleological, jurisprudence*)
5. Direito legislativo ou construtivo (*Legislative, or constructive jurisprudence*)
6. Direito dinâmico ou funcional (*Dynamic, or functional, jurisprudence*)⁶.

6 HOHFELD, 2003, p. 338.

O segundo ponto do programa da escola ideal de direito de Hohfeld (O estudo profissional e detalhado do Sistema jurídico Anglo-Americano) tem relação com as disciplinas e práticas que o autor acreditava serem essenciais para a melhoria das escolas de direito da época.

Divide os cursos em quatro grupos, são estes:

1. Cursos obrigatórios e profissionais em história do direito e teoria geral (*prescribed Professional courses in legal history and general jurisprudence*).
2. Cursos obrigatórios de leitura sobre a história da profissão jurídica, biografia jurídica, ética jurídica, e literatura jurídica em geral (*Prescribed reading courses in the history of the legal profession, legal biography, legal ethics, and general legal literature*).
3. Prática jurídica (*Office practice*).
4. Processo e prática das Cortes judiciais (*Court procedure and practice*).

O terceiro ponto do programa da escola ideal de direito de Hohfeld (O estudo cívico e cultural das instituições jurídicas) não se preocupa mais com os estudantes de direito e sim com os outros estudantes universitários, das outras faculdades. Para Hohfeld ensinar direito para o público leigo seria mostrar que são eles a base de todo o problema. Isto porque na época os advogados não eram benquistos pela sociedade, pois eram considerados a aristocracia.

Para Hohfeld a opinião pública com conhecimento jurídico traria muito mais benefícios para a sociedade.

O estudo cívico do sistema jurídico para leigos deveria ser composto de cursos sobre os seguintes assuntos:

1. Instituições jurídicas (*Legal Institutions*)
2. Direito Constitucional (*Constitutional Law*)
3. Elementos do direito⁷ (*Elements of Law*)
4. Direito Internacional (*International Law*)
5. Tópicos especiais em direito⁸ (*Special Branches of Law*)

7 Tais cursos em elementos de direito focariam no estudo de casos e dos principais livros textos.

8 Os tópicos especiais versariam sobre contratos, responsabilidade civil, propriedade e direito penal.

Portanto, podemos afirmar que Hohfeld foi uma grande influência para autores considerados realistas como Walter Cook e Karl Llewellyn, principalmente no que tange a crítica destes ao ensino jurídico e ao método do caso de Langdell. Ou seja, Hohfeld foi a principal inspiração do realismo jurídico com relação a sua faceta do ensino jurídico.

3.2. Joseph Bingham⁹ e seu artigo (*What is the Law?* - 1912)¹⁰

É importante abordar o escrito de Bingham, pois, além de Hohfeld ter criticado o artigo de forma expressa em suas cartas o autor foi o primeiro a criticar de forma fervorosa o método do caso de Langdell. Este escrito é considerado como o primeiro escrito realista. O escrito também teve influência em Cook e Llewellyn de forma indireta, pois os ajudou a refletir sobre e a criticar posteriormente o método do caso de Langdell e as escolas de direito.

O propósito de Bingham em seu escrito, segundo o próprio, não seria o de trazer uma definição de “direito”, mas sim em focar nos vários elementos que influenciariam a área jurídica bem como as suas inter-relações¹¹.

Bingham contraria o que era preconizado até então pela teoria do direito norte-americana, ou seja, acreditava não ser plausível desvendar princípios e regras através da simples análise de casos (método do caso) e transmiti-los a outros:

(...) Eu desejo combater especialmente a atual idéia vaga que prega que o objetivo da investigação científica é a extração dos seus esconderijos e a domesticação de feras selvagens da floresta da ignorância conhecidas como

9 Joseph Walter Bingham (1878-1973) nasceu e foi criado em Chicago. Obteve seu doutorado em direito na Universidade de Chicago em 1904. Em 1907 começou a lecionar na escola de direito de Stanford onde passou toda sua carreira de professor. Tem muitos escritos na área de direito internacional porque durante a primeira guerra prestou serviço para o *War Trade Board* onde tomou gosto pelos problemas do direito internacional. No entanto, seu escrito mais conhecido é o artigo publicado em 1912 intitulado *What is the Law?*. Por causa desse artigo Bingham é considerado por muitos como o pioneiro do realismo jurídico. No entanto, é difícil precisar a sua influência real no movimento realista, pois muitos atingiram as mesmas conclusões de forma independente. Porém, sem dúvida, foi o primeiro artigo com conteúdo similar ao que os realistas viriam defender na década de 1920 e 1930. Bingham foi casado com Florence Cornell falecendo aos noventa e cinco anos deixando um casal de filhos (Rodman Bingham e Patrice Louise Bingham). Conteúdo retirado do site <http://histsoc.stanford.edu/pdfmem/BinghamJ.pdf> acessado em 05/09/2010.

10 BINGHAM, 1912, pp. 1-25.

11 BINGHAM, 1912, p. 3.

princípios e regras. Nós somos guiados inconscientemente pelo senso comum a pensar os princípios e regras como coisas tangíveis existentes fora da mente humana que podem ser percebidas por pessoas inteligentes ou treinadas e comunicadas a outros. (...) a concepção de princípios e regras indicada por tal linguagem é errada (...)¹².

O objetivo de Bingham em seu artigo é contestar a afirmação de que toda ciência consiste em definições, regras, princípios e fórmulas, alegando com isso que o lado prático das ciências deve ser levado mais em consideração. Para o autor, os princípios, regras, definições e fórmulas seriam para todas as ciências inclusive o direito, meras ferramentas mentais para aquisição, retenção e comunicação de conhecimento. Tais ferramentas somente seriam necessárias porque senão o conhecimento não conseguiria ser adquirido, retido e utilizado¹³.

Para o autor "(...) Se o direito é formado apenas de regras e princípios este não existe fora das mentes que naquele certo momento estão usando tais regras e princípios (...)". Ou seja, deveria ser levado mais em consideração o lado concreto do direito, os fatos que levam o cientista a perceber a causa e efeito de certo fenômeno. As generalizações e definições (princípios e regras) utilizadas seriam apenas implementos mentais fabricados pela própria mente e pelos sentidos para ajudar na aquisição, retenção e comunicação do conhecimento do fenômeno objetivo dentro do escopo da ciência.

Bingham enquadra o direito dentro do ramo que denomina de ciências do governo. Além disso, afirma que na época ainda estariam longe de atingir o tão aclamado grau científico¹⁴.

Para o autor o experimento base do laboratório do jurista seria o estudo das consequências externas que levaram a uma decisão judicial. Por esta razão afirma e reafirma que a sequência concreta de fatos e suas consequências legais seriam o fenômeno externo para investigação do jurista. As regras e princípios seriam apenas ferramentas mentais utilizadas para clarificarem, carregarem e comunicarem o conhecimento jurídico acumulado. Em suma, o autor vai de encontro a tudo que se acreditava na época com a proliferação do método do caso de Langdell.

12 BINGHAM, 1912, p. 4.

13 BINGHAM, 1912, p. 7.

14 BINGHAM, 1912, p. 9.

Com essa teoria um tanto quanto niilista para a época, pois colocava tudo o que se acreditava em cheque, Bingham também contraria o pensamento de Hohfeld. Este preconizava um direito analítico, tentou com seus conceitos jurídicos fundamentais dar um grau científico ao direito e apesar de não concordar com o ensino jurídico através do método do caso reconhecia sua validade pedagógica, histórica e financeira (pois permitia o ensino em salas de aula com grande número de alunos). Além disso, Hohfeld se enquadrava na identidade que o método do caso formara para o professor de direito. Ou seja, juristas que eram exclusivamente acadêmicos e que ganhavam bons salários para isso. Por esses fatores Hohfeld criticou em uma de suas cartas para Roscoe Pound a teoria de Bingham afinal não admitia a tentativa dele em contrariar toda a história jurídica americana.

Podemos dizer que o escrito de Bingham foi o primeiro com características essencialmente realistas. No entanto, 1912 ainda era muito cedo para afirmar que o autor era realista afinal o artigo de Karl Llewellyn que batizou o movimento somente foi publicado em 1930¹⁵.

3.3. Arthur Corbin¹⁶ e seu artigo (*The Law and The Judges – 1914*)¹⁷

Corbin tem como objetivo principal em seu artigo descobrir qual seria exatamente o papel do magistrado dentro da sociedade¹⁸. Para o autor o magistrado seria o real elaborador da lei e, portanto, a figura mais importante dentro da sociedade com relação ao direito posto: “O fato é que o magistrado é o elaborador da lei. (...) O resultado de sua ação é ‘a lei’”¹⁹.

Corbin, após afirmar que o magistrado seria o real elaborador da lei critica os termos langdellianos do que de fato seria *a lei*. Afirma que *a lei*, ao contrário do que era preconizado por Langdell, seria um termo de significado incerto e indefinido e que todas as tentativas de descoberta de

15 LLEWELLYN, 1930a, pp. 431-465.

16 Arthur L. Corbin (1875-1967) foi aluno da Escola de Direito de Yale em 1899 tornando-se posteriormente o primeiro professor em tempo integral da Escola 1903. Devido à influência que teve sobre Walter W. Cook e Karl N. Llewellyn é considerado um dos pais do realismo muito embora não aceitasse tal rótulo. Tinha como área principal de ensino o direito contratual americano. Conteúdo retirado do sítio <http://www.law.yale.edu/cbl/3075.htm> em 14/07/2010.

17 CORBIN, 1914, pp. 234-250.

18 CORBIN, 1914, p.235. Esse artigo é de difícil acesso e não é encontrado na internet.

19 CORBIN, 1914, p. 235.

uma regra invariável e absoluta haviam falhado. Tal regra invariável, para o autor, nunca seria encontrada na simples análise de casos²⁰.

O autor, portanto, traz a sua definição de lei, vejamos:

Para o nosso propósito, no entanto, devemos assumir que a lei é uma regra ou princípio expressado através da ação humana. Qualquer indivíduo pode expressar ou declarar tal regra, mas as declarações de alguns terão mais influência na conduta humana do que a declaração de outros. Tais regras são declaradas pelo poderes constituintes originários, pelos legisladores, pelos juízes, pelos teóricos do direito, pelos profetas e padres e pelos professores. De todos estes, o magistrado tem a maior influência, pois, seja qual for a disputa eles têm a última palavra²¹.

Portanto, para o autor, o juiz teria uma posição de vantagem em relação a qualquer outro da sociedade: a regra que este declara deverá ser obedecida obrigatoriamente por ao menos um indivíduo. Em contrapartida, ninguém estaria diretamente obrigado a obedecer a uma constituição, uma lei ou um sermão²².

O autor ainda adentra na função do advogado e o que este deveria aprender além das regras. Um bom advogado deveria conhecer além das regras os fatos e os magistrados para assim saber como as mentes do direito trabalham e mais especificamente como a mente do juiz que irá julgar o seu caso em particular funcionaria. Tal função seria, para Corbin, muito mais difícil do que a mera memorização de regras que não passariam de dogmas postos. Afinal, uma regra só viveria através da sua aplicação, uma regra que não é aplicada seria inerte, morta²³.

Corbin afirma em seu escrito que um bom magistrado seria aquele que teria a capacidade de adequar as regras produzidas pelos precedentes judiciais a seu tempo. Um magistrado radical com uma mente potente e bons precedentes seria capaz de angariar seguidores na profissão e ainda liderar a sociedade da qual faz parte a novos caminhos²⁴.

20 CORBIN, 1914, p. 235.

21 CORBIN, 1914, p. 236.

22 CORBIN, 1914, p. 236.

23 CORBIN, 1914, p. 239.

24 CORBIN, 1914, p. 244.

O autor traz então a idéia de um darwinismo legal. O processo de evolução da lei seria um processo evolucionário, vejamos:

O crescimento da lei é um processo evolucionário. Seus princípios consistem em generalizações que são feitas por várias instâncias individuais. As instâncias mudam conforme a sociedade muda, com o clima, com o crescimento da população, com o progresso através das invenções, com a seleção social. E conforme as instâncias mudam as nossas generalizações também mudam. Nossa idéia de justiça também deve mudar. É a função do magistrado *decidir* nessas instâncias individuais e constantemente construir generalizações para ser capaz de classificar e decidir sobre o caso que se encontra na sua frente para ser resolvido ²⁵.

Portanto, para o autor, a lei não seria lógica e nem gozaria da razão como maior contribuinte da sua criação. A lei cresceria na penumbra da ignorância e da emoção e representaria o costume, o interesse e o desejo do homem médio da sociedade. Sem dúvida o magistrado poderia ser capaz de liderar a multidão, mas, em regra, a multidão que deveria liderar o magistrado. O juiz justo e sábio seria aquele capaz de escolher o princípio que mais corresponde a sua sociedade, que está mais imanente no corpo social e o declararia como lei. Esta seria a função do juiz em todas as sociedades e por esta devem ser responsabilizados²⁶.

Sendo assim, podemos perceber no artigo de Corbin uma forte crítica ao langdellianismo. Corbin critica diretamente o método do caso e, assim como Bingham, o considera insuficiente devido às complexidades sociais de seu tempo. Corbin foi o principal mentor de Karl N. Llewellyn como veremos no ponto sobre o autor.

25 CORBIN, 1914, p. 244.

26 CORBIN, 1914, p. 250.

4. Walter Wheeler Cook²⁷ – Grande influência do realismo jurídico

4.1. Walter W. Cook e o Ensino Jurídico – Sua experiência em Johns Hopkins

Cook, em 1925, conseguiu uma licença de um ano de Yale para dedicar-se ao trabalho sobre *conflito de leis* em Johns Hopkins. O que Cook buscou incessantemente em sua trajetória acadêmica foi uma faculdade de direito onde pudesse colocar as suas idéias e as idéias que dividia com Hohfeld de como deveria ser uma escola de direito. Ou seja, uma escola de direito com um ensino progressista.

Em 1926, o Presidente de Hopkins Frank J. Goodnow que havia sido professor de Cook em Columbia no departamento de ciências políticas chamou o mesmo para conversar sobre a formação de uma escola para pesquisa do direito. Cook se empolgou com o projeto e aceitou no mesmo instante²⁸.

O autor então elaborou um projeto de escola de direito para Hopkins. A duração do curso deveria ser de quatro anos e a escola deveria focar em pesquisa jurídica de alta qualidade. Outro foco seria atender às necessida-

27 Walter Wheeler Cook nasceu em Columbus, Ohio, em 4 de junho de 1873. Frequentou a faculdade de Rutgers (Universidade Estadual de New Jersey) por um ano (1890-1891) seguindo para a Universidade de Columbia em Nova Iorque onde se graduou em artes em 1894. No mesmo ano, o autor foi professor assistente de matemática em Columbia até 1895 e também de 1897 a 1900. Entre 1895 e 1897 Cook foi para a Alemanha onde estudou física matemática e física experimental através de um programa de *fellowship* (*John Tyndall Traveling Fellowship in Physics at Columbia*). Entre 1897 e 1901 Cook estudou direito na Faculdade de Direito de Columbia (*Columbia University School of Law and Faculty of Political Science*) graduando-se em direito em 1901. Conclui, concomitantemente, seu mestrado em artes em 1899. O autor tornou-se instrutor da Universidade de Nebraska em 1901 onde virou professor de direito de 1903 a 1904. Em seguida Cook lecionou em inúmeras faculdades de Direito, vejamos: Universidade de Missouri (1904-1906); Universidade de Wisconsin (1906-1910); Universidade de Chicago (1910-1916); Universidade de Yale (1916-1919); Universidade de Columbia (1919-1922) e novamente Yale (1922-1928). No período entre 1926 a 1928 Cook foi professor visitante na Universidade de Johns Hopkins onde se tornou professor efetivo de 1928 a 1933. Foi um dos quatro professores fundadores do Instituto para o Estudo do Direito (*Institute for the Study of Law*) que foi criado justamente para a pesquisa e estudo do direito de forma científica. O Instituto fechou em 1933 por falta de verbas. Cook então foi para Universidade de Northwestern em 1935 e lecionou cursos sobre *conflito de leis* até sua aposentadoria em 1942. Faleceu em 1943. Deixou uma esposa, Elizabeth Iddings Cook, com quem casara em 1931 e quatro filhas (Helen Coburn Law, Dorothy Breland, Mary Hall e Edith Cook) de um primeiro casamento com Helen Newman que havia falecido em 1929. Não há nenhuma biografia escrita sobre Cook. Esta biografia foi baseada em dados retirados do arquivo da Universidade de Northwestern. Vide site <http://www.library.northwestern.edu/libraries-collections/evanston-campus/university-archives>. Acessado em 05/07/2010.

28 SCHLEGEL, 1995, p. 154.

des tanto de estudantes que desejassem advogar quanto de estudantes que desejassem um treinamento jurídico mais científico, inexistente nas escolas de direito da época.

Ou seja, Cook desejava comprimir as escolas de praticantes do direito e de pesquisadores de Hohfeld em apenas uma escola. No entanto, não desejava uma escola de direito tão focada no direito analítico, comparado ou histórico como era a escola ideal preconizada por Hohfeld. A escola proposta por Cook deveria ter um viés mais funcional, foco de sua teoria, como veremos no próximo ponto.

Em 1927, Cook além de continuar seu trabalho sobre conflito de leis em Hopkins produziu outro projeto para escola de direito. No entanto, tinha dificuldades em levantar fundos para colocar tal projeto em prática. Mesmo assim, aceitou o convite de professor efetivo de Hopkins com a condição de esta convidar mais dois professores de alta qualidade para ingressarem no corpo docente. Com isso, Cook assumiria a função de levantar fundos para a implementação do projeto desde que Hopkins garantisse o pagamento do salário de tais professores²⁹.

Para John Schlegel:

(...) Cook queria uma escola Hohfeldiana do direito que questionasse primeiramente o que consistiria ser científico e depois seguisse um currículo funcional voltado para a análise científica do direito. Deveria ser uma escola para advogados praticantes treinados de onde os melhores seriam pinçados para a pesquisa jurídica de ponta e assim, a notícia seria espalhada para as outras escolas de direito (...). (...) Ficou a cargo de Cook, Oliphant, Marshall e Yntema decidir qual seria o próximo passo a ser tomado e executá-lo. No entanto, devido às idéias sem direção de Cook sobre o método científico tudo que esses homens trouxeram para a questão foram suas insatisfações com o ensino jurídico (...)³⁰.

Devido a esses fatores não estava claro o que Hopkins esperava da sua faculdade de Direito. Também não estava claro o objetivo dos quatro pro-

29 SCHLEGEL, 1995, p. 157.

30 SCHLEGEL, 1995, pp. 158-159.

fessores fundadores (Marshall³¹, Cook, Oliphant³² e Yntema³³)³⁴. As idéias de Cook para Hopkins e para uma escola ideal do direito podem ser encontradas em um de seus escritos de 1927³⁵. No artigo sobre o *método científico e o Direito* o autor elenca quatro pontos que seriam essenciais para uma escola ideal do direito. Pode-se perceber também forte influência da escola ideal do direito de Hohfeld, vejamos:

31 Leon C. Marshall nasceu em 1879 e faleceu em 1966. Graduou-se em artes em 1900 pela Universidade de Ohio Wesleyan. Obteve mestrado na mesma área em 1902. Foi professor das seguintes Universidades: Professor de economia de Harvard em 1903; Ohio Wesleyan de 1907 até 1924 (Faculdade de Comércio) sendo inclusive reitor de 1911 a 1924. Também foi reitor na Escola de Serviço de Social de Chicago de 1918 a 1924. Professor visitante em Columbia de 1926 até 1927. Professor em Johns Hopkins de 1928 até 1933 (quando o Instituto deixou de existir). Professor de economia de Johns Hopkins de 1936 até 1966 quando faleceu. Biografia retirada de: SCHLEGEL (1995), p. 266.

32 Herman Oliphant nasceu em 1884 e faleceu em 1939. Graduou-se em artes em Indiana em 1909 na escola de Marion Normal. Conseguiu seu doutoramento em Direito em 1914 pela Universidade de Chicago. Foi professor de Direito das Universidades de Chicago (1916-1920); Columbia (1921-1928); Johns Hopkins (1928-1933) e Conselheiro Geral do Departamento de Tesouro Norte-Americano de 1934 a 1939 quando faleceu. Biografia retirada de: SCHLEGEL, 1995, p. 267.

33 Hessel Yntema nasceu em 1891 e faleceu em 1966. Graduou-se em artes em 1912 na Hope College em Michigan. Obteve seu primeiro mestrado em artes pela Universidade de Michigan em 1913 e um segundo mestrado em artes pela Hope College em 1915. Em 1917 obteve seu bacharelado em Direito pela Universidade de Oxford. Depois se doutorou em filosofia por Michigan e obteve seu doutorado em Direito em 1921 pela Escola de Direito de Harvard. Foi professor de Ciência Política da Universidade de Michigan (1917-1920); Professor de Direito da Universidade de Columbia (1921-1928); Professor de Direito de Johns Hopkins de 1928 até 1933. Encerrou sua carreira na Universidade de Michigan onde permaneceu de 1933 até 1966, quando faleceu. Tinha como principal área de estudo o Direito Comparado com foco no direito romano. Biografia retirada de: SCHLEGEL, 1995, p. 269 e de YNTEMA, 1966, pp. 977-982.

34 William Twining atenta para o fato dos quatro professores fundadores do Instituto para o Estudo do Direito de Hopkins terem muito em comum e os enquadra na categoria de juristas cientistas, vejamos: "(...) Four of the Scientints, Oliphant, Yntema, Cook and Marshall, had never practiced law (Marshall was an economist with no legal qualifications) and they lacked the Professional orientation of most of their colleagues or their sense of commitment to Professional training. They all had in common a clear perception of the need for 'scientific' research as a precondition for progress in integrating law and the social sciences; they all expressed an interest in contemporary problems and were concerned with improving legal institutions. Thus they were not advocating 'pure' research, but research as a preliminary to the solution of social problems and to the improvement of professional training. (...)" Em tradução livre: "(...) Quatro dos cientistas, Oliphant, Yntema, Cook e Marshall, nunca tinham advogado (Marshall era um economista sem qualquer qualificação jurídica) e lhes faltava a orientação profissional e o comprometimento com o treinamento prático da maioria de seus colegas. Possuíam em comum a percepção clara da necessidade da pesquisa 'científica' como pré-condição para o progresso e integração do Direito com as ciências sociais; todos eles expressavam interesse pelos problemas da época e se preocupavam com a melhoria das instituições jurídicas. Portanto, não estavam defendendo a pesquisa 'pura', mas a pesquisa como solução preliminar para os problemas sociais e para a melhoria do treinamento profissional. (...)".

35 COOK, 1927, pp. 303-309.

(...) Tal escola eu visualizo como uma comunidade de acadêmicos dedicada ao estudo científico do direito como uma instituição social e dedicada a treinar outros acadêmicos com o mesmo objetivo. (...) Primeiramente e mais importante, os membros de tal grupo precisariam ter e dar a seus estudantes uma concepção clara do que o estudo científico envolve e dar as ferramentas disponíveis para atingir tal estudo no campo jurídico. (...) Em segundo lugar, um estudo científico do direito demandará observação e estudo da atual estrutura e funcionamento da vida social, econômica e política moderna (...). Em terceiro lugar, estudos precisarão ser feitos das regras de direito existente para que nos certifiquemos o que elas realmente são. Antes de melhorar qualquer coisa, precisamos saber o que essa coisa é (...). Em quarto lugar, em uma escola de tal tipo estamos considerando que deverão haver estudos sobre a operação atual do nosso direito. Tal estudo envolveria pesquisa em conflito de interesses que surgem na comunidade e nos ajustes que devem ser feitos para traduzi-los em termos jurídicos. Nesse sentido, seriam realizados estudos em história do direito e direito comparado para que adquiramos a vantagem da experiência de outros tempos e de outras pessoas na resolução de problemas similares. Aqui também seriam necessários estudos das relações sociais, econômicas e políticas que são afetadas por diplomas legais em particular (...)³⁶.

O Instituto para o Estudo do Direito de Hopkins tinha duas preocupações claras advindas da mente de Cook: (1) o estudo dos efeitos do ser humano na aplicação da lei; (2) pesquisa empírica, objetiva, experimental e realista. No entanto, nenhum dos projetos apresentados pelos professores de Hopkins deixava claro como seriam realizados tais objetivos. Por exemplo, Yntema queria estudar os remédios processuais da *common law*, Oliphant regulação do comércio, Marshall direito e contabilidade e Cook o método científico aplicado ao direito. No entanto, os projetos eram contraditórios. Preconizavam a utilização de pesquisa empírica, porém em sua grande parte consistiriam em trabalho de pesquisa na biblioteca³⁷ o que podemos afirmar que seria um ponto a favor de Langdell dado que, como vimos, este alegava que a biblioteca era o laboratório do jurista.

Cook e seus colegas começaram então um estudo sobre a Corte de Maryland que logo se expandiu com um novo estudo sobre a Corte de Ohio.

36 COOK, 1927, pp. 308-309.

37 SCHLEGEL, 1995, p. 164.

O estudo consistiria em angariar questionários a serem respondidos sobre diversos temas jurídicos. Tal coleta de dados ajudaria no entendimento de como as cortes decidiam, ou seja, resultaria em um melhor entendimento sobre a influência humana na aplicação da lei.

No entanto, como a coleta do referido material era feita por outras pessoas a maioria do tempo dos professores de Hopkins era despendida em outras atividades. Cook tinha seu tempo tomado, em grande parte, por tarefas administrativas de Hopkins. Também trabalhava na sua pesquisa sobre método científico³⁸.

Chegara a depressão de 1929. Com ela a missão de conseguir verba para financiar o Instituto, que já era difícil, tornara-se impossível. O problema maior, segundo o Presidente de Hopkins Joseph Ames, seria manter o Instituto vivo para possibilitar a análise de todos os dados coletados e, com isso, atingir os resultados da pesquisa³⁹. Contudo, devido à crise financeira generalizada em Hopkins, após uma reunião com o Comitê financeiro da Universidade, Presidente Ames foi informado que teria que demitir Cook e Oliphant a partir de outubro de 1932. Seus salários eram muito altos e de impossível manutenção.

O compromisso anterior da Universidade de investir no experimento de estudar a lei em ação de forma científica em contraposição com a lei dos livros esbarrou na pressão por resultados rápidos.

Em fevereiro de 1933 o Instituto para Estudo do Direito de Hopkins era fechado por falta de verbas e o futuro de Cook tornara-se um problema real, pois já tinha sessenta anos. Este por sua vez, acabou se tornando Secretário Geral da Associação Americana de Professores Universitários trabalhando de seu escritório em Hopkins. Posteriormente tornou-se membro de um órgão do Departamento do Tesouro Americano e finalmente, após dois anos da sua saída de Hopkins foi para a Universidade de Northwestern onde lecionou até sua aposentadoria⁴⁰.

A produção acadêmica de Cook durante seu tempo no Instituto foi pequena, apenas alguns artigos. O principal deles trata sobre a substância e o processo no conflito entre leis⁴¹.

38 SCHLEGEL, 1995, p. 181.

39 SCHLEGEL, 1995, p. 189.

40 SCHLEGEL, 1995, p. 199.

41 COOK, 1932, pp. 333-358.

Analisado friamente, o Instituto para Estudo do Direito de Hopkins foi uma mera combinação do que cada professor desejava realizar em unidades de pesquisa praticamente independentes. Não havia um programa sólido. Devido a isto, a falta de apoio financeiro e a depressão financeira dos anos trinta não deixaram outra alternativa que não fosse o fechamento do Instituto em 1933.

4.2. A Teoria do Direito de Cook – o método científico aplicado ao Direito

É importante abordar a tentativa de Cook de dar mais cientificidade ao direito, pois ao tentar aplicar a pesquisa empírica ao direito Cook estava criticando diretamente a suposta cientificidade do método do caso de Langdell e estava indiretamente criticando a metodologia de pesquisa e ensino das escolas de direito da época.

Cook durante sua trajetória acadêmica tentou incessantemente aplicar a pesquisa empírica ao estudo do direito como forma de aproximar as ciências jurídicas as ciências exatas. Para isto, dava importância ao que as cortes realmente faziam em detrimento da descrição que as mesmas davam para racionalizar suas ações⁴². Com isto, baseando-se na observação do que as cortes fizeram e estariam fazendo o jurista poderia elaborar suas generalizações⁴³. Cook então em seu artigo sobre *Conflito de leis*⁴⁴ tenta observar a atuação real da cortes americanas sobre o assunto para atingir suas conclusões.

Assim observa o autor:

(...) Porque nós como advogados, assim como os físicos estamos focados em estudar o fenômeno físico objetivo. Ao invés do comportamento dos elétrons, átomos e planetas, no entanto, estamos lidando com o comportamento dos seres humanos. Como advogados estamos interessados como certos agentes públicos – juízes, legisladores e outros – comportaram-se no passado para assim podermos prever um provável comportamento futuro. Nossas afirmações sobre a ‘lei’ de um determinado país são ‘verdadeiras’ se elas descrevem com alto grau de certeza e da forma mais simples possível o

42 COOK, 1924, p. 460.

43 COOK, 1924, p. 464.

44 COOK, 1924, pp. 457-488.

comportamento passado e prevêem o comportamento futuro destes agentes públicos (...)⁴⁵.

Como podemos aferir do trecho supra-transcrito Cook afirmava que os juristas deveriam preocupar-se com o comportamento dos agentes públicos, principalmente dos magistrados. Através da análise do seu comportamento passado e do seu comportamento atual seria possível prever um comportamento futuro provável.

Assim, para o autor, os vocábulos jurídicos tais como *direito* e *dever* e as outras relações jurídicas não seriam nomes de objetos ou entidades que possuiriam existência separada do comportamento dos agentes públicos. Seriam, portanto, meros termos atrelados a uma determinada sequência de eventos, ou seja, o comportamento dos agentes públicos⁴⁶.

O autor com isso critica fortemente os princípios e regras da maneira que eram utilizados para ensinar, aprender e aplicar o direito (método do caso de Langdell). Para ele o progresso na ciência do direito só viria se houvesse uma reformulação constante de tais generalizações, pois assim elas traduziriam mais claramente o fenômeno jurídico passado, facilitando as previsões para os fenômenos futuros⁴⁷.

No entanto, o autor apesar de criticar a utilização dos princípios e regras de forma mecânica através do silogismo dedutivo afirma também a utilidade dos mesmos. Seguindo os passos de Bingham⁴⁸ em 1912 (em seu artigo *O que é o direito?*) Cook afirma a utilidade dos princípios e regras como ferramentas sem as quais seria impossível trabalhar de forma eficiente. Porém, seria preciso certificar-se que os princípios e regras sejam utilizados apenas como ferramentas. Não poderiam ser utilizados de forma mecânica conforme era realizado pelos juristas adeptos do método Langdelliano⁴⁹.

Portanto, Cook, ao tentar aplicar a pesquisa empírica ao direito atingiu vários pontos cruciais do método do caso de Langdell e das escolas de direito: apontou a insuficiência da metodologia de ensino baseada em

45 COOK, 1924, pp. 475-476.

46 COOK, 1924, p. 476. Neste ponto o autor demonstra mais uma vez a influência de Hohfeld sobre sua teoria ao deixar claro sua preocupação com as relações jurídicas.

47 COOK, 1924, p. 485.

48 Vide o artigo já mencionado de BINGHAM, 1912, pp. 1-25.

49 COOK, 1924, p. 487.

princípios e regras retirados de casos; criticou a mera utilização de livros de casos das cortes de apelação para o ensino jurídico; e, por fim, criticou as escolas de direito por estarem estagnadas em uma metodologia de ensino e pesquisa que considerava ultrapassada para a época. O autor não se considerava um realista, preferia ser rotulado como “empirista científico”.

5. Karl N. Llewellyn⁵⁰ e o realismo jurídico

5.1. Karl N. Llewellyn e o movimento realista

O batismo do movimento como realismo jurídico ocorre em 1930 com o artigo de Karl Llewellyn⁵¹. Dizemos batismo, pois o escrito de Llewellyn

50 Karl Nickerson Llewellyn nasceu em Seattle, Washington em 22 de maio de 1893. Seu pai, William Henry Llewellyn possuía ascendência galesa, origem do sobrenome Llewellyn. Sua mãe, cujo nome de solteira era Janet George, era oriunda de uma família do leste americano (*New England*) que havia se estabelecido no Oregon. Ao contrário do que se acredita Llewellyn não tinha qualquer ascendência alemã. Tal mito foi disseminado, pois Llewellyn lutou pelo exército alemão na Primeira Grande Guerra. Aos dezesseis anos a escola local não tinha mais nada a oferecer academicamente para Llewellyn. Como ainda era muito novo para ingressar na faculdade seu pai decidiu enviá-lo para estudar na Alemanha. Em uma conversa de seu pai com Heinrich Musaus, um americano-germânico que também morava no Brooklyn, este encontrou uma vaga em um colégio alemão chamado *Realgymnasium* na cidade de Schwerin em Mecklenburg. Llewellyn passou três felizes anos de sua vida na Alemanha participando ativamente da vida acadêmica em seu colégio. Antes de lá chegar Llewellyn já falava bem alemão e ao voltar para os EUA era completamente fluente tanto no idioma como no dialeto local chamado de *Mecklenburger Plattdeutsch*. Devido a isto, mais tarde Llewellyn publicaria um livro e vários artigos em alemão. Alguns juristas americanos inclusive alegaram a época preferir a escrita de Llewellyn em alemão do que em inglês. Llewellyn deixou Schwerin na páscoa de 1911. Antes de retornar aos EUA frequentou a Universidade de Lausanne por um curto período e, em Setembro de 1911, ingressou na faculdade em Yale. Seus primeiros dois anos e meio em Yale não são bem documentados. O que se sabe é que tinha muitos amigos, vivia com o orçamento apertado e também teve várias namoradas. Era um entusiasta das atividades universitárias. Até 1914 Llewellyn apenas figurava no *Yale Daily News* (jornal universitário informativo) na lista de melhores alunos. Em suma, nos seus três primeiros anos em Yale o autor basicamente obteve excelentes notas e participou da vida de fraternidade. Na primavera de 1914, Llewellyn passou quatro meses em Sorbonne estudando latim, Direito e francês. Eis que um dos fatos mais curiosos da vida de Llewellyn ocorre. Ainda estava em Paris quando a Primeira Grande Guerra estourou. Llewellyn então foi para a Alemanha e tentou se alistar no exército local. Apesar de não ter sido aceito oficialmente Llewellyn se juntou ao 78º Regimento de Infantaria Prussiana e os acompanhou até o fronte de batalha no oeste. Em novembro de 1914 Llewellyn se feriu em batalha na região de Ypres, na Bélgica. Devido a isto, passou três meses no hospital em Nürtingen. Pouco antes de ser dispensado em fevereiro de 1915 Llewellyn foi condecorado com a Cruz de Ferro alemã Segunda Classe por bravura. Chegou aos EUA em março de 1915 e retornou para Yale. Llewellyn se graduou em Direito em 1918 como primeiro da turma *magna cum laude*. Advogou até 1922 no National City Bank em Nova Iorque e em 1922 retornou para Yale como professor assistente e iniciou sua carreira como professor em tempo integral. Foi para Columbia em 1925 onde permaneceu até 1951. Tornou-se o único protagonista do movimento realista a ter experiência tanto em Yale durante o período de crítica ao método de Langdell e ao ensino jurídico (1914-1918) quanto em Columbia durante o florescimento do realismo (1922-1933). TWINING, 1985, p. 87 *passim*.

51 LLEWELLYN, 1930a, pp. 431-465.

foi apenas a constatação fática da crítica ao formalismo jurídico de Langdell que já vinha ocorrendo de forma tortuosa desde Oliver W. Holmes⁵² e Benjamin Cardozo⁵³ e de forma explícita desde o artigo de Bingham de 1912⁵⁴ e do escrito de Arthur Corbin de 1914⁵⁵.

A primeira parte deste escrito de 1930 dedica-se basicamente a criticar Roscoe Pound e sua obra *Law and Morals*⁵⁶ publicada em 1924.

Nesse primeiro escrito de Llewellyn sobre realismo jurídico⁵⁷ não há basicamente nada sobre o movimento em si, sobre os padrões do movimento ou sua teoria. A única discussão interessante que Llewellyn traz é sobre a diferença entre as regras reais (*real rules*) que seriam o que as cortes judiciais realmente utilizam na tomada de decisões e as regras de papel (*paper rules*), ou seja, a doutrina aceita aquilo que os livros afirmam ser lei sem qualquer aplicabilidade real⁵⁸.

Llewellyn conclui o artigo afirmando que o foco do estudo do direito deveria ser modificado. A ênfase não deveria ser mais nas palavras, na letra fria da lei, mas sim no comportamento observável, dentro do qual as atitudes prováveis e os padrões de pensamento dos magistrados deveriam ser incluídos⁵⁹.

Em 1931 Roscoe Pound publica um escrito criticando o movimento realista⁶⁰. Neste, Pound critica prioritariamente dois pontos suscitados por Llewellyn: 1. A insistência dos realistas na utilização da pesquisa empírica no Direito; 2. A utilização da psicologia para análise do comportamento individual do magistrado⁶¹.

Pound, portanto, acreditava que o realismo jurídico era muito radical ao rechaçar os princípios e regras preconizados por Langdell como também via o movimento com propostas demasiadamente progressistas para a época.

52 HOLMES, 2004.

53 CARDOZO, 2009.

54 BINGHAM, 1912, pp. 1-25.

55 CORBIN, 1914, pp. 234-250.

56 POUND, 2008.

57 LLEWELLYN, 1930a, pp. 431-465.

58 LLEWELLYN, 1930a, p. 448.

59 LLEWELLYN, 1930a, p. 464.

60 POUND, 1931, pp. 697-711.

61 FRANK, 2009.

Llewellyn percebeu que antes de refutar as acusações de Pound em seu artigo teria que definir quem realmente seriam os autores realistas. O propósito do autor em seu primeiro escrito⁶² de 1930 era demonstrar de uma maneira genealógica a evolução do novo modo de análise e não definir de forma coerente um grupo de autores realistas. A lista que o autor trouxe em 1931 (escrita a duas mãos com Jerome Frank⁶³) tinha de ser clara, afinal não estaria apenas defendendo uma maneira de pensar, mas sim defendendo as concepções dos autores listados de acusações oriundas principalmente de Pound.

William Twining afirma que o critério utilizado pelos autores para a elaboração da lista fora um tanto quanto artificial. Estes haviam tomado como ponto de partida alguns dos atributos mencionados por Pound. Para Twining, foram estes os critérios utilizados por Frank e Llewellyn:

- (i) professores de direito mais novos;
- (ii) insistência em ‘começar o trabalho com uma coleta científica e objetiva de fatos’;
- (iii) interesse na psicologia da racionalização;
- (iv) ‘olhar para os preceitos, doutrinas e instituições pensando na sua funcionalidade, como e porque funcionam ou falham em funcionar’;
- (v) reconhecimento aberto dos elementos irracionais no comportamento do magistrado⁶⁴.

Não é importante dissertarmos especificamente sobre os vinte nomes constantes da lista de Llewellyn e Frank até porque Llewellyn envia posteriormente nova lista para Pound em carta de 6 de abril de 1931 com mais vinte e quatro nomes, totalizando quarenta e quatro nomes realistas⁶⁵. Tal fato comprova que a lista era um exercício de classificação e rotulação inútil por parte de Llewellyn.

62 LLEWELLYN, 1930a, pp. 431-465.

63 Jerome Frank nasceu em setembro de 1889 na cidade de Nova York. Alcançou seu bacharelado em filosofia na Universidade de Chicago em 1909 e seu doutorado em direito em 1912 pela mesma Universidade. Advogou de 1912 a 1933. Foi conselheiro geral do AAA (*Agricultural Assistance Administration*) de 1933 a 1935. Voltou a advogar de 1936 a 1937. Foi membro da *Securities and Exchange Commission* de 1937 a 1941. Tornou-se magistrado da Corte de Apelações Americana (2º Circuito) em 1941 exercendo a função até sua morte em 1957. Teve como principal área de pesquisa a relação entre direito e psicologia devido a sua principal obra *Law and the modern mind* de 1930. SCHLEGEL, 1995, pp. 264-265.

64 TWINING, 1985, p. 75.

65 Vide tabela da evolução das listas de realistas de Llewellyn: HULL, 1997, pp. 343-346.

Cabe ressaltar, no entanto, que Llewellyn e Frank escreveram para todos os autores antes da publicação da lista em seu artigo. Nestas cartas indagavam se os professores se lembravam de alguma de suas publicações que coincidiria com alguma das características realistas que Pound havia listado. Em caso negativo perguntavam se os autores sustentariam alguma destas características⁶⁶.

A resposta as cartas foi desanimadora. Os autores se colocaram a disposição para discutir o assunto, porém todos eles recusaram o rótulo de realistas⁶⁷. Arthur Corbin e Walter W. Cook, principais influências de Llewellyn estavam entre eles. Ou seja, somente dois autores da lista assumiam o rótulo de realistas, os próprios autores do artigo: Llewellyn e Frank. De forma pública apenas Llewellyn assumia tal rótulo dado que Frank negou-se a colocar seu nome como autor do artigo *Some realism about realism – Responding to Dean Pound*.

Em suma, o que Llewellyn tentou em sua resposta a Pound foi ser líder de um movimento. O autor claramente tinha o desejo de liderar a discussão entre o novo modelo proposto contra o antigo modelo, entre os novos professores contra os professores da geração anterior. Por inúmeras razões sua tentativa falhou. A principal delas foi a falta de adesão de todos os autores listados bem como a falta de critério na elaboração da lista de autores realistas. A ausência de coerência teórica também é um dos principais justificadores do insucesso do movimento.

5.2. Karl N. Llewellyn e o ensino jurídico

São três os principais escritos de Llewellyn sobre o ensino jurídico: *The Bramble Bush* (1930)⁶⁸, *On What is Wrong with So-Called Legal Education* (1935)⁶⁹ e *The Place of Skills in Legal Education* (1945)⁷⁰.

Tais trabalhos são basicamente escritos críticos sobre o ensino jurídico da época, ou seja, tratam da insuficiência do método do caso de Langdell. Foram inclusive capazes de influenciar os currículos e a metodologia de ensino e pesquisa nas principais escolas de direito norte-americanas. En-

66 HULL, 1997, p. 205.

67 HULL, 1997, pp. 206-209.

68 LLEWELLYN, 2008.

69 LLEWELLYN, 1935, pp. 651-678.

70 LLEWELLYN, 1945, pp. 345-391.

quanto o realismo jurídico como teoria do direito fora uma discussão interessante, mas que sucumbiu devido à falta de adesão e ao conservadorismo da época a sua faceta de teoria do ensino jurídico teve efeitos permanentes. Portanto, podemos afirmar que a influência de autores como Hohfeld, Cook e Llewellyn foi mais importante para o ensino jurídico do que para a teoria do direito.

Essas duas facetas do realismo jurídico (teoria do direito e teoria do ensino jurídico) estão intrinsecamente relacionadas. O ponto de partida é o mesmo: a crítica ao método do caso e ao tradicionalismo langdelliano. Llewellyn somente foi mais bem sucedido no que tange o ensino jurídico, pois reformar currículos e as metodologias de ensino e pesquisa era muito mais fácil do que reformar o método de interpretação e aplicação do direito. Principalmente em um momento histórico conservador onde não havia espaço para mudanças.

A visão de Llewellyn tanto em seus escritos realistas quanto em seus escritos sobre o ensino jurídico era a mesma, ou seja, uma visão progressista voltada para a interdisciplinaridade do direito e para a evolução dos métodos de ensino e pesquisa. Reconhecia a importância do método do caso de Langdell, mas afirmava que este não havia acompanhado a evolução da sociedade e do direito, sendo, portanto insuficiente.

Vale ressaltar também que Llewellyn foi extremamente importante para a evolução do material didático utilizado nas escolas de direito. Publicou, em 1930, uma obra intitulada *Cases and Material on the Law of Sales*⁷¹. A obra serviu como um novo modelo para os livros de casos futuros e saía completamente dos padrões dos livros de casos anteriormente utilizados pelo método de Langdell. Somente na década de trinta uma dúzia de livros de casos no estilo realista foi publicada pelo corpo docente de Yale, demonstrando que o esforço de Llewellyn na melhoria do material didático tinha surtido efeito.

Em 1940 Llewellyn foi nomeado Presidente do Comitê de Currículos da *Association of American Law Schools* (AALS). Esse comitê era apenas um dentre vários criados para analisar os problemas das escolas de direito americanas imediatamente após a Segunda Grande Guerra. O Comitê de Currículos era basicamente liderado por Llewellyn e mais um professor de Harvard. Ambos estavam interessados no desenvolvimento de um treina-

71 LLEWELLYN, 1930b.

mento mais sistematizado e, por conseguinte em uma melhora no currículo das escolas de direito.

O Comitê, portanto, elaborou um relatório em 1944 que foi publicado sob autoria de Llewellyn em 1945 na *Columbia Law Review* com o título de *The Place of Skills in Legal Education*⁷².

De acordo com Twining⁷³, na época em que o relatório foi escrito este ficou conhecido por trazer duas idéias principais: 1. Que o método do caso aplicado pelas escolas de direito era insuficiente para atingir todo o corpo discente. Somente estimulava os melhores alunos e, portanto falhava no desenvolvimento de habilidades básicas em todos. 2. Que se fazia necessário o ensino sistemático e direto de habilidades profissionais específicas visando à prática. Tal ensino, nos termos do relatório, era perfeitamente possível e era realizado apenas de forma implícita e indireta pelo método do caso de Langdell.

Afirmar a dimensão da influência do relatório é impossível e seria leviandade ao menos tentar. No entanto, é fato que após o mesmo inúmeros escritos críticos sobre o ensino jurídico foram publicados e o tema começou a ser discutido de forma ampla e disseminada. Fato também que o método do caso, até hoje utilizado, desde então, sempre foi posto em xeque e sua real eficácia nunca mais deixou de ser questionada.

6. A derrocada do realismo jurídico e o seu legado teórico

6.1. A derrocada

Em 1936 os norte-americanos tornavam-se cada vez mais cientes dos governos totalitaristas e despóticos da Rússia, Itália e principalmente da Alemanha. A grande maioria condenava as práticas repressivas destes governos de forma veemente. Quanto mais a possibilidade de uma nova guerra se aproximava, a idéia de democracia era cada vez mais defendida como a melhor forma de governo e como a forma moralmente correta. Os realistas, ao criticarem o método do caso e a forma de decisão dos magistrados, haviam colocado para a maioria, de forma não intencional, a idéia de democracia em cheque. Tal fato não seria tolerado em um mo-

72 LLEWELLYN, 1945, pp. 345-391.

73 TWINING, 1985, p. 355.

mento onde o país precisava de convicção e reafirmação de seus valores republicanos⁷⁴.

Muitos acadêmicos acusavam o realismo de levar ao totalitarismo, pois este negaria padrões éticos e tornaria a lei uma força coercitiva amoral⁷⁵. Isto porque o realismo criticava a utilização dos princípios e regras da maneira pregada pelo método do caso. As críticas ao método do caso como metodologia de ensino e aprendizado também não eram bem vistas dado que o método de Langdell era utilizado com sucesso desde o final do século XIX. A defesa da interdisciplinaridade aplicada ao direito e a utilização da pesquisa empírica era outro ponto de desconforto entre os acadêmicos conservadores dado que estes teriam muita dificuldade para se adaptarem as novas propostas. Em suma, qualquer mudança seria rejeitada naquele momento de extremo conservadorismo e incertezas na conjuntura político-social.

A conjuntura sócio-política fez com que os tradicionalistas prevalecessem. O movimento realista foi totalmente abafado com relação a sua faceta de teoria do direito. Os realistas foram penalizados por serem liberais⁷⁶ em tempos extremamente conservadores. Essas seriam as principais razões extrínsecas de derrocada do movimento.

A principal razão intrínseca é o fato dos realistas nunca terem sido um grupo unido e consolidado. O artigo de Llewellyn de 1931 em resposta a Pound⁷⁷ que deu o nome ao movimento e que listou os realistas nunca teve adesão. Tirando o próprio Llewellyn, autor do escrito, todos os outros professores constantes da lista negaram-se a aderir expressamente ao realismo.

Portanto, devido ao fato do movimento nunca ter conseguido atingir robustez teórica, devido a conjuntura sócio-política da época e a insucesso na aplicação da pesquisa empírica ao direito o movimento, com relação a sua faceta de teoria do direito, foi abafado pouco antes da Segunda Grande Guerra.

74 PURCELL JR., 1969, p. 437.

75 PURCELL JR., 1969, p. 438.

76 Liberal aqui não está posto sentido político. O significado dado ao texto seria apenas de desejar mudanças, ou seja, os realistas desejavam mudanças tanto na teoria do direito quanto na pesquisa jurídica e no ensino jurídico.

77 LLEWELLYN, 1931, pp. 1222-1264.

6.2. O legado

Jerome Frank afirmou⁷⁸ que o método do caso não traria qualquer experiência prática aos estudantes de direito e que isso deveria ser o componente principal de suas formações. Llewellyn, dois anos depois, realizou a mesma crítica em um dos seus escritos sobre o ensino jurídico⁷⁹.

Portanto, para que tal prática pudesse ser realizada nas escolas de direito Frank defende a criação de clínicas. Clínicas essas análogas às clínicas das escolas de medicina.

A defesa de Frank de uma *escola para advogados* teve pouco efeito prático em 1930. Contudo, em 1960 sua crítica foi a base do retorno das clínicas as escolas de direito. Tal prática perdura até os dias atuais⁸⁰.

Outra grande contribuição de Llewellyn para o ensino jurídico foi a mudança nos livros de casos com seu livro publicado sobre direito comercial em 1930. *Cases and Materials on the Law of Sales*⁸¹ constitui uma primeira expressão do que mais tarde seria parte do Código Comercial Uniforme elaborado pelo autor. Na obra, a classificação dos casos e a forma de editá-los não possuía precedente no direito norte-americano. Ao contrário dos livros anteriores Llewellyn não dispôs os casos na íntegra. Foi o primeiro a resumi-los, o que na época foi considerado um tanto quanto progressista. Ou seja, o livro de casos de Llewellyn saia completamente dos padrões dos livros preconizados pelo método de Langdell.

Além de tais inovações Llewellyn incluiu no seu livro de casos discussões sobre economia e administração de empresas, assuntos que a seu ver interessavam ao direito comercial. Foi a primeira expressão da interdisciplinaridade em um livro de casos. O livro de Llewellyn serviu como inspiração para todos os livros de casos produzidos posteriormente.

Outra importante influência dos realistas foi a proliferação das disciplinas eletivas nas escolas de direito na década de vinte. Tais disciplinas eram ensinadas pelo método expositivo e demonstravam aceitação das escolas com relação à idéia de que o direito era muito mais do que apenas os princípios e regras preconizados por Langdell⁸².

78 FRANK, 1933, pp. 894-902.

79 LLEWELLYN, 1935, pp. 651-678.

80 STEVENS, 1987, p. 241. O autor afirma que entre 1970 e 1976 o número de programas de clínicas nas escolas de direito aumentou de 169 para 494.

81 LLEWELLYN, 1930b.

82 STEVENS, 1987, p. 158.

Havia uma disputa metodológica e curricular entre as duas principais escolas de direito americanas: Harvard e Yale. Se como teoria do direito o realismo jurídico havia sido completamente abafado, como teoria do ensino jurídico havia deixado marcas. Ao contrário de Harvard, em Yale o realismo havia afetado enormemente o currículo. Os professores de Yale continuavam desde os anos trinta a produzir livros de casos com o viés realista, a integrar as ciências sociais ao direito e a defender o ativismo judicial. No entanto, muito do currículo tradicional havia permanecido.

No entanto, em 1953 o currículo de Harvard começava a sofrer as influências realistas. O número de eletivas aumentou consideravelmente. Cursos de direito comparado, história e economia eram incluídos na grade. No entanto, a escola de direito de Harvard só incluiu professores de outras áreas como ciência política, economia e filosofia nos anos sessenta. Yale já o havia feito nos anos trinta.

Harvard mudava, mas ao mesmo tempo conseguia preservar o método do caso de Langdell. Ao reformar e aderir às mudanças propostas pelos realistas Harvard conseguiu preservar o método do caso em várias disciplinas. Harvard não havia se tornado nos anos sessenta uma escola completamente adepta as propostas para o ensino jurídico do realismo jurídico, porém, com certeza, aderiu ao que havia funcionado em Yale. O curioso de tudo é que enquanto isso, Yale se tornava cada vez mais parecida com Harvard nesta mesma época. Houve uma convergência entre as duas faculdades e cada uma adotou o que acreditava funcionar na outra. Por isso, até hoje são consideradas as duas melhores escolas de direito dos EUA.

Em suma, seriam estas as contribuições mais marcantes do movimento realista para o ensino jurídico: a interdisciplinaridade (principalmente a integração do direito com a sociologia); a proliferação das disciplinas eletivas; a adoção de clínicas de prática jurídica; a aplicação da pesquisa empírica ao direito; a melhoria no material didático (livros de casos); e a melhoria das técnicas de ensino. Tais contribuições foram permanentes e por isso afirmamos que a faceta do ensino jurídico do movimento realista foi mais importante que sua faceta da teoria do direito, abafada pouco antes do início da Segunda Grande Guerra.

5. Referências bibliográficas

- BINGHAM, Joseph W. *What is the Law?* in Michigan Law Review, vol. 11, n° 1, 1912, pp. 1-25.
- CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the Judicial Process*. Kentucky: Feather Trail Press, 2009.
- CORBIN, Arthur L. *The Law and the Judges* in Yale Review, vol. 3, 1914, pp. 234-250.
- COOK, Walter W. *The logical and legal bases of the conflict of laws* in Yale Law Journal, vol. 33, n° 5, 1924, pp. 457-488.
- _____. *Scientific method and the law* in American BAR Association Journal, vol. 13, 1927, 303-309.
- _____. *“Substance” and “Procedure” in the Conflict of Laws* in Yale Law Journal, vol. 42, 1932, pp. 333-358.
- DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- FERREIRA, Daniel B. *Teoria dos direitos subjetivos: Wesley N. Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Jersey: Transaction Publishers edition, 2009.
- _____. *What Constitutes a Good Legal Education* in The American Law School Review, Vol. 7, n° 10, 1933, pp. 894-902.
- GILMORE, Grant. *The Ages of American Law*. Connecticut: Yale University Press, 1977.
- HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Jersey: The Legal Classics Library, 2003.
- HOLMES, Oliver Wendell Jr.. *The Common Law*. New York: Barnes & Noble Edition, 2004.
- HULL, N.E.H.. *Roscoe Pound & Karl Llewellyn, Searching for an American Jurisprudence*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- KALMAN, Laura. *Legal Realism at Yale: 1927-1960*. New Jersey: The Law-book Exchange, 2001.
- LLEWELLYN, Karl N. *A realistic jurisprudence – The next step* in Columbia Law Review, vol. 30, n° 4, 1930a.
- _____. *Cases and Materials on the Law of Sales*. New York: Callaghan and Co., 1930b.

- _____. *The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School*. New York: Oxford University Press, 2008.
- _____. *On What is Wrong with So-Called Legal Education in Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 651-678.
- _____. *The Place of Skills in Legal Education in Columbia Law Review*, vol. 45, 1945, pp. 345-391.
- _____. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound in Harvard Law Review*, vol. 44, 1931.
- POUND, Roscoe. *Law and Morals*. Montana: Kessinger Publishing, 2008.
- _____. *The call for a Realist Jurisprudence in Harvard Law Review*, Vol. 44, n° 5, 1931, pp. 697-711.
- PURCELL JR., Edward A. *American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the crisis of Democratic Theory in The American Historical Review*, Vol. 75, n° 2, 1969, pp. 424-446.
- SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The university of North Carolina Press, 1995.
- STEVENS, Robert. *Law School: Legal education in America from the 1850's to the 1980s*. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1987.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. New York: Penguin Classics, 2003.
- TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985.
- YNTEMA, Hessel E. *Memorial Resolution by Law School Faculty Concerning Hessel Yntema in Michigan Law Review*, vol. 64, n° 6, 1966, pp. 977-982.

Recebido em fevereiro de 2012

Aprovado em junho de 2012