

5

Karl N. Llewellyn e o realismo jurídico

5.1

Vida e obra

Karl Nickerson Llewellyn nasceu em Seattle, Washington em 22 de maio de 1893. Seu pai, William Henry Llewellyn possuía ascendência galesa, origem do sobrenome Llewellyn. Sua mãe, cujo nome de solteira era Janet George, era oriunda de uma família do leste americano (*New England*) que havia se estabelecido no Oregon. Ao contrário do que se acredita Llewellyn não tinha qualquer ascendência alemã. Tal mito foi disseminado, pois Llewellyn lutou pelo exército alemão na Primeira Grande Guerra, como veremos²⁰⁷.

O pai de Llewellyn era um homem de negócios que chegara a ser rico, mas que também passara por dificuldades financeiras diversas vezes. Apesar de ser muito ligado a seu pai, a grande influência de sua vida foi a sua mãe. Janet era uma feminista ferrenha e congregacionista evangélica, ou seja, uma legítima filha da revolução norte-americana.

Ainda bebê seu pai foi à falência com a crise financeira de 1893 e se mudou com a família para o Brooklyn em Nova Iorque. No Brooklyn, Llewellyn cursou o ensino fundamental e secundário.

Afirma-se que sua mãe patrulhava o porto do Brooklyn para impedir que as prostitutas por ali circulassem. Além disso, durante a infância de Llewellyn, Janet o fazia participar de passeatas em prol do voto feminino e contra o alcoolismo.

Apesar de poucos detalhes sobreviverem em relação à infância religiosa de Llewellyn pode-se afirmar que ele foi submetido a sessões de leituras da bíblia e que teve uma educação puritana. Devido a isto, como estudante de ginásio e da faculdade era um participante ativo do YMCA (*Young Men's Christian Association*) o que confirmava o seu viés religioso.

Aos dezesseis anos a escola local não tinha mais nada a oferecer academicamente para Llewellyn. Como ainda era muito novo para ingressar na

²⁰⁷ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, p. 87.

faculdade seu pai decidiu enviá-lo para estudar na Alemanha. Em uma conversa de seu pai com Heinrich Musaus, um americano-germânico que também morava no Brooklyn, este encontrou uma vaga em um colégio alemão chamado *Realgymnasium* na cidade de Schwerin em Mecklenburg. Llewellyn passou três felizes anos de sua vida na Alemanha participando ativamente da vida acadêmica em seu colégio. Antes de lá chegar Llewellyn já falava bem alemão e ao voltar para os EUA era completamente fluente tanto no idioma como no dialeto local chamado de *Mecklenburger Plattdeutsch*. Devido a isto, mais tarde Llewellyn publicaria um livro e vários artigos em alemão. Alguns juristas americanos inclusive alegaram a época preferir a escrita de Llewellyn em alemão do que em inglês²⁰⁸.

Llewellyn deixou Schwerin na páscoa de 1911. Antes de retornar aos EUA frequentou a Universidade de Lausanne por um curto período e, em Setembro de 1911, ingressou na faculdade em Yale. Seus primeiros dois anos e meio em Yale não são bem documentados. O que se sabe é que tinha muitos amigos, vivia com o orçamento apertado e também teve várias namoradas. Era um entusiasta das atividades universitárias. Até 1914 Llewellyn apenas figurava no *Yale Daily News* (jornal universitário informativo) na lista de melhores alunos. Em suma, nos seus três primeiros anos em Yale o autor basicamente obteve excelentes notas e participou da vida de fraternidade.

Um de seus amigos, Hans Lachmund, havia passado um semestre em Paris e escreveu de forma entusiasmada para Llewellyn sobre o curso de sociologia de Charles Gide e de sociologia jurídica de René Worms. Com isso, aconselhou Llewellyn a seguir seus passos ao menos por um semestre. Llewellyn aceitou o conselho principalmente porque, assim, iria evitar a penosa cerimônia de iniciação da fraternidade.

Com isso, na primavera de 1914, Llewellyn passou quatro meses em Sorbonne estudando latim, Direito e francês. Eis que um dos fatos mais curiosos da vida de Llewellyn ocorre. Ainda estava em Paris quando a Primeira Grande Guerra estourou. Llewellyn então foi para a Alemanha e tentou se alistar no exército local. Apesar de não ter sido aceito oficialmente Llewellyn se juntou ao 78º Regimento de Infantaria Prussiana e os acompanhou até o fronte de batalha no

²⁰⁸ *Id. Ibid.* p. 89.

oeste. Em novembro de 1914 Llewellyn se feriu em batalha na região de Ypres, na Bélgica. Devido a isto, passou três meses no hospital em Nürtingen. Pouco antes de ser dispensado em fevereiro de 1915 Llewellyn foi condecorado com a Cruz de Ferro alemã Segunda Classe por bravura. Chegou aos EUA em março de 1915 e retornou para Yale²⁰⁹.

Esse segundo período em Yale foi bem diferente para Llewellyn. Havia voltado da guerra com status de herói e atraía muita atenção de todos. Estava bem mais autoconfiante e havia amadurecido de várias maneiras. Além disso, a proximidade com seus mestres tornou-se muito maior, pois a quantidade de alunos e professores era menor devido à guerra ainda em curso. Então, Llewellyn ficou muito próximo de três professores: Arthur Corbin, Wesley Hohfeld e Walter W. Cook. Na intimidade, Llewellyn inclusive chamava Corbin de pai, pois o considerava como seu pai na profissão²¹⁰.

Llewellyn se graduou em Direito em 1918 como primeiro da turma *magna cum laude*. Em seu último ano na escola de direito seu menor grau foi de oitenta e oito por cento. Em 1916, havia sido eleito membro do conselho editorial do *Yale Law Journal* e devido à crise ocasionada na escola de direito pela guerra, lá permaneceu como editor por quase três anos, um período muito mais longo do que o normal. Em 1918, depois de se formar, Llewellyn foi convidado para ser editor-chefe para então manter a revista funcionando mesmo com poucas pessoas. Por isso, durante o ano acadêmico de 1918-1919 Llewellyn desempenhava um papel triplo: era editor-chefe do *Yale Law Journal*; estudava para o exame do *Bar* de Connecticut (foi admitido em 1919) e também fazia doutorado em direito (concluído em 1920); também era instrutor em tempo parcial na escola de direito de Yale²¹¹.

Antes de se dedicar a carreira acadêmica exclusivamente Llewellyn resolve obter experiência prática na advocacia. Sendo assim, conseguiu um emprego no departamento jurídico do Citibank (na época denominado National City Bank) e se mudou para Nova Iorque em 1920 onde permaneceu por dois anos. Logo após começar a trabalhar no banco, o Citibank terceirizou seus serviços jurídicos para

²⁰⁹ *Id. Ibid.* p. 91. Twining aborda o episódio de Llewellyn no exército alemão de forma mais aprofundada no Apêndice A de sua obra.

²¹⁰ *Id. Ibid.* p. 95.

²¹¹ *Id. Ibid.* p. 99.

um escritório de advocacia chamado *Shearman e Sterling*. Llewellyn também foi transferido para o escritório, mas continuou trabalhando basicamente com assuntos do banco. Para sua sorte, Llewellyn começou a trabalhar como pupilo de Lancaster que apenas aos quarenta e seis anos já era considerado uma das maiores autoridades em direito bancário.

No entanto, após dois anos Llewellyn decidiu retornar a lecionar Direito, apesar dos atrativos financeiros de trabalhar em escritório. Então, em 1922 retornou para Yale como professor assistente e iniciou sua carreira como professor em tempo integral.

Llewellyn não permaneceu muito tempo em Yale. Foi promovido à categoria de professor associado em 1923 e no ano seguinte, casou-se com sua primeira esposa, Elizabeth Stanford, que na época era pós-graduanda em economia na Universidade de Columbia. Sua esposa desejava continuar morando em Nova Iorque e por isso Llewellyn foi lecionar na escola de direito de Columbia. Primeiramente ingressou como professor visitante em 1924 conseguindo tornar-se professor associado em 1925. Durante um curto período conjugou sua vida entre Yale e Columbia, porém em 1925 cortou os laços com Yale e foi para Columbia onde permaneceu como professor até 1951²¹².

Sua ida para Columbia teve consequências em sua trajetória teórica. Isto porque Llewellyn tornou-se o único protagonista do movimento realista a ter experiência tanto em Yale durante o período de crítica ao método de Langdell e ao ensino jurídico (1914-1918) quanto em Columbia durante o florescimento do realismo (1922-1933).

Em 1928, muitos professores deixaram Columbia (Marshall, Yntema e Oliphant) para fundar o Instituto para Estudo do Direito em Johns Hopkins e também por não concordar com a política do reitor da escola de direito (reitor Smith). Walter W. Cook que havia lecionado em Columbia (1918-1922) e estava em Yale desde então também foi para Hopkins. Llewellyn simpatizava teoricamente com as idéias de Cook e Oliphant sem, no entanto, declarar expressamente seu apoio ao cientificismo jurídico pregado pelos autores. Tal simpatia por suas idéias não foi suficiente para deixar Columbia e acompanhar seus colegas para Hopkins.

²¹² *Id. Ibid.* p. 102.

Em 1946, após ter se divorciado, Llewellyn casou com Soia Mentschikoff, que havia sido sua aluna, assistente de pesquisa e o havia ajudado a elaborar o Código Comercial Uniforme nos anos anteriores. Em 1947 Soia havia tido a honra de ser a primeira mulher a ser convidada para lecionar na escola de direito de Harvard. Em 1951, Llewellyn e sua esposa aceitaram um convite da Universidade de Chicago. Isto porque a escola de direito de Chicago prometia ser a primeira a desafiar o domínio das escolas do leste.

Nos últimos anos de sua vida o autor dedicou-se ao estudo da teoria do direito e da interdisciplinaridade da disciplina, principalmente com a sociologia. Llewellyn faleceu em Chicago em 13 de fevereiro de 1962 de ataque cardíaco.

Llewellyn havia sido convidado para palestrar na Alemanha em 1962 onde declararia suas visões sobre o Direito. No entanto, faleceu antes deixando uma lacuna enorme, pois não há nada publicado que sistematize suas idéias básicas de forma razoavelmente coerente. Esse capítulo tentará realizar essa tarefa: sistematizar os principais pontos da teoria de Llewellyn (tanto sua teoria do direito quando do ensino jurídico) bem como demonstrar sua importância para o movimento realista.

Quanto à produção bibliográfica²¹³ de Llewellyn torna-se impossível descrevê-la por completo, pois esta contém duzentos e quarenta e seis itens. O número de escritos duplica se levarmos em consideração os manuscritos não publicados.

²¹³ Principais escritos do autor: *The effect of Legal Institutions Upon Economics* (1925) 15 *The American Economic Review*, 665-683; *A Realistic Jurisprudence – The Next Step* (1930) 30 *Columbia Law Review*, 431-465; *The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School*. New York: Oxford University Press, 2008 (Publicado originalmente em 1930); *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound* (1931) 44 *Harvard Law Review*, 1222-1264; *The Constitution as an Institution* (1934) 34 *Columbia Law Review*, 2-40; *Holmes* (1935) 35 *Columbia Law Review*, 485-492; *On What is Wrong with So-Called Legal Education* (1935) 35 *Columbia Law Review*, 651-678; *The Rule of Law in Our Case-Law of Contract* (1938) 47 *Yale Law Journal*, 1243-1271; *On reading and using the newer jurisprudence* (1940) 40 *Columbia Law Review*, 581-614; *The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method* (1940) 49 *Yale Law Journal*, 1355-1400; *On the Problem of Teaching “Private” Law* (1941) 54 *Harvard Law Review*, 775-810; *The Theory of Legal “Science”* (1941) 20 *North Carolina Law Review*, 1-23; *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 2002 (Publicado originalmente em 1941); *On the Good, the True, the Beautiful, in Law* (1942) 9 *The University of Chicago Law Review*, 224-265; *The Place of Skills in Legal Education* (1945) 45 *Columbia Law Review*, 345-391; *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. New York: William S. Hein & Co., 1996 (Publicado originalmente em 1960); *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. New Jersey: Transaction Publishers, 2008 (Publicado originalmente em 1962).

É importante ressaltar também o esforço de Llewellyn na elaboração do Código Comercial Uniforme. Llewellyn dedicou-se a tal atividade por quinze anos de sua vida (1937-1952) quando em 1952 o Código foi promulgado em todos os cinquenta estados americanos. Llewellyn obviamente foi um dos principais responsáveis pela elaboração e promulgação do Código. Apenas a Lousiana promulgou a uniformização da lei comercial com exceções, pois se trata do único estado com direito civil codificado (Código de Napoleão de 1804). A elaboração do aludido código foi uma das principais façanhas de Llewellyn, porém, não será objeto de análise do presente trabalho por ter como enfoque a contribuição dos realistas para o ensino jurídico norte-americano²¹⁴.

5.2

Karl N. Llewellyn e o movimento realista

O batismo do movimento como realismo jurídico ocorre em 1930 com o artigo de Karl Llewellyn²¹⁵. Dizemos batismo, pois o escrito de Llewellyn foi apenas a constatação fática da crítica ao formalismo jurídico de Langdell que já vinha ocorrendo de forma tortuosa desde Oliver W. Holmes²¹⁶ e Benjamin Cardozo²¹⁷ conforme já abordado e de forma explícita desde o artigo de Bingham de 1912²¹⁸ e do escrito de Arthur Corbin de 1914²¹⁹.

Nesse primeiro escrito sobre realismo jurídico de 1930, Llewellyn falhou na tarefa de apresentar uma análise coerente do que consistiria o pensamento realista. De acordo com Natalie Hull

“The article contained a hodgepodge of legal definition, criticized Pound, offered ‘some quase-Hohfeldian ideas about remedies and rules, and ended with a plea for an interdisciplinary approach to legal research, with human behavior as an important focus (...)”²²⁰.

²¹⁴ Para mais sobre a participação de Llewellyn na elaboração do Código Comercial Uniforme vide TWINING, William. *Ibid.* Capítulos 11 e 12.

²¹⁵ LLEWELLYN, Karl N.. *A realistic jurisprudence – The next step in Columbia Law Review*, vol. 30, nº 4, 1930, pp. 431-465.

²¹⁶ HOLMES, Oliver Wendell Jr.. *The Common Law*. New York: Barnes & Noble Edition, 2004.

²¹⁷ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the Judicial Process*. Kentucky: Feather Trail Press, 2009.

²¹⁸ BINGHAM, Joseph W.. *What is the Law?* in Michigan Law Review, vol. 11, nº 1, 1912, pp. 1-25.

²¹⁹ CORBIN, Arthur L.. *The Law and the Judges in Yale Review*, vol. 3, 1914, pp. 234-250.

²²⁰ HULL, N.E.H.. *Roscoe Pound & Karl Llewellyn, Searching for an American Jurisprudence*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 181. Em tradução livre: “O artigo continha um

A primeira parte deste escrito de 1930 dedica-se basicamente a criticar Roscoe Pound e sua obra *Law and Morals*²²¹ publicada em 1924. A primeira crítica que o autor faz é ao conceito de preceitos estabelecido por Pound na aludida obra. Vejamos:

“‘Precepts’” as used by Pound, for instance, I take to be roughly synonymous with rules and principles, the principles being wider in scope and proportionately vaguer in connotation, with a tendency toward idealization of some portion of the *status quo* at any given time”²²².

A crítica de Llewellyn a Pound é um tanto quanto ambivalente neste escrito. O autor elogia Pound alegando que este possuía grande visão acadêmica, porém ao mesmo tempo afirma que este estava preso as tradições e concepções de seu tempo e que por esta razão utilizava o que denominou de *preceitos jurídicos* (que para Llewellyn seriam nada mais do que os princípios e regras tão utilizados pelo formalismo jurídico de Langdell)²²³.

Em uma nota de rodapé do artigo²²⁴ Llewellyn faz duras críticas a Pound. Afirma que este fora contraditório ao defender uma teoria do direito sociológica (*sociological jurisprudence*) em dois de seus escritos (seu artigo na *Columbia Law Review* intitulado *Mechanical Jurisprudence*²²⁵ de 1908 e em seu livro *The Spirit of the Common Law*²²⁶ de 1921) e também ao utilizar, posteriormente, o conceito de preceitos jurídicos em sua obra *Law and Morals*²²⁷ publicada em 1924.

Um excerto do artigo de Pound de 1908 exemplifica bem a idéia explicitada:

“Law has the practical function of adjusting everyday relations so as to meet current ideas of fair play. It must not become so completely artificial that the public is led to regard it as wholly arbitrary. No institution can stand upon such a basis

emaranhado de definições jurídicas, criticava Pound, oferecia ‘algumas idéias sobre remédios e regras jurídicas quase-Hohfeldianas, e finalizava com um pedido em prol de um viés mais interdisciplinar na pesquisa jurídica, tendo como foco o comportamento humano (...)’.

²²¹ POUND, Roscoe. *Law and Morals*. Montana: Kessinger Publishing, 2008.

²²² LLEWELLYN, Karl N.. *Ibid.* p. 434. Em tradução livre; “‘Preceitos’, nos termos utilizados por Pound, por exemplo, tomo como sendo sinônimos dos princípios e regras. Os princípios seriam mais amplos e proporcionalmente mais vagos em sua conotação com uma tendência maior de idealização devido ao *status quo* de certo momento histórico”.

²²³ *Id. Ibid.* p. 434.

²²⁴ *Id. Ibid.* p. 435, nota de rodapé nº 3.

²²⁵ POUND, Roscoe. *Mechanical Jurisprudence in Columbia Law Review*, Vol. 8, 1908, pp. 605-623.

²²⁶ POUND, Roscoe. *The Spirit of the Common Law*. New Jersey: Transaction Publishers, 1999.

²²⁷ POUND, Roscoe. *Law and Morals*. Montana: Kessinger Publishing, 2008.

today. Reverence for institutions of the past will not preserve, of itself, an institution that touches every-day life as profoundly as does the law”²²⁸.

Pound é, até hoje, considerado um dos acadêmicos mais contraditórios da história jurídica norte-americana. De início, conforme demonstrado, o autor contradiz as próprias idéias e, posteriormente critica ferozmente o movimento realista²²⁹. Movimento este que influenciara.

Neil Duxbury traduz bem tal assertiva:

“No one in the history of American jurisprudence underwent such a remarkable volte-face as did Pound. He set the scene for a new, progressive perspective in jurisprudence, and then systematically and quite fanatically set about denouncing that perspective”²³⁰

Nesse primeiro escrito de Llewellyn sobre realismo jurídico²³¹ não há basicamente nada sobre o movimento em si, sobre os padrões do movimento ou sua teoria. A única discussão interessante que Llewellyn traz é sobre a diferença entre as regras reais (*real rules*) que seriam o que as cortes judiciais realmente utilizam na tomada de decisões e as regras de papel (*paper rules*), ou seja, a doutrina aceita aquilo que os livros afirmam ser lei sem qualquer aplicabilidade real²³².

Llewellyn conclui o artigo afirmando que o foco do estudo do direito deveria ser modificado. A ênfase não deveria ser mais nas palavras, na letra fria da lei, mas sim no comportamento observável, dentro do qual as atitudes prováveis e os padrões de pensamento dos magistrados deveriam ser incluídos²³³.

Após a leitura deste primeiro escrito de Llewellyn sobre o realismo jurídico Pound imediatamente envia uma carta de congratulações para o autor²³⁴. Diz-se

²²⁸ POUND, Roscoe. *Mechanical Jurisprudence*. Op.Cit. p. 606. Em tradução livre: “O Direito tem a função prática de se ajustar as relações de cada dia bem como as idéias atuais de justiça. Não deve se tornar completamente artificial ao ponto do público considerá-lo totalmente arbitrário. A reverência a instituições do passado não irá preservar uma instituição que toca a vida cotidiana tão profundamente como a lei”.

²²⁹ POUND, Roscoe. *The call for a Realist Jurisprudence in Harvard Law Review*, Vol. 44, nº 5, 1931, pp. 697-711.

²³⁰ DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 63. “Ninguém, na história jurídica americana teve um comportamento tão contraditório quanto Pound. Ele preparou a cena para uma perspectiva jurídica nova e progressista para posteriormente a atacar sistematicamente de uma forma um tanto quanto fanática”.

²³¹ LLEWELLYN, Karl N.. *A realistic jurisprudence – The next step*. Op. Cit. pp. 431-465,

²³² *Id. Ibid.* p. 448.

²³³ *Id. Ibid.* p. 464.

²³⁴ HULL, N.E.H.. *Ibid.* p. 183.

que Pound não havia lido a nota de rodapé²³⁵ do artigo de Llewellyn onde se encontravam as críticas mais duras ao autor. Outra explicação mais plausível é o fato de que Pound tornava-se um tanto quanto cínico quando era criticado e geralmente demonstrava um comportamento dócil e amistoso²³⁶.

Vale mencionar que pouco tempo após a publicação de Llewellyn, Pound foi convidado para escrever um artigo sobre contratos para uma publicação sobre ciências sociais por Alvin Johnson (Editor Chefe da *Encyclopedia of the Social Sciences*, nome da publicação). Pound, apesar de já ter contribuído com alguns escritos teve de recusar devido a seus afazeres como reitor da escola de Direito de Harvard. Porém, Pound indicou Llewellyn para que Johnson o convidasse em seu lugar. Johnson assim o fez até porque Llewellyn era professor de contratos na Universidade de Columbia²³⁷.

Em dezembro de 1930 Llewellyn entregou seu artigo para Johnson. O escrito não agradou o editor dado que Llewellyn havia olvidado a abordagem convencional sobre contratos para abordar o tema de forma *realista* e abstrata. Ou seja, o foco de Llewellyn era o que realmente acontecia nas transações e negociações prévias a formalização dos contratos.

Johnson então pediu ajuda a Pound para que revisasse o escrito de Llewellyn dando a este uma abordagem mais convencional. Pound concordou em fazê-lo e Llewellyn aquiesceu com a trama. Depois disto, os autores se corresponderam algumas vezes para discutir a questão do artigo quando, abruptamente, as conversas sobre o assunto se encerraram.

Semanas antes de Llewellyn concordar em permitir a Pound reescrever seu artigo sobre Contratos, este último publicou na *Harvard Law Review* a sua crítica sobre os realistas²³⁸. Durante todo o período em que se corresponderam, Pound em momento algum mencionou que estava elaborando tal escrito. Llewellyn então se sentiu traído e parou de se corresponder com Pound. Posteriormente em seu segundo e mais importante escrito sobre o movimento realista Llewellyn

²³⁵ *Id. Ibid.* p. 435, nota de rodapé nº 3.

²³⁶ *Id. Ibid.* p. 184. A prova de tal comportamento contraditório de Pound fora os elogios constantes que o acadêmico tecia aos professores de Yale, Johns Hopkins e Columbia e, na realidade, fazia duras críticas aos mesmos e as suas pesquisas confidencialmente a amigos íntimos.

²³⁷ HULL, N.E.H.. *Ibid.* p. 185-186.

²³⁸ POUND, Roscoe. *The call for a Realist Jurisprudence in Harvard Law Review*, Vol. 44, nº 5, 1931, pp. 697-711.

considerou ter restabelecido a sua auto-estima após a traição de Pound simplesmente não incluindo o autor na lista de autores realistas²³⁹.

5.2.1

Roscoe Pound e seu artigo *The Call for a Realist Jurisprudence* – A crítica ao Realismo Jurídico de Llewellyn

Como mencionado, Pound escreveu seu artigo sobre realismo jurídico²⁴⁰ claramente como uma réplica ao escrito anterior de Karl Llewellyn²⁴¹. O simples fato de Pound ter intitulado seu escrito como *The call for a Realist Jurisprudence* (Convocação para um Direito Realista) comprova tal assertiva. Entretanto, as críticas específicas que são feitas por Pound não foram provavelmente inspiradas nem pelo escrito de Llewellyn nem pela disputa que havia surgido entre os autores. Isto porque, o pouco que Llewellyn havia publicado antes de seu artigo de 1930 não continha o viés das ciências sociais, estatística ou psicologia que Pound critica ferozmente na segunda parte de seu escrito. O artigo de Llewellyn, portanto, foi apenas a ocasião perfeita para tais críticas e não a única causa do escrito de Pound. Vale frisar ainda que a crítica de Pound ao movimento foca na sua faceta da teoria do direito apenas tangenciando a faceta do ensino jurídico ao criticar a insistência dos realistas na aplicação da pesquisa empírica ao direito.

Pound inicia seu artigo reconhecendo a importância do movimento realista e anunciando para sua geração, anterior a geração de Llewellyn, o surgimento da escola, vejamos:

“I approach the subject of the call for a realist jurisprudence, insistent on the part of our younger teachers of law, with some humility. But here is an important movement in the science of law, and it behooves us to understand it and be thinking about it”²⁴².

Com isto, o autor, devido a sua importância na comunidade acadêmica americana na época, deu involuntariamente notoriedade ao movimento liderado

²³⁹ Vide lista de autores realistas de Llewellyn: LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound in Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, pp. 1226-1227.

²⁴⁰ POUND, Roscoe. *The call for a Realist Jurisprudence*. Op. Cit., pp. 697-711.

²⁴¹ LLEWELLYN, Karl N.. *A realistic jurisprudence – The next step*. Op. Cit., pp. 431-465.

²⁴² POUND, Roscoe. *Ibid.* p. 697. Em tradução livre: “Eu trato a questão da convocação para um direito realista, que é realizada de forma insistente pelos professores de direito mais novos, com humildade. Porém, aqui se encontra um movimento importante das ciências jurídicas que nos leva a entendê-lo e a refletir sobre”.

por Llewellyn. Um artigo publicado por Pound, considerando seriamente o realismo jurídico garantiria o interesse de todos do meio jurídico naquele momento.

O artigo de Pound é dividido em três partes e o autor analisa a metodologia realista de modo distinto em cada uma delas.

A primeira parte do escrito analisa o programa realista de forma geral e é a crítica mais contundente que Pound faz ao movimento.

Pound inicia essa primeira parte tentando trazer uma definição de realismo jurídico:

“(...) As I read them, the new juristic realists hardly use realism in a technical philosophical sense. They use it rather in the sense which it bears in art. By realism they mean fidelity to nature, accurate recording of things as they are, as contrasted with things as they are imagined to be, or wished to be, or as one feels they ought to be. They mean by realism faithful adherence to the actualities of the legal order as the basis of a science of law”²⁴³.

Ou seja, é apenas nessa primeira parte do artigo que realmente podemos perceber a influência do artigo de Llewellyn no escrito. O trecho supramencionado é claramente uma constatação fática da dicotomia entre regras reais e regras de papel (*real rules e paper rules*) trazidas por Llewellyn.

Uma vez que Pound definira o que seria realismo para o novo movimento ele o critica por acreditar que este não teria qualquer finalidade útil. Afirmava que a observação das atualidades da ordem jurídica era importante, mas que não encontrava no movimento realista leia-se, no artigo de Llewellyn, qualquer indicação do que seria feito após tal observação. Ao menos nada que já não houvesse sido realizado anteriormente:

“After the actualities of the legal order have been observed and recorded, it remains to do something with them. What does realism propose to do with them which we had not been doing in the past?”²⁴⁴.

²⁴³ *Id. Ibid.* p. 697. Em tradução livre: “(...) Ao lê-los, percebe-se que os novos realistas raramente utilizam o termo realismo em um sentido técnico-filosófico. Eles o utilizam no mesmo sentido utilizado pelas artes. Querem traduzir realismo como fidelidade a natureza, percepção das coisas de forma precisa, como realmente são e não como são imaginadas ou desejadas ou como alguém sente que elas deveriam ser. Realismo para eles significa aderência fiel às atualidades da ordem jurídica como base da ciência do direito”.

²⁴⁴ *Id. Ibid.* p. 697. Em tradução livre: “Após a observação e registro das atualidades da ordem jurídica, ainda teremos que fazer algo com elas. O que o realismo propõe que seja feito que não já fora feito no passado?”.

Pound sabia que a observação da ordem jurídica era necessária, porém também tinha conhecimento de que os realistas não possuíam qualquer programa elaborado para o pós-observação, ou seja, para a análise dos dados colhidos. O autor também aponta para o fato de que a tentativa dos realistas não era inovadora, pois já havia sido realizada por racionalistas, juristas históricos, juristas analíticos e positivistas²⁴⁵. Além disso, afirma que os realistas rechaçam as escolas supramencionadas, vejamos:

“Our new realist rejects all these conceptions of juristic reality. Reason is an illusion. Experience is not the unfolding of an idea. No "pure fact of law" is to be found in rules since the existence of rules of law, as anything outside of the books, is an illusion. Nor have we observed the phenomena of legal institutions among all peoples with sufficient accuracy and objectivity to be in a position to formulate any laws of legal development therefrom. One may concede this and yet be skeptical as to the faith in ability to find the one unchallengeable basis free from illusion which alone the new realist takes over from the illusion-ridden jurists of the past”²⁴⁶.

O autor acreditava que a atividade crítica exercida pelos realistas tinha utilidade, principalmente a observação do comportamento dos magistrados e dos elementos da atividade judicial que impediriam a uniformidade e a segurança jurídica das decisões. Ou seja, Pound demonstra os pontos enfatizados pelos realistas com relação à teoria do direito.

No entanto, apesar de considerar os tópicos realistas importantes, Pound afirma que estes não poderiam ser considerados como base de uma ciência do direito na sua integralidade. Afinal, uma ciência do direito não poderia se basear apenas na descrição acurada das atualidades. Sendo assim, para Pound a crítica realista ao direito da época seria insuficiente.

Além disso, o autor defende sua geração, anterior a geração realista afirmando que tanto a sua geração quanto a de Llewellyn falham em descrever o direito na sua integralidade: “There is as much actuality in the old picture as in the

²⁴⁵ *Id. Ibid.* p. 698.

²⁴⁶ *Id. Ibid.* p. 698-699. Em tradução livre: “O novo realismo rejeita todas essas concepções de realidade. Razão, para eles, é uma ilusão. Experiência não é a evolução de uma idéia. Nenhum ‘fato puro do direito’ será descoberto nas regras, pois a existência das regras jurídicas, como algo fora dos livros, é uma ilusão. Além disso, afirmam que não observamos o fenômeno das instituições jurídicas entre as pessoas de forma suficientemente precisa e objetiva para estar em uma posição de formular qualquer lei desenvolvida a partir dali. Alguém poderia acreditar nisto e se tornar cético sobre a impossibilidade de acharmos a inatingível base jurídica livre de ilusão que somente o novo realista conseguiria atingir e não os juristas do passado, guiados pela ilusão”.

new. Each selects a set of aspects for emphasis. Neither portrays the whole as it is”²⁴⁷.

Pound conclui a primeira parte do escrito criticando a insistência dos realistas na coleta objetiva e científica de fatos, ou seja, critica a insistência realista na pesquisa empírica. Para Pound os fatos ocorreriam em uma massa multifatorial de instâncias singulares. A coleta de dados factuais só seria útil e inteligível se tais fatos fossem selecionados tendo como norte o ideal da ciência jurídica e o seu objeto de estudo. Portanto, as pré-concepções rechaçadas pelos realistas iriam, por fim, determinar a escolha dos fatos a serem coletados. Seria impossível alcançar o fato na sua forma mais pura como preconizavam os realistas. Assim conclui Pound:

“The new realists have their own preconceptions of what is significant, and hence of what juristically must be. Most of them merely substitute a psychological must for an ethical or political or historical must”²⁴⁸.

Portanto, o que Pound criticava, no trecho supramencionado, eram as teorias realistas que utilizavam a psicologia para analisar o comportamento individual do magistrado em casos judiciais particulares. Tal crítica sem dúvida fora inspirada na leitura do livro de Jerome Frank²⁴⁹, *Law and The Modern Mind*²⁵⁰ que defende uma análise psicológica do magistrado para que haja uma melhor previsão de suas decisões futuras. Frank havia enviado a Pound um exemplar do seu livro no ano anterior (ano de sua publicação – 1930) conjuntamente com uma carta insistindo para que o professor lesse sua obra.

²⁴⁷ *Id. Ibid.* p. 699. Em tradução livre: “Há tanta atualidade nas teorias anteriores quanto na nova. Cada uma seleciona um grupo de aspectos para enfatizar. Nenhuma, no entanto, reflete o direito na sua integralidade”.

²⁴⁸ *Id. Ibid.* p. 700. Em tradução livre: “Os novos realistas têm suas próprias pré-concepções do que é importante, e do que é importante juridicamente. A maioria deles simplesmente substitui o viés ético, político ou histórico por um viés psicológico de análise do direito”.

²⁴⁹ Jerome Frank nasceu em setembro de 1889 na cidade de Nova York. Alcançou seu bacharelado em filosofia na Universidade de Chicago em 1909 e seu doutorado em direito em 1912 pela mesma Universidade. Advogou de 1912 a 1933. Foi conselheiro geral do AAA (*Agricultural Assistance Administration*) de 1933 a 1935. Voltou a advogar de 1936 a 1937. Foi membro da *Securities and Exchange Commission* de 1937 a 1941. Tornou-se magistrado da Corte de Apelações Americana (2º Circuito) em 1941 exercendo a função até sua morte em 1957. Teve como principal área de pesquisa a relação entre direito e psicologia devido a sua principal obra *Law and the modern mind* de 1930. SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1995, pp. 264-265.

²⁵⁰ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Jersey: Transaction Publishers edition, 2009.

Pound prometeu ler e tudo indica que o fez devido à crítica à teoria psicológica de análise do direito neste seu escrito de 1931²⁵¹.

As críticas feitas por Pound na primeira parte de seu artigo poderiam ser consideradas até mesmo por Llewellyn e Frank como uma boa leitura do movimento realista. Porém, na segunda parte de seu escrito Pound vai muito além e identifica cinco itens que seriam comuns aos escritos dos autores realistas: “But five items are to be found so generally in the writings of the new school, that one may be justified in pronouncing them, or most of them, the ideas of current juristic realism (...)”²⁵².

Segundo Pound os cinco tópicos recorrentes nos escritos realistas seriam:

“(a) One of the most common is faith in masses of figures as having significance in and of themselves (...); (b) belief in the exclusive significance or reality of some one method or line of approach (...) science of law analogous to mathematical physics (...); (c) a presupposition that someone psychological starting point is the *unum necessarium* (...); (d) Another characteristic is insistence on the unique single case rather than on the approximation to a uniform course of judicial behavior (...). Radical neo-realism seems to deny that there are rules or principles or conceptions or doctrines at all (...); (e) Finally, many of the new juristic realists conceive of law as a body of devices for the purposes of business instead of as a body of means toward general social ends (...)”²⁵³.

O ponto (a) de Pound tem relação com a insistência dos realistas em coletar dados estatísticos através de pesquisas empíricas. O ponto (b) é uma crítica a analogia realista de tentar trazer a certeza das ciências exatas para o direito, ou seja, crítica a analogia entre direito e física, direito e matemática. O ponto (c) é trazido por Pound após a leitura da obra de Jerome Frank (*Law and the Modern Mind*). Também se trata de uma crítica a utilização da psicologia para previsão das decisões dos magistrados. O ponto (d) é uma crítica a análise casuística perquirida pelos realistas, que para Pound não resolveria e nem traria nada de

²⁵¹ HULL, N.E.H.. *Ibid.* p. 193-194.

²⁵² POUND, Roscoe. *Ibid.* p. 701. Em tradução livre: “Porém, cinco itens serão achados de forma geral nos escritos da nova escola, que podemos justificá-los e pronunciar-los, pelo menos a maioria destes, como as idéias correntes do realismo jurídico (...)”.

²⁵³ *Id.* *Ibid.* pp. 700-709. Em tradução livre: “Um dos pontos mais comuns é a crença em pesquisas empíricas de dados como tendo significado intrínseco e extrínseco (...); (b) crença em um significado único ou na realidade de algum método ou linha de pesquisa (...) ciência jurídica análoga a física matemática (...); (c) uma pressuposição de que a análise psicológica seria o *unum necessarium* (...); (d) Outra característica é a insistência na análise de apenas um caso em detrimento de uma análise do curso uniforme do comportamento judicial (...). Neo-realistas radicais parecem negar que existam princípios, regras, conceitos, ou doutrinas em geral (...); (e) Por fim, muitos dos novos juristas realistas tratam o direito como um corpo de aparatos com objetivo exclusivamente comercial ao invés de enxergarem o direito como um corpo de significados direcionados a fins sociais (...)”.

inovador para o Direito. Além disso, Pound critica o fato de alguns realistas negarem a existência de princípios, conceitos e regras. O ponto (e) é uma crítica específica a Llewellyn que, em seu artigo de 1930, foca na análise dos casos e no comportamento dos magistrados para trazer uma suposta maior capacidade de previsibilidade dos advogados dos casos para que estes, assim, conseguissem informar melhor os seus clientes sobre seus resultados prováveis. Ou seja, Pound afirma que Llewellyn teria como foco de seu estudo o lucro do advogado e não um fim social maior.

Na terceira e última parte do escrito Pound sugere um programa realista relativo. Tal programa seria capaz de suprir suas críticas e ainda assim se adequar aos padrões traçados pelos autores realistas. Pound então sugere sete itens para o aludido programa, são estes:

“1. A functional attitude, study not only of what legal precepts and doctrines and institutions are, and how they have come to be, but of how they work; 2. Recognition of the existence of an alogical, unrational, subjective element in judicial action, and attempt by study of concrete instances of its operation to reach valid general conclusions (...); 3. Recognition of the significance of the individual case, as contrasted with the absolute universalism of the last century (...); 4. Giving up of the idea of a necessary sequence from a single cause in a straight line to a single effect, and hence of the one sovereign legal remedy for every difficulty and one necessary solution of every problem. There will be recognition of a plurality of elements in all situations and of the possibility of dealing with human relations in more than one way; 5. A theory of interests and of the ends of the legal order based on or consistent with modern psychology (...); 6. A theory of values, for the valuing of interests, consistent with modern psychology and philosophy (...); 7. A recognition that there are many approaches to juristic truth and that each is significant with respect to particular problems of the legal order”²⁵⁴.

²⁵⁴ *Id. Ibid.* p 711. Em tradução livre: “Uma atitude funcional estudando não somente o que são os preceitos jurídicos, doutrinas e instituições ou como vieram a ser, mas sim como funcionam; 2. Reconhecimento da existência de um elemento subjetivo ilógico, irracional na atividade judicial e tentar através do estudo das instâncias concretas de sua operação atingir conclusões gerais válidas (...); 3. Reconhecimento do significado do caso individual em oposição ao universalismo absoluto do século passado (...); 4. O abandono da idéia de uma sequência necessária oriunda de uma única causa que atravessa uma linha reta gerando um único efeito. Abandonar também a idéia de soberania do remédio judicial para cada dificuldade bem como a idéia de uma única solução para cada problema. Assim, haverá o reconhecimento de uma pluralidade de elementos em todas as situações e da possibilidade de lidar com as relações humanas de mais de uma maneira; 5. Uma teoria dos interesses e dos fins da ordem jurídica baseada ou consistentemente relacionada com a psicologia moderna (...); 6. Uma teoria dos valores, para que os interesses sejam valorados de forma consistente com a psicologia moderna e filosofia; 7. O reconhecimento de que existem muitas abordagens da verdade no Direito e que cada uma destas é importante tendo em vista os problemas particulares da ordem jurídica”.

Pound conclui seu escrito defendendo a pluralidade de teorias no Direito e afirmando que mais tempo deveria ser devotado ao desenvolvimento das mesmas do que em polêmicas.

No entanto, Llewellyn e Frank consideraram as críticas feitas na segunda parte do artigo de Pound exageradas. Para eles, o autor passara dos limites na apreciação de suas visões sobre o realismo sem sequer citar um exemplo concreto para fundamentar suas críticas. Além disso, também consideraram que na terceira parte do artigo, na sua suposta sugestão para um programa realista relativo, Pound havia plagiado suas idéias.

Tais fatos foram combustível suficiente para que Llewellyn e Frank elaborassem uma resposta²⁵⁵ a Pound, publicada na *Harvard Law Review* no mesmo ano.

5.2.2

Respondendo a Pound

Llewellyn, após a leitura do artigo de Pound, retorna a se corresponder com o autor após o fim abrupto das conversas relativas ao artigo sobre contratos. Llewellyn elogia Pound pelo artigo e claramente se empolga com a discussão. Os autores se corresponderam de forma amistosa e Llewellyn inclusive avisa Pound que Jerome Frank iria ajudá-lo a escrever uma resposta em forma de artigo²⁵⁶. Pound não simpatizava com Frank devido a seu escrito *Law and the modern mind*. Considerava Frank contraditório e leviano ao acusá-lo de afirmar coisas que nunca havia dito ou escrito em qualquer lugar. Llewellyn por sua vez defendeu Frank das acusações de Pound e afirmou que este iria consertar todos os erros de seu livro em uma segunda edição, bastava Pound apontá-los.

Logo após, Frank escreveu para Pound inúmeras vezes para que este apontasse os erros de citação em seu livro para que assim pudesse corrigi-los e publicar a segunda edição. Pound, no entanto, afirmou não ter tempo para rever a obra e aconselhou Frank a publicar sem esperar sua leitura²⁵⁷. O autor chegou a

²⁵⁵ LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound in Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, pp. 1222-1264.

²⁵⁶ HULL, N.E.H.. *Ibid.* pp. 195-197.

²⁵⁷ HULL, N.E.H.. *Ibid.* pp. 198-199.

insistir em cartas adicionais, porém Pound sempre afirmara estar ocupado. Este inclusive considerou Frank inoportuno chegando ao ponto de não responder mais suas cartas²⁵⁸.

Devido a isto, Frank, decepcionado com a situação, não permitiu que Llewellyn incluísse seu nome na resposta para Pound. Ou seja, se havia alguma rixa entre autores esta era mais entre Frank e Pound do que entre Llewellyn e Pound. Llewellyn, após a superação do evento do artigo sobre contratos e ao não incluir Pound na lista de realistas, estava apenas empolgado com a discussão em termos acadêmicos. Para Frank a questão havia tomado um viés pessoal. No entanto, apesar de não ter seu nome incluído como autor público, Frank colaborou com Llewellyn de forma intensa na elaboração do artigo publicado em junho de 1931 pela *Harvard Law Review*²⁵⁹.

Llewellyn percebeu que antes de refutar as acusações de Pound em seu artigo teria que definir quem realmente seriam os autores realistas. O propósito do autor em seu primeiro escrito²⁶⁰ de 1930 era demonstrar de uma maneira genealógica a evolução do novo modo de análise e não definir de forma coerente um grupo de autores realistas. A lista que o autor trouxe em 1931 tinha de ser clara, afinal não estaria apenas defendendo uma maneira de pensar, mas sim defendendo as concepções dos autores listados de acusações oriundas principalmente de Pound.

Llewellyn, portanto, inicia o artigo reiterando a importância de considerarmos o elemento humano nos julgamentos e os fatos do caso, deixando as regras em segundo plano. Afirma que além das decisões existiriam pessoas que seriam atingidas direta ou indiretamente pelas regras e pelas decisões judiciais. Estas deveriam sempre ser levadas em consideração pelo magistrado. Vejamos:

“Before rules, were facts; in the beginning was not a Word, but a Doing. Behind decisions stand judges; judges are men; as men they have human backgrounds. Beyond rules, again, lie effects: beyond decisions stand people whom rules and decisions directly or indirectly touch”²⁶¹.

²⁵⁸ HULL, N.E.H.. *Ibid.* pp. 200-201.

²⁵⁹ LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound.* Op. Cit., pp. 1222-1264.

²⁶⁰ LLEWELLYN, Karl N.. *A realistic jurisprudence – The next step in Columbia Law.* Op. Cit., pp. 431-465.

²⁶¹ LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound.* Op. Cit., p. 1222. Em tradução livre: “Antes das regras, existiam os fatos; no início não havia uma Palavra, mas um Fazer. Por trás das decisões existem os magistrados; magistrados são homens; e como

Llewellyn então inicia sua defesa em face das acusações de Pound. Primeiramente ressalta que Pound reconheceu a importância do movimento realista e que considerava importante acadêmicos inseridos na antiga perspectiva como ele ingressarem na discussão²⁶². O autor também frisa não ser porta-voz de nenhuma escola e que fala apenas por si e não pelos outros autores.

O autor ao elaborar sua lista de autores realistas utilizou categorias diferentes das utilizadas por Pound. Pound, conforme mencionado havia estabelecido cinco características recorrentes nos autores realistas. Llewellyn e Frank, no entanto, somente concordaram com duas destas²⁶³.

Apesar disto, Llewellyn envia carta a Pound perguntando se teria algum autor em mente para sugerir para a lista. Pound responde dois nomes. O mais curioso é que Pound sugere dois contemporâneos para a lista, Bingham e Lorenzen²⁶⁴, contrariando o que havia afirmado sobre o fato de apenas novos acadêmicos pertencerem ao movimento que surgia. Llewellyn e Frank então criam uma lista com vinte autores admitindo que esta pudesse aumentar facilmente.

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

homens eles têm suas trajetórias humanas. Além das regras, novamente, estão os fatos: além das decisões existem pessoas que serão atingidas direta ou indiretamente pelas regras e pelas decisões”.

²⁶² *Id. Ibid.* pp. 1224-1225.

²⁶³ Llewellyn e Frank somente concordam com as características B e C postas por Pound em seu artigo como podemos perceber na análise empírica que fazem dos autores listados como realistas em seu artigo. Vide LLEWELLYN, Karl N.. *Id. Ibid.* pp. 1229-1233. Ou seja, concordam que sejam características de alguns dos autores realistas apenas a aplicação da psicologia para ajudar na previsão das decisões judiciais e a utilização de métodos análogos aos das ciências exatas. Vejamos: “(a) One of the most common is faith in masses of figures as having significance in and of themselves (...); (b) belief in the exclusive significance or reality of some one method or line of approach (...) science of law analogous to mathematical physics (...); (c) a presupposition that someone psychological starting point is the *unum necessarium* (...); (d) Another characteristic is insistence on the unique single case rather than on the approximation to a uniform course of judicial behavior (...). Radical neo-realism seems to deny that there are rules or principles or conceptions or doctrines at all (...); (e) Finally, many of the new juristic realists conceive of law as a body of devices for the purposes of business instead of as a body of means toward general social ends (...)”. POUND, Roscoe. *Ibid.* pp. 700-709.

²⁶⁴ Ernest Gustav Lorenzen nasceu em 1876 na Alemanha se mudando na adolescência para os EUA. Fez faculdade nos EUA e doutorou-se em Direito na Alemanha. Foi professor da Escola de Direito de Yale de 1916 a 1946. Tinha como principais áreas de estudo o Direito Romano, Direito Comparado e o Conflito de Leis. Faleceu em 1951. CORBIN, Arthur L.. *Ernest Gustav Lorenzen in The Yale Law Journal*, vol. 60, nº 4, 1951, pp. 579-580.

“(i) Younger teachers of law; (ii) insistence ‘on beginning with an objectively scientific gathering of facts’; (iii) interest in the psychology of rationalization; (iv) ‘looking at precepts and doctrines and institutions with reference to how they work and fail to work and why’; (v) open recognition of the non-rational elements in judicial behavior”²⁶⁵.

Os autores ainda ampliaram os critérios para formar a lista acrescentando três atributos: 1. os autores a serem incluídos na lista deveriam ser figuras de liderança e destaque do novo movimento; 2. Tais autores deveriam ser conhecidos por terem tomado posições doutrinárias extremadas e críticas; 3. Uma ampla variedade de visões e posições deveria ser incluída²⁶⁶.

Sendo assim, o que Frank e Llewellyn fizeram na lista foi basicamente uma reunião de seus colegas professores que tinham visões não tradicionalistas, ou seja, não harvardianas. O curioso é que a maioria dos nomes constantes da lista era ou da Escola de Direito de Columbia ou de Yale. Somente dois dos vinte nomes poderiam ser considerados de Harvard, nomes que não seriam considerados figuras centrais do movimento. Dos outros dezoito nomes, dezesseis tinham ligações fortes ou com Columbia ou com Yale ou até mesmo com as duas escolas²⁶⁷. Ou seja, Llewellyn e Frank haviam escolhido apenas colegas professores dos seus círculos acadêmicos internos para comporem a lista.

Não é importante dissertarmos especificamente sobre os vinte nomes constantes da lista de Llewellyn e Frank até porque Llewellyn envia posteriormente nova lista para Pound em carta de 6 de abril de 1931 com mais vinte e quatro nomes, totalizando quarenta e quatro nomes realistas²⁶⁸. Tal fato comprova que a lista era um exercício de classificação e rotulação inútil por parte de Llewellyn.

Cabe ressaltar, no entanto, que Llewellyn e Frank escreveram para todos os autores antes da publicação da lista em seu artigo. Nestas cartas indagavam se os professores se lembravam de alguma de suas publicações que coincidiria com

²⁶⁵ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, p. 75. Em tradução livre: “(i) professores de direito mais novos; (ii) insistência em ‘começar o trabalho com uma coleta científica e objetiva de fatos’; (iii) interesse na psicologia da racionalização; (iv) ‘olhar para os preceitos, doutrinas e instituições pensando na sua funcionalidade, como e porque funcionam ou falham em funcionar’; (v) reconhecimento aberto dos elementos irracionais no comportamento do magistrado.

²⁶⁶ LLEWELLYN, Karl N.. *Ibid.* p. 1226.

²⁶⁷ TWINING, William. *Ibid.* p. 77.

²⁶⁸ Vide tabela da evolução das listas de realistas de Llewellyn: HULL, N.E.H.. *Ibid.* pp. 343-346.

alguma das características realistas que Pound havia listado. Em caso negativo perguntavam se os autores sustentariam alguma destas características²⁶⁹.

A resposta as cartas foi desanimadora. Os autores se colocaram a disposição para discutir o assunto, porém todos eles recusaram o rótulo de realistas²⁷⁰. Arthur Corbin e Walter W. Cook, principais influências de Llewellyn estavam entre eles. Ou seja, somente dois autores da lista assumiam o rótulo de realistas, os próprios autores do artigo: Llewellyn e Frank. De forma pública apenas Llewellyn assumia tal rótulo dado que Frank negou-se a colocar seu nome como autor do artigo *Some realism about realism – Responding to Dean Pound* devido à disputa que teve com Pound.

Llewellyn inclusive teve que omitir alguns nomes da lista, pois estes pediram expressamente em suas cartas para não serem incluídos. Devido a este fato é que Llewellyn em sua carta de 6 de abril de 1931 elabora uma nova lista para que Pound pudesse responder concordando ou discordando dos nomes²⁷¹.

Conforme mencionado, nenhuma das duas listas elaboradas por Llewellyn tem grande importância. Cabe, no entanto, ressaltar que na lista enviada privadamente a Pound, pela primeira vez, Llewellyn dividiu os autores em categorias. Estas conceituavam o realismo jurídico tanto intelectualmente quanto genealogicamente.

São estas as categorias nas palavras de N. E. H. Hull:

“The first category included Llewellyn and Frank’s ‘notion of realists who may have taken extreme positions on one point or another’; The second category contained the ‘realists who are thorough-going, but probably less extreme in their positions’; The third category contained ‘realists-in-part-of-their-work’”²⁷².

A maioria dos autores que foram incluídos nas duas primeiras categorias já havia sido incluída na lista anterior do artigo em resposta a Pound. A terceira categoria, no entanto, é de longe a mais interessante e sugestiva. Nenhum dos nomes incluídos nesta constava da lista do artigo *Some realism about realism – Responding to Dean Pound*. É através da observância desta terceira categoria que

²⁶⁹ HULL, N.E.H.. *Ibid.* p. 205.

²⁷⁰ Vide HULL, N.E.H.. *Ibid.* pp. 206-209.

²⁷¹ *Id.* *Ibid.* p. 210.

²⁷² *Id.* *Ibid.* pp. 211-212. Em tradução livre: “A primeira categoria incluía a ‘noção de realistas que podem ter se posicionado de forma extremada em um ponto ou outro’ de Llewellyn e Frank; A segunda categoria continha os ‘realistas que atendiam todas as características, porém que eram menos extremistas em suas posições’; A terceira categoria continha os ‘realistas apenas em parte de seus trabalhos’”.

percebemos a verdadeira visão de Llewellyn sobre o realismo, que o próprio autor viria a afirmar mais tarde. Ou seja, para ele, o realismo jurídico não seria uma ideologia ou uma filosofia do direito, na verdade tratar-se-ia de um método ou uma tecnologia de observância do Direito.

Isso fica claro inclusive quando Llewellyn em seu artigo em resposta a Pound define quem seriam os verdadeiros realistas, vejamos:

“What, then, *are* the characteristics of these new fermenters? One thing is clear. There is no school of realists. There is no likelihood that there will be such a school. (...)

There is, however, a *movement* in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents. (...) Men more or less interstimulated -but no more than all of them have been stimulated by the orthodox tradition, or by that ferment at the opening of the century in which Dean Pound took a leading part. Individual men, working and thinking over law and its place in society. Their differences in point of view, in interest, in emphasis, in field of work, are huge. They differ among themselves well-nigh as much as any of them differs from, say, Langdell. Their number grows. Their work finds acceptance²⁷³.

Llewellyn, no trecho supramencionado, ressalta que o realismo jurídico não era uma escola teórica bem como o fato de haver poucas semelhanças entre os autores pertencentes ao movimento. No entanto, para o autor, tais acadêmicos haviam utilizado pontos de partida em comum e por isso deveriam ser considerados realistas dado que sem qualquer tipo de planejamento ou combinação atingiram o mesmo objetivo: a crítica ao método tradicionalista de abordagem do direito.

Nas palavras de Llewellyn são estes os pontos de partida comuns entre os autores:

“The common points of departure are several:

- (i) The conception of law in flux, of moving law, and of judicial creation of law.
- (ii) The conception of law as a means to social ends and not as an end in itself (...).
- (iii) The conception of society in flux, and in flux typically faster than the law (...).
- (iv) The *temporary* divorce of Is and Ought for purposes of study.

²⁷³ LLEWELLYN, Karl N.. *Ibid.* pp. 1233-1234. Em tradução livre: “Quais são então as características do novo movimento? Um fato é claro. Não há escola dos realistas. Não há inclusive nenhum indício de que haverá uma. Há, no entanto, um *movimento* de pensamento e trabalho sobre o Direito. O movimento, o método de ataque, é mais amplo do que o número de adesões. Homens mais ou menos estimulados pela tradição ortodoxa ou pelo fermento do início do século que o Reitor Pound liderou. Indivíduos trabalhando e pensando acima da lei e sobre o seu lugar na sociedade. Suas diferenças de pontos de vista, de ênfase e de campo de trabalho são enormes. Diferenciam-se entre si quase que do mesmo modo que cada um deles diferencia-se de Langdell. O número cresce. Seus trabalhos encontram aceitação”.

- (v) Distrust of traditional legal rules and concepts insofar as they purport to *describe* what either courts or people are actually doing.
- (vi) Hand in hand with this distrust of traditional rules (on the descriptive side) goes a distrust of the theory that traditional prescriptive rule-formulations are *the* heavily operative factor in producing court decisions.
- (vii) The belief in the worthwhileness of grouping cases and legal situations into narrower categories than has been the practice in the past.
- (viii) An insistence on evaluation of any part of law in terms of its effects (...).
- (ix) Insistence on *sustained and programmatic attack* on the problems of law along any of these lines²⁷⁴.

Podemos perceber que a lista de nomes realista não gozava de rigor acadêmico primoroso. Llewellyn e Frank haviam apenas listado seus conhecidos da vida acadêmica de Columbia e Yale. Os pontos de partida em comum supramencionados eram demasiadamente amplos para gerar qualquer tipo de coerência ou sustentabilidade teórica. A lista privada enviada a Pound com mais vinte e quatro nomes também demonstrou a incerteza de Llewellyn e Frank e a falta de rigor na categorização dos realistas.

Llewellyn insiste em seu artigo que de fato, conforme Pound apontara, não havia nada de novo no realismo jurídico. O que havia de novo no realismo era:

“(...) the *systematic* effort to carry one problem through, to carry a succession of problems through, to *consistently*, not occasionally, choose the best available technique, to *consistently* keep description on the descriptive level, to *consistently* distinguish the fact 'basis which will feed evaluation from the evaluation which it will later feed, to *consistently* seek *all* the relevant data one can find to *add* to the haphazard single-life experience, to *add* to general common sense²⁷⁵”.

²⁷⁴ LLEWELLYN, Karl N.. *Ibid.* pp. 1236-1238. Em tradução livre: “São vários os pontos de partida em comum: (i) a concepção da lei em fluxo, da lei em movimento e da criação judicial da lei. (ii) a concepção da lei como um meio para fins sociais e não como um fim em si mesma (...). (iii) A concepção da sociedade em fluxo e tal fluxo tipicamente mais rápido que a lei (...). (iv) O divórcio temporário entre o SER e o DEVER SER para propósitos de estudo. (v) Descrença na capacidade das regras e conceitos tradicionais de *descrever* o que as cortes ou as pessoas realmente estão fazendo. (vi) Acompanhando a descrença nas regras tradicionais (no lado descritivo) vem também uma descrença na teoria que afirma que a formulação prescritiva de regras tradicionais seria o fato operativo mais forte na produção de decisões judiciais. (vii) A crença na validade do agrupamento de casos e situações jurídicas em categorias menos amplas comparadas as utilizadas no passado. (viii) Uma insistência na avaliação dos efeitos de qualquer parte da lei (...). (ix) Insistência em um ataque constante e programático aos problemas jurídicos oriundos destas linhas”.

²⁷⁵ *Id.* *Ibid.* p. 1250. Em tradução livre: “(...) o esforço *sistemático* em apontar um problema, em apontar uma sucessão de problemas, de *consistentemente* e não ocasionalmente escolher a melhor técnica disponível, de *consistentemente* manter a descrição no nível descritivo, de *consistentemente* distinguir a base factual que irá alimentar a avaliação da própria avaliação, de *consistentemente* procurar *todos* os dados relevantes disponíveis para *acrescentar* a experiência de vida aleatória de cada um, de *acrescentar* ao senso comum geral”.

Para Llewellyn, portanto, os autores realistas não formavam uma escola teórica. Tinham apenas uma similaridade em seus pensamentos e escritos jurídicos. Para o autor, tais autores tinham como pontos em comum: o reconhecimento da lei como meio e não como fim; reconhecimento da dinâmica social sempre a frente da lei e capaz de mudar esta última; interesse no que realmente acontece no processo decisório do magistrado; interesse nos efeitos da decisão judicial; reconhecimento da necessidade de manter a percepção no nível factual sem ofuscá-la com a visão do *dever ser*; descrença nas regras e conceitos como verdadeiros indicadores do que realmente acontece nas cortes²⁷⁶.

O autor ainda acrescenta que a percepção de tais características não está concentrada em nenhum dos pesquisadores, afinal não se trata de um grupo coeso e teoricamente coerente. Não há nenhum líder ou porta-voz, ou seja, ninguém fala pelo grupo, cada um fala por si e por suas pesquisas.

Llewellyn finaliza o artigo em resposta a Pound afirmando que o ponto em comum mais forte entre os autores realistas seria o foco no *ser (is)* em contraposição ao *dever ser (ought)*. Através dessa ênfase os autores realistas tentariam melhorar a lei e a percepção sobre o Direito. Vejamos:

“(...) When writers of realistic inclination are writing in general, they are bound to stress the need of more accurate description, of Is and not of Ought. There lies the *common* ground of their thinking; there lies the area of new and puzzling development. There lies the point of discrimination which they must drive home. To get perspective on their stand about ethically normative matters one must pick up the work of each man in his special field of work. There one will find no lack of interest or effort toward improvement in the law. As to whether change is called for, on any *given* point of our law, and if so, how much change, and in what direction, there is no agreement. Why should there be? A *group* philosophy or program, a *group* credo of social welfare, these realists have not. They are not a group”²⁷⁷.

²⁷⁶ *Id. Ibid.* p. 1250.

²⁷⁷ *Id. Ibid.* pp. 1255-1256. Em tradução livre: “(...) Quando os autores de inclinação realista estão escrevendo de forma geral eles tendem a ressaltar a necessidade de uma descrição mais acurada, ou seja, do *Ser* e não do *Dever Ser*. Aqui está o *ponto em comum* de seus pensamentos; aqui se encontra a área inovadora e intrigante de desenvolvimento. Aqui está também o ponto discriminante que os autores pensam ao dirigir para suas casas. Para ter uma perspectiva do entendimento sobre a ética normativa de cada autor o leitor terá que buscar o trabalho de cada um deles em seus campos de pesquisa. Ali o leitor não achará falta de interesse ou de esforço para a melhoria da lei. Não há consenso com relação à mudança da lei ou de qualquer ponto desta ou a direção desta mudança bem como a sua graduação Porque haveria? Tais autores não são um grupo, não compartilham de uma mesma filosofia ou programa, tampouco possuem um grupo de crença sobre o bem estar social. Tais autores não são um grupo”.

Sendo assim, apesar de Llewellyn ter finalizado o artigo demonstrando a intenção construtiva do realismo de forma positiva, para N.E. Hull, por exemplo, o autor equivocou-se ao omitir da lista nomes que representariam muito melhor o movimento²⁷⁸.

Como o próprio Llewellyn alega, a contribuição dos autores realistas era individual. No entanto, a contribuição deles não foi somente para a teoria do direito, foi também para o ensino jurídico como já amplamente mencionado. Analisar o realismo jurídico como movimento exclusivamente da teoria do Direito gera equívocos dado que este deve ser analisado observando a trajetória acadêmica e de vida dos autores e o momento histórico em que viveram. Muitos equívocos de interpretação do movimento ocorrem porque só foi realizada a leitura do artigo de Llewellyn em resposta a Pound. Neste, apesar de afirmar que os realistas não são um grupo o autor agrupa-os em uma lista, o que gera ao leitor o equívoco de uma suposta homogeneidade teórica que não existia. Em comum os autores tinham apenas o pensamento progressista, a frente de seu tempo, tanto em relação à teoria do direito como em relação ao ensino jurídico.

Em suma, o que Llewellyn tentou em sua resposta a Pound foi ser líder de um movimento. O autor claramente tinha o desejo de liderar a discussão entre o novo modelo proposto contra o antigo modelo, entre os novos professores contra os professores da geração anterior. Por inúmeras razões sua tentativa falhou. A principal delas foi a falta de adesão de todos os autores listados bem como a falta de critério na elaboração da lista de autores realistas. A ausência de coerência teórica também é um dos principais justificadores do insucesso do movimento. Fato é que em 1931, com governo Roosevelt e com os EUA em plena reformulação econômica, havia espaço para tal tipo de discussão progressista. Muitos autores realistas inclusive trabalharam posteriormente para o governo Roosevelt, Jerome Frank entre eles. No entanto, com o advento dos governos totalitaristas a discussão realista foi completamente abafada. Eles haviam se tornado um grupo indesejado de liberais progressistas em uma época extremamente conservadora e intolerante com qualquer mudança no *status quo*.

Vale ressaltar que trinta anos após toda a discussão sobre o tema, Llewellyn publica um apêndice em sua obra *The common Law Tradition: Deciding*

²⁷⁸ HULL, N.E.H.. *Ibid.* p. 218.

*Appeals*²⁷⁹ tentando esclarecer alguns equívocos que considerava pertinentes. Neste apêndice o autor frisa que o realismo jurídico não era uma filosofia e sim um método. Método que deveria ser a fundação para qualquer trabalho jurídico sólido, qualquer que fosse a sua finalidade. Pois, para ele, tratava-se de um bom método. O autor ainda se refere ao realismo jurídico como uma tecnologia de observação do direito²⁸⁰.

Portanto, apesar de ter sido muito mais importante na elaboração do Código Comercial Uniforme (onde dedicou quinze anos de sua vida) e na evolução curricular das escolas de direito, Llewellyn ganhou maior notoriedade como uma das figuras centrais do realismo jurídico. A publicação do apêndice da supramencionada obra demonstra que o autor carregou tal fardo até sua morte em 1962. Nesta publicação Llewellyn tenta encerrar a discussão mal sucedida que iniciara trinta anos antes com Pound. Faz isto esvaziando o conteúdo teórico do realismo jurídico e tratando-o como mera metodologia de análise do direito. Porém, a discussão sobre o assunto há muito tempo já havia saído de seu controle. São inúmeras as interpretações sobre o movimento e a mais acertada é, sem dúvida, a que o considera como um movimento da história do direito com duas facetas (teoria do direito e teoria do ensino jurídico) Afinal, não se tratava de uma escola ou de uma filosofia e sim de um movimento crítico. Conforme o próprio autor frisara.

5.3

Karl Llewellyn e o ensino jurídico

Llewellyn foi professor de direito por quase quarenta anos e por isso o ensino jurídico era assunto recorrente em suas discussões e escritos. Podemos afirmar que toda sua produção acadêmica foi de alguma forma afetada pela sua experiência como professor.

²⁷⁹ LLEWELLYN, Karl N.. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. New York: William S. Hein & Co., 1996 (obra originalmente publicada em 1960). Vide apêndice B.

²⁸⁰ *Id. Ibid.* p. 510.

São três os principais escritos de Llewellyn sobre o ensino jurídico: *The Bramble Bush* (1930)²⁸¹, *On What is Wrong with So-Called Legal Education* (1935)²⁸² e *The Place of Skills in Legal Education* (1945)²⁸³.

Tais trabalhos são basicamente escritos críticos sobre o ensino jurídico da época, ou seja, tratam da insuficiência do método do caso de Langdell. Foram inclusive capazes de influenciar os currículos e a metodologia de ensino e pesquisa nas principais escolas de direito norte-americanas. Enquanto o realismo jurídico como teoria do direito fora uma discussão interessante, mas que sucumbiu devido à falta de adesão e ao conservadorismo da época a sua faceta de teoria do ensino jurídico teve efeitos permanentes. Portanto, podemos afirmar que a influência de autores como Hohfeld, Cook e Llewellyn foi mais importante para o ensino jurídico do que para a teoria do direito.

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

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

Vale ressaltar também que Llewellyn foi extremamente importante para a evolução do material didático utilizado nas escolas de direito. Publicou, em 1930, uma obra intitulada *Cases and Material on the Law of Sales*²⁸⁴. A obra serviu

²⁸¹ LLEWELLYN, Karl N.. *The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School*. New York: Oxford University Press, 2008.

²⁸² LLEWELLYN, Karl N.. *On What is Wrong with So-Called Legal Education in Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 651-678.

²⁸³ LLEWELLYN, Karl N.. *The Place of Skills in Legal Education in Columbia Law Review*, vol. 45, 1945, pp. 345-391.

²⁸⁴ LLEWELLYN, Karl N.. *Cases and Material on the Law of Sales*. New York: Callaghan and Co., 1930.

como um novo modelo para os livros de casos futuros e saía completamente dos padrões dos livros de casos anteriormente utilizados pelo método de Langdell. Somente na década de trinta uma dúzia de livros de casos no estilo realista foi publicada pelo corpo docente de Yale, demonstrando que o esforço de Llewellyn na melhoria do material didático tinha surtido efeito.

Ou seja, podemos afirmar que o movimento realista fora na verdade a conjugação de duas teorias: foi ao mesmo tempo uma teoria do direito e uma teoria crítica do ensino jurídico. Como vimos, sua faceta de teoria do direito foi muito importante para a reflexão sobre o *modus decidendi* dos magistrados, mas que não resistiu ao conservadorismo da época. A faceta do ensino jurídico, no entanto, contribuiu de forma permanente para as escolas de direito seja para o método de ensino, para a pesquisa ou para a evolução dos currículos e material didático. Para entendermos melhor as contribuições de Llewellyn para o ensino jurídico cabe analisar cada um de seus escritos relacionados ao tema de forma apartada.

5.3.1

***The Bramble Bush* – O que oferece a Escola de Direito?**

O livro *Bramble Bush* de Llewellyn foi publicado em 1930 e sem dúvida é a obra mais conhecida e lida do autor. Sua edição de 1951 foi considerada um *Best seller*.

Llewellyn elaborou a obra com um objetivo principal: preparar os alunos para o primeiro ano das escolas de direito. Isto porque tipicamente os alunos conheciam pouco sobre direito e menos ainda sobre o ensino jurídico. A obra, portanto, é uma compilação de oito palestras ministrada pelo autor em 1929 e 1930 na Universidade de Columbia.

Bush significa arbusto. *Bramble Bush* seria um tipo de arbusto espinhoso. Llewellyn assim intitulou sua obra como uma metáfora para afirmar que o estudo do direito é extremamente exigente e somente com a entrega total do aluno ele seria capaz de suceder tanto na escola de direito quanto na carreira jurídica²⁸⁵.

²⁸⁵ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, p. 142.

O que nos interessa da supracitada obra é a sexta palestra de Llewellyn: *O que oferece a escola de direito?*. Nesta, Llewellyn esboça a crítica ao método de ensino tradicional que viria a aprofundar em seus escritos posteriores.

Para o autor o currículo da escola de direito deveria ter no mínimo dois objetivos centrais: equipar o aluno para a prática jurídica e para a própria vida cotidiana e profissional.

No entanto, para o autor a tarefa nos EUA seria mais árdua do que em países da Europa tais como França e Alemanha. O direito codificado destes últimos facilitaria enormemente o aprendizado. Além disso, na Alemanha os três ou quatro anos de escola de direito seriam sucedidos, a época, por três anos de estágio antes de o aluno tornar-se advogado. Em contrapartida, nos EUA o direito não era e continua não sendo codificado e são apenas três anos de escola de direito antes da prática profissional.

Sobre o tema vale citar as palavras do autor:

“We have three years (...). What is more, and worse (from this angle), we have no code. Statutes we have, mostly irregular heaps of what happens to have seemed worth legislating on. They are no ordered body, still less are they an attempt to cover the whole of law complete. And save for statutes, our law is found in cases; hard therefore to find, hard to dig out, difficult to phrase, unwieldy, cumbersome. Nor is there one legislature, one Supreme Court, but fifty-one, each speaking its own last word and adding its pronouncements to the mass. Go down to the shelves and count the shelf-feet of repositories of our law! Ask the librarian how many shelf feet per year are added. No, the nature of our system of multiple jurisdictions, the accidental constellation of our statutes, the inductive concrete method of our case materials – these make the learning of our law entire, AS INFORMATION, hopeless”²⁸⁶.

Para Llewellyn, a informação conseguida pelos alunos nas disciplinas da escola de direito serviria apenas como um veículo para o estudo. Nenhum aluno

²⁸⁶ LLEWELLYN, Karl N.. *The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 98. Em tradução livre: “Nós temos três anos (...). Além disso, o que é pior ainda (deste ponto de vista) é que não temos direito codificado. Temos Estatutos que são basicamente consolidações de legislações extravagantes. Os Estatutos não são um corpo ordenado de leis e menos ainda uma tentativa de albergar o direito como um todo. Tirando os estatutos, nosso direito é encontrado nos casos; portanto, difícil de achar, difícil de descobrir e difícil de transformar em palavras devido à quantidade de material. Não há também uma legislação uniforme ou apenas uma Suprema Corte, mas cinquenta e uma. Cada uma dando a última palavra e adicionando suas palavras a grande massa já produzida anteriormente. Vá até as estantes e meça quantos metros de material nossos repositórios possuem! Pergunte ao bibliotecário quantos metros a mais são acrescentados anualmente. Não, a natureza do nosso sistema de jurisdições múltiplas, a constelação acidental de Estatutos, o método indutivo concreto aplicado aos nossos materiais de casos – isso torna o aprendizado integral do nosso direito, COMO INFORMAÇÃO, impossível”.

utilizaria tais conhecimentos de forma direta. Além disso, o aluno deveria focar no que lhe interessava para a prática devido à impossibilidade do aprendizado integral. Se pretendesse advogar em Chicago seu foco deveria ser os julgados da Suprema Corte do estado de Illinois e a legislação local.

Para o autor a tarefa de aprender o direito seria imensa e os cursos das escolas de direito seriam insuficientes para cumpri-la. A escola não deveria oferecer um aprendizado das regras, mas sim uma educação jurídica. Além disso, o aprendizado também não poderia ser realizado de forma solitária. Os colegas de turma deveriam se reunir para que a tarefa se tornasse menos árdua.

Outro fator de extrema importância para o autor que a escola de direito não ensinaria seria a capacidade de previsão do resultado de casos. Exercitar tal capacidade seria essencial para a prática de todos os alunos. Afinal, o cliente iria pagar honorários justamente para isso, para que o advogado opinasse de forma correta.

Para reforçar essa capacidade de previsão o aluno não poderia se contentar apenas com as disciplinas da faculdade. Para Llewellyn, quanto mais conhecimento maior tal capacidade. Portanto, para aprender as reações da corte o aluno deveria ler tantos casos quanto o possível. Os detalhes de cada caso não seriam importantes, mas sim a apreensão do comportamento das cortes²⁸⁷.

Portanto, nesse primeiro escrito Llewellyn demonstra claramente sua crítica ao método do caso. Para ele, o método do caso aliado à constelação de leis esparsas e de casos tornaria o aprendizado do direito impossível. Deveriam ser, por influência de Hohfeld, acrescentados ao currículo cursos de história, lógica, sociologia, e direito comparado. Além disso, deveria também sempre ser empregada a análise de Hohfeld (conceitos jurídicos fundamentais) em todos os cursos durante a escola de direito. No que tange a reforma curricular das escolas de direito percebemos influência direta do artigo de Hohfeld sobre a escola de direito ideal (*Vital School of Jurisprudence*²⁸⁸) em Llewellyn.

Em suma, para o autor só haveria um jeito de se tornar um bom profissional do direito: estudar o máximo possível e de forma incessante. Tentar sobrepor a visão dada pelas escolas de direito com o mero estudo de casos também tornaria o

²⁸⁷ *Id. Ibid.* p. 104.

²⁸⁸ 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.

aluno um profissional mais completo, capaz de perceber outros elementos importantes para o caso em análise (elementos sociais, econômicos) aumentando assim sua capacidade de prever o resultado final.

5.3.2

O que estaria errado com o ensino jurídico?

Llewellyn em seu escrito sobre *O que estaria errado com o ensino jurídico*²⁸⁹ publicado em 1935 na Revista da Escola de Direito de Columbia deixa mais clara sua posição progressista sobre o ensino jurídico.

Para o autor o método tradicional não seria inútil, pelo contrário, ele proveria o esqueleto necessário para a evolução das escolas de direito. No entanto, a continuidade fazia-se primordial.

Neste escrito o autor analisa e critica três escolas de direito especificamente: Yale, Harvard e Columbia. Conhecia bem as três (Yale e Columbia inclusive como professor) e por isso baseou seu escrito nelas.

O ponto de partida do autor era claro: as escolas de direito norte-americanas não deveriam se limitar as ferramentas e aos métodos de ensino existentes. Deveriam sim procurar ferramentas e métodos melhores de acordo com as necessidades.

Um dos principais problemas do ensino jurídico para o autor seria a falta de conhecimento dos professores sobre o verdadeiro objetivo da escola de direito. Llewellyn afirma que os professores não saberiam o propósito para o qual realmente estariam educando. O problema do método do caso aplicado por esses profissionais seria a extrema simplificação do ensino jurídico como se houvesse um único tipo de advogado que fosse advogar apenas de uma maneira. Vejamos:

“The grosser evil lay in the over-simplification as if there were a single kind of lawyer, with a single kind of practice, for which a single kind of training would suffice-and as if case-method were that single kind of training. That initial objective was and is false. But it is the initial objective which poses the problem, which frames the issue, for the future. No wonder subsequent work groans on a bias”²⁹⁰.

²⁸⁹ LLEWELLYN, Karl N.. *On What is Wrong with So-Called Legal Education in Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 651-678.

²⁹⁰ *Id. Ibid.* pp. 654-655. Em tradução livre: “O pior mal se encontra na simplificação exagerada – como se só houvesse um tipo de advogado destinado a uma única prática para o qual apenas um

O foco do ensino jurídico, para o autor, não deveria ser apenas as regras, como pregado e reproduzido pelo método do caso. O foco deveria estar na prática, no fazer. Nas palavras de Llewellyn: “*Not rules, but doing, is what we seek to train men for. Rules our men need. Rules do in part control or shape, do in still greater part set limits to, their doing. But the thing remains the doing*”²⁹¹.

Um dos principais problemas seria que os professores de direito teriam suas visões condicionadas por conceitos fossilizados, antigos e ultrapassados. Além disso, Llewellyn afirma que a maior parte do tempo em sala de aula era despendida com treinamento em regras e conceitos jurídicos. Tal treinamento seria muito abstrato e não prepararia os alunos devidamente para a prática. O problema principal a ser resolvido para o autor seria preencher o vazio do aprendizado das regras sem os fatos, ou seja, transformar o conhecimento de sala de aula em ação trazendo-o para a realidade social.

Sendo assim, quais seriam as ferramentas básicas que os professores já teriam em mãos para iniciarem uma mudança na metodologia de ensino? De acordo com Llewellyn seriam duas: uma escola de direito e três anos de curso²⁹².

O autor ainda compara, assim como havia feito Hohfeld em seu artigo sobre a escola ideal de direito (*Vital School of Jurisprudence*²⁹³), a escola de direito com a escola de medicina da época. Na escola de medicina os estudantes teriam um treinamento teórico mais longo que na escola de direito e também teriam um treinamento prático estruturado antes de se graduarem médicos. Para Llewellyn a prática da medicina não seria mais difícil ou complicada que a prática do Direito, a diferença seria que os padrões do direito seriam mais baixos para seus estudantes, futuros advogados²⁹⁴.

tipo de treinamento funcionasse – e como se o método do caso fosse esse único tipo de treinamento. Esse objetivo inicial era e continua sendo falso. É exatamente nesse objetivo inicial que resta o problema e que gera a discussão para o futuro. Todo trabalho subsequente é realizado influenciado por esse viés”.

²⁹¹ *Id. Ibid.* p. 654. Em tradução livre: “*Não procuramos treinar os homens nas regras, mas sim no fazer. De regras nossos homens precisam. As regras, em parte, controlam e moldam, porém em um grau muito maior, o fazer, a prática, que estabelecem os limites para a atuação profissional. Portanto, o principal é o fazer, a prática*”.

²⁹² *Id. Ibid.* p. 656.

²⁹³ 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.

²⁹⁴ LLEWELLYN, Karl N.. *Ibid.* p. 658.

Outro problema a ser enfrentado pelas escolas de direito para o autor seria a qualidade dos alunos que ingressam nas mesmas. Para melhorar a qualidade seria necessária a melhora do ensino anterior ao ingresso nas escolas de direito. O autor queria que ao menos seus alunos fossem capazes de ler e escrever bem. Vejamos: “*I want every law student to be able to read and write. Half of my first-year students, more than a third of my second-year students, can do neither*”²⁹⁵.

Além disso, Llewellyn também desejava que os ingressos nas escolas de direito tivessem noções de disciplinas como economia, sociologia, lógica e pensamento quantitativo em oposição ao puramente qualitativo. Alegava que somente cinquenta por cento de seus alunos tinham alguma noção de alguma das aludidas disciplinas. No entanto, nenhum teria ao menos um conhecimento básico de todas.

Para o autor tais habilidades teriam que ser desenvolvidas, pois os padrões para o direito estavam aumentando. Essa seria uma função exclusiva das escolas de direito.

No entanto, como já abordado, Llewellyn não afirmava que o método do caso deveria simplesmente ser esquecido. Para ele o próprio Langdell e Ames haviam carregado para a invenção do método do caso o estilo de pensar de seus predecessores e, portanto, seria importante para seus contemporâneos a observação dos erros e acertos de tal metodologia de ensino. Vejamos:

“Even such a genius as Langdell needed an Ames, a supplementary executing genius, and thirty years as well, to make his idea dent his guild. Even that great team dropped out much of the value or what they themselves had rebelled against, though they carried over (Ames, at least) into their own work the values of the earlier style of thinking”²⁹⁶.

Portanto, para Llewellyn ensinar somente regras e conceitos seria um equívoco. A escola de direito deveria ensinar seu aluno a ser um advogado. No entanto, as regras e valores não deveriam ser esquecidos. Prática sem conceitos ou

²⁹⁵ *Id. Ibid.* p. 660. Em tradução livre: “Eu quero que cada estudante de direito seja capaz de ler e escrever. Metade dos meus alunos do primeiro ano e mais de um terço dos meus alunos do segundo ano não são capazes de fazer nenhum dos dois”.

²⁹⁶ *Id. Ibid.* p. 661. Em tradução livre: “Até mesmo um gênio como Langdell precisou de Ames, um gênio executor suplementar, além de trinta anos para consolidar seu método. Mesmo este excelente time deixou de lado muitos dos valores com os quais haviam se rebelado. Porém, também carregaram (Ames, ao menos) para seus trabalhos valores do estilo de pensar de seus antecessores”.

conceitos sem prática não fazia sentido na formação dos estudantes. A prática deveria ser ensinada em conjunto com os conceitos e regras.

Assim seria o trabalho da escola de direito: “(...) it is the law school's job to give him, first, a decent fact-foundation from which to work; and second, understanding of the need of facts; and, third, a driving interest in their acquisition; to weigh them and their implications for a People.”²⁹⁷.

Como já afirmamos, a crítica de Llewellyn ao ensino jurídico tratava de uma das facetas do realismo jurídico, a faceta do movimento como teoria do ensino jurídico. Neste trecho podemos perceber expressamente que a crítica ao método de Langdell era uma das facetas do realismo jurídico, vejamos: “Those newer movements which strike toward reorganizing rules in terms of modern problems rest one and all on the discovery that some lawmen are no longer behaving along the lines presupposed by obsolescent legal formulae”²⁹⁸.

O método do caso para o autor possuía também uma grande falha: não conseguia atingir todos os alunos de forma equânime. Para ele os alunos poderiam, dentro da metodologia casuística, ser divididos em dois grupos: alunos com raciocínio rápido e alunos com raciocínio lento. O problema estaria basicamente no segundo ano da escola de direito, pois o método não conseguiria manter o aluno de raciocínio rápido interessado (dado que já havia dominado o método no primeiro ano) e o aluno de raciocínio lento ainda não conseguiria acompanhar as aulas. Tal combinação seria contraditória e contraproducente²⁹⁹.

O autor insiste que uma das soluções seria aliar as regras aos fatos sociais. Isso facilitaria muito o aprendizado de todos os alunos. As regras sozinhas seriam formulações verbais vazias para os estudantes. Segundo o autor:

“Whereas to set rules into their social context, into the context of how men do things, and of what difference the rule makes to those men-this is to give body to a rule for any student. It has graphic value, it has movement value, it has memory value. Rules thus seen are not only more meaningful. *They are also easier to learn.* You *save* time, when you teach them thus. You also make *critique* of the rule take

²⁹⁷ *Id. Ibid.* p. 663. Em tradução livre: “(...) é o trabalho da escola de direito prover primeiramente uma fundação factual para o aluno trabalhar com, e em segundo lugar, um entendimento da necessidade dos fatos; em terceiro lugar suscitar um interesse no aluno na sua aquisição para ponderar suas implicações para as Pessoas (...)”.

²⁹⁸ *Id. Ibid.* p. 665. Em tradução livre: “Os novos movimentos que pregam uma reorganização das regras de acordo com os problemas modernos baseiam-se na descoberta de que alguns juristas não estão mais se comportando nos termos requisitados pelas fórmulas jurídicas obsoletas postas”.

²⁹⁹ *Id. Ibid.* p. 666.

on its human content. You make critique inevitable, because the human content, once introduced, will never be denied”³⁰⁰.

No entanto, um problema a ser enfrentado na inclusão de fatos sociais, econômicos e políticos no ensino jurídico seria a intolerância dos professores com relação a mudanças. O professor já dominaria a sua técnica tradicional e a valorizaria como central para seu trabalho. Incluir conhecimentos de economia, sociologia e ciência política nos cursos com certeza seria uma tarefa que daria trabalho e, de acordo com Llewellyn, os professores relutariam em realizá-la.

Tal tarefa não poderia ser realizada apenas em poucos momentos da escola de direito, deveria sim ser vista como parte indissociável do estudo das regras. Tudo isto sob os vieses da compreensão, da praticidade e da utilização. A crítica as regras viria junto com a inclusão dos fatos sociais, econômicos e políticos.

Para Llewellyn: “Competent teaching of decisions and rules requires the building of enough fact-background to provide some basis for a counseling-question”³⁰¹.

Outro problema também estaria no fato dos professores das escolas de direito terem aprendido a lecionar através da experiência. Ou seja, mantinham o que dava certo e deixavam de lado o que não era bem sucedido. Os principais prejudicados por tal metodologia sempre foram os próprios alunos, cobaias de seus instrutores.

O regime de produção em massa de ensino jurídico criado pelo método do caso também seria um fator a ser levado em consideração. Sem dúvida tratava-se de um método lucrativo, no entanto o lucro viria em detrimento da qualidade do ensino. Para Llewellyn, seria hora de pensar mais na qualidade de ensino e menos no lucro.

Portanto, o autor acreditava que nos moldes da época o melhor treinamento da escola de direito era provido para poucos, apenas para os melhores que

³⁰⁰ *Id. Ibid.* p. 669. Em tradução livre: “Incluir as regras e analisá-las no contexto social, no contexto da atuação humana, no contexto das diferenças que fazem para a vida daqueles homens – isso sim é dar a qualquer estudante um corpo para a regra. Um valor gráfico, valor dinâmico e valor mnemônico. Regras vistas desta maneira não são apenas mais significativas, mas são também *mais fáceis de aprender*. Você *economiza* tempo quando as ensina desta maneira. Você também acaba por *criticar* a regra quando a encaixa no contexto humano. A crítica torna-se inevitável porque o contexto humano uma vez introduzido nunca será negado”.

³⁰¹ *Id. Ibid.* p. 675. Em tradução livre: “O ensino eficaz de regras e decisões requer a construção de um background factual suficiente que seja capaz de prover base para as indagações dos alunos”.

trabalhavam nas Revistas de Direito (*Law Reviews*). Tal treinamento, no entanto, era realizado pelos próprios estudantes sem ajuda de qualquer professor.

Em suma, algumas mudanças nas escolas de direito faziam-se primordiais:

“Law School faculties, as distinct from single professors, need to set about discovering what it is they are training for, that joint action may be sanely guided. (...) Proper limitation of pure case-method, proper subdivision of our groups into quick and slow, and decent individualization of instruction, can give us ample room to move in. Introduction of adequate fact materials speeds, and does not slow up, the teaching process”³⁰².

Portanto, para Llewellyn, as escolas de direito para melhorar a qualidade do ensino teriam que, primeiramente, descobrir que tipo de profissionais desejariam formar e para que os estariam treinando. Após, deveriam dividir os alunos em grupos de alunos mais fortes e alunos mais fracos, o que maximizaria a qualidade do ensino e motivaria mais os alunos. Também deveriam limitar a utilização do método do caso, considerado insuficiente pelo autor. Materiais didáticos com conteúdo fático deveriam ser incluídos nas disciplinas das escolas de direito para tornar mais eficaz o processo de aprendizado. Neste ponto, podemos perceber claramente a tendência interdisciplinar do autor ao tentar aliar a sociologia ao aprendizado do direito.

5.3.3

Relatório sobre o ensino jurídico (1945)

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

³⁰² *Id. Ibid.* p. 678. Em tradução livre: “Os corpos docentes das escolas de direito, distintamente dos professores considerados individualmente, precisam descobrir o verdadeiro objetivo do treinamento que dão aos alunos. Tal ação coletiva pode ser realizada de forma coerente. (...) Limitar propriamente a aplicação do método do caso, realizar a divisão dos alunos em grupos de alunos de raciocínio rápido e grupos de alunos de raciocínio lento além da individualização do ensino nos traçaria um norte de trabalho. Além disso, a introdução de material factual aceleraria e não tornaria mais lento o processo de ensino”.

O Comitê, portanto, elaborou um relatório em 1944 que foi publicado sob autoria de Llewellyn em 1945 na *Columbia Law Review* com o título de *The Place of Skills in Legal Education*³⁰³ que será objeto de análise deste ponto do trabalho.

Na leitura do relatório podemos perceber que nada ou muito pouco havia sido modificado nas escolas de direito desde 1935 quando das suas últimas críticas ao ensino jurídico³⁰⁴.

O ponto de partida das críticas e análise do relatório do Comitê é o mesmo do escrito de dez anos antes: o método do caso de Langdell. Llewellyn novamente afirma que os valores anteriores de instrução não deveriam ser sacrificados por completo e de imediato. Os professores, todos treinados através do método do caso, deveriam apenas dar espaço para o desenvolvimento de novos métodos substitutos que poderiam se mostrar mais efetivos com o decorrer do tempo³⁰⁵.

Podemos perceber também o cuidado de Llewellyn em não se mostrar extremamente progressista. Em tempos de guerra tentar realizar mudanças drásticas significaria ser ignorado ou por vezes criticado de forma dura. Foi o que aconteceu com a faceta da teoria do direito do movimento realista. Porém, o mesmo não ocorreu com a sua faceta relativa ao ensino jurídico.

Podemos perceber o afirmado, no trecho abaixo do relatório, onde o autor descreve o objetivo do relatório:

“Our report seeks to be conservative in that it seeks means not only of conserving but of deepening and enriching the standard values of the traditional curriculum. It seeks to be progressive in that it seeks to open room for widening the curriculum on the "public" side. It seeks to be radical in that it seeks to get down to the roots of training for the law, and to work up from those roots”³⁰⁶.

Uma das principais questões a ser enfrentada para Llewellyn seria o fato da metodologia de ensino estar estagnada, ou seja, o método do estudo de casos não evoluíra como também não era objeto de avaliação e reavaliação. Todas as tentativas de desenvolvimento de uma metodologia alternativa ou crítica do

³⁰³ LLEWELLYN, Karl N.. *The Place of Skills in Legal Education in Columbia Law Review*, vol. 45, 1945, pp. 345-391.

³⁰⁴ LLEWELLYN, Karl N.. *On What is Wrong with So-Called Legal Education*. Op. Cit., pp. 651-678.

³⁰⁵ LLEWELLYN, Karl N.. *The Place of Skills in Legal Education*. Op. Cit., p. 347.

³⁰⁶ *Id. Ibid.* p. 348. Em tradução livre: “Nosso relatório busca ser conservador, pois procura meios não somente para conservar os valores tradicionais, mas também para aprofundá-los e enriquecê-los. Busca ser progressista neste ponto e também busca ampliar o currículo para o lado “público”. Além disso, o relatório busca ser radical para alcançar as raízes do treinamento para a prática do direito e assim trabalhar com as mesmas”.

método do caso haviam sido individuais e, portanto, sem força dentro dos corpos docentes das escolas de direito.

Os métodos alternativos de ensino tais como aplicação da interdisciplinaridade (sociologia, economia e psicologia), aplicação da pesquisa empírica, utilização de materiais didáticos mais elaborados, deveriam ter maior divulgação e maior participação de todos assim como ocorria com o método do caso. O método do caso possuía uma enormidade de variações e cada professor aprendia novas técnicas dentro do método através da troca de experiências com seus colegas professores. Porém, tal experiência em grupo não existia com os métodos de ensino alternativos o que, para Llewellyn, tratava-se de um equívoco.

Para não se mostrar muito progressista e conseguir adesão de seus colegas professores tradicionalistas Llewellyn enumera as qualidades do método do caso, vejamos:

“Case-instruction is not only the most significant American contribution to legal education, but it is unrivalled as a machinery for basic training in analysis of holdings and in application of doctrine. It is amazingly flexible. It can be readily adjusted to almost any size of class and almost any instructor's individuality. It is certainly a necessary part of future American legal education”³⁰⁷.

Novamente o autor sinaliza que o melhor treinamento concedido pelas escolas de direito seria nas revistas de direito (*Law Reviews*) que era realizado entre alunos e somente entre os melhores. Devido a isto, faltava em todas as escolas um melhor treinamento no uso das bibliotecas. O método do caso estimulava o uso apenas de um livro, o livro de casos paradigmáticos das cortes de apelação. Outra crítica também seria a falta de treinamento efetivo para a prática do direito, lacuna deixada pelo estudo de casos. Portanto, para Llewellyn as escolas de direito da época falhavam em criar habilidades profissionais básicas em mais da metade dos alunos que não conseguiam aprender tais habilidades de forma implícita da mesma forma que os melhores alunos³⁰⁸. A solução para este problema foi a criação de clínicas de prática jurídica mais tarde nas escolas de direito, como veremos no próximo capítulo.

³⁰⁷ *Id. Ibid.* p. 351. Em tradução livre: “A instrução pelo método do caso não é somente a maior contribuição Americana para o ensino jurídico, mas também é imbatível como máquina para treinamento básico, análise, apreensão e aplicação da doutrina. É incrivelmente flexível. Pode ser ajustado basicamente para qualquer tamanho de classe e para qualquer peculiaridade que o professor possuir. Sem dúvida é parte necessária do futuro do ensino jurídico Americano”.

³⁰⁸ *Id. Ibid.* p. 353.

Como já afirmado, o método do caso havia parado no tempo e não havia acompanhado a complexidade que havia se tornado o direito e o seu estudo. Para Llewellyn, com o aumento da complexidade das questões o aprendizado que era automático devido à simplicidade das questões já não ocorria. Sendo assim:

“We are therefore forced toward a more conscious study, a more careful organization, for carrying throughout the class the same essential by-product values which once came quite indirectly from the mere handling of course after course in case-fashion”³⁰⁹.

Ou seja, a complexidade dos casos e do material utilizado para lecionar tornava o método do caso insuficiente. Novos métodos precisariam ser perquiridos e desenvolvidos. Conjuntamente com estes também deveria haver um desenvolvimento do próprio método do caso.

Para Llewellyn o trabalho dos professores de direito da época seria bem maior do que dos seus antecessores. Iria também requerer uma organização mais cuidadosa do currículo, das aulas e do material utilizado. Somente assim seriam capazes de desenvolver novas metodologias capazes de atingir todo o corpo discente e desenvolver profissionais aptos para lidar com as complexidades de seu tempo.

As melhoras curriculares propostas pelo relatório de Llewellyn, segundo o autor, possuíam três características principais: 1. Economizar tempo curricular para atingir objetivos básicos e, portanto, sobraria tempo para o desenvolvimento de outras habilidades; 2. Seriam desenvolvidas de maneira a não provocar nenhuma ruptura importante com a estrutura curricular existente a época; 3. As mudanças não iriam requerer nenhum *know-how* ou habilidade nova. Os professores e as escolas não precisariam ter nada novo para cumpri-las³¹⁰. Tais melhorias serviriam apenas para adaptar o ensino jurídico a complexidade do direito norte-americano e da sociedade norte-americana no pós-guerra.

O autor também dá importância a professores que eram advogados e que tinham larga experiência prática. Tais acadêmicos deveriam ser considerados como possuidores de um conhecimento prático até então desvalorizado, mas que

³⁰⁹ *Id. Ibid.* p. 354. Em tradução livre: “Nós, portanto, estamos forçados a um estudo mais consciente, com organização mais cuidadosa, para produzir na classe os mesmos resultados que outrora vinham de forma indireta através do mero manejo do curso com a utilização do método do caso”.

³¹⁰ *Id. Ibid.* p. 364.

deveria ser visto com outros olhos no pós-guerra. Além disso, eles trariam para as escolas de direito novas experiências de ensino.

Ou seja, para Llewellyn o coração do ensino jurídico pelo método do caso deveria ser a solução dos problemas jurídicos através dos fatos, de uma forma concreta. O aluno deveria ser capaz de apreender a sequência de fatos que culminou na ação judicial para assim resolver os problemas de forma real. Portanto, os alunos deveriam ser treinados desta maneira de forma habitual e constante, para assim, aproximá-los da prática no mundo pós-escola de direito. Sendo assim, o método do caso não seria perdido nos novos moldes. Seria apenas readaptado para nova realidade.

Em suma, de acordo com Twining³¹¹, na época em que o relatório foi escrito este ficou conhecido por trazer duas idéias principais: 1. Que o método do caso aplicado pelas escolas de direito era insuficiente para atingir todo o corpo discente. Somente estimulava os melhores alunos e, portanto falhava no desenvolvimento de habilidades básicas em todos. 2. Que se fazia necessário o ensino sistemático e direto de habilidades profissionais específicas visando à prática. Tal ensino, nos termos do relatório, era perfeitamente possível e era realizado apenas de forma implícita e indireta pelo método do caso de Langdell.

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

5.4

A Teoria do Direito de Llewellyn: as funções do direito (*Law-jobs*)

É importante abordarmos a teoria das funções do direito de Llewellyn por vários motivos: 1. Llewellyn tentou desenvolver esta teoria até seus últimos dias de vida e esta é fora sua maior tentativa de aplicação da interdisciplinaridade ao direito; 2. Llewellyn tenta com esta teoria elaborar uma metodologia de análise de

³¹¹ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, p. 355.

conflitos que ultrapassa a mera utilização de princípios e regras demonstrando os benefícios de análise dos casos através da conjuntura social a qual se inserem; 3. Apesar de seu conteúdo ser quase que exclusivamente de teoria do direito, as funções do direito demonstram a sua insatisfação com a metodologia de Langdell e seriam uma proposta para um novo modelo de análise de casos a ser utilizado pelas escolas de direito (método do caso problema, como veremos) dado que se trata de um método de resolução de conflitos e de manutenção da coesão social; 4. As funções do direito também serviriam para a melhoria do material didático das escolas de direito, bem como seriam a aplicação concreta do que Llewellyn defendeu em seus escritos sobre ensino jurídico, ou seja, a inclusão dos fatos sociais.

Por todas essas razões que sairemos um pouco das críticas específicas de Llewellyn ao ensino jurídico e trataremos, de forma introdutória, sua teoria das funções do direito que é considerada como a sua maior contribuição para a teoria do direito.

Llewellyn desenvolve, de forma introdutória, sua teoria das funções do direito em dois escritos: *The Cheyenne Way*³¹² (1941) e em um artigo publicado no jornal da escola de direito de Yale intitulado *The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*³¹³ (1940).

The Cheyenne Way foi uma obra escrita por Llewellyn em conjunto com um antropólogo chamado E. Adamson Hoebel³¹⁴ que havia sido seu orientando de doutorado na Universidade de Columbia elaborando uma tese sobre os índios Comanche. Hoebel iniciou seu trabalho de campo com os índios Cheyenne das planícies localizadas a oeste do rio Mississippi em 1935. No verão do mesmo ano, Llewellyn e sua esposa, a economista Emma Corstvet acompanharam Hoebel e visitaram os índios por dez dias. Essa foi a primeira e única experiência de campo de Llewellyn com os índios Cheyenne. Tal fato comprova a clara divisão de

³¹² LLEWELLYN, Karl N.. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 2002.

³¹³ LLEWELLYN, Karl N.. *The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method in Yale Law Journal*, vol. 49, 1940, pp. 1355-1400.

³¹⁴ Hoebel nasceu em 1906 em Wisconsin nos EUA. Formou-se em Sociologia e Antropologia. Fez doutorado em Antropologia na Universidade de Columbia com tese sobre os índios Comanche sob orientação de Karl Llewellyn. Atingiu o doutoramento em 1934. Lecionou antropologia na Universidade de Nova Iorque, na Universidade de Utah e na Universidade de Minnesota até sua aposentadoria em 1972. Faleceu em 1993. Biografia retirada do sítio: [http://www.infopedia.pt/\\$e.-adamson-hoebel](http://www.infopedia.pt/$e.-adamson-hoebel) acessado em 06/02/2011.

funções que havia na elaboração do livro *The Cheyenne Way*: Hoebel faria todo o trabalho de campo e toda a coleta de dados enquanto Llewellyn contribuiria com a teoria da investigação que seria utilizada para interpretar tais dados. Llewellyn também seria responsável pela matriz jurídica da obra³¹⁵.

Um período de seis anos de interpretação e análise dos dados precedeu a publicação da obra em 1941. Com o material Llewellyn publicou o seu artigo *The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method* um ano antes.

Para Twining a obra sobre os índios Cheyenne tem grande importância. Vejamos:

“*The Cheyenne Way* is significant in several particular respects. First, it contains the first full statement and application of the ‘case method’ in a study of tribal law; second, it is an outstanding example of interdisciplinary cooperation. Third, the Cheyennes are presented as an example of a so-called ‘primitive’ people who had a genius for handling social conflict. Fourth, it marks an important stage in the development of Llewellyn’s ideas; and finally, the book contains an important statement of Llewellyn’s ‘law-jobs’ theory”³¹⁶.

O livro também pode ser considerado como um dos primeiros grandes estudos da Antropologia do Direito e sem dúvida teve muito mais efeito nos antropólogos do que nos juristas.

Vale ressaltar que o método do caso supramencionado tem apenas leve relação com o método do caso de Langdell. Tal método foi a principal contribuição de Llewellyn para a antropologia. O autor o denominou de método do caso problema (*trouble case method*). O método consiste em examinar em detalhe os processos de resolução dos conflitos. Ou seja, inúmeras perguntas deveriam ser feitas durante a investigação: O que aconteceu; o que cada participante fez em relação à disputa; que passos foram dados por terceiros em relação a disputa; qual foi o resultado final; qual foi o raciocínio daqueles que

³¹⁵ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, p. 155.

³¹⁶ *Id. Ibid.* p. 156. Em tradução livre: “*The Cheyenne Way* é importante em vários aspectos em particular. Contém a primeira declaração integral sobre o ‘método do caso’ aplicado ao estudo do direito tribal; Em segundo lugar, é um exemplo extraordinário de cooperação interdisciplinar. Em terceiro lugar, os Cheyennes são apresentados como um exemplo de ‘primitivos’ que possuíam genialidade na resolução de conflitos sociais. Em quarto lugar, marca um estágio importante no desenvolvimento das idéias de Llewellyn; e, finalmente, o livro contém uma declaração importante sobre a teoria das funções do direito de Llewellyn”.

decidiram o conflito; quais foram os efeitos da decisão com relação as partes, com relação a casos futuros e com relação a vida geral da comunidade.

Segundo Twining, o método do caso problema tornou-se uma ferramenta padrão e fundamental para os antropólogos anglofônicos que trabalhariam com o direito tribal daquele momento em diante³¹⁷. Para o ensino jurídico, apesar do esforço de Llewellyn, serviu apenas para que os casos fossem analisados de forma mais interdisciplinar e para que fosse dada mais importância aos fatos sociais na análise dos casos.

A teoria das funções do direito (*law-jobs*) de Llewellyn trata de uma teoria da sociologia do direito com a qual Llewellyn trabalhou de 1935 até o fim de sua vida. O autor, infelizmente, apenas escreveu sobre o assunto nos dois escritos supramencionados de forma introdutória. Tentaremos aqui elucidar alguns pontos da teoria.

As funções do direito serviriam, resumidamente, para adequar os comportamentos dos indivíduos dentro de um grupo ou sociedade de forma que esse grupo ou sociedade continue unido como tal. Ou seja, de forma que não haja nenhuma ruptura. As funções do direito se aplicariam em qualquer grupo, tanto para um grupo de duas pessoas quanto para uma sociedade complexa³¹⁸.

O aspecto fundamental das funções do direito seria este: manter a união do grupo ou sociedade. Há, no entanto, um aspecto secundário que seria o aspecto das melhorias (*questing-aspect*). As funções do direito sempre teriam que visar atingir uma maior eficiência para assim tornar o convívio do grupo cada vez melhor³¹⁹.

O autor para facilitar o entendimento de sua teoria divide as funções do direito em cinco fases:

- I. O caso problema (*trouble-case*)
- II. A canalização (*Channeling*)
- III. A autoridade (*The say*)
- IV. Integração e direção (*Net drive*)
- V. O método jurídico (*Juristic Method*)

³¹⁷ *Id. Ibid.* pp. 166-167.

³¹⁸ LLEWELLYN, Karl N.. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Op. Cit., p. 290.

³¹⁹ *Id. Ibid.* p. 292.

As fases mais importantes para entender sua teoria seriam as duas primeiras funções do direito e a última. No entanto, abordaremos todas as fases para tentar elucidar o tema.

O caso problema faria parte de qualquer sociedade. Sempre que houvesse uma ofensa, uma disputa ou um dano o caso teria que ser resolvido. Se o problema atingisse grande parte da comunidade poderia haver uma ruptura total e ocorrer, por exemplo, uma guerra civil. Portanto, uma das principais funções do direito seria o ajuste dos casos problemas. A resolução o quanto antes do caso quando a ordem geral deixasse de resolvê-lo por si só. Ou seja, a função principal do direito aqui é a de eliminar e evitar os conflitos³²⁰. Tal função sempre careceria de melhorias e deveria sempre estar em desenvolvimento conforme a complexidade do grupo aumenta.

A segunda função do direito seria a função de canalização. Ou seja, seria a função de canalizar preventivamente e com antecedência a conduta dos indivíduos do grupo. A sua importância estaria nas áreas de conflitos de interesses patentes como, por exemplo, na divisão de bens escassos sejam estes bens físicos ou até intangíveis como prestígio e poder. A função então seria a de produzir e manter uma ordem permanente ao invés de uma desordenada série de conflitos. Caso algum conflito ocorresse este se tornaria um caso problema e, sua resolução recairia na primeira função do direito³²¹.

A função de canalização do comportamento dos indivíduos também inclui a função de recanalização dos mesmos conforme ocorram mudanças de vida. A criança cresce, um homem e uma mulher casam, um contrato é realizado, alguém é promovido. Todos esses acontecimentos seriam passíveis de recanalização de condutas dado que ocorreram mudanças no *status quo* social. Tudo isto para evitar que surjam conflitos.

Nesta segunda função do direito há sempre um conflito iminente entre liberdade e disciplina, autoridade estatal e obediência ou a falta de obediência.

Em um breve comparativo entre as duas primeiras funções do direito podemos afirmar que a primeira utilizaria institutos e instituições estatais tais

³²⁰ LLEWELLYN, Karl N.. *The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*. Op. Cit., p. 1375.

³²¹ LLEWELLYN, Karl N.. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Op. Cit., p. 294.

como tribunais, processo judicial, advogados e sistema penitenciário para a resolução dos casos problema. A segunda função do direito, a função de canalização utilizaria as leis e seus mecanismos de funcionamento para assim regular as condutas dentro de determinado grupo.

A terceira função do direito, a autoridade (*The say*) trata da distribuição de competências e poderes dentro da sociedade. Ou seja, está relacionada com a legitimação do poder. Poder este que seria capaz de canalizar as condutas e de resolver os casos problema. As Constituições tanto federais quanto estaduais que teriam *a priori* a função de regular tais competências³²².

A quarta função do direito, integração e direção (*net drive*) diz respeito ao efeito em cadeia das três primeiras funções. Ou seja, teria que haver sempre uma integração entre as três primeiras funções para que haja harmonia social. A terceira função estabelece competências, a segunda utiliza tais competências para elaborar leis e regular as condutas sociais e a primeira função resolve os conflitos em casos que se desviaram das condutas desejadas. Essa quarta função então teria o papel de manter as três primeiras funcionando de forma harmônica e caminhando sempre na mesma direção³²³. Caso não haja tal integração os custos para a manutenção das mesmas subiriam muito e os resultados tornar-se-iam ineficientes. Esta quarta função seria exercida através de princípios tais como o devido processo legal, os princípios que norteiam os contratos, entre outros.

A quinta função do direito, para Llewellyn, seria o método jurídico (*juristic method*). Tal método seria onipresente em toda sociedade ou grupo. No sentido trazido pelo autor seria o *modus operandi* do direito em prol da realização e do cumprimento de todas as funções do direito. Para que tal método fosse aplicado de forma correta toda a sociedade ou grupo teria que produzir sua própria mão-de-obra especializada.

A aplicação desta quinta função do direito enfrentaria dois problemas principais: o espaço que há para a sua aplicação equivocada e a tolerância quanto à mesma (quanto maior o equívoco na sua aplicação pior a eficiência e mais casos problemas surgiriam).

³²² LLEWELLYN, Karl N.. *The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*. Op.Cit. p. 1983.

³²³ *Id. Ibid.* p. 1387.

O método jurídico teria como função a utilização correta do direito disponível ou até mesmo a criação de novo direito para que as outras funções fossem cumpridas³²⁴. Tratar-se-ia da constante procura por formas e dispositivos legais capazes de aperfeiçoar e otimizar a realização das funções do direito anteriores. Também se trataria do constante desenvolvimento da sua aplicação para que esta se aproxime cada vez mais da perfeição.

O método jurídico não se confundiria com o método utilizado pelos advogados. Encontra-se em um nível macro-social enquanto o último encontra-se em um nível micro-social. Ou seja, o método aplicado pelo advogado serve apenas para seu cliente enquanto o método jurídico como função do direito serve para todo o grupo.

Assim, Llewellyn define sua quinta e última função do direito: “Juristic method is the problem and the technique of *solution for the Entirety*, and the problem of keeping the machinery of the law abreast of the needs of the Entirety”³²⁵.

Vale lembrar que o autor elaborou tal teoria da sociologia do direito observando as técnicas de solução de conflitos dos índios Cheyenne. Com esta, Llewellyn tinha como um dos principais objetivos impedir a criação de precedentes judiciais e regras indesejáveis dentro de uma comunidade. Vejamos:

“The Cheyenne Indians found ways of keeping the individual needs of the individual case from troubling a policy-decision, while yet letting the issues of the individual case inform that policy-decision. For that reason, they were able to do with relative frequency what an American high court finds it is most puzzling to do: to keep the skilled advocate's use of the atmosphere of the particular controversy from foisting an unwise general ruling on the community”³²⁶.

Infelizmente, a teoria das funções do direito de Llewellyn foi pouco desenvolvida pelo autor. No entanto, é considerada por antropólogos e juristas

³²⁴ *Id. Ibid.* p. 1399.

³²⁵ LLEWELLYN, Karl N.. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Op. Cit., p. 309. Em tradução livre: “O método jurídico trata-se do problema e da técnica de *solução, para o todo*, e o problema de manter a máquina da lei sempre ao lado e na mesma direção das necessidades desse todo”.

³²⁶ LLEWELLYN, Karl N.. *The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*. Op. Cit., p. 1400. Em tradução livre: “Os índios Cheyenne encontraram maneiras de atingir as necessidades individuais nos casos concretos sem interferir nas decisões políticas e ao mesmo tempo sem deixar que as questões individuais deixassem de informar as próprias decisões políticas. Por esta razão, eles estavam aptos a fazer com relativa frequência o que as cortes superiores norte-americanas não conseguiam: impedir que a utilização hábil do advogado da *atmosfera* particular de cada caso impusesse regras gerais indesejadas à comunidade”.

como de extrema importância e como um dos melhores exemplos de interdisciplinaridade aplicado ao direito.

Para o ensino jurídico, como já falamos, o método do caso problema conseguiu influenciar a melhoria do material didático (o próprio Llewellyn elaborou livros didáticos utilizando a interdisciplinaridade das funções do direito como base teórica) e, por ter demonstrado a importância da aplicação de outras ciências ao direito conseguiu influenciar as escolas de direito a incluírem em seus currículos disciplinas de sociologia e economia, por exemplo, e também a contratarem professores de outras áreas de conhecimento para incrementar o ensino e a pesquisa. Podemos dizer que a teoria das funções do direito foi a personificação teórica das críticas de Llewellyn ao ensino jurídico e da sua tentativa incessante de aplicação da interdisciplinaridade ao direito. Se o autor não considerava o método de Langdell suficiente para a resolução dos conflitos em sede judicial e como metodologia de ensino ele tentou criar uma metodologia que considerasse suficiente ao observar os métodos de resolução de conflitos dos índios Cheyenne: o método do caso problema.

Como veremos no próximo capítulo, foram as críticas de Llewellyn ao ensino jurídico que inspiraram a elaboração das funções do direito e consequentemente influenciaram também as suas propostas de mudança para o ensino jurídico e para as escolas de direito. Ou seja, o método do caso problema não era somente um método de resolução de conflitos, era também uma proposta para uma melhoria da metodologia de ensino, um método considerado melhor que o método de Langdell para a análise de casos nas escolas de direito.