3

Wesley Newcomb Hohfeld: Principal influência do movimento realista

3.1

Vida e obra

Wesley Newcomb Hohfeld nasceu em 1879 em Oakland, na Califórnia. Filho de um professor de piano e imigrante alemão⁶¹ Edward Hohfeld e Rosalie Hillebrand. Fazia parte de uma família grande, possuindo três irmãs e dois irmãos. Em 1901, tornou-se bacharel em artes na Universidade da Califórnia. No ano seguinte, ingressou na *Harvard Law School* formando-se com honras em 1904. Durante este período, era editor da *Harvard Law Review*, cargo concedido somente aos primeiros alunos da classe.

⁶¹ Hohfeld era fascinado pelo direito alemão. Falava alemão fluentemente e inclusive passou sua licença sabática de Stanford na Alemanha em 1912 (ficou três meses no país). Vide Carta 6 de Hohfeld para Pound de 18.08.1911 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. “(...) I have sabbatical leave of absence for next year on half salary, and you may be sure I shall have a fine time off. I shall take part of the year for foreign travel and the rest for some legal work already planned – probably a casebook of some kind – that is, one to be published on my own account (...)”. Em tradução livre: “(...) Eu tenho licença sabática para o próximo ano com metade do salário e você pode ficar certo que terei um bom período de descanso. Tirarei parte do ano para uma viagem ao exterior e o resto para trabalhos jurídicos já planejados – provavelmente um livro de casos de algum tipo – algum para ser publicado por mim mesmo (...)”. Vide também Carta 7 de Hohfeld para Pound de 15.03.1912 in *Harvard Law School Library: Manuscript Division*. “(...) Since then I have been trying to find a way of harmonizing participation in the meeting with my plan for an European trip shortly to be entered upon; and I have struggled the harder to do so because of the invitation having come from none other than yourself and because of my appreciation of your thoughtfulness. But, much to my regret, I find it impossible. I expect to leave here very shortly indeed, and my time will be crowded to my limit much some legal work and some other matters pressing upon me (...)”. Em tradução livre; “(...) Eu tenho tentado achar um jeito de harmonizar a minha participação no encontro com os meus planos para a viagem para a Europa que acontecerá em breve e tenho tentado o máximo dado que o convite veio de você e também devido ao meu sentimento de agradecimento pelo seu carinho. Mas, infelizmente, será impossível. Eu viajarei muito em breve e meu tempo ficará tomado por muito trabalho jurídico e também por outros assuntos urgentes (...)”. Vide também Carta 8 de Hohfeld para Pound de 24.09.1912 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. “(...) It is just three weeks since I arrived home, after a pleasant three months abroad; and, now that I am well settled once again, I am trying to answer, one by one, the various letters that I found awaiting me on my return (...)”. Em tradução livre: “(...) Faz três semanas que cheguei em casa depois de uma viagem de três meses no exterior a agora que já me restabeleci estou tentando responder as cartas que me esperavam uma por uma (...)”.

Após a conclusão de seu curso de Direito em *Harvard*, Hohfeld retornou para São Francisco e embrenhou-se no estudo da teoria geral do Direito. Após um ano iniciou sua carreira acadêmica como professor de Direito, primeiramente no *Hastings College of Law*, escola de Direito da Universidade da Califórnia. Logo em seguida transferiu-se para a Universidade de *Stanford*, onde começou como instrutor e foi rapidamente alçado à categoria de professor assistente, professor associado e finalmente, professor titular (1905-1914)⁶².

Em 1913, Professor Wesley N. Hohfeld, ainda na Universidade de *Stanford*⁶³, enviou seu principal artigo intitulado *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* para publicação no *Yale Law Journal*. Os editores submeteram o artigo ao comitê de aprovação e foram automaticamente aconselhados a publicá-lo. Com isso, pouco tempo depois da renúncia do Professor H.W. Rogers devido a sua nomeação como juiz⁶⁴, Professor Hohfeld

⁶² LLEWELLYN, Karl N.. *Wesley Newcomb Hohfeld in The Yale Law Journal*, vol. 28, nº 2, dezembro de 1918, p. 167.

⁶³ Hohfeld demonstra que não estava disposto a mudar sua vida da Califórnia para qualquer lugar. Havia morado na Califórnia por toda a sua vida e deixou claro que só mudaria de cidade se fosse para Nova Iorque ou para a Costa do Atlântico, único fato que o fez hesitar em recusar o convite da Fordham University de Nova Iorque. Por fim, aconselhado por Pound e por questões como maior quantidade de horas em sala de aula, acabou recusando. Senão vejamos: Carta 20 de Hohfeld para Pound de 24.11.1913 in *Harvard Law School Library: Manuscript Division*. “The one thing that made me hesitate is the fact that, as I wrote you before, if ever I leave California, I should far rather be in New York than anywhere else, and, at all events, on the Atlantic coast. In saying that, I have in mind the intellectual, social, and humanizing influences and advantages of the Atlantic Coast cities, and also the accessibility of Europe. In other words, I refer to “living conditions” rather than to academic considerations”. Em tradução livre: “A única coisa que me fez hesitar foi o fato, como já havia escrito, de que se algum dia eu deixar a Califórnia, eu preferiria estar em Nova Iorque a qualquer outro lugar, e no máximo, na costa do Atlântico. Ao afirmar isso tenho em mente a minha vida intelectual, social, as pessoas, e as vantagens das cidades da Costa do Atlântico, como também o acesso mais fácil a Europa. Em outras palavras eu me refiro à qualidade de vida mais do que considerações acadêmicas.

⁶⁴ Carta 19 de Hohfeld para Pound de 23.10.1913 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. “I noticed with interest about a month ago the appointment of H.W. Rogers as a judge of the U.S. Court; and I suppose he has resigned from Yale, though I haven’t heard anything about it. I wonder who will be the lucky man there. You will think it “looks suspicious” when you see an article of mine in the next issue of the Yale Law Journal. But it is more of a coincidence than anything else. I had just about completed the article and was wondering whether to send it to Harvard or to Columbia Law Review, when an invitation to contribute arrived from the Yale Law Journal – a rather urgent invitation in fact, as they are doubtless “hard up” for contributions. So I thought I might just as well send my effusion to them, as to any of the other people”. Em tradução livre: “Notei com interesse, há mais ou menos um mês, a nomeação de H.W. Rogers para a Corte Americana; e eu suponho que ele renunciou de Yale, apesar de não ter ouvido nada sobre o assunto. Eu imagino quem será o sortudo no lugar dele. Você achará suspeito quando vir um artigo meu no próximo volume do Yale Law Journal. Porém, é mais coincidência do que qualquer outra coisa. Eu havia acabado de finalizar o artigo e estava pensando se o enviaria para Harvard ou para Columbia Law Review, quando recebi um convite para contribuir com Yale Law Journal – um convite um tanto

recebeu convite para lecionar na *Yale Law School*, convite este que aceitou, apesar de não ter sido de imediato⁶⁵. A prova destes fatos pode ser vista na sua correspondência com Roscoe Pound⁶⁶.

Em Yale lecionou de 1914 até 1918, com cadeiras tanto na faculdade de Direito quanto na faculdade de artes.

Na faculdade de Direito de *Yale* era conhecido como “*A man for the upper third*”⁶⁷, ou seja, um professor apenas para o terço melhor da turma. Isto porque seu modo de lecionar era um tanto quanto rude, relacionamentos interpessoais não era seu ponto forte. Para os alunos com maior aptidão era um professor extremamente estimulante, pois estabelecia um padrão rígido e de extremo alto nível nas suas aulas. No entanto, devido a isto, inúmeros alunos não gostavam de seu método até porque Hohfeld, ou simplesmente *Hoh*, como era chamado carinhosamente, tornava-se cada vez mais impaciente em suas aulas devido à enfermidade que o assolava.

Professor Hohfeld era um homem solitário, justamente pela sua falta de tato com as pessoas e também um tanto quanto por opção, dado que priorizava seus estudos e trabalho em detrimento de seus relacionamentos. Seus colegas de academia afirmavam que o viam estudar noite adentro em seu escritório na Universidade⁶⁸. Karl Llewellyn, também professor de *Yale*, afirmou: “It is hard to

quanto urgente, pois eles estão precisando de contribuições. Então eu decidi mandar o meu artigo para eles ao invés dos outros”.

⁶⁵ Não desejando perder seu vínculo com Stanford, Professor Hohfeld aplicou sua teoria dos conceitos fundamentais legais no contrato realizado com Yale e com Stanford. O contrato que propôs para aceitar o convite de Yale lhe concedia tanto um *direito* quanto um *privilégio*. O contrato lhe dava o *direito* de uma cadeira permanente em Yale, no entanto, com o *privilégio* de retornar para Stanford no final de um ano, se assim desejasse. Concomitantemente, Stanford concordou em conceder uma licença de ausência de um ano para Hohfeld (*privilégio*) como também o *direito* de retornar a sua posição depois de um ano, se assim desejasse. Ou seja, Professor Hohfeld garantiu suas cadeiras tanto em Stanford quanto em Yale durante um ano, utilizando seu arcabouço teórico e sua dinâmica *direito/privilégio*. HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Jersey: The Legal Classics Library, 2003, *foreword* p. vii.

⁶⁶ Vide anexo – cartas de Wesley N. Hohfeld para Roscoe Pound n° 22 de 04.04.1914 e n° 23 de 07.12.1914.

⁶⁷ LLEWELLYN, Karl N.. *Wesley Newcomb Hohfeld – Teacher in The Yale Law Journal*, vol. 28, n° 8, junho de 1919, p. 796.

⁶⁸ Hohfeld gostava muito da sua nova sala localizada no andar da biblioteca da escola de direito de Yale com quatro grandes janelas. Senão vejamos em sua Carta 27 de Hohfeld para Pound de 15.01.1915 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. “ (...) Things go on very pleasantly here, and I am enjoying my new office at *library floor*, with four large corner windows and fine view, to the fullest extent. If in the near future I don't get some work done it will therefore be my own fault. Prior to securing the new office it was virtually impossible to do anything -conditions were so

recall a night when, looking out as my day closed, I did not find his office window bright⁶⁹.

Outro fator que fazia o Professor Hohfeld somente ser benquisto pelos melhores alunos (*upper third*) era o fato deste obrigar os alunos a dominarem a sua classificação dos conceitos fundamentais do direito⁷⁰ e usá-la de forma precisa em seus argumentos. Nesse sentido, sob a luz das aulas dos outros professores, que não utilizavam os conceitos de forma precisa, os alunos achavam tal utilização praticamente impossível. Portanto, não percebendo o benefício da terminologia de Hohfeld, de início os alunos criticavam o enorme esforço despendido para aprendê-la e colocá-la em prática. Arthur Corbin, contemporâneo de Hohfeld, afirma que viu o Reitor da faculdade, Professor Henry Wade Rogers, colocar uma das mãos sobre um dos ombros de Hohfeld e pedir que este fosse mais gentil com seus alunos, uma demonstração clara de sua fama de rigoroso⁷¹.

Desta forma, devido ao difícil temperamento de Hohfeld e o conhecimento dos alunos sobre os termos do contrato do Professor com *Yale* e *Stanford*, que permitia que este voltasse pra *Stanford* depois de um ano, os mesmos fizeram um abaixo assinado entregue ao Presidente da faculdade, Presidente Hadley, requisitando que o contrato de Hohfeld não fosse renovado após seu termo. Imediatamente o Presidente chamou Hohfeld e informou-lhe do abaixo assinado. Indignado com o mesmo, sem ao menos contestá-lo, Hohfeld saiu da sala do Presidente, dirigiu-se aos correios e enviou uma resignação final para *Stanford*, abrindo mão dos termos contratuais pré-estabelecidos. Para Roscoe Pound, no entanto, contou em sua carta que a verdadeira razão para sua permanência em *Yale* foi a insistência dos outros professores e autoridades acadêmicas. Além disso, afirmou ter gostado bastante da mudança para *Yale*, vejamos *in verbis*:

adverse. (...)”. Em tradução livre: “(...) As coisas aqui vão prazerosamente bem, e eu estou gostando muito da minha nova sala no *andar da biblioteca*, com quatro grandes janelas de canto e uma bela vista. Estou aproveitando ao máximo. Se, em um breve futuro eu não realizar nenhum trabalho será culpa exclusiva minha. Antes da nova sala era virtualmente impossível fazer qualquer coisa – as condições eram muito adversas. (...)”.

⁶⁹ *Id. Ibid.* p. 797. Em tradução livre: “É difícil lembrar de alguma noite em que, ao final do meu dia de trabalho, eu não avistasse a luz do escritório de Hohfeld acesa”.

⁷⁰ Optamos por não abordar os conceitos fundamentais do direito neste trabalho, pois já foi objeto da nossa dissertação de mestrado que posteriormente foi publicada. Vide FERREIRA, Daniel B.. *Teoria dos direitos subjetivos: Wesley N. Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

⁷¹ HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Jersey: The Legal Classics Library, 2003 foreword p .X.

Carta nº 28 de 15.03.1915

“(…)Well, I cut the ropes binding me to Stanford about five weeks ago. President Hadley, Dean Rogers, Professor Corbin and others all urged me heartily to stay; and, as I had enjoyed the change greatly, I decided to remain here permanently. There are good prospects of salaries being raised here to \$ 7,000 before long; and a very definite movement has been initiated for that purpose as explained in Dean Rogers report incorporated in President Hadley’s report for 1913-1914. Apart from that possibility, there would have been no financial gain in my remaining here, as Woodward had again recommended me for \$ 5,000 a year at Stanford, and it was practically certain to be given for the coming year, had I been willing to remain at Stanford.⁷²(…)”

Dois anos depois, o filho do Presidente Hadley, que fora aluno de Hohfeld, empolgado com o aprendizado dos conceitos fundamentais do Direito explicou para o pai a terminologia hohfeldiana. Seu pai, empolgado com a explicação, afirmou: “That enables us to define liberty”,⁷³.

Vale mencionar, que enquanto Hohfeld lecionava em *Yale*, recebeu cartas de ex-alunos de Stanford e uma em particular de um ex-aluno de Yale, aluno este que havia assinado o abaixo-assinado, agora juiz da *U.S. Court of Appeals*, que

⁷² Carta 28 de Hohfeld para Pound de 15.03.1915 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. Em tradução livre: “(...) Bem, finalmente cortei minha ligação com Stanford há mais ou menos 5 semanas. Presidente Hadley, Reitor Rogers, Professor Corbin e outros me pediram encarecidamente para ficar; e, como gostei bastante da mudança decidi ficar aqui permanentemente. Há boas perspectivas de aumento salarial para \$ 7,000 em breve; e um movimento bem definido se iniciou com esse propósito como explicou o relatório do Reitor Rogers incorporado no relatório do Presidente Hadley de 1913-1914. Fora essa possibilidade, não haveria nenhum ganho financeiro na minha permanência aqui, como Woodward novamente tinha me recomendado para \$ 5,000 por ano em Stanford, e era praticamente certo de ser concedido para o próximo ano se eu optasse por permanecer por lá. (...)” Vide também Carta 33 de Hohfeld para Pound de 17.10.1915 in *Harvard Law School Library: Manuscript Division*. “(...) I am so happy in my work here at Yale that no University in the Middle West could tempt me away. Though I have had to overcome traditions and obstacles here at Yale, that is all of the past: they are all completely and finally overcome; and I have never had greater success in my work or, as the realization of its purpose and meaning has come to the students, any greater expressions and testimonials of appreciation. With so quick a transformation in the spirit and the methods of work here and with every prospect of very substantial progress in the near future, I shouldn’t think of moving West again. I have enjoyed my eastern experiences and associations to the fullest extent; and I am duly thankful that, in spite of problems to be solved, I decided to leave Stanford and give Yale a trial. In reaching that decision, your own constant encouragement to come East was most helpful”(…). Em tradução livre: “(...) Estou tão feliz com meu trabalho aqui em Yale que nenhuma Universidade no meio-oeste conseguiria me tentar a sair. Apesar de ter tido que superar tradições e obstáculos aqui em Yale isto já faz parte do passado: tudo está completamente e finalmente superado, e eu nunca tive mais sucesso no meu trabalho ou mais expressões e testemunhos de apreciação dos alunos. Com uma transformação espiritual e metodológica de trabalho tão rápida e com toda a perspectiva de progresso em um futuro próximo eu não devo pensar em me mudar pro oeste novamente. Eu gostei muito da minhas experiências aqui no leste bem como das pessoas que conheci e realmente estou satisfeito em ter deixado Stanford e ter dado uma chance a Yale apesar dos problemas que ainda tenho que resolver. Para tomar essa decisão suas palavras constantes de encorajamento para vir para o leste foram de grande ajuda. (...)”

⁷³ *Id. Ibid. foreword p. X*. Em tradução livre: “Isso nos permite definir liberdade”.

agradeciam ao professor pelos ensinamentos e enalteciam os benefícios que a sua disciplina trouxera para o exercício da profissão e para uma maior clareza na utilização dos conceitos jurídicos.

Em 1918, Wesley Newcomb Hohfeld faleceu de gripe, doença oportunista que se aproveitou da sua endocardite⁷⁴ que já debilitara seu organismo⁷⁵. Desde fevereiro de 1918 Hohfeld estava de cama⁷⁶, vindo a falecer no dia 21 de Outubro na casa de sua irmã, em Alameda, na Califórnia.

⁷⁴ Os médicos na época chamaram a doença de *infection from dead teeth*, ou seja, infecção oriunda de dentes podres. Uma das formas de se adquirir a endocardite é por infecção dentária. Hohfeld ainda pediu a Pound sigilo total em relação a sua doença nessa carta para que o fato não se espalhasse e nem houvesse distorção quanto a sua saúde. Senão vejamos em sua Carta 45 de Hohfeld para Pound de 10.04.1918 in *Harvard Law School Library: Manuscript Division*. “(...) I should have written this poor “communication” much sooner save that for some weeks I have been out of commission with a mild case of “grippe” (my first sickness in 17 years) and a more troublesome case due to a dead tooth in my mouth. I was first in Elm City Presbyterian Hospital for some weeks. I came down to New York City (not knowing of any satisfactory N.H. man), and put myself under the care of the man considered the best along these lines that I have mentioned – infection from dead teeth, etc. The Dean of Yale Med. School recommended him as best man in the country. In New Haven there was no one at all to whom one could really turn with confidence. The New York specialist does all his work at Mount Sinai Hospital; and so this has necessarily become my headquarters. It is a comfortable hospital. I am getting along well; and – fortunately – there will be no bad after-effects. In fact all possibility of harm from dead teeth will be stamped out for good (...)”. Em tradução livre: “(...) Eu deveria ter escrito esse pobre “comunicado” muito antes salvo pelas semanas que fiquei fora de batalha devido a um caso moderado de “gripe” (minha primeira doença em 17 anos) e um caso mais problemático devido a dentes podres na minha boca. Eu fiquei primeiro no Hospital Presbiteriano de Elm City por semanas. Vim para Nova Iorque (não conhecendo nenhum especialista na área) e me coloquei nas mãos de um dos melhores médicos da área – infecção de dente podre, etc. O Reitor da Escola de Medicina de Yale me recomendou tal médico como o melhor no país. Em New Haven não havia ninguém. O especialista de Nova Iorque trabalha no Hospital Monte Sinai então tal hospital tornou-se meu quartel general. É um hospital confortável. Eu estou bem e – felizmente – não haverá efeitos ruins depois do tratamento. Na verdade toda a possibilidade de adoecer devido aos dentes podres irá desaparecer para sempre(...)”.

⁷⁵ Vide definição de endocardite in KASPER, Dennis L.. *Harrison's principles of Internal Medicine*. New York: McGraw-Hill Books, 2004, capítulo 109. Endocardite infecciosa (EI) é a infecção microbiana do revestimento endotelial do coração. A lesão característica de endocardite é a vegetação, um coágulo de plaquetas e fibrina infectado, contendo ainda células inflamatórias e hemácias. A vegetação pode estar localizada em qualquer sítio do endotélio, mas freqüentemente ocorre nas superfícies endoteliais das válvulas cardíacas e próteses valvares.

⁷⁶ Hohfeld mostrava confiança na sua recuperação. Em sua última carta para Pound datada de junho, apenas quatro meses antes de falecer, tinha plena esperança de que iria ficar bom e que voltaria a lecionar no outono. Vejamos em sua Carta 46 de Hohfeld para Pound de 09.06.1918 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. Vejamos: “(...) You express *very natural* surprise at the enduring nature of my illness; but I have no reason to feel impatient or disappointed for from the beginning all three of the doctors connected with the case, including Dean Blumer (confidential of the Yale Medical School – consulting physician) warned me that complete recovery would be very long coming. His (Blumer's) word was “months”. So I endeavor to keep patient and to *eat* enough good food to fight on foreign antagonists. For your information as one of my exceptional friends perhaps I ought to add that there is positive scientific proof based on *blood analysis* that I am steadily improving. They say, too, that when these germs are stamped out, it will be for good and my general health as strong and good as ever. I expect to be on duty next fall as “frisky” as ever. Even now I feel fine from day to day and get considerable pleasure reading law review articles, etc

Quando do seu falecimento, a maioria das faculdades de Direito possuíam no mínimo um ou dois professores que estavam convencidos do grande valor do trabalho de Hohfeld enquanto outros ainda duvidavam do mesmo e tratavam sua teoria com desconfiança.

A obra do autor, devido a sua morte precoce aos trinta e oito anos, consiste em apenas oito artigos publicados nas revistas das escolas de Direito⁷⁷.

O principal destes, cerne da sua teoria do direito é o quarto artigo mencionado, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Não trataremos especificamente dos conceitos fundamentais do direito de Hohfeld justamente porque já foi tema de outro escrito⁷⁸. Além disso, fugiria da proposta da hipótese de enfatizar a influência dos realistas para o desenvolvimento do ensino jurídico. Os conceitos fundamentais do Direito, no entanto, influenciaram muitos autores, inclusive Walter W. Cook⁷⁹ na elaboração de seu conceito de ciência.

Portanto, o foco do capítulo será no escrito de Hohfeld sobre a escola ideal de direito de 1914. Este escrito é muito pouco explorado e enfatizado. Supriremos essa lacuna para demonstrar a influência do autor no desenvolvimento das escolas de direito. Demonstraremos também a grande influência em outros autores que continuaram seu projeto em busca da escola ideal do direito tal como Llewellyn e Cook.

(...). Em tradução livre: “(...) Você expressa uma natural surpresa devido à longevidade da minha doença, mas não tenho razões para ficar impaciente ou desapontado, pois desde o começo todos os três médicos ligados ao caso, incluindo Reitor Blumer (confidente da Escola de Medicina de Yale – médico assistente) me alertaram que a recuperação completa levaria bastante tempo. As palavras de Blumer foram “meses”. Então eu tenho que permanecer paciente e me alimentar bem para lutar contra os inimigos externos. Para sua informação na qualidade de um dos meus grandes amigos talvez eu deva adicionar que há prova científica positiva baseada na análise sanguínea que estou melhorando gradativamente. Dizem também, que quando me livrar destes germes serão para sempre e minha saúde estará tão forte como sempre. Espero estar de volta ao trabalho no outono o melhor possível. Mesmo agora me sinto melhor a cada dia e tenho prazer considerável na leitura de artigos das revistas jurídicas, etc (...)”.

⁷⁷ Artigos do autor: *The nature of stockholders' Individual Liability for Corporation Debts* (1909) 9 *Columbia Law Review*, 285-320; *The individual Liability of Stockholders and the Conflict of Laws* (1909) 9 *Columbia Law Review*, 492-522; *The Relations Between Equity and Law* (1913) 11 *Michigan Law Review*, 537-571; *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1913) *Yale Law Journal*, 16-59; *A Vital School of Jurisprudence and Law* (1914) *Proceedings of Association of American Law Schools*; *Supplemental Note on the Conflict of Equity and Law* (1917) 26 *Yale Law Journal*, 767-770; *Fundamental Legal Conceptions as applied in Judicial Reasoning* (1918) 26 *Yale Law Journal*, 710-770; *Faulty Analysis in Easement and License Cases* (1917) 27 *Yale Law Journal*, 66-101.

⁷⁸ Vide FERREIRA, Daniel B.. *Teoria dos direitos subjetivos: Wesley N. Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

⁷⁹ Walter W. Cook é o foco do próximo capítulo.

3.2

Escola de Direito ideal – Hohfeld e o Ensino Jurídico

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?*⁸⁰) direcionado a Associação de Escolas de Direito Americanas (AALS) onde vislumbra como deveria ser uma escola de direito ideal. Esse escrito conseguiu influenciar enormemente a concepção de ensino jurídico de Cook e 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 1928⁸¹ 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 capítulo 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:

“Things, as time is measured, have been changing with kaleidoscopic rapidity. This country has undergone a change of sentiment within the last brief decade that, in time, will prove a marvel to all thoughtful men... Five years ago lawyers of national reputation who are now most actively engaged in the campaign of modernization looked skeptically upon the task. Today they not only predict the success of the American Bar Association’s program, but believe in it... Yet one must be pardoned for wondering at the absence of an earlier, organized response by lawyers, for they did not act until the absolute necessity stared them in the face... It would be merely gratifying curiosity to delve into the cause of this delay”⁸².

⁸⁰ HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Jersey: The Legal Classics Library, 2003, pp. 332-384.

⁸¹ O próximo capítulo específico sobre Walter Wheeler Cook explicará melhor o que ocorreu em no *Johns Hopkins Institute of Law*.

⁸² SHELTON, Thomas W *Apud* HOHFELD, Wesley N. *Ibid.* 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). Em tradução livre: “As coisas, atualmente, estão mudando com enorme velocidade. Esse país sofreu

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 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. Conforme já mencionado 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). Podemos perceber tal crítica em uma de suas cartas com Pound, vejamos:

Carta nº 8 de 24.09.1912:

“(...) Surely university law schools must take the head in endeavoring to develop a *system* as distinguished from the present unwieldy and imperfect mass of case law; and to accomplish this purpose it would seem necessary that the law schools worthy of the name begin by building up a body of men who shall be real jurists comparable to those of Germany – not merely a body of money-making lawyers with wits sharpened by mere dialectic based upon their acute and subtle distinguishing of the judicial instances to be found in the Harvard case-books. As brother Wigmore has pointed out in the *Green Bag*⁸³, we at present are hardly in a position to work out and ideal *corpus juris* – because of this very want of a

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 atraso”.

⁸³ *Green Bag* era o nome de uma revista jurídica muito conhecida em Boston na época. Tinha esse nome, pois os advogados geralmente usavam uma bolsa verde para carregar seus documentos.

sufficiently large body of men trained, in reasonable measure, from the historical, systematic, comparative and analytical points of view. (...)”⁸⁴.

Os cursos e atividades de uma verdadeira escola de direito consistiria, como já mencionado, para o autor, de três divisões fundamentais e complementares entre si, são estas:

- I. O estudo sistemático e sobre o desenvolvimento dos sistemas jurídicos (*The systematic and Developmental Study of Legal Systems*)
- II. O estudo profissional e detalhado do Sistema jurídico Anglo-Americano (*The Professional and Detailed Study of the Anglo-American System*)
- III. O estudo cívico e cultural das instituições jurídicas (*The Civic and Cultural Study of Legal Institutions*)⁸⁵

Começaremos agora a análise de cada uma destas subdivisões em separado nos termos em que Hohfeld faz no seu escrito. Nos capítulos subsequentes perceberemos de forma clara a influência que a proposta da escola ideal de direito de Hohfeld teve em Llewellyn e Cook, bem como os efeitos práticos desta nos currículos das escolas.

3.2.1

O estudo sistemático e sobre o desenvolvimento dos sistemas jurídicos (*The systematic and Developmental Study of Legal Systems*)

⁸⁴ Carta 8 de Hohfeld para Pound de 24.09.1912 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. Em tradução livre: “(...) Certamente as escolas de direito têm que tomar as rédeas e tentar desenvolver um sistema distinto do desajeitado e imperfeito sistema de estudo de casos feito para as massas. Para cumprir esse objetivo parece ser necessário para as escolas de direito a construção de um corpo docente formado de juristas de verdade, comparável àqueles da Alemanha – não meros advogados gananciosos com raciocínio baseado na mera dialética e distinção entre as instâncias judiciais encontradas nos livros de casos de Harvard. Como irmão Wigmore apontou no *Green Bag*, atualmente nós estamos longe de atingirmos uma *corpus juris* ideal – por causa dessa necessidade de homens treinados razoavelmente em pontos de vista histórico, sistemático, comparado e analítico (...)”. Nesse trecho podemos perceber que a preocupação com o ensino jurídico já norteava os pensamentos de Hohfeld há mais de dois anos, dado que neste trecho Hohfeld já delineia o que mais tarde seria seu artigo sobre a escola ideal de direito. Afirma a necessidade do viés histórico, comparado, analítico e sistemático, quatro dos seis departamentos que propõe para a escola de direito em seu artigo de dezembro de 1914.

⁸⁵ HOHFELD, Wesley N. *Ibid.* p. 337.

Para Hohfeld, na época, as universidades ofereciam cursos puramente profissionalizantes, ignorando quase que integralmente a teoria do direito⁸⁶. As escolas de direito eram comparadas constantemente com outras faculdades principalmente a de medicina, sobre isto Hohfeld afirma:

“(...) Even as regards the exceptional university Law schools last mentioned, it may seriously be doubted whether the systematic and constructive studies and activities have been given anything like the prominence or support that they deserve; and, considering our law school as a whole, it is believed that they very seriously suffer by comparison with schools of medicine, schools of engineering, schools of education, and schools of agriculture. Schools of medicine and education, for example, while giving thorough professional training entirely comparable to that of our existing law schools, have gone far beyond the latter in developing the sciences and activities that lie back of the purely professional work and tend constantly to make the latter more efficient (...)”⁸⁷

Quanto à faculdade de medicina Hohfeld avalia que esta seria subdividida em inúmeros departamentos, tais como departamento de diagnósticos, patologia, cirurgia entre outros. Cada um destes departamentos teria seus próprios professores e pesquisadores o que, segundo o autor, não ocorreria nas faculdades de direito. Uma faculdade de direito na época tinha na totalidade o mesmo número de professores de apenas um departamento da faculdade de medicina. Além disso, Hohfeld afirma que os acadêmicos da medicina tinham a possibilidade de dedicar praticamente todo seu tempo a pesquisa e publicações o que era inviável para os acadêmicos do direito dentro dos moldes que as escolas jurídicas se apresentavam.

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:

⁸⁶ Veremos no próximo capítulo que Walter W. Cook prega justamente a criação de uma escola de direito menos profissionalizante, daí sua tentativa fracassada de implementar tal escola de direito em Johns Hopkins.

⁸⁷ *Id. Ibid.* p. 337. Em tradução livre: “(...) Mesmo em se tratando das escolas de direito excepcionais mencionadas, pode ser seriamente questionado se os estudos e atividades sistemáticas e construtivas têm tido o apoio e atenção que merecem; e, considerando nossas escolas de direito como um todo, acredita-se que elas sofrem seriamente com a comparação com escolas de medicina, escolas de engenharia, escolas de educação, e escolas de agricultura. Escolas de medicina e educação, por exemplo, enquanto oferecem treinamento profissionalizante similares aos oferecidos pelas escolas de direito, já se desenvolveram muito mais do que as últimas em relação às ciências e atividades que devem estar por trás do trabalho puramente profissional e que tendem a tornar este último mais eficiente (...)”.

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*)⁸⁸.

Hohfeld afirma que os seis departamentos⁸⁹ seriam complementares e deveriam sempre trabalhar cooperativamente para assim atingirem um melhor resultado.

3.2.1.1

História ou genética do Direito (Historical, or genetical, jurisprudence)

Esta área de estudo, para Hohfeld, deveria preocupar-se com as origens do direito, as causas dos fenômenos jurídicos e com o desenvolvimento jurídico e sua evolução durante longos períodos (ou seja, o surgimento, a maturidade, e a decadência de sistemas jurídicos, institutos ou doutrinas).

Para o autor tal estudo deveria ter três subdivisões:

1. A história dos sistemas jurídicos orientais (*The history of oriental legal systems*)
2. A história dos sistemas jurídicos continentais (*The history of continental legal system*)

⁸⁸ *Id. Ibid.* p. 338.

⁸⁹ Os departamentos deveriam ser compostos também de seis tipos diferentes de juristas segundo Hohfeld, vejamos: 1. Juristas professores (acadêmicos); 2. Escritores de doutrina jurídica; 3. Juristas elaboradores de leis; 4. Juristas especialistas em direito administrativo; 5. Juristas para fazerem parte dos corpos legislativos; 6. Juristas advogados e juízes. Podemos perceber que na escola ideal de direito de Hohfeld o número de juristas passaria muito do que havia normalmente (entre cinco e dez juristas) isto porque como já foi afirmado, Hohfeld utilizou como paradigma os departamentos de uma escola de medicina.

3. A história do sistema jurídico Anglo-Americano (*The history of the Anglo-American legal system*)

Hohfeld, portanto, nos dá dois principais motivos para que tal estudo histórico ou genético fosse realizado, vejamos:

“(...) One of the more important purposes of historical study and reasoning should be to discover the *larger phases* of typical legal development, and to apply the lessons derived therefrom to our own future legal development and progress (...)”⁹⁰.

“(...) A second great purpose of historical legal study is, of course, to give us an accurate knowledge of the origin and development of *specific* branches and particular rules of law, for only in that way can we gain a full mastery of the present and intelligently provide for a natural and harmonious future development and improvement of the law (...)”⁹¹.

Então como podemos perceber, o estudo histórico seria importante para a melhoria do ordenamento jurídico tanto para o presente como para o futuro. Tal estudo teria como objetivo principal olhar o passado e os grandes períodos de desenvolvimento da lei para a observação dos erros e acertos. Sem dúvida, Hohfeld teve forte influência alemã ao enfatizar a importância de um estudo histórico do direito.

3.2.1.2

Direito comparado ou eclético (Comparative, or eclectic, jurisprudence)

As escolas de direito da época não davam ênfase ao estudo do direito comparado. Para Hohfeld a importância de tal estudo estaria no fato de ajudar empiricamente a descoberta das melhores soluções de problemas específicos e dos melhores modos de lidar com as áreas jurídicas. Além disso, as divergências que

⁹⁰ *Id. Ibid.* p. 338. Em tradução livre: “(...) Um dos motivos mais importantes para o estudo e raciocínio histórico deve ser o de descobrir as grandes fases do desenvolvimento jurídico típico e aplicar as lições derivadas desse estudo para nosso próprio desenvolvimento e progresso jurídico futuro (...)”.

⁹¹ *Id. Ibid.* p. 339. Em tradução livre: “(...) Um segundo grande motivo para o estudo jurídico histórico é, certamente, o fato de nos dar um conhecimento mais acurado da origem e do desenvolvimento de ramos *específicos* e particulares do estado de direito, pois somente assim nós podemos dominar completamente o presente e prover inteligentemente, de forma harmônica e natural, um futuro desenvolvimento e melhoramento da lei (...)”.

poderiam ser descobertas no estudo comparado, para o autor, ajudariam a estimular o questionamento e a crítica contribuindo, portanto para o desenvolvimento do direito dos EUA.

As escolas de direito dos EUA, nas duas primeiras décadas do século XX restringiam-se ao estudo do direito comparado apenas da *Common Law*. Ou seja, um estudo apenas das instituições do direito inglês. Hohfeld considerava um estudo por demais restrito.

Hohfeld enfatiza a importância do direito comparado além das fronteiras da *Common Law* nestes termos:

“(...) In emphasizing this matter, I am not thinking specially of the needs of the ordinary Professional Law students. On the contrary, just at present I have in mind primarily the gradual building up of a class of university jurists – legal pathologists and surgeons, we might call them – who shall have a far greater share and influence than at present in prescribing for our ills in connection with the constructive science and art of legislation (...)”⁹².

O autor ainda ressalta, nos termos postos por Frederic William Maitland, o interesse dos alemães em história do direito e o fato de isso não tê-los impedido de atualizar o seu ordenamento jurídico com a elaboração do código civil alemão de 1896 (BGB). Ou seja, para haver tal percepção o estudo do direito comparado seria essencial. Vejamos:

“(...) The Germans have been deeply interested in legal history; they were the pioneers; they were the masters. That has not prevented them from bringing their own law up to date. Rather I should say that it encouraged them to believe that every age should be the mistress of its own law (...)”⁹³.

Para o autor o estudo do direito comparado traria esclarecimentos principalmente para a matéria do conflito entre leis. Assim, através do direito comparado seria possível atingir um ordenamento jurídico mais uniforme. A única

⁹² *Id. Ibid.* p. 339. Em tradução livre: “(...) Ao enfatizar esse assunto não estou pensando especificamente nas necessidades do aluno comum e do profissional do direito. Pelo contrário, tenho em mente prioritariamente a construção gradual de uma classe de juristas universitários – patologistas e cirurgiões jurídicos, assim os podemos denominar – que deverão ter uma maior influência do que no presente em prescrever para nossas doenças em conexão com a ciência construtiva e a arte de legislação (...)”.

⁹³ MAITLAND, Frederic W.. *The making of the German Civil Code in The collected papers of Frederic William Maitland*, Vol. III. Cambridge: Cambridge University Press, 1911, p. 484. Em tradução livre: “(...) Os alemães sempre estiveram muito interessados em história do direito; foram os pioneiros; foram os mestres no assunto. Mesmo assim, isto não os impediu de dar atualidade ao seu ordenamento jurídico. Pelo contrário, devo dizer que os encorajou a acreditar que cada era deve ser a senhora da sua própria lei (...)”.

dificuldade para a realização de tais estudos seria a necessidade da união de esforços de muitos juristas.

3.2.1.3

Direito formal ou analítico (Formal, or analytical, jurisprudence)

Departamento que não poderia faltar para Hohfeld em uma escola de direito seria um departamento focado no estudo analítico do direito até porque o próprio autor como pudemos observar na análise dos conceitos fundamentais do direito era um analítico *stricto sensu*.

Para o autor, o estudo analítico teria o propósito de:

“(...) to gain an accurate and intimate understanding of the fundamental, working conceptions of all legal reasoning. The conceptions of rights, duties, and other jural relations must, therefore, be critically examined, discriminated, and classified, if we are to think closely and accurately, and express ourselves with a reasonable maximum of precision and clearness (...)”⁹⁴

Ou seja, o estudo analítico do direito para Hohfeld teria como foco basicamente os conceitos jurídicos fundamentais. Para ele tal estudo traria um maior grau de cientificidade ao direito, que ainda faltaria em relação a outras áreas do conhecimento, vejamos:

“(...) A by-product of all this work in analytical jurisprudence is the gradual discovery, development, and fixation of a clean-cut and scientific terminology, common enough in almost all other important division of learning, yet heretofore seriously neglected as regards the Law, the inevitable result being much unnecessary confusion, friction, and waste all along the line. The clarifying and refining of our legal terminology is, moreover, an indispensable prerequisite to any substantial improvement of our future legislation (...)”⁹⁵

⁹⁴ HOHFELD, Wesley N. *Ibid.* p. 349. Em tradução livre: “(...) atingir um entendimento acurado e íntimo das concepções fundamentais pertencentes a todo raciocínio jurídico. Os conceitos de direitos, deveres, e outras relações jurídicas precisam, portanto, ser analisados criticamente, discriminados e classificados se queremos pensar de forma precisa e nos expressarmos com precisão e clareza máxima razoável (...)”.

⁹⁵ *Id.* *Ibid.* p. 350. Em tradução livre: “(...) Um subproduto de todo esse trabalho do direito analítico é a descoberta, o desenvolvimento e a fixação gradual de uma terminologia científica e clara, comum o bastante em quase todos os outros ramos do saber e, porém tão negligenciada no direito. O resultado inevitável disso é uma confusão desnecessária, uma fricção, e um desperdício de todas as maneiras. A clarificação e o refinamento da nossa terminologia jurídica é, portanto, um pré-requisito indispensável para qualquer melhora substancial do nosso ordenamento jurídico futuro (...)”.

Portanto, assim como nos outros dois departamentos (histórico e comparado) a preocupação central de Hohfeld era a melhoria na legislação. Afinal acreditava que o conceitualismo langdelliano era berço de muita confusão no direito americano.

3.2.1.4

Direito crítico ou teleológico (Critical, or teleological, jurisprudence)

Um dos objetivos do estudo crítico para o autor seria desenvolver uma atitude questionadora perante os princípios e regras de direito existentes na época. Sendo assim, tal estudo deveria testar e criticar os princípios e regras nos termos em que eram aplicados pelo método de Langdell. Tais princípios e regras também deveriam ser testados de forma externa ao direito, ou seja, através de bases psicológicas, éticas, políticas, sociais e econômicas⁹⁶.

Hohfeld assim ressalta a importância do estudo teleológico ou crítico:

“(...) This teleological study must, of course, continue to form a very important part of the ordinary Professional courses; for only by doing so shall we elevate the practice of Law and the administration of justice above a mere mechanical trade; only so shall our lawyers and judges know “the reason of the rule” and hence be able to determine its proper limits in relation to new sets of facts (...)”⁹⁷

Hohfeld, no entanto, apesar de ser contrário ao método do caso de Langdell devido a suas falhas afirmava que os melhores professores conseguiam desvendar as verdadeiras políticas e propósitos subjacentes aos princípios e regras. Ou seja, conseguiam através de discussões testar os princípios e regras de forma condizente⁹⁸.

⁹⁶ *Id. Ibid.* p. 351.

⁹⁷ *Id. Ibid.* p. 353. Em tradução livre: “(...) Esse estudo teleológico deve, certamente, continuar a fazer parte dos cursos profissionais ordinários, pois somente assim nós conseguiremos elevar a prática do Direito e a administração da justiça acima de uma mera troca mecânica; somente assim nossos advogados e juizes conhecerão a “verdadeira razão da regra” e, portanto serão capazes de determinar seus limites em relação ao novo conjunto de fatos (...)”.

⁹⁸ *Id. Ibid.* p. 353. “(...) It would be altogether unjust to overlook the fact that the better teacher of Law are, especially under the case method, constantly seeking by class discussions of specific doctrines and concrete cases, to bring out the underlying policies and purposes, and to test every principle and rule of Law accordingly (...)”. Em tradução livre: “(...) Seria injusto olvidar o fato de que os melhores professores, especialmente os que usam o método do caso, estão constantemente procurando, através de debates em classe de doutrinas específicas e casos concretos, trazer as políticas e motivos por trás das regras e princípios bem como testá-los de maneira condizente (...)”.

Sendo assim, Hohfeld já observava a existência de tal estudo crítico e teleológico através do método do caso, mas percebeu que este teria de ser feito com mais ênfase na escola ideal de direito. Também seria necessário um treinamento dos acadêmicos e estudantes de direito para que houvesse uma maior percepção da real finalidade de uma regra ou princípio.

3.2.1.5

Direito legislativo ou construtivo (Legislative, or constructive jurisprudence)

Hohfeld, neste ponto, ressalta que a legislação assumira nas décadas anteriores um papel de tremenda importância, porém, existiriam inúmeras leis defeituosas, seja na substância ou na forma, que causariam prejuízos sociais e econômicos.

O autor afirma que em algumas universidades a legislação seria estudada pelo departamento de ciência política. No entanto, acreditava que a arte de legislar e a ciência construtiva da lei deveria ser tratada pela escola de direito em todas as suas fases⁹⁹.

Tal departamento de direito legislativo, parte da escola de direito ideal, deveria, portanto, cobrir os seguintes assuntos:

1. Questões fundamentais de legislação de importância peculiar para os EUA (*Fundamental questions of legislation of peculiar importance to the United States*)
2. As forças ou agências legislativas (*The legislative forces or agencies*)
3. Organização ou processo legislativo (*Legislative organization and procedure*)
4. A substância da lei (*The substance of legislation*)
5. A forma e mecânica da legislação (*The form and mechanics of legislation*)

⁹⁹ *Id. Ibid.* p. 355.

Ou seja, a escola de direito deveria se preocupar com o processo de construção e elaboração da lei, dado que na época as leis eram muito falhas e notoriamente também o são até os dias atuais.

3.2.1.6

Direito dinâmico ou funcional (Dynamic, or functional, jurisprudence)

O departamento sobre direito dinâmico ou funcional para Hohfeld deveria dedicar-se ao estudo sistemático e empírico das leis vigentes, ou seja, deveria se preocupar com a lei em movimento, daí a dinamicidade.

Assim trata o autor do assunto:

“(...) Obedience and disobedience to Law, conformity and non-conformity, resistance and non-resistance – all the forces of persuasion and coercion, including ignorance, habit, religion, custom, knowledge, public opinion, and, more particularly, the various courts, commissions, and officers, constituted for enforcing the Law and vindicating jural relations, should be systematically and intensively considered. It will thus be perceived that the subject is broader than that which is commonly known as administrative law (...)”¹⁰⁰.

Podemos perceber que para Hohfeld o departamento de direito dinâmico deveria focar não somente nos agentes públicos e no direito administrativo, mas também em todas as questões que envolvem o cumprimento ou não de uma lei, tais como hábito, ignorância, religião, costume e opinião pública. Através desse estudo poder-se-ia atingir leis mais eficazes, preocupação central do autor em todos os departamentos sugeridos.

3.2.2

O estudo profissional e detalhado do Sistema jurídico Anglo-Americano (*The Professional and Detailed Study of the Anglo-American System*)

¹⁰⁰ *Id. Ibid.* p. 357. Em tradução livre: “(...) Obediência e desobediência a lei, conformidade e não-conformidade, resistência e não-resistência – todas as forças de persuasão e coerção, incluindo ignorância, hábito, religião, costume, conhecimento, opinião pública e, mais particularmente, as várias cortes, comissões, e agentes públicos constituídos para fazer valer a lei e as relações jurídicas devem ser considerados sistematicamente e intensivamente. Assim haverá a percepção de que o assunto é mais amplo do que é comumente conhecido como direito administrativo (...)”.

Tendo tratado dos departamentos que uma escola ideal de direito Hohfeldiana deveria possuir, o autor sucede abordando as disciplinas e práticas que acreditava serem essenciais para a melhora 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 autor acreditava que todo o estudante de direito deveria passar por certos cursos em história do direito e teoria geral do direito. Tais cursos seriam, para Hohfeld, de extrema importância para qualquer profissional do direito para que este descobrisse quais seriam suas funções e seus deveres. O estudo da história e da teoria geral ajudaria a clarificar tais questões.

Assim aborda Hohfeld sobre a importância de tais disciplinas quando questionado sobre a utilidade prática de tais cursos:

“(...) As a matter of fact, however, it is firmly believed that courses in historical, comparative, analytical, teleological, and constructive jurisprudence would, both as to the subject-matter involved and as to the discipline afforded, be of inestimable value for the ordinary practice of law, even if such courses be tested according to the narrowest standards as to what is ‘useful’ and ‘practical’. I have tried to bring this out incidentally as I have gone along, especially in connection with the subject of analytical jurisprudence. Complete mastery of any branch of learning must be practical in the highest degree. As Maitland once remarked: ‘The practical man is the man who does things. The eminently practical man is the man who does great things’”¹⁰¹.

¹⁰¹ *Id. Ibid.* p. 368. Em tradução livre: “(...) Na realidade, no entanto, acredita-se firmemente que cursos em história do direito, direito comparado, direito analítico, teleologia jurídica e direito construtivo seriam, tanto em relação ao assunto quanto as disciplinas, de inestimável valor para a prática ordinária do direito, mesmo se tais cursos fossem testados pelos padrões mais severos de ‘utilidade’ e ‘praticidade’. Eu tentei dar tais cursos incidentalmente através das minhas disciplinas especialmente em conexão com o direito analítico. O total domínio de qualquer área do saber sempre tem que ser prático no seu mais alto grau. Conforme Maitland afirmou: ‘O homem prático é o homem que faz coisas. O homem eminentemente prático é o homem que faz grandes coisas’ (...)”.

Cursos de leitura sobre a história da profissão jurídica e biografia de importantes autores do direito também deveriam fazer parte do currículo. Hohfeld observa que tais cursos eram completamente ignorados pelas escolas de direito da época. Na escola ideal, no entanto, deveriam ser tratados como leitura extraclasse, o que não traria perda de tempo para os alunos. Inclusive tais disciplinas deveriam ser realizadas durante os períodos de férias, pois constituiriam uma recreação instrutiva para o período.

Outra disciplina importante seria a prática jurídica. Para Hohfeld deixar um aluno de direito se formar sem ter prática jurídica nenhuma seria a mesma coisa que formar um médico sem este ter clinicado anteriormente. Acreditava que uma hora por semana durante os três anos de escola seria o suficiente para que o aluno aprendesse a elaborar e a criticar peças jurídicas.

O autor assim abordava a necessidade da inclusão da disciplina de prática jurídica na escola de direito:

“(...) I earnestly submit, moreover, that there would be a very great gain by introducing the study, drafting, and criticism of concrete legal *and business* forms as much as possible into the regular courses on such subjects as contracts, trusts, vendor and purchaser, mortgages, property, wills, corporations, and so forth. Let the student see *as he goes along* the concrete and tangible manifestations of the more important abstract principles and ideas that he is studying (...)”¹⁰²

Na época as escolas realmente preconizavam o estudo teórico em detrimento da prática. Acreditavam que o método do caso de Langdell traria a prática necessária. Ou seja, os três anos da escola de direito já seriam mais do que o suficiente, dado que Abraham Lincoln (décimo sexto presidente dos EUA) havia estudado sozinho por três anos e havia conseguido passar na prova de advogado (BAR).

Hohfeld também enfatizava a importância do aprendizado de todos os assuntos relacionados com processo, julgamentos, execuções e recursos. Estes deveriam ser alvo de atenção mais intensa pelo método do caso, a mesma atenção que era dada as disciplinas do chamado direito substantivo. Muita atenção era

¹⁰² *Id. Ibid.* p. 371-372. Em tradução livre: “(...) Eu defendo encarecidamente o fato de que haveria um grande ganho na introdução do estudo, elaboração, e crítica de formas e negócios jurídicos concretos o quanto possível nos cursos regulares nas disciplinas como contratos, fideicomisso, compra e venda, hipoteca, propriedade, testamento, corporações, e assim por diante. Deixe o estudante ver durante a escola de direito as manifestações concretas e tangíveis dos princípios e idéias mais abstratas que está estudando (...)”.

dada ao direito material e muito pouca ao direito processual. Além disso, tal atenção deveria ser acompanhada da elaboração e crítica das peças processuais. Portanto, as disciplinas de prática jurídica seriam complementares as disciplinas de processo e prática das cortes judiciais na escola ideal de direito¹⁰³.

3.2.3

O estudo cívico e cultural das instituições jurídicas (*The Civic and Cultural Study of Legal Institutions*)

Chegamos a terceira grande divisão do que Hohfeld considera como funções necessárias para uma escola de direito ideal.

Esta terceira parte 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, vejamos:

“(...) It is thus a serious enough eveil for the people at large to be merely indifferent or passive as to their system of Law and justice; for, as already intimated, an inteligent and well-directed public opinion could accomplish much at all times in securing genuinely desirable legal reforms, and in making the administration of justice more effective and satisfactory (...)”¹⁰⁴.

O autor reconhece que nem todos os cidadãos chegariam à faculdade, mas afirma que todos que atingem uma formação superior tornam-se líderes da ideologia pública e das ações públicas. Sendo assim, o ensino jurídico para profissionais de outras áreas tornar-se-ia essencial.

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

1. Instituições jurídicas (*Legal Institutions*)

¹⁰³ *Id. Ibid.* p. 374.

¹⁰⁴ *Id. Ibid.* p. 376. Em tradução livre: “(...) É, portanto, um mal bastante sério o fato das pessoas em geral serem indiferentes ou passivas com relação ao seus sistema de lei e justiça; pois, como já pontuado, uma opinião pública inteligente e bem direcionada seria capaz, a todos os momentos, de garantir reformas na lei realmente desejáveis e de fazer a administração da justiça tornar-se mais eficaz e satisfatória (...)”.

2. Direito Constitucional (*Constitutional Law*)
3. Elementos do direito¹⁰⁵ (*Elements of Law*)
4. Direito Internacional (*International Law*)
5. Tópicos especiais em direito¹⁰⁶ (*Special Branches of Law*)

Portanto, podemos afirmar que Hohfeld não somente se preocupava com os estudantes de direito, mas acreditava também que uma escola ideal de direito deveria contribuir para o progresso da sociedade como um todo.

3.2.4

A questão financeira

Hohfeld reconhece que a questão financeira seria um entrave para a criação e manutenção da escola ideal de direito. Aponta, inclusive, que as escolas de direito da época recebiam muito menos dinheiro que outras escolas dentro da universidade, vejamos:

“(...) I fully agree that in most universities the financial support for the usual Professional work is inadequate and in some cases even niggardly in comparison with what is devoted to other departments of university work. Moreover, to carry forward the broader activities here advocated, it will indeed be necessary to have substantial additional funds not only for salaries sufficient to attract the very best legal minds, but also for scholarships and fellowships to subsidize able students who wish to become jurists as distinguished from ordinary practicing lawyers (...)”¹⁰⁷.

No entanto, Hohfeld defende que o gasto financeiro com a escola ideal de direito seria ínfimo se comparado com os benefícios que traria para a sociedade, vejamos:

“(...) Several years ago I heard Professor William James remark during a public address that the cost of developing and maintaining men like Pasteur and Von Helmholtz was altogether irrelevant in view of the enormous gain to the world as the result of their studies and activities. Of course that remark would apply with equal truth to men like Bentham, Savigny, Von Jhering, and other great jurists. In

¹⁰⁵ Tais cursos em elementos de direito focariam no estudo de casos e dos principais livros textos.

¹⁰⁶ Os tópicos especiais versariam sobre contratos, responsabilidade civil, propriedade e direito penal.

¹⁰⁷ *Id. Ibid.* p. 381. Em tradução livre: “(...) Eu concordo totalmente que na maioria das universidades o apoio financeiro para os trabalhos regulares é inadequado e em alguns casos é muito menor do que o apoio dado a outros departamentos. Além disso, para implementar as atividades aqui defendidas serão necessários fundos adicionais não somente para salários capazes de atrair os melhores juristas, mas também para a concessão de bolsas de estudos para subsidiarem os bons estudantes que desejam tornar-se distintos dos advogados comuns (...)”.

the same way I venture to submit that, with so much important work pressing for accomplishment as to stagger the imagination, the cost of maintaining several great schools of jurisprudence and developing a large class of American jurists comparable in their field to our great natural scientists is practically irrelevant in view of the beneficial results to be achieved”¹⁰⁸.

Portanto, para Hohfeld, por mais custosa que fosse a criação e manutenção de sua escola de direito, os resultados que esta traria superariam de longe o dinheiro gasto. Vale frisar que nesta época somente Harvard era reconhecida como grande escola de direito, principalmente devido ao método do caso tão criticado por Hohfeld. Pudemos perceber, além disso, que o autor preconizava uma escola mais germânica do direito com uma perspectiva mais analítica, histórica e empírica. No entanto, apesar de tal escola nunca ter sido implementada, a sua idéia influenciou enormemente Walter Wheeler Cook, amigo de Hohfeld e um dos preceptores do realismo jurídico, como veremos no próximo ponto e no próximo capítulo.

3.3

Wesley N. Hohfeld como principal influência de Walter W. Cook

É de extrema importância demonstrar a influência de Hohfeld sobre Cook, principalmente com relação ao ensino jurídico, pois Cook, como veremos no capítulo seguinte, foi o acadêmico que tentou aplicar as propostas de Hohfeld para uma melhoria do ensino jurídico. Isso ficará claro ao abordarmos a experiência de Cook no Instituto de Johns Hopkins em 1928. No momento, no presente ponto, cabe demonstrar como Hohfeld influenciou Cook de forma direta.

Em 1911, Cook conheceu Hohfeld que passava sua licença sabática na escola de direito de Chicago, onde lecionava. Hohfeld ainda era um jovem professor da escola de direito de Stanford e ficou extremamente bem

¹⁰⁸ *Id. Ibid.* p. 383-384. Em tradução livre: “(...) Há alguns anos atrás ouvi o Professor William James apontar durante um discurso que o custo de desenvolver e manter homens como Pasteur e Von Helmholtz tornara-se irrelevante se comparado ao enorme ganho para humanidade que o resultado de seus estudos e atividades trouxe. Claro que tal afirmação também se aplica para homens como Bentham, Savigny, Von Jhering, e outros grandes juristas. No mesmo sentido eu arrisco dizer que com a quantidade inimaginável de trabalho ainda a ser realizado, o custo de manutenção de algumas grandes escolas de direito e o desenvolvimento de uma grande quantidade de juristas americanos comparáveis dentro do direito aos grandes cientistas naturais é praticamente irrelevante tendo em vista os resultados benéficos que serão atingidos (...)”.

impressionado com Cook. Em carta para Pound, Hohfeld sugere Cook para participar de um encontro jurídico em seu lugar, vejamos:

“(...) May I however, make a suggestion? Cook is the man for you! I saw a great deal of him during the fall quarter just closed: indeed, we were daily “companions-in-law”, and I knew that he is in full sympathy with my own views as the importance of the various “jurisprudential” phases of the law, and the “practical” value that they have for professional study and teaching. He is an exceptionally strong man in every way, and he has a very genuine enthusiasm for the deeper analysis of legal problems commonly dealt with in works an “analytical jurisprudence”? He is a very clear thinker. Knowing that Cook can do the job far better than myself, I feel somewhat less grieved than otherwise at my own inability to participate (...)”¹⁰⁹.

Hohfeld não poderia participar do Encontro Anual da Associação das Escolas Americanas de Direito e por isso sugeriu Cook para falar em seu lugar. Roscoe Pound, então Presidente da AALS (*Association of American Law Schools*) em 1912 havia conhecido Hohfeld quando ambos lecionaram no verão em Chicago em 1910. Sendo assim, convidara Hohfeld para palestrar como uma tentativa de ajudar o amigo a evoluir na carreira dado que Hohfeld havia publicado muito pouco até então. Porém, Hohfeld, devido a sua licença sabática de Stanford, já havia feito planos de viajar para a Europa. Sendo assim, sugeriu Cook para palestrar em seu lugar. Pound concordou e ajudou Cook no que foi possível.

Nesse encontro Cook ao discursar sobre “*The Place of Equity in Our Legal System*” (“O lugar da Equidade em nosso sistema jurídico”) defende que a disciplina sobre equidade não deveria mais ser ensinada de forma separada conforme ocorria, pois isto não trazia benefícios para o ensino jurídico. O discurso de Cook foi basicamente sobre a plausibilidade da continuação da separação do curso sobre equidade dos cursos de direito analítico. Ou seja, Cook em sua palestra propôs que as disciplinas sobre equidade fossem ensinadas conjuntamente com as disciplinas de direito analítico o que, para o autor seria mais benéfico para

¹⁰⁹ Carta 7 de Hohfeld para Pound de 15.03.1912 in *Harvard Law School Library: Manuscript Division*. Em tradução livre: “(...) Posso, no entanto, fazer uma sugestão? Cook é a pessoa certa! Eu o conheci bem durante o último outono e de fato nós éramos “companheiros jurídicos” diários e percebi que ele simpatiza totalmente com as minhas visões em relação à importância das várias fases do direito e do valor prático que elas têm para o estudo acadêmico e para o magistério jurídico. Ele é um homem excepcionalmente forte em todos os sentidos e tem um entusiasmo genuíno para uma análise profunda dos problemas jurídicos abordados geralmente no direito analítico. Cook pensa de forma muito clara. Portanto, sabedor de que fará um trabalho muito melhor que eu, sinto menos raiva da minha impossibilidade de participar do encontro (...)”.

o ensino e para o aprendizado. Assim, as regras e princípios do direito seriam ensinados de forma conjunta com as regras e princípios de equidade. Portanto, o autor trata especificamente de uma possível reforma curricular nas escolas de direito. A grande preocupação de Cook com o ensino jurídico¹¹⁰ já demonstra grande influência de Hohfeld.

Cook e Hohfeld gostaram tanto da companhia um do outro que lutaram para lecionar na mesma faculdade. Cook havia claramente gostado dos trabalhos de Hohfeld desde que se encontraram em Chicago. Não foi surpresa quando aceitou o convite de Yale em 1916. Hohfeld lá estava desde 1914. Tanto que quando Hohfeld faleceu em 1918, a escola de direito de Yale o homenageou republicando seus artigos sobre direito analítico e foi Cook quem escreveu o prefácio¹¹¹ desta compilação exaltando a importância da obra de Hohfeld. Além disso, Hohfeld em seu testamento deixou para Cook seus escritos sobre o conflito das leis que originaram escritos do autor sobre o assunto¹¹².

A influência dos conceitos jurídicos fundamentais e da postura analítica de Hohfeld pode ser facilmente percebida na mudança teórica que ocorreu nos escritos de Cook entre 1915 e 1921 (três anos que antecederam e sucederam a morte de Hohfeld em 1918). Este último elevou o grau de abstração da sua pesquisa passando da abordagem de como os EUA deveria governar as Filipinas em 1901¹¹³ para abordar a relação entre Direito e Equidade¹¹⁴. O trabalho de Cook sobre equidade também foi influenciado pelo artigo de Hohfeld sobre o assunto¹¹⁵ publicado na Michigan Law Review de 1913.

¹¹⁰ Sobre essa preocupação com o ensino jurídico vide COOK, Walter W.. *Improvement of legal education and of standards for admission to the bar in Maine* Law Review, vol. 11, nº 3, 1918, pp. 67-80. Neste artigo, Cook, assim como Hohfeld em 1914 em seu artigo sobre a escola ideal de direito, faz comparações constantes entre os parâmetros da escola de direito e os da escola de medicina. Ou seja, segue, em termos, pelo mesmo caminho que Hohfeld para analisar o ensino jurídico. Tal semelhança de pensamento será percebida melhor na prática quando Cook vai para o Instituto de Direito de Johns Hopkins, pois neste tenta implementar muitas das idéias de Hohfeld para a escola ideal de direito.

¹¹¹ HOHFELD, Wesley N. *Ibid.* pp. 2-21.

¹¹² SCHLEGEL, John Henry. *Ibid.* p. 53.

¹¹³ COOK, Walter W.. *How may the United States Govern the Philippine Islands?* in Political Science Quarterly, vol. 16, nº 1, 1901, pp.68-78.

¹¹⁴ COOK, Walter W.. *The Powers of courts of Equity in Columbia Law review*, vol. 15, nº 37, 1915, pp. 37-54. Vide também COOK, Walter W.. *The Powers of courts of Equity II in Columbia Law review*, vol. 15, nº 106, 1915, pp. 106-141.

¹¹⁵ Artigo intitulado *The relations between Equity and Law* (As relações entre Equidade e Direito) in HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Jersey: The Legal Classics Library, 2003, pp. 114-158 ou HOHFELD,

Hohfeld, no entanto, não gostou muito das sugestões curriculares feitas por Cook em seu discurso em 1912 e afirmava na verdade que não havia conflito entre o direito e a equidade, vejamos:

“(...) there is, it is believed, a very marked and constantly recurring conflict between equitable and legal rules relating to various jural relations; and whenever such conflict occurs, the equitable rule is, in the last analysis, paramount and determinative (...)”¹¹⁶

Sendo assim, o autor deixa claro que sua preocupação era mais analítica do que pedagógica. Já Cook tinha a pedagogia como preocupação principal ao afirmar que as regras de equidade deveriam ser ensinadas conjuntamente com as regras de direito.

Ambos, apesar das pequenas discordâncias, afirmavam que o direito não só era formado de dois sistemas de regras (ao contrário do pensamento clássico de Langdell, Ames e Maitland onde a equidade deveria seguir o direito) como também não se reduzia a mera aplicação de normas como preconizado pelo pensamento clássico. O direito seria predominantemente um caso de aplicação das regras de equidade através do poder discricionário dos agentes públicos, e, portanto submisso a regras extremamente variáveis.

Para John Schlegel¹¹⁷ tal aumento do grau de abstração teórico somado ao uso de ferramentas analíticas como os conceitos jurídicos fundamentais demonstra algo maior: a continuidade no desenvolvimento de uma identidade profissional do professor de direito. Foi tal desenvolvimento que levou Hohfeld a elaborar seu grande plano sobre a *escola vital de direito* (“Vital School of Law and Jurisprudence”). Escola essa que, como já abordado, não deveria ser mero ornamento jurídico ou pura diversão intelectual, mas sim deveria possuir valor econômico e social de impossível estimativa. Vale mencionar que cursos como história do direito, direito comparado, direito analítico, ciência e arte de legislar, e teleologia jurídica foram implementados em Yale em 1917, influência direta do artigo sobre a escola vital do direito de Hohfeld.

Wesley N. *The relations between Equity and Law in Michigan Law Review*, vol. 11, nº 8, 1913, p. 537-571.

¹¹⁶ HOHFELD, Wesley N. *Ibid.* p. 121. Em tradução livre: “(...) Acredita-se que há um conflito recorrente e constante entre as regras de direito e as regras de equidade em várias relações jurídicas; quando tal conflito ocorrer a regra de equidade é, em última análise, prioritária e determinante (...)”.

¹¹⁷ SCHLEGEL, John Henry. *Ibid.* p. 45.

Hohfeld apesar de discordar do método do caso proposto por Ames e implementado por Langdell havia absorvido a identidade profissional de professor de direito criada por estes e não só se sentia confortável como também queria levar isso adiante.

O trabalho analítico era a vocação de Cook desde o início. Hohfeld ofereceu com seus conceitos jurídicos fundamentais um sistema para o trabalho analítico, é verdade, porém mais do que isso, ofereceu uma visão da importância do trabalho analítico. Este seria o pré-requisito para a tarefa de melhorar todos os ramos do direito. Deveria ser o eixo da vocação de ensinar o direito. Com isso, Cook pegou o sistema de Hohfeld e tentou usá-lo da melhor maneira possível. Para Schlegel tal era o “entusiasmo genuíno para uma análise profunda dos problemas jurídicos” de Cook¹¹⁸.

Em outras palavras, Cook foi influenciado pelo trabalho analítico de Hohfeld, ou seja, pelos conceitos fundamentais do Direito e também por sua teoria do ensino jurídico elaborada no artigo sobre a *escola vital do direito* (“Vital school of Law and Jurisprudence”)¹¹⁹. A teoria analítica e a teoria da educação progressista de Hohfeld foram vértices da teoria de Cook e, portanto, do realismo jurídico como veremos no próximo capítulo.

3.4

Hohfeld – inspiração realista a contragosto

Alguns autores¹²⁰ abordam Hohfeld como parte integrante do movimento realista. No entanto, tal inclusão, a nosso ver, não seria correta. Analisando a correspondência de Hohfeld com Pound entre 1910 e 1918 podemos perceber que Hohfeld se posiciona de maneira contrária a alguns primeiros escritos teóricos realistas. É importante abordarmos tais trechos de suas cartas de forma expressa como faremos a seguir.

¹¹⁸ *Id. Ibid.* p. 47. Veremos a trajetória de vida e teórica de Cook pormenorizadamente no próximo capítulo.

¹¹⁹ HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Jersey: The Legal Classics Library, 2003, pp. 332-384.

¹²⁰ Vide TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985.

Sendo assim, como poderíamos afirmar que Hohfeld era contra o realismo jurídico se o movimento só ficou conhecido como tal em 1930 com o artigo¹²¹ de Karl Llewellyn e Hohfeld faleceu em 1918?

Realmente quando Hohfeld faleceu ainda era muito cedo para sequer imaginar as proporções que o movimento realista tomaria, mas sua troca de correspondência com Pound demonstra que, se vivo em 1930, Hohfeld não simpatizaria com os moldes tomados pelo movimento.

Devemos frisar que a denominação realismo jurídico só veio em 1930, mas o movimento ganhou esboços desde 1910. Joseph W. Bingham em 1912 publica um artigo¹²² intitulado *O que é o direito? (What is the Law?)* artigo que já continha características claras da crítica realista. Dezenove anos depois, em 1931, Llewellyn publica um artigo¹²³ que continha uma lista¹²⁴ com vinte nomes que seriam uma pequena amostra dos principais autores que o autor considerava realistas. Bingham fazia parte dela exatamente por causa de seu escrito de 1912 dado que não havia publicado mais nada sobre o assunto.

O artigo de Bingham era de novembro de 1912 e em fevereiro de 1913 Hohfeld critica o escrito severamente em carta para Pound demonstrando que não gostava do rumo para qual Bingham estava direcionado, qual seja, o futuro movimento realista, vejamos:

“(...) I am at a loss to understand why, in your “Theories of Law”, you have failed to bring your treatment down to date by including that recent *magnum opus*, *What is the Law?* (Michigan Law Review for November)! As far as I can gather from this Michigan article (not free from obscurity), all *previous* writers on law have been in *profound* and *egregious* error! Still, as against this, did you observe Spencer’s comment in the last issue of the Green Bag – *Jurisprudence not an Objective Science?* It seems to me that he (Spencer) took the Michigan Law Review article somewhat too seriously; but that, in its general tendency, his criticism was correct (...)”¹²⁵

¹²¹ LLEWELLYN, Karl N.. *A realistic jurisprudence – The next step in Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930, pp. 431-465.

¹²² BINGHAM, Joseph W.. *What is the Law?* in Michigan Law Review, vol. 11, n° 1, 1912, pp. 1-25.

¹²³ LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound in Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, pp. 1222-1264.

¹²⁴ Falaremos mais dessa lista no capítulo específico sobre Karl N. Llewellyn.

¹²⁵ Carta 11 de Hohfeld para Pound de 25.02.1913 in LOSANO, Mario G. *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. Em tradução livre: “(...) Eu não entendo porque ao atualizar sua obra “Teorias do Direito” você não incluiu a grande obra, *O que é o direito?* (Michigan Law Review de novembro)! O que entendi desse artigo de Michigan (que é um tanto quanto obscuro) é que TODOS os autores jurídicos passados estariam em PROFUNDO e EGRÉGIO erro! Mesmo assim, você viu o comentário de

Podemos perceber que Hohfeld fica tão incrédulo ao ler o escrito de Bingham que demonstra inclusive sarcasmo ao referir-se ao artigo como *magnum opus* (obra magna). Afirma ainda que nos termos do artigo de Bingham todos os juristas anteriores estariam equivocados.

Devido a isto, podemos dizer que Hohfeld discordou ainda em vida com a faceta da teoria do direito do movimento realista. Já com relação à faceta do ensino jurídico, devido a seu artigo sobre a escola ideal de direito de 1914, acreditamos que ele concordaria com as reformas curriculares feitas pelos realistas nas escolas de direito e na metodologia de ensino. No entanto, não há nenhum indício expresso em suas cartas. O autor faleceu antes das reformas ocorrerem nas escolas de direito e na metodologia de ensino e pesquisa.

Abordaremos em seguida o que tratava o artigo de Bingham sobre *O que é o direito?* (*What is the Law?*) para percebermos que o autor de fato contrariava em grande parte o que Hohfeld preconizava teoricamente.

3.4.1

Joseph W. Bingham¹²⁶ e seu artigo (*What is the Law?* - 1912)

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

Spencer no último volume da Green Bag – *Direito, uma ciência não objetiva?* Parece-me que ele (Spencer) levou o artigo da Michigan Law Review um tanto quanto seriamente, mas sua crítica foi correta (...).”

¹²⁶ 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 sítio <http://histsoc.stanford.edu/pdfmem/BinghamJ.pdf> acessado em 05/09/2010.

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-relações¹²⁷.

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:

“(...) I desire to combat especially the vague current idea that the purpose of scientific investigation is the extraction from their hiding places and domestication of certain wild beasts of the jungle of ignorance known as principles and rules. We unconsciously are led by common speech to think of principles and rules as integral things existing outside of the human mind, which may be perceived by gifted or trained intelligence and communicated to others. (...) the conceptions of principles and rules indicated by such language are erroneous (...)”¹²⁸

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 utilizado¹²⁹.

Para o autor “(...) If the law consists only of rules and principles, it does not exist outside of the minds which for the moment are using those rules and principles (...)”¹³⁰. 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) utilizados

¹²⁷ BINGHAM, Joseph W.. *Ibid.* p. 3.

¹²⁸ BINGHAM, Joseph W.. *Ibid.* p. 4. Em tradução livre: “(...) 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 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 (...)”.

¹²⁹ *Id.* *Ibid.* p. 7.

¹³⁰ *Id.* *Ibid.* p. 8. Em tradução livre: “(...) 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 (...)”.

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.

Assim explica o autor sobre tais fenômenos objetivos:

“(...) I assume that no one will contradict that the field of law is part of the field of the science of government. What are the proper objects of comprehension within this field? Only or primarily rules, principles and definitions? No. The lawyer, as does the scientist, studies sequences of external phenomena and he studies them with a similar purpose – to determine their causes and effects and to acquire an ability to forecast sequences of the same sort. (...)”¹³¹

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 científico. Vejamos:

“(...) I delimit it further by saying that it includes only the organization of the institutions and agencies of authoritative government, their concrete operations and effects, and the causal facts which bring about those operations. These things constitute external sequences of phenomena which correspond to the working field of the scientist. Knowledge obtained by observation, report, inductive and deductive reasoning, and the other implements of scientific investigation, may be generalized into rules and principles. A technical vocabulary and stereotyped methods of phrasing may be developed with accompanying definitions. When thorough knowledge so obtained has been fully organized we shall have that which may with propriety be called a science of law (...)”¹³²

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. Ou seja, o autor vai de

¹³¹ *Id. Ibid.* p. 9. Em tradução livre: “(...) Eu presumo que ninguém irá contestar que o direito faz parte do campo da ciência do governo. Quais são os objetos de compreensão próprios dentro desse campo? Somente ou primariamente regras, princípios e definições? Não. O advogado, assim como o cientista, estuda sequências de fenômenos externos e os estuda com propósito similar – determinar sua causa e efeito e adquirir a habilidade de prever sequências do mesmo tipo. (...)”.

¹³² *Id. Ibid.* p. 9. Em tradução livre: “(...) Eu delimito tal ramo dizendo que inclui apenas a organização das instituições e agências do governo, suas operações e efeitos concretos, e os fatos causadores de tais operações. Essas coisas constituem a sequência externa do fenômeno que corresponde ao trabalho de campo do cientista. Conhecimento obtido através de observação, relato, raciocínio indutivo e dedutivo, e de outros implementos da investigação científica, podem vir a ser generalizados em princípios e regras. Um vocabulário técnico e métodos estereotipados de construção de frases podem ser desenvolvidos acompanhados de definições. Quando conhecimento completo for obtido e totalmente organizado, aí sim teremos o que poderemos denominar com propriedade de ciência do direito (...)”.

encontro a tudo que se acreditava na época com a proliferação do método do caso de Langdell.

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 sua carta a teoria de Bingham afinal não admitia a tentativa dele em contrariar toda a história jurídica americana.

Bingham acreditava nos fatores externos ao direito (impressões, crenças, culpabilidade moral e etc...) como principais influenciadores do processo decisório do magistrado, característica dos principais autores do movimento realista, vejamos:

“(...) The processes of decision are processes of intelligent reasoning, such as are operative in other fields of mental activity. Generalizations are used, but they are only mental implements of those who use them. Impressions, beliefs and conclusions concerning the facts of the case, concrete precedents, applicable customs, habits, common ideas, moral blameworthiness, and other logically pertinent considerations are consolidated and welded in generalizations (...)”¹³³.

Frise-se que o autor sob comento não negava a existência dos princípios e regras, mas acreditava que estes só existiam na mente daqueles que os estavam utilizando em dado momento. Uma regra de direito seria uma compreensão abstrata de como as cortes decidiriam questões concretas. Um princípio jurídico seria uma compreensão abstrata das questões que as cortes levariam em consideração para tomar as decisões. Ou seja, para Bingham qualquer um com conhecimento e habilidade mental suficiente poderia construir um princípio ou

¹³³ *Id. Ibid.* p. 14. Em tradução livre: “(...) Os processos de decisão são processos de raciocínio inteligente assim como são os processos operativos em outros campos da atividade mental. As generalizações usadas, porém são apenas implementos mentais daqueles que as usam. Impressões, crenças e conclusões relativas aos fatos do caso, precedentes concretos, costumes aplicáveis, hábitos, idéias comuns, culpabilidade moral, e outras considerações lógicas pertinentes são consolidadas em generalizações (...)”.

uma regra nesses termos. As cortes e o poder legislativo não teriam o monopólio de produção dos mesmos. Qualquer um poderia criar suas próprias generalizações e se estas indicassem as questões que as cortes levariam em consideração no processo decisório ou seus potenciais efeitos jurídicos então tais generalizações seriam princípios e regras jurídicas válidas¹³⁴.

Em suma, Bingham demonstra em seu artigo claras características realistas e, para Hohfeld, com isso contraria todos os juristas anteriores. Tal fato demonstra claramente que Hohfeld não simpatizaria com o movimento realista se fosse vivo na época de seu surgimento.

3.4.2

A crítica de Kocourek a Bingham

Hohfeld discorda de Bingham e concorda com as críticas que Albert Kocourek faz ao artigo¹³⁵ do autor. Mais um indício de que não simpatizaria com o movimento realista e que muito menos o quis influenciar pelo menos sua faceta da teoria do direito. Este ponto demonstra em que Hohfeld acreditava teoricamente e porque criticou o artigo de Bingham. Ou seja, se Hohfeld concordaria com a faceta do ensino jurídico do movimento realista, sem dúvida discordaria da sua faceta da teoria do direito. Vejamos em uma de suas cartas para Pound:

“(...) Did you notice our friend Kocourek’s pungent critique of “What is the Law?” (Illinois Law Review for June 1913). His discussion – while taking the Bingham article rather too seriously – confirms my impression that he has a mighty good head on his shoulders (...)”¹³⁶.

Para Kocourek, Bingham ao levar em consideração apenas o que as cortes faziam e não o que elas falariam e ao definir princípios e regras apenas como meras ferramentas mentais, o autor estaria criando uma super sociologia jurídica.

¹³⁴ *Id. Ibid.* p. 23.

¹³⁵ KOCOUREK. Albert. *Review of What is the law? By Joseph W. Bingham in Illinois Law Review*, vol. 8, nº 138, 1913, pp. 138-140.

¹³⁶ Carta 15 de Hohfeld para Pound de 19.06.1913 in *Harvard Law School Library: Manuscript Division*. Em tradução livre: “(...) Você leu a crítica pungente de nosso amigo Kocourek sobre “O que é o direito?” (Revista de Direito de Illinois de junho de 1913). Sua discussão – levando o artigo de Bingham um tanto quanto a sério demais – confirma minha impressão de que ele é um homem bastante sensato (...)”.

Kocourek afirma que tal entendimento teria dois riscos principais: 1. O risco de o tecnicismo jurídico ser deixado tão de lado que sua utilidade poderia vir a ser destruída. 2. O risco do padrão objetivo dos problemas jurídicos degenerarem-se em princípios e regras da sociologia tão imperfeitos quanto às generalizações representadas pelas regras e princípios que o próprio Bingham negaria.

Kocourek então, discordando completamente da teoria de Bingham a denomina de teoria fantasma por simplesmente se basear somente em fatos sociológicos. Seria, portanto, juridicamente nula, vejamos:

“(...) what fault is to be found with legal generalization? Is not the common law system a marvelous intellectual monument of consistency regarded from the standpoint of rules? Is there any logical or other impossibility in combining legal phenomena into groups of general ideas for practical purposes? If the implied answers follow, then this ghost theory, both in its aspect of terrifying spectacle and shadowy emanation, vanishes (...)”¹³⁷.

Hohfeld em sua carta para Pound de junho de 1913 concorda com todas as críticas feitas por Kocourek com relação ao artigo de Bingham. Até porque, mesmo em seus conceitos fundamentais¹³⁸ do direito que teriam alto grau de rigor científico o que Hohfeld faz é agrupar idéias, idéias essas que em última análise seriam as definições, os conceitos criticados por Bingham. Ou seja, para Bingham Hohfeld na tentativa de dar um grau de certeza ao direito com seus conceitos fundamentais teria partido de premissas errôneas dado que os mesmos seriam as generalizações, ou nos termos postos por Bingham, as ferramentas mentais, que deveriam ser levadas em consideração pelo jurista apenas de forma secundária. De forma primária, como mencionado, deveriam ser levados em consideração os fatores externos ao direito, o que as cortes fazem e não o que falam.

Hohfeld para criar seus conceitos fundamentais do direito baseia-se justamente no que as cortes falam e não no que elas fazem. Exatamente o contrário do preconizado por Bingham e também por Cook¹³⁹. Hohfeld, portanto,

¹³⁷ KOCOUREK. Albert. *Ibid.* p. 139. Em tradução livre: “(...) que mal há nas generalizações jurídicas? Não seria o sistema da *common law* um monumento maravilhoso de consistência intelectual baseado nas regras? Há alguma lógica ou outra impossibilidade em agrupar o fenômeno jurídicos em idéias gerais com finalidade prática? Se as respostas implícitas são corretas, então tal teoria fantasma, tanto no seu aspecto terrível de exibição quanto na sua emanção sombria cai por terra (...)”.

¹³⁸ Vide FERREIRA, Daniel B.. *Teoria dos direitos subjetivos: Wesley N. Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

¹³⁹ Vide COOK, Walter W.. *The logical and legal bases of the conflict of laws in Yale Law Journal*, vol. XXXIII, nº 5, 1924, pp. 457-488. “(...) We shall therefore undertake to formulate

só poderia concordar com as críticas de Kocourek e discordar de Bingham e das propostas para a teoria do direito do que em 1930 seria conhecido como realismo jurídico.

Portanto, podemos dizer que Hohfeld discordaria da faceta da teoria do direito do movimento realista e concordaria com a sua faceta de teoria do ensino jurídico, dado que foi quem a influenciou inicialmente em seu escrito sobre a *Escola Ideal de Direito (Vital School of Jurisprudence)*. Hohfeld demonstrou também em suas cartas¹⁴⁰ grande preocupação com a questão financeira. Para o autor, assim como Llewellyn sustenta em seus escritos sobre ensino jurídico (veremos no capítulo quinto) as mudanças curriculares e metodológicas nas escolas de direito teriam de ser realizadas de forma paulatina para não gerar déficit financeiro. O método tradicional de ensino de Langdell gerava recursos, ou seja, o ensino jurídico não poderia ser mudado drasticamente sob pena de se tornar deficitário. De fato, foi assim que se sucedeu nas escolas de direito norte-americanas. Não houve nenhuma mudança drástica, porém pequenas mudanças e melhorias foram realizadas de forma constante como veremos nos capítulos subsequentes. A maioria dessas mudanças influenciadas diretamente pelo pensamento progressista sobre ensino jurídico de Hohfeld (pré-realista), Llewellyn, Cook e outros autores realistas.

general statements as to what the 'law' of a given country 'can' or 'cannot' do in the way of attaching legal consequences to situations and transactions by observing what has actually been done. In making our observations we shall, however, find it necessary to focus our attention upon what courts have *done*, rather than upon the description they have given of the reasons for their action (...). Em tradução livre: "(...) Devemos, portanto, formular afirmações gerais sobre o que a 'lei' de um determinado país 'pode' ou 'não pode' conectando as consequências jurídicas as situações e transações que as originaram e observando o que efetivamente foi feito pelas cortes. Ao fazer tais observações nós devemos, no entanto, focar nossas atenções no que as cortes de fato *fizeram* e não na descrição dada por elas das razões de sua ação (...)"

¹⁴⁰ Vide anexo – Cartas de Wesley N. Hohfeld a Roscoe Pound. Por exemplo, Carta 31 de Hohfeld para Pound de 15.07.1915 in *Harvard Law School Library: Manuscript Division*. Nesta Hohfeld afirma preferir professores treinados através do método do caso de Langdell.