

A derrocada do realismo jurídico e o seu legado teórico

Paramos no tempo no capítulo segundo para tratar basicamente de algumas décadas da história do direito norte-americano, as décadas que culminaram com o surgimento, o ápice e o declínio do movimento realista (1920 a 1945).

Com o fim da era da fé e o início da era da ansiedade, nos termos postos por Grant Gilmore³²⁷, ocorreram críticas constantes ao método do caso tanto como teoria do direito quanto como teoria do ensino jurídico. Tais críticas inspiraram Llewellyn sucedendo-se a publicação de seus artigos sobre o tema. Surgia então, o realismo jurídico, movimento de duas facetas críticas. O método do caso, portanto, deixara de ser unanimidade e novas metodologias começavam a ser perquiridas em prol de uma melhoria do ensino jurídico, das escolas de direito e também da interpretação das decisões das cortes.

Os anos trinta foram extremamente propícios para a disseminação das novas idéias pregadas pelos realistas. A aplicação da pesquisa empírica ao direito e a idéia de interdisciplinaridade do direito (principalmente a sua relação com a sociologia) eram temas centrais.

Com o surgimento do *New Deal* nesta mesma década e a atmosfera propícia para novos experimentos muitos dos chamados realistas ingressaram na carreira pública participando do governo de Roosevelt ativamente.

Porém, como veremos, a mudança de conjuntura político-social com a Segunda Grande Guerra tornou todo e qualquer tipo de mudança e novidade indesejada. Os realistas passaram a ser um grupo de liberais em tempos extremamente conservadores.

Abordaremos agora os motivos da derrocada tão precoce do realismo jurídico. Também trataremos do legado teórico do movimento e das suas principais contribuições, mormente em relação a sua faceta voltada para o ensino jurídico.

³²⁷ GILMORE, Grant. *The Ages of American Law*. Connecticut: Yale University Press, 1977.

6.1

A derrocada

Em 1936 os norte-americanos tornavam-se cada vez mais cientes dos governos totalitaristas e despóticos da Rússia, Itália e principalmente da Alemanha. A grande maioria condenava as práticas repressivas destes governos de forma veemente. Quanto mais à possibilidade de uma nova guerra se aproximava a idéia de democracia era cada vez mais defendida como a melhor forma de governo e como a forma moralmente correta. Os realistas, ao criticarem o método do caso e a forma de decisão dos magistrados, haviam colocado para a maioria, de forma não intencional, a idéia de democracia em cheque. Tal fato não seria tolerado em um momento onde o país precisava de convicção e reafirmação de seus valores republicanos³²⁸.

Muitos acadêmicos acusavam o realismo de levar ao totalitarismo, pois este negaria padrões éticos e tornaria a lei uma força coercitiva amoral³²⁹. Isto porque o realismo criticava a utilização dos princípios e regras da maneira pregada pelo método do caso. As críticas ao método do caso como metodologia de ensino e aprendizado também não eram bem vistas dado que o método de Langdell era utilizado com sucesso desde o final do século XIX. A defesa da interdisciplinaridade aplicada ao direito e a utilização da pesquisa empírica era outro ponto de desconforto entre os acadêmicos conservadores dado que estes teriam muita dificuldade para se adaptarem as novas propostas. Em suma, qualquer mudança seria rejeitada naquele momento de extremo conservadorismo e incertezas na conjuntura político-social.

Edward Purcell assim aborda as críticas:

“Whatever their motivations, the attacks had an effect. Much of the work of the realists had slighted the importance of ethical theory. Their philosophical assumptions had undermined the concept of a rational moral standard. Their ethical relativism seemed to many to mean that no Nazi barbarity could be justly branded as evil, while their identification of law with the actions of government officials gave even the most offensive Nazi edict the sanction of true law. Juxtaposing that

³²⁸ PURCELL JR., Edward A., *American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the crisis of Democratic Theory in The American Historical Review*, Vol. 75, nº 2, 1969, p. 437.

³²⁹ Vide PURCELL JR., Edward A.. *Ibid.* p. 438.

logic actions of the totalitarian states, the critics had painted realism in the most ominous and shocking colors”³³⁰.

Com isso, os realistas foram obrigados a modificar o tom de seus escritos ou a simplesmente não publicar mais sobre o assunto. Llewellyn, conforme mencionamos não publicou mais sobre o assunto até 1960 quando em um anexo de seu livro *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*³³¹ frisou que o realismo jurídico como teoria do direito tratava apenas de uma mera metodologia. Tentou, com isto, esvaziar o realismo jurídico como teoria do direito de qualquer conteúdo ético ou moral para rebater as críticas realizadas vinte anos antes. Para o autor, o movimento havia sido vítima da completa incompreensão dos críticos.

Em 1941, segundo Edward Purcell quando os EUA entraram na Segunda Grande Guerra havia uma divisão clara entre os teóricos do direito em dois grupos: os relativistas científicos (realistas) e os absolutistas racionais. Para o autor:

“On the one hand, the realists owed their inspiration and intellectual attitudes to a cluster of ideas associated with modern science. Truth was wholly dependent on empirically established facts and hypotheses, they agreed, and it was necessarily tentative and relative. On the other hand, the absolutists (...) believed that human reason could discover certain universal principles of justice by analyzing philosophically the nature of reality. Deductive logic could demonstrate the truth of propositions and lead man to correct applications in settling particular, practical questions. The universal principles formed for the absolutists the basis for all ethical knowledge, which was demonstrably certain”³³².

Ou seja, com relação à teoria do direito, havia ocorrido uma divisão clara entre os teóricos do direito norte-americano. De um lado havia os realistas e do

³³⁰ *Id. Ibid.* p. 441. Em tradução livre: “Quaisquer que fossem suas motivações, os ataques tiveram um efeito. Muitos dos trabalhos dos realistas haviam reduzido a importância de uma teoria ética. Suas presunções filosóficas haviam minado o conceito de um padrão moral racional. O seu relativismo ético parecia, para muitos, significar que nenhuma barbaridade nazista poderia ser enquadrada como ruim, enquanto sua identificação da lei com as ações dos agentes públicos concederia ao nazista mais ofensivo a aparência de legalidade. Justapondo com isso as ações dos estados totalitaristas, os críticos haviam pintado o realismo com as cores mais chocantes e odiosas”.

³³¹ LLEWELLYN, Karl N.. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. New York: William S. Hein & Co., 1996, pp. 508-520 (Apêndice B).

³³² Vide PURCELL JR., Edward A.. *Ibid.* pp. 443-444. Em tradução livre: “De um lado, os realistas, deviam sua inspiração e atitudes intelectuais ao conjunto de idéias associadas à ciência moderna. A verdade era totalmente dependente das hipóteses e fatos empiricamente estabelecidos sendo necessariamente relativa. Do outro lado, os absolutistas (...), acreditavam que a razão humana poderia descobrir princípios de justiça universais ao analisar filosoficamente a natureza da realidade. A lógica dedutiva seria capaz de demonstrar a verdade das proposições e levar o homem a sua aplicação correta na resolução de questões práticas e particulares. Os princípios universais formariam, para os absolutistas, a base de todo o conhecimento ético, que seria demonstravelmente correto”.

outro os tradicionalistas, ainda apegados aos métodos de Langdell. Os primeiros não acreditavam na existência de princípios de justiça universais e pregavam um maior cientificismo ao direito. Já os tradicionalistas acreditavam em tais princípios e afirmavam que estes deveriam ser descobertos através da análise dos casos das cortes de apelação. Com relação ao ensino jurídico ocorria o mesmo. Os tradicionalistas defendiam a manutenção do método de ensino de Langdell com poucas adaptações enquanto os realistas defendiam novas metodologias de ensino, pesquisa e modificações nos currículos das escolas de direito. No entanto, estes últimos eram cautelosos e afirmavam que as modificações teriam de ser realizadas paulatinamente, sendo assim, não iam simplesmente descartar a utilização do método do caso de forma abrupta.

A conjuntura sócio-política fez com que os tradicionalistas prevalecessem. O movimento realista foi totalmente abafado com relação a sua faceta de teoria do direito. Os realistas foram penalizados por serem liberais³³³ em tempos extremamente conservadores.

Os fatos supramencionados, portanto, constituíram as razões extrínsecas da derrocada do movimento realista. No entanto, existiram também algumas razões intrínsecas ao movimento que levaram ao seu insucesso.

A principal razão intrínseca é o fato dos realistas nunca terem sido um grupo unido e consolidado. O artigo de Llewellyn de 1931 em resposta a Pound³³⁴ que deu o nome ao movimento e que listou os realistas nunca teve adesão. Tirando o próprio Llewellyn, autor do escrito, todos os outros professores constantes da lista negaram-se a aderir expressamente ao realismo.

O escrito de Llewellyn tinha o principal objetivo de demonstrar uma tendência crítica ao método do caso, no entanto, o autor pecou por querer ser líder de um movimento e ao tentar dar nome aos seus seguidores. Nenhum dos autores aceitou ser rotulado e isto enfraqueceu o movimento que só tinha um defensor de forma expressa, o próprio Llewellyn.

Outro fator que contribuiu para a derrocada realista foi o fato de este não ser considerado uma escola ou uma teoria, conforme o próprio Llewellyn aponta em

³³³ Liberal aqui não está posto sentido político. O significado dado ao texto seria apenas de desejar mudanças, ou seja, os realistas desejavam mudanças tanto na teoria do direito quanto na pesquisa jurídica e no ensino jurídico.

³³⁴ LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound in Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, pp. 1222-1264.

seu artigo de 1931, o que tornou o movimento presa fácil para críticas. Críticas estas que abafaram o movimento como teoria do direito na Segunda Grande Guerra.

Quanto à tentativa de aplicação da pesquisa empírica ao direito vários são os fatores do seu insucesso na época, sendo estes os principais:

- (a) Os cientistas sociais não estavam preparados para trabalhar tanto com material jurídico como com os professores de direito.
- (b) Os meios para a realização de tais pesquisas eram muito custosos financeiramente e levavam muito tempo para trazer algum resultado. A crise financeira de 1929 contribuiu também para a falta de financiamento dos projetos de pesquisa empírica como vimos no caso do Instituto para Estudo do Direito de Johns Hopkins.
- (c) As escolas de direito não receberam bem tal mudança de foco no estudo do direito com exceção de Hopkins (que fechou as portas em 1933) e Yale.
- (d) Os próprios realistas que tentaram aplicar a pesquisa empírica ao direito desistiram no meio do caminho devido às dificuldades.

Portanto, como podemos perceber a derrocada realista, ao menos como teoria do direito, deve-se a fatores intrínsecos e extrínsecos ao movimento. No entanto, o fato do movimento ter tido uma vida tão curta também fez com que fosse discutido e estudado até os dias atuais. Afinal vários pontos deixaram de ser esclarecidos.

Sua principal contribuição como teoria do direito foi justamente a de tentar aliar as ciências modernas ao direito e, com isso, dar uma alternativa ao estudo tradicionalista preconizado por Langdell (noção do direito como ciência exata). Já a sua faceta do ensino jurídico contribuiu enormemente para a evolução do ensino jurídico, da pesquisa jurídica e das escolas de direito, como veremos a seguir.

6.2

O legado

De maneira geral, o desejo básico dos realistas era o de transformar o ensino jurídico norte-americano em termos não-Langdellianos. Para muitos, isso significava buscar nas ciências sociais uma alternativa ao estilo formalista

harvardiano. Como vimos, Llewellyn foi um dos que tentou por toda sua vida aliar as ciências sociais ao direito, o maior exemplo disto é a sua teoria das funções do direito.

Em 1933, Jerome Frank publica um escrito³³⁵ onde defende basicamente que as escolas de direito deveriam tornar-se *escolas para advogados (lawyers schools)*. Vejamos:

“The undiluted principles of Langdell are nowhere in good repute to-day. But they are still the basic ingredient of legal pedagogy, so that, whatever else is mixed with them, the dominant flavor is still Langdellian. Our leading law schools are still library law schools, book law schools. They are not as they should be, *lawyer schools*”³³⁶.

Frank com essa declaração ataca o coração da metodologia Langdelliana que defendia que o método do caso era tanto prático quando científico. O autor afirma que o método do caso não traria qualquer experiência prática aos estudantes de direito e que isso deveria ser o componente principal de suas formações. Como vimos, Llewellyn, dois anos depois, realizou a mesma crítica em um dos seus escritos sobre o ensino jurídico³³⁷.

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

“The lawyer, whatever else he needs, needs to be an effective legal practitioner, an adequate technician. The law student should learn, while in school, the art of legal practice. And to that end, the law schools should boldly, not shyly and evasively, repudiate the false dogmas of Langdell. They must say ‘Yes’ to his ‘No’. They must decide not to exclude, as did Langdell, but to include, the “methods of learning law by work in a lawyer's office and attendance upon the proceedings of courts of justice’. They must right-about-face, and say, ‘What qualifies a person to teach law *is* experience in the work of a lawyer's office, in dealing with men, in the trial and argument of cases’. They must repudiate the absurd notions that the heart of a law school is its library, that what distinguishes one law school from another is the number and kind of books on its library shelves, that the library is the lawyer's

³³⁵ FRANK, Jerome. *What Constitutes a Good Legal Education in The American Law School Review*, Vol. 7, nº 10, 1933, pp. 894-902.

³³⁶ *Id. Ibid.* p. 898. Em tradução livre: “Os princípios não-diluídos de Langdell não gozam de boa reputação nos dias atuais. Porém, ainda são o ingrediente básico da pedagogia jurídica de forma que qualquer coisa que seja misturada a eles possui o sabor dominante do Langdellianismo. Nossas melhores escolas de direito ainda são escolas de bibliotecas, escolas de livros. Não são como deveriam ser, *escolas para advogados*”.

³³⁷ LLEWELLYN, Karl N.. *On What is Wrong with So-Called Legal Education in Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 651-678.

laboratory, that the ‘living founts’ for the lawyer are to be found in inert paper covered with printer's ink”³³⁸.

Hohfeld em seu escrito de 1914³³⁹ já chamara a atenção para a importância da inclusão da prática jurídica nas escolas de direito³⁴⁰. Frank provavelmente teve influência de Hohfeld nesse ponto assim como Llewellyn em 1935. No entanto, com relação às clínicas de prática jurídica as escolas de direito não deram ouvidos a Hohfeld em 1914, mas deram ouvidos a Frank duas décadas depois.

A defesa de Frank de uma *escola para advogados* teve pouco efeito prático em 1930. Contudo, em 1960 sua crítica foi a base do retorno das clínicas as escolas de direito. Tal prática perdura até os dias atuais³⁴¹.

Outro resultado das críticas realistas ao método langdelliano de ensino foi a contratação por algumas escolas de direito, principalmente Columbia e Yale, de cientistas sociais para fazerem parte de seus corpos docentes. Tal revolução levou a produção de novo material didático, diferente dos livros de casos utilizados pelo método anterior³⁴². Em Columbia tal fato deveu-se a presença de Llewellyn no corpo docente. Como vimos Llewellyn pregava um ensino do direito com uma análise dos fatos que geraram os conflitos.

O número de casos nas cortes de apelação crescia astronômicamente e os livros de casos no estilo langdelliano que reproduziam os casos na íntegra tornavam-se um tanto quanto inviáveis. Vejamos nas palavras de Duxbury:

³³⁸ *Id. Ibid.* p. 900. Em tradução livre: “O advogado, por mais que precise de outras coisas, precisa ser um prático do direito, um técnico adequado. O estudante de direito deveria aprender, durante a escola, a arte da prática jurídica. Para este fim, as escolas de direito deveriam de forma efusiva e, não de forma tímida e evasiva, repudiar os dogmas de Langdell. Elas precisam dizer ‘Sim’ para o seu ‘Não’. Precisam decidir em não excluir, como fez Langdell, mas em incluir os ‘métodos de aprendizado do direito através do trabalho de um advogado no escritório e a sua participação nos procedimentos das cortes e da justiça’. Precisam reconhecer de forma clara e afirmar, ‘O que qualifica um indivíduo para lecionar direito é sua experiência como advogado. Sua experiência em lidar com homens nos julgamentos e na argumentação dos casos’. As escolas de direito também precisam repudiar as noções absurdas de que seus corações seriam suas bibliotecas, de que o que diferenciaria uma escola da outra seria o número e a qualidade dos livros em suas estantes, de que a biblioteca seria o laboratório do advogado e de que as ‘fontes vivas’ de aprendizado para o advogado estariam contidas em papel inerte coberto com tinta impressa”.

³³⁹ 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.

³⁴⁰ Vide item 3.6.2 do trabalho.

³⁴¹ Vide STEVENS, Robert. *Law School: Legal education in America from the 1850's to the 1980s*. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1987, p. 241. O autor afirma que entre 1970 e 1976 o número de programas de clínicas nas escolas de direito aumentou de 169 para 494.

³⁴² *Id. Ibid.* p. 158.

“Originating at Columbia in the early 1920s, the new case-books, or rather their authors, tended to utilize a variety of ‘materials’ – statutes, doctrinal commentary, the methods of the social sciences, among other things – in an endeavor to offer students an idea of how legal doctrines function in a social context”³⁴³.

O melhor exemplo da mudança nos livros de casos foi o livro publicado em 1930 por Llewellyn com casos sobre direito comercial. *Cases and Materials on the Law of Sales*³⁴⁴ constitui uma primeira expressão do que mais tarde seria parte do Código Comercial Uniforme elaborado pelo autor. Na obra, a classificação dos casos e a forma de editá-los não possuía precedente no direito norte-americano. Ao contrário dos livros anteriores Llewellyn não dispôs os casos na íntegra. Foi o primeiro a resumi-los, o que na época foi considerado um tanto quanto progressista. Ou seja, o livro de casos de Llewellyn saía completamente dos padrões dos livros preconizados pelo método de Langdell.

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

No decorrer da década de trinta os livros de casos no estilo realista se proliferaram. Uma dúzia de livros foi elaborada em Yale apenas no ano de 1931. Na década de quarenta tais livros já eram considerados parte integrante do currículo das escolas de direito norte-americanas. Em 1950, o instrutor que ensinava literalmente e exclusivamente pelo método do caso já se tornara basicamente extinto³⁴⁵.

Outra importante influência dos realistas foi a proliferação das disciplinas eletivas nas escolas de direito na década de vinte. Tais disciplinas eram ensinadas pelo método expositivo e demonstravam aceitação das escolas com relação à idéia

³⁴³ DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 143. Em tradução livre: “Originários de Columbia no início dos anos vinte, os novos livros de casos, ou melhor, seus autores, utilizavam uma variedade de ‘materiais’ – estatutos, comentários de doutrina, métodos das ciências sociais, entre outras coisas – em uma tentativa de oferecer aos estudantes uma idéia de como as doutrinas jurídicas funcionavam em um contexto social”.

³⁴⁴ LLEWELLYN, Karl N.. *Cases and Materials on the Law of Sales*. New York: Callaghan and Co., 1930.

³⁴⁵ *Id. Ibid.* p. 144.

de que o direito era muito mais do que apenas os princípios e regras preconizados por Langdell³⁴⁶.

Yale teve papel preponderante no desenvolvimento do ensino jurídico e nas críticas ao método de Langdell. Em 1928, o corpo docente da escola de direito de Yale elegeu um reitor que teria mente aberta e que seria receptivo a mudanças, Robert Maynard Hutchins³⁴⁷ de apenas vinte e oito anos. Com isso a escola de direito de Yale tornava-se o berço dos professores com tendência progressista, berço dos realistas. Neste mesmo ano, em conjunto com o Instituto para estudo de Direito de Johns Hopkins era a escola com viés mais progressista. Hopkins, no entanto, como vimos, preconizava apenas a pesquisa. Já Yale tinha como ênfase a pesquisa e o ensino³⁴⁸. Vale frisar que Hutchins tentou contratar os professores que acabaram por fundar o Instituto de Hopkins (principalmente Yntema), porém Cook estragou os planos de Hutchins sendo considerado um traidor em Yale, pois já havia sido professor da escola.

Os anos de 1928 e 1929 foram extremamente produtivos para a escola de direito de Yale. Hutchins havia ajudado a fundar o Instituto de Relações Humanas (*Institute of Human Relations*) e a pesquisa empírica estava florescendo na escola. O Instituto faria uma integração entre o direito e as ciências sociais. O corpo docente era de primeira linha e o corpo discente tornava-se cada vez mais competitivo.

Nas palavras de Kalman:

“Yet if Yale Law School was not yet ‘realistic’, the potential seemed there. Hutchins had attracted a strong contingent of realists and social scientists. He had encouraged his faculty to supplement theory with empirical work. He had helped to establish the Institute of Human Relations, which seemed to promise the integration of law with the social sciences”³⁴⁹.

³⁴⁶ STEVENS, Robert. *Ibid.* p. 158.

³⁴⁷ Robert Maynard Hutchins nasceu no Brooklyn em Nova Iorque em 1899. Completou seu bacharelado em artes por Yale em 1921. Formou-se em direito também por Yale em 1925 como primeiro aluno da turma. Tornou-se reitor em exercício da escola de direito de Yale em 1927 e eleito reitor em 1928. Em 1929 foi presidente da Universidade de Chicago ainda aos trinta anos. Exerceu o cargo até 1945. Foi Chanceler da Universidade de Chicago até 1951. Após foi presidente da Fundação Ford de 1957 a 1977. Fundou o Centro de Estudos de Instituições Democráticas (*Center for the Study of Democratic Institutions*) em 1959. Faleceu em 1977. SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1995, pp. 265-266.

³⁴⁸ KALMAN, Laura. *Legal Realism at Yale: 1927-1960*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, p. 112.

³⁴⁹ *Id.* *Ibid* p. 115. Em tradução livre: “Se Yale ainda não era ‘realista’, o potencial para tanto estava lá. Hutchins atraiu um forte contingente de realistas e de cientistas sociais. Havia também

Underhill Moore³⁵⁰ foi o principal responsável pela pesquisa empírica na escola de direito em Yale. Tem inúmeros escritos sobre as suas pesquisas inclusive sobre a obediência dos motoristas as regras de estacionamento da escola de direito de Yale³⁵¹.

Em 1933, a escola de direito de Yale já era considerada o centro do movimento realista. Tinha um corpo docente inclinado para isto. Muitos inclusive estavam destinados a carreiras jurídicas brilhantes. No entanto, como vimos, seis anos depois com a ascensão dos regimes totalitaristas na Europa a maioria dos professores considerados realistas deixou a escola e os que permaneceram tiveram que simplesmente esquecer suas idéias progressistas.

Não podemos olvidar também da influência exercida por Walter Cook e companhia durante a curta sobrevivência do Instituto para Estudo do Direito de Johns Hopkin. De 1928 a 1933, enquanto o instituto sobreviveu, Cook, Marshall, Yntema e Oliphant provaram a utilidade da pesquisa empírica para o direito. Ratificaram também a importância da interdisciplinaridade com as ciências sociais.

Nos anos quarenta, no entanto, devido ao conservadorismo gerado pela Segunda Grande Guerra, havia apenas poucos resquícios da metodologia realista em Yale. Tal conclusão vem da observação da carta de Grant Gilmore para John Schlegel de 1980. Gilmore fora aluno da escola de direito de Yale na década de quarenta, vejamos:

“What has most puzzled me over the years in thinking about the instruction we received in the early 1940s is how extremely conventional or traditional it was.... Of course the prime movers and shakers (Hutchins, Clark, Douglas, Arnold) had long since left New Haven. However, Underhill Moore, Walton Hamilton, Wesley Sturges and Harry Shulman (not to mention Arthur Corbin) were still on the faculty – and indeed I took courses with each of them. Without exception, the courses they

encorajado o corpo docente a complementar a teoria com trabalho empírico. Além disso, havia ajudado a fundar o Instituto de Relações Humanas, que parecia trazer uma integração entre o direito e as ciências sociais”.

³⁵⁰ William Underhill Moore nasceu em 1879. Formou-se em artes em 1900 e graduou-se em direito em 1902 pela Universidade de Columbia. Advogou de 1902 a 1907. Foi professor da Universidade de Kansas (1906), da Universidade de Wisconsin (1908-1910), da Universidade de Chicago (1914) e da Universidade de Columbia em 1916. Lecionou em Yale de 1929 a 1947. Faleceu em 1949. SCHLEGEL, John Henry. *Ibid.* p. 267. O melhor escrito sobre o autor é de John Henry Schlegel. Vide capítulo 3 de seu livro SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1995.

³⁵¹ MOORE, Underhill et. alii. *Law and learning theory: A study in legal control in The Yale Law Journal*, vol. nº 53, nº 1, 1943.

taught were entirely standard exercises in case law (or, occasionally, statutory) analysis, which would not have been out of place at Harvard. Not a word from any of them about History, jurisprudence, the scientific approach, empirical research – except that Corbin gave a preliminary lecture in the first-year Contracts course on Hohfeldian analysis (after which no more was heard of Hohfeld)... If there is anything in the Great Teacher idea, these men were Great Teachers – certainly the greatest I ever studied under. But, by 1940, despite their own deep involvement in the ferment of Legal Realism, they had all evidently decided to exclude from their teaching any reference to the ideas which had concerned, indeed, obsessed them, during the 1920s and 1930s”³⁵².

Em 1943 Harold D. Lasswell³⁵³ e Myres S. McDougal³⁵⁴, que haviam se conhecido enquanto lecionavam na Universidade de Chicago publicaram um escrito de noventa e duas laudas sobre ensino jurídico intitulado *Legal Education*

³⁵² Carta de Grant Gilmore a John H. Schlegel de 18 de junho de 1980 (original cedido pelo Professor John. H. Schlegel). Carta também encontrada em DUXBURY, Neil. *Ibid.* p. 146. Em tradução livre: “O que me deixou mais curioso ao pensar sobre o tipo de instrução disponibilizada no início dos anos quarenta foi o quão convencional e tradicional esta era... Claro que as figuras principais (Hutchins, Clark, Douglas, Arnold) haviam deixado New Haven há tempos. No entanto, Underhill Moore, Walton Hamilton, Wesley Sturges e Harry Shulman (sem mencionar Arthur Corbin) ainda faziam parte do corpo docente – e de fato tive aula com cada um deles. Sem exceção, os cursos lecionados por eles eram cursos padrão de análise e exercícios de casos (ou, ocasionalmente estatutos de leis) que sem dúvida se encaixariam com sucesso em Harvard. Não havia nenhuma menção sobre história, método científico, pesquisa empírica – com exceção de uma palestra preliminar de Corbin no primeiro ano do curso de contratos sobre análise hohfeldiana (após isso nada mais foi falado sobre Hohfeld)... Se há alguma idéia sobre um Grande Professor, estes homens eram Grandes Professores – com certeza os melhores com os quais já tive aula. Porém, em 1940, apesar de seu grande envolvimento com o fermento do realismo jurídico, eles evidentemente decidiram excluir de seus cursos qualquer referência as idéias com as quais os trabalharam de forma obsessiva nos anos vinte e trinta”.

³⁵³ Harold D. Lasswell nasceu em Illinois em 1902. Ingressou na Universidade de Chicago aos dezesseis anos graduando-se em 1922. Concluiu o doutorado pela mesma instituição em 1926. Sua tese *Propaganda Technique in the World War* é reconhecida como precursora no estudo da teoria da comunicação. Também estudou nas Universidades de Londres, Genebra, Paris e Berlim. Em Berlim, estudou Freud que o levou a tratar da ciência política com o viés da psicologia. Lecionou na Universidade de Chicago de 1927 a 1938. Em 1939 lecionou na Escola de Psiquiatria de Washington D.C. Serviu seu país na Segunda Grande Guerra em cargo administrativo lecionando concomitantemente na New School of Social Research de Nova Iorque e na escola de direito de Yale. Em 1946 foi lecionar em Yale como professor de direito e ciência política onde permaneceu até 1970. Após, lecionou na City University of New York até 1972 e na Temple University School of Law até 1976. Em 1976 se aposentou da vida acadêmica e se dedicou ao Centro de Ciências Políticas e a pesquisa. Faleceu em 1978. Suas principais contribuições foram para a Ciência Política e psicologia. Conteúdo retirado do sítio http://www.encyclopedia.com/topic/Harold_Dwight_Lasswell.aspx em 18/02/2011.

³⁵⁴ Myres S. McDougal nasceu no Mississippi em 1906. Fez graduação e mestrado em artes na Universidade de Mississippi onde também se graduou em direito. Alcançou o bacharelado em direito civil pela Universidade de Oxford em 1930. Em 1931, concluiu o doutorado pela Universidade de Yale. Lecionou na Universidade de Illinois, retornando para Yale em 1934. Serviu na Segunda Grande Guerra em cargos administrativos nos anos de 1942 e 1943. Após lecionou em Yale até sua aposentadoria totalizando cinquenta anos de magistério na Universidade. Suas principais contribuições para o direito foram para o Direito Internacional Público. Publicou seis tratados sobre a disciplina. No entanto, seu primeiro escrito foi sobre o ensino jurídico juntamente com Harold Lasswell. Faleceu em 1998. Conteúdo retirado do sítio http://www2.nemcc.edu/mspeople/myres_mcdougal.htm acessado em 18/02/2011.

*and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*³⁵⁵ (Ensino jurídico e Política Pública: Treinamento Profissional no Interesse Público).

McDougal se interessara pelo realismo jurídico ao lecionar em Yale em 1934. Seu foco era a relação do direito com as ciências sociais. Já Lasswell tinha como foco a relação do direito com as ciências políticas.

Em seu artigo sobre o ensino jurídico, os autores, em 1943, inspirados pelos realistas, trazem novas contribuições para o ensino jurídico. Isto porque tentaram novamente integrar o direito com as ciências sociais com o objetivo de treinar os estudantes para se tornarem melhores elaboradores de políticas públicas.

Os autores argumentavam que:

“(...) if legal education in the contemporary world is adequately to serve the needs of a free and productive commonwealth, it must be conscious, efficient, and systematic training for policy-making. The proper function of our law schools is, in short, to contribute to the training of policy-makers for the ever more complete achievement of the democratic values that constitute the professed ends of American polity”³⁵⁶.

Os autores defendiam que os currículos das escolas de direito deveriam ter como fundação três princípios: influência, valores e habilidades. Ou seja, para Lasswell e McDougal os valores deveriam ser atingidos através da influência e do desenvolvimento de habilidades³⁵⁷. Em suma, preconizavam um currículo acadêmico focado nos valores democráticos da divisão de poderes, conhecimento e respeito com um viés que, consideravam equivocadamente, extremamente prático.

McDougal via seu esforço conjunto com Lasswell como certa continuidade do realismo jurídico abafado na década de 1930, dado que tinham se inspirado em algumas das propostas para o ensino jurídico dos autores do movimento. O realismo havia sido abafado justamente por ter uma fama destrutiva, niilista e extremamente liberal. McDougal e Lasswell, em 1943 tentam, de certa forma,

³⁵⁵ LASSWELL, Harold D. e MCDUGAL, Myres S.. *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest* in The Yale Law Journal, Vol. nº 52, nº 2, 1943, pp. 203-295.

³⁵⁶ *Id. Ibid.* p. 206. Em tradução livre: “(...) se o ensino jurídico no mundo contemporâneo é ajustado para servir as necessidades de um bem-estar livre e produtivo, este deve ser consciente, eficiente e sistemático em prol do *treinamento da elaboração de políticas públicas*. A função correta das nossas escolas de direito é, em resumo, contribuir para o treinamento de elaboradores de políticas para que assim, atinjamos os valores democráticos que constituem a finalidade professada pela política Americana”.

³⁵⁷ *Id. Ibid.* p. 245.

resgatar o realismo jurídico como teoria do ensino jurídico. Por isso, muitos consideram os autores como realistas de segunda geração³⁵⁸.

No entanto, as propostas de Lasswell e McDougal apesar de influenciarem o futuro das escolas de direito não conseguiram reestruturá-las. Transformar o currículo para formar elaboradores de políticas públicas era algo extremamente elitista, caro e muito acadêmico para a maioria das escolas de direito do país. O que estas queriam era simplesmente formar alunos capazes de passar no exame do bar e que fossem bons advogados. O plano curricular de Lasswell e McDougal havia sido elaborado pensando apenas nas escolas de elite, porém, até para estas, era elitista demais o que, por sua vez, impediu a sua aplicação³⁵⁹.

O método do caso, com alterações, sobrevivia a todas as críticas, tanto realistas quanto de Lasswell e McDougal. Sobrevivia inclusive em Yale, afinal tinha a habilidade de funcionar com poucos recursos possibilitando que as classes tivessem um grande número de alunos.

Yale, no ano de 1947, não era nem uma escola de formação de elaboradores de políticas públicas como queriam Lasswell e McDougal e nem uma escola para advogados como desejava Jerome Frank. As propostas dos três autores haviam sido apenas toleradas em Yale e completamente rechaçadas em Harvard. Os autores haviam confundido tolerância com aceitação e com isso pregavam uma enorme diferença entre Yale e Harvard que não existia na realidade.

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

Entre 1948 e 1954 os professores de Yale publicaram doze novos livros de casos. Treze dos vinte e seis professores da escola de direito haviam participado da elaboração dos livros. Todas as obras refletiam o impacto do realismo jurídico³⁶⁰.

³⁵⁸ KALMAN, Laura. *Ibid.* p. 182.

³⁵⁹ STEVENS, Robert. *Ibid.* p. 266.

³⁶⁰ KALMAN, Laura. *Ibid.* p. 193.

No entanto, em 1953 o currículo de Harvard começava a sofrer as influências realistas. O número de eletivas aumentou consideravelmente. Cursos de direito comparado, história e economia eram incluídos na grade. De sessenta e cinco disciplinas, quarenta já eram conduzidas pelo método expositivo³⁶¹.

Cinco anos depois, o número de cursos oferecidos já subia para setenta e cinco inclusive com disciplinas sobre prática nos tribunais.

Apesar de demonstrar abertura Harvard ainda estava longe de se aproximar do currículo de Yale. Esta última tinha um terço do tamanho de Harvard, mas oferecia cento e onze eletivas enquanto Harvard oferecia setenta e sete³⁶².

Além disso, apesar dos professores de Harvard estarem mais abertos as ciências sociais durante os anos cinquenta eles não a adotavam como seus colegas de Yale, eram mais receosos quanto a isso.

A escola de direito de Harvard só incluiu professores de outras áreas como ciência política, economia e filosofia nos anos sessenta. Yale já o havia feito nos anos trinta (Lasswell como cientista político é um exemplo).

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

Portanto, o currículo das faculdades de direito dos EUA foi extremamente influenciado pelo realismo jurídico. O currículo desenvolvido em Harvard e Yale obviamente influenciou todas as outras escolas. Se como teoria do direito o movimento foi abafado com a Segunda Grande Guerra, como teoria do ensino jurídico conseguiu sobreviver.

Vale ainda mencionar a influência realista e de Lasswell e McDougal no movimento crítico do direito (*Critical Legal Studies*) liderado por Roberto

³⁶¹ *Id. Ibid.* p. 217.

³⁶² *Id. Ibid.* p. 218.

Mangabeira Unger³⁶³ e Morton Horwitz³⁶⁴. Unger e Horwitz com seus escritos da década de setenta³⁶⁵ abordam a interdisciplinaridade entre direito e as ciências sociais demonstrando inclusive uma filosofia política um tanto quanto radical e de inspiração marxista. A idéia de Unger e Horwitz atraiu um grupo talentoso de novos acadêmicos que formaram uma organização conhecida como Conferência sobre os Estudos Críticos do Direito (*Conference on Critical Legal Studies*)³⁶⁶. Da mesma maneira que o realismo jurídico quarenta anos antes o grupo liderado por Unger demonstrou insatisfação com o ensino jurídico e com a teoria do direito³⁶⁷. As melhorias no ensino jurídico são, no entanto, foco de suas críticas. Devido a isto, podemos afirmar que Unger e Horwitz possuem as mesmas preocupações que os realistas tiveram e que sem dúvida se inspiraram em seus antecessores para elaborarem seus escritos e críticas. Ou seja, a Conferência sobre os Estudos Críticos do Direito mantém viva, de certa maneira, as críticas realistas com relação à teoria do direito e ao ensino jurídico americano.

Em suma, seriam estas as contribuições mais marcantes do movimento realista para o ensino jurídico: a interdisciplinaridade (principalmente a integração do direito com a sociologia); a proliferação das disciplinas eletivas; a adoção de clínicas de prática jurídica; a aplicação da pesquisa empírica ao direito; a melhoria no material didático (livros de casos); e a melhoria das técnicas de ensino.

³⁶³ Roberto Mangabeira Unger nasceu em 1947 no Rio de Janeiro. Ainda cedo se mudou para os EUA onde viveu até onze anos de idade quando retornou para o Brasil devido à morte de seu pai. Graduou-se em direito na UFRJ em 1969. Em 1970 completou seu LL. M. na Harvard Law School onde também completou seu doutorado em direito (S.J.D.) em 1976. Tornou-se o professor mais novo da história do quadro principal de Harvard em 1976 onde leciona até hoje. É o único professor sul-americano da escola de direito de Harvard. No Brasil, Unger contribuiu para o estabelecimento da escola de direito da FGV-Rio onde continua dando contribuições constantes. Possui como principais áreas de pesquisa a interdisciplinaridade entre direito, política e sociologia. Conteúdo retirado do sítio <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=75> acessado em 03/05/2011.

³⁶⁴ Morton J. Horwitz nasceu em 1938 nos EUA. Graduou-se em artes em 1959 pelo City College of New York e fez mestrado (1962) e doutorado (1964) em Harvard também em artes. Concluiu a escola de direito de Harvard em 1967. Tornou-se professor do quadro principal de Harvard em 1974, mas já lecionava na escola desde 1970 como professor assistente. Leciona em Harvard até os dias de hoje tendo como principal área de interesse a história do direito americana. Conteúdo retirado do sítio <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=29> acessado em 03/05/2011.

³⁶⁵ Vide obras: UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and Politics*. Free Press, 1975. UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*. Free Press, 1976. HORWITZ, Morton J. *The transformation of American Law: 1780-1860*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

³⁶⁶ STEVENS, Robert. *Ibid.* p. 275.

³⁶⁷ Vide UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

Além disso, como vimos, outra grande contribuição dos realistas foi a de inspirar outros acadêmicos (Lasswell e McDougal/ Unger e Horwitz) para que estes continuassem a criticar o ensino jurídico norte-americano e para que melhorias sempre fossem debatidas, pensadas e implementadas nas escolas de direito.

Como teoria do direito o realismo jurídico teve grande importância para a reflexão sobre o *modus decidendi* dos magistrados. No entanto, nunca atingiu o efeito prático que os realistas mais desejavam: ajudar na previsibilidade de decisões judiciais futuras. Isto porque os advogados americanos continuam confiando quase que exclusivamente na análise dos precedentes judiciais para atingir este fim.