

4

Walter Wheeler Cook – Grande influência do realismo jurídico

4.1

Vida e obra¹⁴¹

Walter Wheeler Cook nasceu em Columbus, Ohio, em 4 de junho de 1873. Frequentou a faculdade de Rutgers (Universidade Estadual de New Jersey) por um ano (1890-1891) seguindo para a Universidade de Columbia em Nova Iorque onde se graduou em artes em 1894. No mesmo ano, o autor foi professor assistente de matemática em Columbia até 1895 e também de 1897 a 1900. Entre 1895 e 1897 Cook foi para a Alemanha onde estudou física matemática e física experimental através de um programa de *fellowship* (*John Tyndall Traveling Fellowship in Physics at Columbia*).

Entre 1897 e 1901 Cook estudou direito na Faculdade de Direito de Columbia (*Columbia University School of Law and Faculty of Political Science*) graduando-se em direito em 1901. Conclui, concomitantemente, seu mestrado em artes em 1899.

O autor tornou-se instrutor da Universidade de Nebraska em 1901 onde virou professor de direito de 1903 a 1904. Em seguida Cook lecionou em inúmeras faculdades de Direito, vejamos: Universidade de Missouri (1904-1906); Universidade de Wisconsin (1906-1910); Universidade de Chicago (1910-1916); Universidade de Yale (1916-1919); Universidade de Columbia (1919-1922) e novamente Yale (1922-1928).

No período entre 1926 a 1928 Cook foi professor visitante na Universidade de Johns Hopkins onde se tornou professor efetivo de 1928 a 1933. Foi um dos quatro professores fundadores do Instituto para o Estudo do Direito¹⁴² (*Institute*

¹⁴¹ Não há nenhuma biografia escrita sobre Cook. Esta biografia foi baseada em dados retirados do arquivo da Universidade de Northwestern. Vide [sítio http://www.library.northwestern.edu/libraries-collections/evanston-campus/university-archives](http://www.library.northwestern.edu/libraries-collections/evanston-campus/university-archives). Acessado em 05/07/2010.

¹⁴² Iremos abordar a trajetória de Cook dentro do Instituto para o Estudo do Direito de Johns Hopkins de forma mais aprofundada no próximo ponto do capítulo, pois tem influência direta no surgimento do realismo jurídico.

for the Study of Law) que foi criado justamente para a pesquisa e estudo do direito de forma científica. O Instituto fechou em 1933 por falta de verbas.

Cook então foi para Universidade de Northwestern em 1935 e lecionou cursos sobre *conflito de leis* até sua aposentadoria em 1942. Faleceu em 1943. Deixou uma esposa, Elizabeth Iddings Cook, com quem casara em 1931 e quatro filhas (Helen Coburn Law, Dorothy Breland, Mary Hall e Edith Cook) de um primeiro casamento com Helen Newman que havia falecido em 1929.

O forte temperamento do autor e as suas raízes nas ciências exatas o tornaram, durante toda sua carreira, um professor deslocado entre os professores de direito da época. Talvez isso seja mais um motivo das constantes mudanças de faculdades. Assim William Twining descreve o autor:

“(...) He was, for instance, the first person since 1891 without any experience of legal practice to be appointed to the Columbia faculty. He was completely out of sympathy with the vocational orientation of the great majority of his colleagues and he subscribed to a rather dogmatic version of the conception of a university as a community of scholars devoted to the scientific advancement of knowledge. It is said that ‘he was extremely sensitive and shy, and he assumed as protective armour an attitude of cold and austere intellectuality that many people found repellent. Like most men with a passion for accurate thinking, he seemed to believe that no one thought accurately but himself’. (...)”¹⁴³

Cook escreveu inúmeros artigos sobre a aplicação do método científico ao estudo do direito e dois livros textos de casos (*Cases on Pleading* de 1923 e *Cases on Equity*¹⁴⁴ de 1926).

Cook possui quinze principais escritos¹⁴⁵ sendo os mais conhecidos seus escritos sobre conflito entre leis (material que herdou de Hohfeld em testamento).

¹⁴³ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, p. 37. Em tradução livre: “(...) Ele foi, por exemplo, a primeira pessoa desde 1891 a ser professor de Columbia sem ter qualquer experiência prévia na advocacia. Não se adequava a orientação vocacional da grande maioria de seus colegas professores e adotava uma versão um tanto quanto dogmática do conceito de universidade como sendo uma comunidade de pesquisadores dedicada ao avanço científico do conhecimento. Fala-se que ‘ele era extremamente sensível e tímido e que por isso tinha uma atitude intelectual fria e austera como armadura protetora, o que desagradava à maioria. Como a maior parte dos homens apaixonados por pensamento exato, parecia acreditar que ninguém pensava de forma acurada senão ele mesmo’. (...)”

¹⁴⁴ COOK, Walter W.. *Cases on Equity*. Minnesota: West Publishing Co., 1948.

¹⁴⁵ Principais artigos do autor: *How may the United States Govern the Philippine Islands?* (1901) 16 *Political Science Quarterly*, 68-78; *What is the Police Power?* (1907) 7 *Columbia Law Review*, 332-336; *The powers of courts of equity* (1915) 15 *Columbia Law Review*, 37-54; *The powers of courts of equity II* (1915) 15 *Columbia Law Review*, 106-141; *The alienability of choses in action: A reply to Professor Williston* (1916) 30 *Harvard Law Review*, 449-485; *Privileges of Labor Unions in the struggle for life* (1917) 27 *Yale Law Journal*, 779-801; *Improvement of legal education and of standards for admission to the BAR* (1918) 11 *Maine Law Review*, 67-80; *The*

4.2

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

A trajetória de Walter W. Cook como uma das principais figuras do realismo jurídico atravessa invariavelmente a sua ida e atuação no Instituto para estudo do Direito de Johns Hopkins.

Desde 1923, Herman Oliphant, outra figura constante nas listas de realistas elaborada por Karl N. Llewellyn e um dos quatro fundadores do Instituto de Hopkins, já afirmava:

“(...) the time has come for at least one school to become a community of scholars, devoting itself to the non-professional study of law, in order that the function of law be comprehended, its results evaluated, and its development kept more nearly in step with the complex developments of modern life (...)”¹⁴⁶.

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

Em 1926, o Presidente de Hopkins Frank J. Goodnow que havia sido professor de Cook em Columbia no departamento de ciências políticas chamou o

logic and legal bases of the conflict of laws (1924) 33 *Yale Law Journal*, 457-488; *Scientific method and the law* (1927) 13 *American BAR Association Journal*, 303-309; *Law and the modern mind: A symposium. Legal Logic* (1931) 31 *Columbia Law Review*, 108-115; “*Substance*” and “*Procedure*” in the *Conflict of Laws* (1932) 42 *Yale Law Journal*, 333-358; *The application of the criminal law of a country to acts committed by foreigners outside the jurisdiction* (1934) 40 *West Virginia Law Quarterly*, 303-329; ‘*Facts*’ and ‘*Statements of fact*’ (1936) 4 *University of Chicago Law Review*, 233-246; ‘*Contracts*’ and the *conflict of laws: ‘Intention’ of the parties* (1937) 32 *Illinois Law Review*, 899-920; *Eugenics or Euthenics* (1942) 37 *Illinois Law Review*, 287-332.

¹⁴⁶ OLIPHANT, Herman. *Summary of studies on legal education*. New York: Columbia University Law School, 1928, pp. 20-21. Em tradução livre: “(...) chegou a hora de ao menos uma escola tornar-se uma comunidade de acadêmicos dedicados ao estudo não-profissionalizante do direito para que a função do direito seja compreendida, seus resultados avaliados e seu desenvolvimento pautado através do complexo desenvolvimento da vida moderna (...)”.

mesmo para conversar sobre a formação de uma escola para pesquisa do direito. Cook se empolgou com o projeto e aceitou no mesmo instante¹⁴⁷.

O autor então elaborou um projeto de escola de direito para Hopkins. A duração do curso deveria ser de quatro anos e a escola deveria focar em pesquisa jurídica de alta qualidade. Outro foco seria atender as necessidades tanto de estudantes que desejassem advogar quanto de estudantes que desejassem um treinamento jurídico mais científico, inexistente nas escolas de direito da época.

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

Em 1927, Cook além de continuar seu trabalho sobre conflito de leis em Hopkins produziu outro projeto para escola de direito. No entanto, tinha dificuldades em levantar fundos para colocar tal projeto em prática. Mesmo assim, aceitou o convite de professor efetivo de Hopkins com a condição de esta convidar mais dois professores de alta qualidade para ingressarem no corpo docente. Com isso, Cook assumiria a função de levantar fundos para a implementação do projeto desde que Hopkins garantisse o pagamento do salário de tais professores¹⁴⁸.

Para John Schlegel:

“(...) Cook wanted a Hohfeldian school of jurisprudence that would first consider what it was to be scientific and then follow out a new functional curriculum geared to that scientific examination of the law. His was to be a school for training practicing lawyers, skimming off the best of the crop to pursue the highest type of legal research and obviously to spread the word to other schools(...). (...) it was left to Cook, Oliphant, Marshall, and Yntema to decide what that next step was to be, to develop a program and execute it. Given the nondirectionality of Cook’s ideas about scientific method, all these men had to bring to the question was their own dissatisfaction with legal education (...)”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The university of North Carolina Press, 1995, p. 154.

¹⁴⁸ *Id. Ibid.* p. 157.

¹⁴⁹ *Id. Ibid.* pp. 158-159. Em tradução livre: “(...) Cook queria uma escola Hohfeldiana do direito que questionasse primeiramente o que consistiria ser científico e depois seguisse um currículo funcional voltado para a análise científica do direito. Deveria ser uma escola para advogados praticantes treinados de onde os melhores seriam pinçados para a pesquisa jurídica de ponta e assim, a notícia seria espalhada para as outras escolas de direito (...). (...) Ficou a cargo de Cook,

Devido a esses fatores não estava claro o que Hopkins esperava da sua faculdade de Direito. Também não estava claro o objetivo dos quatro professores fundadores (Marshall¹⁵⁰, Cook, Oliphant¹⁵¹ e Yntema¹⁵²)¹⁵³. As idéias de Cook para Hopkins e para uma escola ideal do direito podem ser encontradas em um de

Oliphant, Marshall e Yntema decidir qual seria o próximo passo a ser tomado e executá-lo. No entanto, devido às idéias sem direção de Cook sobre o método científico tudo que esses homens trouxeram para a questão foram suas insatisfações com o ensino jurídico (...).”

¹⁵⁰ Leon C. Marshall nasceu em 1879 e faleceu em 1966. Graduou-se em artes em 1900 pela Universidade de Ohio Wesleyan. Obteve mestrado na mesma área em 1902. Foi professor das seguintes Universidades: Professor de economia de Harvard em 1903; Ohio Wesleyan de 1907 até 1924 (Faculdade de Comércio) sendo inclusive reitor de 1911 a 1924. Também foi reitor na Escola de Serviço de Social de Chicago de 1918 a 1924. Professor visitante em Columbia de 1926 até 1927. Professor em Johns Hopkins de 1928 até 1933 (quando o Instituto deixou de existir). Professor de economia de Johns Hopkins de 1936 até 1966 quando faleceu. Biografia retirada de: SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The university of North Carolina Press, 1995, p. 266.

¹⁵¹ Herman Oliphant nasceu em 1884 e faleceu em 1939. Graduou-se em artes em Indiana em 1909 na escola de Marion Normal. Conseguiu seu doutoramento em Direito em 1914 pela Universidade de Chicago. Foi professor de Direito das Universidades de Chicago (1916-1920); Columbia (1921-1928); Johns Hopkins (1928-1933) e Conselheiro Geral do Departamento de Tesouro Norte-Americano de 1934 a 1939 quando faleceu. Biografia retirada de: SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The university of North Carolina Press, 1995, p. 267.

¹⁵² Hessel Yntema nasceu em 1891 e faleceu em 1966. Graduou-se em artes em 1912 na Hope College em Michigan. Obteve seu primeiro mestrado em artes pela Universidade de Michigan em 1913 e um segundo mestrado em artes pela Hope College em 1915. Em 1917 obteve seu bacharelado em Direito pela Universidade de Oxford. Depois se doutorou em filosofia por Michigan e obteve seu doutorado em Direito em 1921 pela Escola de Direito de Harvard. Foi professor de Ciência Política da Universidade de Michigan (1917-1920); Professor de Direito da Universidade de Columbia (1921-1928); Professor de Direito de Johns Hopkins de 1928 até 1933. Encerrou sua carreira na Universidade de Michigan onde permaneceu de 1933 até 1966, quando faleceu. Tinha como principal área de estudo o Direito Comparado com foco no direito romano. Biografia retirada de: SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. North Carolina: The university of North Carolina Press, 1995, p. 269 e de YNTEMA, Hessel E.. *Memorial Resolution by Law School Faculty Concerning Hessel Yntema in Michigan Law Review*, vol. 64, nº 6, 1966, pp. 977-982.

¹⁵³ William Twining atenta para o fato dos quatro professores fundadores do Instituto para o Estudo do Direito de Hopkins terem muito em comum e os enquadra na categoria de juristas cientistas, vejamos: “(...) Four of the Scientists, Oliphant, Yntema, Cook and Marshall, had never practiced law (Marshall was an economist with no legal qualifications) and they lacked the Professional orientation of most of their colleagues or their sense of commitment to Professional training. They all had in common a clear perception of the need for ‘scientific’ research as a precondition for progress in integrating law and the social sciences; they all expressed an interest in contemporary problems and were concerned with improving legal institutions. Thus they were not advocating ‘pure’ research, but research as a preliminary to the solution of social problems and to the improvement of professional training. (...)” Em tradução livre: “(...) Quatro dos cientistas, Oliphant, Yntema, Cook e Marshall, nunca tinham advogado (Marshall era um economista sem qualquer qualificação jurídica) e lhes faltava a orientação profissional e o comprometimento com o treinamento prático da maioria de seus colegas. Possuíam em comum a percepção clara da necessidade da pesquisa ‘científica’ como pré-condição para o progresso e integração do Direito com as ciências sociais; todos eles expressavam interesse pelos problemas da época e se preocupavam com a melhoria das instituições jurídicas. Portanto, não estavam defendendo a pesquisa ‘pura’, mas a pesquisa como solução preliminar para os problemas sociais e para a melhoria do treinamento profissional. (...)”.

seus escritos de 1927¹⁵⁴. No artigo sobre o *método científico e o Direito* o autor elenca quatro pontos que seriam essenciais para uma escola ideal do direito. Pode-se perceber também forte influência da escola ideal do direito de Hohfeld, vejamos:

“(...) Such a school I visualize as a community of scholars, devoted to the scientific study of law as a social institution and to the training of other scholars for the same pursuit. (...) First and foremost, the members of such a group would need to have and to give to their students a clear conception of what the scientific study of anything involves, and of the available tools for pursuing it in the legal field. (...) In the second place, a scientific approach to the study of law will demand observation and study of the actual structure and functioning of modern social, economic, and political life (...). In the third place, studies will need to be made of the existing rules of law, so as to ascertain just what they are. Before we can improve anything, we must know what it is (...). In the fourth place, in a school of the kind we are considering there would be carried on studies in the actual operation of our law. This would involve research into the conflicts of interest which arise in the community and into the adjustments of these which we seek to bring about by legal means. In this connection would be made studies in legal history, and comparative law, so that we may take advantage of the experience of other times and other peoples in solving similar problems. Here also would be required the study of present day social, economic and political relations affected by particular bodies of law. (...)”¹⁵⁵

No entanto tais idéias eram difíceis de serem postas em prática em Hopkins por diversos motivos, o principal era a falta de verbas. Então, em 1928, Marshall, Cook, Oliphant e Yntema elaboraram um programa imediato de ações para

¹⁵⁴ COOK, Walter W.. *Scientific method and the law in American BAR Association Journal*, vol. 13, 1927, 303-309.

¹⁵⁵ *Id. Ibid.* p. 308-309. Em tradução livre: “(...) Tal escola eu visualizo como uma comunidade de acadêmicos dedicada ao estudo científico do direito como uma instituição social e dedicada a treinar outros acadêmicos com o mesmo objetivo. (...) Primeiramente e mais importante, os membros de tal grupo precisariam ter e dar a seus estudantes uma concepção clara do que o estudo científico envolve e dar as ferramentas disponíveis para atingir tal estudo no campo jurídico. (...) Em segundo lugar, um estudo científico do direito demandará observação e estudo da atual estrutura e funcionamento da vida social, econômica e política moderna (...). Em terceiro lugar, estudos precisarão ser feitos das regras de direito existente para que nos certifiquemos o que elas realmente são. Antes de melhorar qualquer coisa, precisamos saber o que essa coisa é (...). Em quarto lugar, em uma escola de tal tipo estamos considerando que deverão haver estudos sobre a operação atual do nosso direito. Tal estudo envolveria pesquisa em conflito de interesses que surgem na comunidade e nos ajustes que devem ser feitos para traduzi-los em termos jurídicos. Nesse sentido, seriam realizados estudos em história do direito e direito comparado para que adquiramos a vantagem da experiência de outros tempos e de outras pessoas na resolução de problemas similares. Aqui também seriam necessários estudos das relações sociais, econômicas e políticas que são afetadas por diplomas legais em particular. (...)” TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, pp. 54-55.

Hopkins como uma tentativa de mostrar suas idéias na prática. Tal programa consistiria de:

“(...) ‘continuing scientific analysis both of the basic functions of law and of its deficiencies in performing those functions’ and two other ‘major activities’ ‘reasonably limited in scope’: ‘(1) the training of high grade personnel and (2) scientific research looking definitely toward analysis of areas of major maladjustment, toward stimulation of the flow of scientific data, toward greater integration of law with the other social sciences, and toward the improvement and utilization of scientific method’. The first activity was quickly disposed of with all detail relegated to an appendix. It was the final tombstone of Cook’s law school. The second was more difficult and hardly reasonably limited in scope.” (...) ¹⁵⁶

O Instituto para o Estudo do Direito de Hopkins tinha duas preocupações claras advindas da mente de Cook: (1) o estudo dos efeitos do ser humano na aplicação da lei; (2) pesquisa empírica, objetiva, experimental e realista. No entanto, nenhum dos projetos apresentados pelos professores de Hopkins deixava claro como seriam realizados tais objetivos. Por exemplo, Yntema queria estudar os remédios processuais da *common law*, Oliphant regulação do comércio, Marshall direito e contabilidade e Cook o método científico aplicado ao direito. No entanto, os projetos eram contraditórios. Preconizavam a utilização de pesquisa empírica, porém em sua grande parte consistiriam em trabalho de pesquisa na biblioteca ¹⁵⁷ o que podemos afirmar que seria um ponto a favor de Langdell dado que, como vimos, este alegava que a biblioteca era o laboratório do jurista.

Porém, no final de 1928 Cook afirma:

“(...) only a small part of the work of the staff of the Institute will be with books in libraries; by far the larger part will be concerned with the difficult, time-consuming, and expensive task of gathering and interpreting the facts concerning the operation of our legal system (...)” ¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SCHLEGEL, John Henry. *Ibid.* pp. 162-163. Em tradução livre: “(...) ‘análise científica continuada tanto das funções do direito quanto das deficiências ao realizá-las’ e duas outras ‘atividades principais’ ‘de escopos razoavelmente limitados’: (1) o treinamento de pessoal de alto nível e (2) pesquisa científica focada na análise de áreas mal ajustadas, no estímulo de circulação de dados científicos para que haja uma maior integração com as outras ciências sociais e na melhora da utilização do método científico’. A primeira atividade foi rapidamente deixada de lado e ficou relegada a um apêndice do projeto. Era a pedra fundamental final da Escola de Direito de Cook. A segunda atividade era mais difícil de realizar e de ter um escopo limitado”.

¹⁵⁷ *Id.* *Ibid.* p. 164.

¹⁵⁸ COOK, Walter W.. *Scientific Study and the Administration of Justice in Maryland State Bar Association Bulletin*, 1929, p. 148. Em tradução livre: “(...) apenas uma pequena parte do trabalho dos pesquisadores do Instituto será realizada em pesquisa de livros em bibliotecas. A maior parte será a difícil, duradoura e cara tarefa de juntar material e interpretar fatos relacionados à funcionalidade de nosso sistema jurídico (...)”.

Cook e seus colegas começaram então um estudo sobre a Corte de Maryland que logo se expandiu com um novo estudo sobre a Corte de Ohio. O estudo consistiria em angariar questionários a serem respondidos sobre diversos temas jurídicos. Tal coleta de dados ajudaria no entendimento de como as cortes decidiam, ou seja, resultaria em um melhor entendimento sobre a influência humana na aplicação da lei.

No entanto, como a coleta do referido material era feita por outras pessoas a maioria do tempo dos professores de Hopkins era despendida em outras atividades. Cook tinha seu tempo tomado, em grande parte, por tarefas administrativas de Hopkins. Também trabalhava na sua pesquisa sobre método científico¹⁵⁹.

Chegara à depressão de 1929. Com ela a missão de conseguir verba para financiar o Instituto, que já era difícil, tornara-se impossível. O problema maior, segundo o Presidente de Hopkins Joseph Ames, seria manter o Instituto vivo para possibilitar a análise de todos os dados coletados e, com isso, atingir os resultados da pesquisa¹⁶⁰. Contudo, devido à crise financeira generalizada em Hopkins, após uma reunião com o Comitê financeiro da Universidade, Presidente Ames foi informado que teria que demitir Cook e Oliphant a partir de outubro de 1932. Seus salários eram muito altos e de impossível manutenção.

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

Em fevereiro de 1933 o Instituto para Estudo do Direito de Hopkins era fechado por falta de verbas e o futuro de Cook tornara-se um problema real, pois já tinha sessenta anos. Este por sua vez, acabou se tornando Secretário Geral da Associação Americana de Professores Universitários trabalhando de seu escritório em Hopkins. Posteriormente tornou-se membro de um órgão do Departamento do Tesouro Americano e finalmente, após dois anos da sua saída de Hopkins foi para a Universidade de Northwestern onde lecionou até sua aposentadoria¹⁶¹.

¹⁵⁹ SCHLEGEL, John Henry. *Ibid.* p. 181.

¹⁶⁰ *Id. Ibid.* p. 189.

¹⁶¹ *Id. Ibid.* p. 199.

A produção acadêmica de Cook durante seu tempo no Instituto foi pequena, apenas alguns artigos. O principal deles trata sobre a substância e o processo no conflito entre leis¹⁶².

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

4.3

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

4.3.1

Principais influências teóricas de Cook

Wesley Newcomb Hohfeld foi a principal influência teórica de Cook. No entanto, Cook ainda sofreu influência de outros três autores em sua teoria: John Dewey, Roscoe Pound e Arthur L. Corbin.

Em 1919 Cook foi lecionar na Universidade de Chicago onde John Dewey¹⁶³ era professor do departamento de filosofia. O contato direto com Dewey bem como um grupo de palestras¹⁶⁴ que assistiu do autor sobre *lógica experimental* em 1922 o influenciou bastante. Dewey enfatizava que durante o processo de resolução de um problema jurídico o magistrado ajustaria a regra que pretende aplicar aos fatos. Porém, a escolha dos fatos seria em meio a uma

¹⁶² COOK, Walter W.. “*Substance*” and “*Procedure*” in the *Conflict of Laws* in Yale Law Journal, vol. 42, 1932, pp. 333-358.

¹⁶³ John Dewey (1859-1952) fundador do pragmatismo, pioneiro da psicologia funcional e líder de um movimento educacional progressista nos EUA. Graduiu-se na Universidade de Vermont em 1879. Doutou-se em filosofia na Universidade de Johns Hopkins em 1884 e começou a lecionar filosofia e psicologia na Universidade de Michigan. Em 1894 Dewey foi lecionar na Universidade de Chicago. Em 1904 Dewey foi para a Universidade de Columbia onde encerrou sua carreira. Dewey casou-se com Alice Chipman com quem teve sete filhos. Conteúdo retirado dos sítios: <http://www.notablebiographies.com/De-Du/Dewey-John.html> e <http://www.biography.com/articles/John-Dewey-9273497?part=0> acessados em 14/07/2010.

¹⁶⁴ Tivemos acesso às anotações que Cook fez das referidas palestras de Dewey. Foram dez palestras ministradas por Dewey entre julho e agosto de 1922 tratando basicamente sobre a lógica dedutiva. No entanto, o conteúdo é praticamente ilegível o que não nos permitiu atingir nenhuma conclusão. Contudo, tais anotações demonstram o cuidado e atenção que Cook teve ao assistir as palestras, mais uma prova de influência de Dewey em sua teoria.

enorme gama de eventos. Durante os ajustes o uso da *lógica dedutiva* seria a melhor maneira para verificar e ratificar as conclusões atingidas¹⁶⁵.

A reação de Cook às palavras de Dewey veio em 1924 em seu artigo sobre o conflito de leis¹⁶⁶. Vejamos:

“(...) In the field of the physical sciences, therefore, the deductive method of ascertaining the truth about nature has given way to what is called-perhaps with not entire accuracy - the inductive method of modern science, in which the so-called "laws of nature" are reached by collecting data, i.e. by observing concrete phenomena, and then forming, by a process of "trial and error," generalizations which are merely useful tools by means of which we describe in mental shorthand as wide a range as possible of the observed physical phenomena, choosing that form of description which on the whole works most simply in the way of enabling us to describe past observations and to predict future observations (...)”¹⁶⁷.

Cook então denomina tal método das ciências modernas de método experimental e afirma que a mudança do método dedutivo para o método experimental também estava ocorrendo nas ciências sociais. O autor então, tanto em seu artigo sobre conflito entre leis quanto na sua teoria que influenciou o surgimento do realismo jurídico utiliza o método da observação do fenômeno concreto do direito:

“(...) In the present discussion it is proposed, instead of following the *a priori* method, to adopt the procedure which has proved so fruitful in other fields of science, viz. to observe concrete phenomena first and to form generalizations afterwards (...)”¹⁶⁸.

No entanto, até onde Cook realmente foi influenciado por Dewey é difícil afirmar. O autor utiliza a teoria do autor em alguns de seus escritos, mas sempre atingindo conclusões próprias. É possível sim afirmar que ao retornar para Yale em 1922 ele mudou seu pensamento de onde o maior progresso no ensino jurídico

¹⁶⁵ SCHLEGEL, John Henry. *Ibid.* p. 58.

¹⁶⁶ COOK, Walter W.. *The logical and legal bases of the conflict of laws in Yale Law Journal*, vol. 33, n° 5, 1924, pp. 457-488.

¹⁶⁷ *Id. Ibid.* pp. 457-458. Em tradução livre: “(...) No campo das ciências físicas, no entanto, o método dedutivo de descobrimento da verdade sobre a natureza deu lugar ao chamado – talvez com não tanta correção – método indutivo da ciência moderna, método este onde as tão aclamadas ‘leis da natureza’ são atingidas através da coleta de dados, i.e. pela observação do fenômeno concreto e depois formando através de um processo de ‘tentativa e erro’ generalizações. Tais generalizações são meramente ferramentas úteis com as quais descrevemos o fenômeno observado da maneira mais abrangente possível. A forma de descrição funciona simplesmente para permitir que descrevamos observações do passado possibilitando a previsão de observações futuras (...)”.

¹⁶⁸ *Id. Ibid.* p. 460. Em tradução livre: “(...) Na presente discussão é proposto, ao invés de seguir o método *a priori*, adotar o procedimento que provou ser proveitoso nos outros campos da ciência, é importante observar o fenômeno concreto primeiro para depois formar as generalizações (...)”.

seria feito nos próximos vinte anos, ou seja, em Yale e não em Chicago. Com isso, a influência de Dewey foi desaparecendo paulatinamente.

Cook, na realidade sempre esteve à procura de uma faculdade de direito onde pudesse colocar em prática seus pensamentos sobre um ensino jurídico mais progressista. Foi por isso que se juntou a Hohfeld em Yale em 1916 e depois do falecimento de Hohfeld em 1918 foi para a Universidade de Columbia retornando para Yale em 1922. Foi também por esse motivo que o autor aceitou o convite do Instituto para o Estudo do Direito de Hopkins, vejamos:

“(...) The addition of Walter Wheeler Cook to the faculty in 1916 was a spectacular coup. Cook was attracted by a \$7,000 salary and by the opportunity to make legal education more progressive. Swan considered Cook ‘the best teacher of law in the country’ and the man ‘who with Corbin and Hohfeld has had the imagination to dream of a law school which shall not be content merely to train students for the practice of law’.

(...) Trouble began with Hohfeld’s death in 1918. (...) The following year, three young Yale Law School graduates, historian George Woodbine, Karl Llewellyn, and Charles Clark joined the faculty. (...) The law school seemed to be improving when Cook decided that the chance of realizing his dreams for progressive legal education was greater in New York and left for Columbia. (...)”¹⁶⁹

Roscoe Pound¹⁷⁰ foi influência para Cook diretamente e indiretamente através de Hohfeld. Por exemplo, o pedido de Hohfeld para um estudo teleológico

¹⁶⁹ KALMAN, Laura. *Legal Realism at Yale: 1927-1960*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, p. 101. Em tradução livre: “(...) A adição de Walter Wheeler Cook a faculdade em 1916 foi uma jogada fantástica. Cook fora atraído por um salário de \$ 7,000 e pela oportunidade de tornar o ensino jurídico mais progressivo. Swan considerava Cook como o ‘melhor professor de direito do país’ e o homem ‘que juntamente com Corbin e Hohfeld tinha a imaginação para sonhar com uma escola de direito que não se restringiria a apenas treinar os estudantes para a prática jurídica. (...) O problema começou quando Hohfeld faleceu em 1918. (...) No ano seguinte três jovens recém formados na escola de direito de Yale, o historiador George Woodbine, Karl Llewellyn e Charles Clark tornaram-se professores. (...) A faculdade de direito parecia melhorar quando Cook decidiu que teria mais possibilidade de realizar seu sonho de uma escola com ensino jurídico progressista em Nova York e foi para Columbia. (...)”

¹⁷⁰ Nathan Roscoe Pound (1870-1964) fez graduação, mestrado e doutorado em botânica na Universidade de Nebraska. Começou a estudar direito em Harvard em 1889, onde permaneceu somente por um ano quando retornou para Nebraska e começou a advogar. Foi admitido no Bar de Nebraska sem um diploma de escola de direito. De 1899 a 1907 ensinou direito na Universidade de Nebraska onde também foi reitor da escola de direito nos últimos quatro anos. Lecionou nas Universidades de Northwestern e Chicago antes de se tornar professor em Harvard em 1910. Em 1916 tornou-se reitor da escola de direito de Harvard e assim o fez até 1936. Foi o primeiro professor de Harvard com uma licença para lecionar qualquer disciplina na universidade além das jurídicas. Aos 76 anos Pound parou de lecionar e aceitou um convite de Chiang Hai-Shek para codificar as leis chinesas. Pound faleceu em 1964 aos 93 anos sem deixar filhos apesar de ter sido casado duas vezes (Grace Gerrard de Columbus, Nebraska que faleceu em 1928 e Lucy Miller de Washington D. C. que faleceu em 1959). Conteúdo retirado do sítio <http://www.nebraskahistory.org/lib-arch/research/manuscripts/family/poundroscoe.htm> acessado em 14/07/2010.

do direito em sua escola ideal do direito¹⁷¹ trata-se de influência pura de Pound. Escola ideal do direito que, como vimos, Cook tentou colocar parcialmente em prática na sua experiência no Instituto para o estudo do Direito de Hopkins.

Quanto a Arthur Corbin¹⁷², Cook o conheceu em 1916 na escola de direito de Yale e foi influenciado por um artigo do autor denominado *The Law and the Judges*¹⁷³ de 1914. Neste, o autor afirma o dinamismo dos princípios e regras, as chamadas generalizações, vejamos:

“(...) The growth of the law is an evolutionary process. Its principles consist of such generalizations as may tentatively be made from a vast number of individual instances. The instances change as man and society change, with the climate, with the growth of population, with the progress of invention, with social selection. And as the instances change, so must our generalizations change. So must our idea of justice change. (...)”¹⁷⁴

Portanto, Cook teve como maior influência Wesley N. Hohfeld, mas também sofreu influências teóricas secundárias de Arthur L. Corbin, Roscoe Pound e John Dewey.

¹⁷¹ 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. Abordado no item 3.6.1.4.

¹⁷² Arthur L. Corbin (1875-1967) foi aluno da Escola de Direito de Yale em 1899 tornando-se posteriormente o primeiro professor em tempo integral da Escola 1903. Devido à influência que teve sobre Walter W. Cook e Karl N. Llewellyn é considerado um dos pais do realismo muito embora não aceitasse tal rótulo. Tinha como área principal de ensino o direito contratual americano. Conteúdo retirado do sítio <http://www.law.yale.edu/cbl/3075.htm> em 14/07/2010.

¹⁷³ CORBIN, Arthur L.. *The Law and the Judges in Yale Review*, vol. 3, 1914, pp. 234-250. Nesse artigo Corbin sustenta que conhecer o juiz e os fatos é tão importante quanto conhecer a regra ou os princípios relacionados ao caso. Tem como principal foco a atuação dos magistrados afirmando que estes são elaboradores da lei (*Law makers*) com uma vantagem sobre os demais elaboradores de leis (legislativo, poderes constituintes originários, etc...): a regra que o magistrado declara tem que ser obedecida por ao menos uma pessoa. Devido a isto o autor defende a tese de que a comunidade sempre deve controlar a atuação dos magistrados para que esta sempre corresponda aos seus anseios. Sendo assim, os princípios e regras (generalizações) estariam sempre nascendo e morrendo não havendo a tal imutabilidade das generalizações sustentada por Langdell e seus seguidores. Devido a este escrito, além da convivência cotidiana, Corbin influenciou diretamente Cook e Llewellyn. Llewellyn considerou tal escrito conjuntamente com o artigo de Bingham de 1912 um dos primeiros escritos realistas (vide LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound in Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, p. 1227). No entanto, Corbin negou-se a ser rotulado como integrante do movimento realista quando perguntado por Llewellyn alguns anos mais tarde em uma carta.

¹⁷⁴ *Id. Ibid.* p. 249. Em tradução livre: “(...) O amadurecimento da lei trata-se de um processo de evolução. Seus princípios consistem em generalizações que são oriundas de uma enorme game de concepções individuais. As instâncias mudam conforme o homem e a sociedade muda, com o clima, com o crescimento populacional, com o progresso das invenções, com a seleção social. E conforme as instâncias mudam também devem mudar nossas generalizações. Sendo assim, nossa idéia de justiça também deve mudar. (...)”

4.3.2

O método científico aplicado ao Direito

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

Cook durante sua trajetória acadêmica tentou incessantemente aplicar a pesquisa empírica ao estudo do direito como forma de aproximar as ciências jurídicas as ciências exatas. Para isto, dava importância ao que as cortes realmente faziam em detrimento da descrição que as mesmas davam para racionalizar suas ações¹⁷⁵. Com isto, baseando-se na observação do que as cortes fizeram e estariam fazendo o jurista poderia elaborar suas generalizações¹⁷⁶. Cook então em seu artigo sobre *Conflito de leis*¹⁷⁷ tenta observar a atuação real da cortes americanas sobre o assunto para atingir suas conclusões.

Assim observa o autor:

“(...) For we as lawyers, like the physical scientists, are engaged in the study of objective physical phenomena. Instead of the behavior of electrons, atoms, or planets, however, we are dealing with the behavior of human beings. As lawyers we are interested in knowing how certain officials of society judges, legislators, and others have behaved in the past, in order that we may make a prediction of their probable behavior in the future. Our statements of the "law" of a given country are therefore ‘true’ if they accurately and as simply as possible describe the past behavior and predict the future behavior of these societal agents (...)”¹⁷⁸.

Como podemos aferir do trecho supra-transcrito Cook afirmava que os juristas deveriam preocupar-se com o comportamento dos agentes públicos,

¹⁷⁵ COOK, Walter W.. *The logical and legal bases of the conflict of laws in Yale Law Journal*, vol. 33, nº 5, 1924, p. 460.

¹⁷⁶ *Id. Ibid.* p. 464.

¹⁷⁷ COOK, Walter W.. *The logical and legal bases of the conflict of laws in Yale Law Journal*, vol. 33, nº 5, 1924, pp. 457-488.

¹⁷⁸ *Id. Ibid.* pp. 475-476. Em tradução livre: “(...) Porque nós como advogados, assim como os físicos estamos focados em estudar o fenômeno físico objetivo. Ao invés do comportamento dos elétrons, átomos e planetas, no entanto, estamos lidando com o comportamento dos seres humanos. Como advogados estamos interessados como certos agentes públicos – juízes, legisladores e outros – comportaram-se no passado para assim podermos prever um provável comportamento futuro. Nossas afirmações sobre a ‘lei’ de um determinado país são ‘verdadeiras’ se elas descrevem com alto grau de certeza e da forma mais simples possível o comportamento passado e prevêm o comportamento futuro destes agentes públicos (...)”.

principalmente dos magistrados. Através da análise do seu comportamento passado e do seu comportamento atual seria possível prever um comportamento futuro provável.

Assim, para o autor, os vocábulos jurídicos tais como *direito* e *dever* e as outras relações jurídicas não seriam nomes de objetos ou entidades que possuiriam existência separada do comportamento dos agentes públicos. Seriam, portanto, meros termos atrelados a uma determinada sequência de eventos, ou seja, o comportamento dos agentes públicos¹⁷⁹.

Cook cita Holmes para embasar seu argumento de que as relações jurídicas não existem sem a atuação dos agentes públicos que as torna realidade, vejamos:

“(...) ‘for legal purposes a right is only the hypostasis of a prophecy - the imagination of a substance supporting the fact that the public force will be brought to bear upon those who do things said to contravene it’. (...)”¹⁸⁰

O autor com isso critica fortemente os princípios e regras da maneira que eram utilizados para ensinar, aprender e aplicar o direito (método do caso de Langdell). Para ele o progresso na ciência do direito só viria se houvesse uma reformulação constante de tais generalizações, pois assim elas traduziriam mais claramente o fenômeno jurídico passado, facilitando as previsões para os fenômenos futuros¹⁸¹.

O raciocínio silogístico utilizado para aplicação das regras e princípios aos casos concretos também é criticado pelo autor, vejamos:

“(...) It must be admitted that the ‘outrageous bit of nonsense’ that men think in syllogisms, that they solve the problems of life by deductive reasoning, has apparently ruled in law as well as in morals and theology. Actually, however, in law as in the natural sciences, practice has preceded theory, at least to a considerable extent, and conclusions have not actually been reached deductively. The reason for this is shown by recent investigations into human thinking. These investigations have convinced the leading students of logic that formal logic, the deductive syllogism, is always purely hypothetical reasoning and never of itself

¹⁷⁹ *Id. Ibid.* p. 476. Neste ponto o autor demonstra mais uma vez a influência de Hohfeld sobre sua teoria ao deixar claro sua preocupação com as relações jurídicas, vejamos *in verbis*: “(...) ‘Right,’ ‘duty,’ and other names for legal relations are therefore not names of objects or entities which have an existence apart from the behavior of the officials in question, but merely terms by means of which we describe to each other what prophecies we make as to the probable occurrence of a certain sequence of events - the behavior of the officials. (...)”

¹⁸⁰ HOLMES, Oliver W.. *Apud* COOK, Walter W.. *Ibid.* p. 480. Em tradução livre: “(...) para as ciências jurídicas um direito é somente a concretização de uma profecia – a imaginação de uma substância que se tornará realidade uma vez que a coerção estatal atuar punindo os que violarem tal direito. (...)”

¹⁸¹ *Id. Ibid.* p. 485.

assures us of the factual truth of the conclusions reached. Its content seems to be identical with pure mathematics, which, Bertrand Russell tells us, is "the science in which we never know what we are talking about nor whether what we are saying is true. The actual process involved in settling a situation of doubt - a new case, if we are dealing with law involves a comparison of the data of the new situation with the facts of a large number of prior situations which have been subsumed under a 'rule' or 'principle' within the terms of which it is thought the new situation may be brought. This comparison, if carried on intelligently, necessarily involves a consideration of the policy involved in the prior decisions and of the effects which those decisions have produced. If the points in which the new situation resemble the older situations already dealt with are thought to be the qualities the existence of which were decisive in leading to the decisions in the prior cases, the new case will be put under the old rule or principle. In doing this, the rule or principle as it existed has not been applied; it has been extended to take in the new situation. In other words, however great the appearance of purely deductive reasoning may be, the real decision where a case presents novel elements consists in a re-defining of the middle term of the major and minor premises of the syllogism; that is, of the *construction* or *creation of premises* for the case in hand, which premises did not pre-exist. The statement of the premises of the deductive syllogism is therefore a statement of the conclusion which has been reached on other grounds, and not of the real reason for the decision. When once the premises have been thus constructed, the conclusion inevitably follows. (...)"¹⁸²

No entanto, o autor apesar de criticar a utilização dos princípios e regras de forma mecânica através do silogismo dedutivo afirma também a utilidade dos mesmos. Seguindo os passos de Bingham¹⁸³ em 1912 (em seu artigo *O que é o direito?*) Cook afirma a utilidade dos princípios e regras como ferramentas sem as

¹⁸² *Id. Ibid.* p. 486-487. Em tradução livre: "(...) Deve-se admitir a 'ultrajante falta de sentido' da crença das ciências jurídicas, morais e teológicas de que o homem pensa de forma silogística para resolver problemas da vida através do raciocínio dedutivo. Na verdade, no entanto, tanto no direito quanto nas ciências naturais, ao menos em boa parte, a prática precede a teoria e as conclusões não são atingidas de forma dedutiva. A razão para tal foi recentemente demonstrada em investigações sobre o pensamento humano. Tais investigações convenceram os melhores estudantes de lógica de que a lógica formal, o silogismo dedutivo, é sempre raciocínio puramente hipotético e nunca garante a verdade factual das conclusões atingidas. Seu conteúdo parece ser idêntico ao conteúdo da matemática pura a qual, de acordo com Bertrand Russel, é 'a ciência na qual nós nunca sabemos sobre o que estamos falando e se o que estamos falando é verdade'. O processo de tratar uma situação de dúvida – um caso novo no Direito – envolve a comparação entre os dados da nova situação com os fatos de um grande número de situação pregressas que foram subsumidas a uma 'regra' ou 'princípio' nos termos que se pensa que o novo caso será tratado. Tal comparação, se conduzida de forma inteligente, envolve necessariamente uma consideração da política relacionada às decisões anteriores e dos efeitos que tais decisões produziram. Se os pontos pertinentes a nova situação assemelharem-se as situações antigas tais pontos serão considerados como qualidades da existência de tal decisão e os princípios e regras anteriores serão novamente aplicados. Ao fazer isso a antiga regra ou princípio não foi aplicada e sim apenas estendida a nova situação. Em outras palavras, por mais que o raciocínio dedutivo pareça ser excelente, a decisão real de um caso que apresenta novos elementos consiste em redefinir o termo intermediário das premissas maiores e menores do silogismo; ou seja, há uma redefinição em prol da *construção e criação das premissas* para o caso em tela, pois tais premissas não existiam anteriormente. Portanto, as premissas do silogismo dedutivo não são as razões reais da decisão. São apenas pretextos utilizados para uma decisão que foi atingida de outra maneira. Uma vez que as premissas são construídas, a conclusão as segue inevitavelmente. (...)"

¹⁸³ Vide o artigo já mencionado (item 3.8.1) de Bingham BINGHAM, Joseph W.. *What is the Law?* in *Michigan Law Review*, vol. 11, nº 1, 1912, pp. 1-25.

quais seria impossível trabalhar de forma eficiente. Porém, seria preciso certificar-se que os princípios e regras sejam utilizados apenas como ferramentas. Não poderiam ser utilizados de forma mecânica conforme era realizado pelos juristas adeptos do método Langdelliano¹⁸⁴.

O autor trata especificamente sobre o método científico aplicado ao direito em outro escrito¹⁸⁵ de 1927. Neste, demonstra claramente seu entendimento sobre como deveria ser a prática na área:

“(...) It is not obvious that from the point of view of present day ideas of logic and scientific method this ‘traditional and known technique of the common law,’ as Dean Pound calls it, is as grotesquely inadequate for legal purposes as the childish mechanical notions of the nineteenth century have shown themselves to be in the field of physics? If we approach the problems which we confront the lawyer and the judge in the light of what we may call the newer logic, what do we find? First of all, we discover that the practicing lawyer, as much as, let us say and engineer or a doctor, is engaged in trying to forecast future events. What he wishes to know is, not how electrons, atoms, or bricks will behave in a given situation, but what a number of more or less elderly men who compose some court of last resort will do when confronted with the facts of his client’s case. He knows how they or their predecessors have acted in the past in many more or less similar situations. He knows that if without reflection the given situation appears to them as not differing substantially from those previously dealt with, they will, as lawyers say, follow precedent. This past behavior of the judges can be described in terms of certain generalizations which we call rules and principles of law. (...) A familiarity with modern studies of human thinking would reveal to him that his job is, not to find the preexisting meaning of the terms in the rules and principles which he wishes the court to apply, but rather to induce the court to give to those terms for the first time a meaning which will reach the desired result.(...)”¹⁸⁶

¹⁸⁴ COOK, Walter W.. *Ibid.* p. 487.

¹⁸⁵ COOK, Walter W.. *Scientific method and the law in American BAR Association Journal*, vol. 13, 1927, 303-309.

¹⁸⁶ *Id. Ibid.* p. 308. Em tradução livre: “(...) Não está obvio do ponto de vista atual que as idéias de lógica e método científico (a ‘técnica tradicional e conhecida da *common law*’ nos termos de Pound) é grotescamente inadequada para o Direito tal como as noções mecânicas infantis do século XIX demonstraram ser para a física? Se nós abordamos os problemas enfrentados pelo advogado e o magistrado sob a luz do que podemos chamar de nova lógica, o que encontramos? Primeiramente, descobrimos que o advogado praticante assim como um engenheiro ou um médico tem a função de tentar prever eventos futuros. O que ele deseja saber não é como elétrons, átomos, ou tijolos se comportarão em dada circunstância, mas sim como um certo número de homens de idade avançada que compõem uma corte de última instância farão quando confrontados com os fatos do caso de seu cliente. Ele sabe como eles ou seus predecessores agiram no passado em muitas ou algumas situações similares. Ele sabe que se a situação aparentar como não muito diferente substancialmente das situações anteriores eles irão, como os advogados dizem, seguir o precedente. Esse comportamento passado dos magistrados pode ser descrito por certas generalizações que chamamos de regras e princípios. (...) Uma familiaridade com estudos modernos sobre o pensamento humano revela para o advogado que seu trabalho não é de descobrir o significado pré-existente dos termos que compõem as regras e princípios que ele deseja que a corte aplique mas sim induzir a corte a dar a aqueles termos, pela primeira vez, o significado que ele deseja para atingir o resultado desejado. (...)”

Cook então, no mesmo escrito chama a atenção para as consequências econômicas e sociais que o magistrado leva em consideração na tomada de decisões. Assim o autor descreve como deveria ser uma tomada de decisões inteligente feita por um magistrado bem como ressalta a importância do auxílio de outras ciências sociais para o Direito:

“(...) An intelligent choice can be made only by estimating as far as that is possible the consequences of a decision one way or the other. To do this, however, the judge will need to know two things: (1) what social consequences or results are to be aimed at; and (2) how a decision one way or other will affect the attainment of those results. This knowledge he will as a rule not have; to acquire it he will need to call upon the other social sciences, such as economics. (...)”¹⁸⁷.

Devido a este auxílio das outras ciências sociais o autor em outro escrito¹⁸⁸ de 1931 ressalta a importância da observação empírica afirmando que o Direito deveria ser uma *ciência empírica e observacional*¹⁸⁹. Nos termos de Cook: “(...) We have tried to point out some of the things such a science of ‘law in discourse’ cannot do, and especially that it cannot take the place of the ‘empirical science’ of law. (...)”¹⁹⁰

Para isto, somente a observação empírica seria capaz de fornecer postulados úteis em qualquer ciência, incluindo a ciência do direito.

Outra preocupação do autor é com as palavras dado que as regras e princípios são compostos por estas. Tal preocupação Hohfeld já demonstrara quando da elaboração de seus conceitos jurídicos fundamentais. Assim aborda o autor sobre as palavras:

“(...) It is an unfortunate fact that not only lawyers but also scientists tend to fail to realize fully this relativity in the use of words and of concepts, and that it is connected with the ambiguity, so to speak, of the universe as we experience it.(...)”¹⁹¹

¹⁸⁷ *Id. Ibid.* p. 308. Em tradução livre: “(...) Uma escolha inteligente só pode ser feita estimando, o máximo possível, as consequências de uma decisão para um lado ou para o outro. Para isto, no entanto, o magistrado precisa ter em mente duas coisas: (1) que consequências sociais ou resultados ele visa atingir e (2) como uma decisão de uma forma ou de outra irá interferir para atingir tais resultados. Tal conhecimento o juiz não terá como regra; para consegui-lo será necessário o auxílio de outras ciências sociais, tal como a economia. (...)”

¹⁸⁸ COOK, Walter W.. *Law and the modern mind: A symposium. Legal Logic in Columbia Law Review*, vol. 31, 1931, pp.108-115.

¹⁸⁹ *Id. Ibid.* p. 109.

¹⁹⁰ *Id. Ibid.* p. 110. Em tradução livre: “(...) Tentamos apontar algumas das coisas que uma ciência do ‘direito em discurso’ não pode proporcionar e especialmente que esta não pode substituir uma ciência do ‘direito empírica’. (...)”

¹⁹¹ COOK, Walter W.. “*Substance*” and “*Procedure*” in the Conflict of Laws in Yale Law Journal, vol. 42, 1932, p. 340. Em tradução livre: “(...) É um fato lamentável que não apenas os

Para Cook o Direito seria baseado em conceitos, ou seja, em palavras. No entanto, o que frequentemente ocorreria seria a aplicação do mesmo conceito, princípio ou regra por uma corte de forma cega sem que fossem levados em consideração os diferentes contextos sociais, econômicos ou políticos de cada caso. Somente após um juízo mais aprofundado de que nenhuma outra regra seria aplicável ao caso sob análise é que poderia haver alguma aparência de utilização da lógica jurídica. O autor ainda acrescenta: “(...) Once the relativity in the use of words and of the concepts for which the words stand is recognized, it is seen that "logic" alone does not and cannot settle the matter. (...)”¹⁹² Ou seja, mesmo após reconhecer a relatividade no uso das palavras, a utilização isolada da *lógica jurídica* não seria capaz de resolver o problema da aplicação dos conceitos, princípios e regras pelos juristas. Afinal, estes são representados por palavras e, portanto, sempre passíveis de ambiguidade.

Cabe acrescentar que para o autor tal ambiguidade também seria oriunda do ente abstrato que seriam os direitos não-concretizados. O autor, utilizando a concepção de Oliver W. Holmes, afirma que os direitos são meras profecias que só se tornam realidade após a imposição da coerção estatal sobre o indivíduo que infringiu uma lei¹⁹³. Ou seja, a forma de aplicação da coerção pelos agentes públicos dependerá da análise da conjuntura econômica, política e social da época. Só assim teriam noção real das consequências de suas decisões.

Portanto, para o autor a aplicação de generalizações (princípios e regras) deveria continuar sendo realizada devido a sua utilidade como ferramentas. Porém, deveria sempre ser acompanhada de constantes redefinições através da observação das mudanças de época e conjunturas sociais, políticas e econômicas.

advogados como também os cientistas tendem a falhar em perceber a completa relatividade no uso das palavras e conceitos, e que isto, podemos dizer, está ligado à ambigüidade do universo conforme a nossa experiência. (...)”

¹⁹² *Id. Ibid.* p. 345. Em tradução livre; “(...) Uma vez que a relatividade no uso das palavras e conceitos, os quais são representados por palavras, for reconhecido, nos parece que a ‘lógica’ não resolverá o problema sozinha. (...)”

¹⁹³ HOLMES, Oliver W.. *Apud* COOK, Walter W.. “*Substance*” and “*Procedure*” in the *Conflict of Laws* in *Yale Law Journal*, vol. 42, 1932, p. 347. Vejamos: “(...) For legal purposes a right is only a hypostasis of a prophecy—the imagination of a substance supporting the fact that the public force will be brought to bear upon those who do things said to contravene it—just as we talk of the force of gravitation accounting for the conduct of bodies in space”. Em tradução livre: “(...) Para as ciências jurídicas um direito é somente a concretização de uma profecia – a imaginação de uma substância que se tornará realidade uma vez que a coerção estatal atuar punindo os que infringirem tal direito – tal como falamos da força gravitacional em relação à conduta dos corpos no espaço”.

Ou seja, o método langdelliano seria insuficiente. Os princípios e regras retirados da análise de casos das cortes de apelação seriam meras ferramentas mutáveis conjuntamente com as mudanças conjunturais. Os livros de casos utilizados pelas escolas de direito como principal ferramenta de ensino dariam uma visão muito restrita aos alunos dado que estes não teriam uma visão que acompanharia as evoluções sociais. Teriam sim uma visão estagnada no passado e, por conseguinte, atrelada a julgados obsoletos. Cook, ao tentar aplicar a pesquisa empírica ao direito atingiu vários pontos cruciais do método do caso de Langdell e das escolas de direito: apontou a insuficiência da metodologia de ensino baseada em princípios e regras retirados de casos; criticou a mera utilização de livros de casos das cortes de apelação para o ensino jurídico; e, por fim, criticou as escolas de direito por estarem estagnadas em uma metodologia de ensino e pesquisa que considerava ultrapassada para a época.

4.3.3

Cook – Empirismo científico

Cook apesar de ter inspirado Karl N. Llewellyn a dar nome à escola realista em seu artigo de 1930¹⁹⁴ demonstrou claramente em seus escritos que não desejava ser rotulado como tal. Para o autor sua teoria deveria ser chamada de *empirismo científico*, vejamos:

“(...) Various names have been given to the point of view outlined in the earlier papers referred to, depending upon which aspect of the unity of science movement is emphasized. ‘Pragmatism’, ‘instrumentalism’, ‘operationalism’, ‘logical positivism’ and the ‘functional approach’ are some of the more common terms. None seems adequate, since is the elements all these movements have in common which need to be singled out and given a name. If a name is deemed indispensable, the present writer prefers ‘scientific empiricism’, suggested by Morris (in his illuminating paper in the International Encyclopedia of Unified Science [1928] Vol. I, nº 1). In scientific empiricism, mathematics and ‘logic’ on the one hand, and ‘experimentation’ on the other, are incorporated as a single method, instead of functioning, as in the past, as distinct methods of obtaining ‘knowledge’ of nature. Formerly, as Morris points out, one species of ‘rationalists’ were those who advocated the mathematical and logical method; one species of ‘empiricists’ were advocates of experimentation. Gradually, however, mathematics, logic, and experimentation have lost their status as independent methods for the study of nature, and rationalism and empiricism have ceased to be ‘rival methods for

¹⁹⁴ LLEWELLYN, Karl N.. *A realistic jurisprudence – The next step in Columbia Law Review*, vol. 30, nº 4, 1930, pp. 431-465.

knowing nature’ and have become ‘complementary components of experimental science with its observational-hypothetical-deductive-experimental method. (...)’¹⁹⁵

O autor afirma claramente que não estaria interessado em ser rotulado e que não se enquadraria em nenhum movimento. No caso da real necessidade de uma denominação para sua teoria gostaria que fosse chamada de *empirismo científico*. Além disso, afirma não ser necessário escolher entre a escola conceitualista ou nominalista. Afinal na condução de qualquer ciência, inclusive da ciência do direito, não seria necessário fazer a opção por escolas¹⁹⁶. Tal afirmação ocorreu em 1932, um ano após Karl Llewellyn publicar seu nome na lista de quem considerava realista¹⁹⁷.

O que realmente importava para o autor era que os métodos que preconizava fossem aplicados a ciência do direito dado que haviam trazido alto grau de concordância em outras ciências. Tendo em vista tal sucesso valeria a tentativa de sua aplicação nas ciências valorativas, principalmente ao direito. Especialmente porque todos os outros métodos haviam falhado em trazer concordância nestas. No entanto, para o autor deveríamos nos render a busca pela certeza sempre tendo em mente que não haveria nenhuma garantia de atingi-la¹⁹⁸

Sendo assim, a lógica deveria ser combinada com o empirismo para atingirmos um maior grau de certeza e concordância no Direito. Vejamos:

¹⁹⁵ COOK, Walter W.. *My philosophy of law: Credos of Sixteen American Scholars*. Massachusetts: Boston Law Book Co., 1941, pp. 56-57. Em tradução livre: “(...) Vários nomes foram dados ao ponto de vista abordado nos meus escritos anteriores dependendo de que aspecto da unidade do movimento científico é enfatizado. ‘Pragmatismo’, ‘instrumentalismo’, ‘operacionalismo’, ‘positivismo lógico’ e a ‘abordagem funcional’ são os termos mais comuns. Nenhum parece adequado dado que são os elementos em comum entre essas teorias que precisam ser denominados. Se um nome realmente é indispensável, o presente autor prefere ‘empirismo científico’, sugerido por Morris (em seu grande trabalho na Enciclopédia de Ciência Unificada [1928] Vol. I, nº 1). No empirismo científico, de um lado matemática e ‘lógica’ e de outro lado ‘experimentação’ são incorporados em um método único ao invés de funcionarem, como no passado, como métodos distintos de obtenção do ‘saber’ da natureza. Antes, como aponta Morris, uma espécie de ‘racionalistas’ eram aqueles que advogavam o método matemático e lógico; a espécie de ‘empiristas’ advogava a experimentação. Gradualmente, no entanto, matemática, lógica e experimentação perderam seus status de métodos independentes para o estudo da natureza assim como o racionalismo e o empirismo deixaram de ser ‘métodos rivais de estudar a natureza’ e tornaram-se ‘componentes complementares da ciência experimental com o método observacional-hipotético-dedutivo-experimental’. (...)”

¹⁹⁶ COOK, Walter W.. “*Substance*” and “*Procedure*” in the Conflict of Laws in Yale Law Journal, vol. 42, 1932, p. 357.

¹⁹⁷ LLEWELLYN, Karl N.. *Some realism about realism – Responding to Dean Pound* in Harvard Law Review, vol. 44, 1931, p. 6, nota nº 18.

¹⁹⁸ COOK, Walter W.. *My philosophy of law: Credos of Sixteen American Scholars*. Massachusetts: Boston Law Book Co., 1941, p. 64.

“(...) Like the character in Moliere's play who suddenly discovered that all his life without knowing it he had been talking prose, those who in their reaction against the excesses of the formal logicians seem to deny any usefulness at all to ‘logic’ will someday discover that they have been using it all the time. The real point is to discover how to use it best; what its uses and what its abuses are. The same is true as to principles, rules, generalizations of all kinds, including the philosopher's ‘universals’. What needs emphasizing at the present time is, it seems to the present writer, that while one must have rules and principles to go on, life is continually developing and presenting new and unexpected situations, and that these cannot just off-hand be treated as “nothing but particular instances of defined classes,” as so much of our legal writing and judging seems to assume. (...)”¹⁹⁹

Ou seja, a lógica deveria sempre vir acompanhada da observação das novas situações para que as generalizações não fossem aplicadas erroneamente. Chamar as generalizações (princípios e regras) de ferramentas não significava chamá-las de inúteis. Uma ferramenta seria algo a ser utilizado, mas também seria algo a ser melhorado ao percebermos o seu real funcionamento. Tal percepção e melhora seria indispensável para a aplicação correta dos princípios e regras. Afinal tais generalizações não poderiam ser utilizadas de forma fixa, mas sim como instrumentos para a investigação e para que a experiência passada se adeque as novas situações.

Portanto, para concluir podemos transcrever trecho de 1941 onde o autor expressamente afirma que não estava interessado em ser rotulado, ressaltando que seus métodos de estudo do direito permitiriam um estudo mais inteligente da área, seu objetivo maior. Vejamos:

“(...) The present writer recognizes that there are those who would deny the name ‘philosophy’ to all that is here set forth or which can be worked out by means of scientific methods of inquiry. To these the present writer answers: (1) that he is not primarily interested in labels; (2) that current usage of the term ‘philosophy’ is broad enough to justify his use of it; (3) that in any event, and irrespective of labels, he believes that the methods of inquiry outlined will if used intelligently enable one to form more useful general statements about ‘law’ than are found in

¹⁹⁹ COOK, Walter W.. “*Substance*” and “*Procedure*” in the *Conflict of Laws* in Yale Law Journal, vol. 42, 1932, p. 358. Em tradução livre: “(...) Assim como o personagem da peça de Moliere que descobriu de repente que por toda sua vida, sem saber, havia discursado em prosa, aqueles que através das suas reações contrárias aos excessos dos lógicos-formalistas parecem negar a utilidade da ‘lógica’ irão algum dia descobrir que eles a estavam usando a todo o momento. O verdadeiro ponto é descobrir como usá-la da melhor maneira; quais são seus usos e abusos. A mesma verdade vale para os princípios, regras e generalizações de todos os sentidos, incluindo os ‘universais’ dos filósofos. Para o presente autor, o que precisa ser enfatizado é que enquanto nós precisamos dos princípios e regras para seguir em frente à vida continua a se desenvolver e a apresentar situações novas e inesperadas. Tal fato não pode ser tratado como ‘nada além de instâncias particulares de classes definidas’ como parece assumir a doutrina e jurisprudência atual. (...)”

most of the current 'legal philosophies'; (4) and finally, and as a corollary from all that has been said, the whole of the preceding exposition is to be regarded as a tentative working hypothesis concerning the methods of inquiry which are most likely to enable us to study 'law' ('legal phenomena') more intelligently. (...)"²⁰⁰

4.4

Walter W. Cook como influência de Karl N. Llewellyn

Llewellyn ingressou na Escola de Direito de Yale como aluno em 1915 em um momento em que a mesma passava por uma grande reformulação. Com isso, sofreu influência imediata de professores como Hohfeld (que estava em Yale desde 1914 e já havia publicado seus principais artigos sobre os conceitos jurídicos fundamentais em 1913 e sobre a Escola de Direito ideal em 1914²⁰¹) e Arthur Corbin (que também já havia publicado seu principal escrito sobre os juízes e o direito em 1914²⁰²).

Ou seja, é fácil perceber a resistência de Llewellyn com o formalismo Llandelliano. O autor tinha como professores os principais responsáveis pela crítica ao método ou ao menos aqueles que haviam escrito os trabalhos que influenciaram muitos outros a criticarem o formalismo e seus métodos de ensino jurídico.

Ambos também haviam influenciado o pensamento de Cook conforme demonstrado no capítulo anterior. Devido à amizade que tinha com Hohfeld Cook foi lecionar em Yale em 1916 o que estimulou ainda mais o pensamento crítico de Llewellyn como estudante.

²⁰⁰ COOK, Walter W.. *My philosophy of law: Credos of Sixteen American Scholars*. Massachusetts: Boston Law Book Co., 1941, p. 65. Em tradução livre: "(...) O presente autor reconhece que existem aqueles que negariam o termo 'filosofia' para tudo o que foi exposto ou para aquilo que possa ser denominado como método científico de pesquisa. Para estes o presente autor responde: (1) que ele não está interessado em rótulos; (2) que o uso corrente do termo 'filosofia' é amplo o suficiente para justificar o seu uso; (3) que em qualquer evento e independentemente de rótulos, o autor acredita que os métodos de estudo abordados se usados de forma inteligente irão permitir a formação de generalizações mais úteis sobre o 'direito' do que as encontradas na maior parte das 'filosofias jurídicas'; (4) e finalmente, e como corolário de tudo que foi dito, a totalidade da exposição feita deve ser entendida como uma hipótese de trabalho relacionada com os métodos de pesquisa que tem a maior probabilidade de nos permitir um estudo do 'direito' ('fenômeno jurídico') de forma mais inteligente. (...)"

²⁰¹ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning*. New Haven; Yale University Press, 2000.

²⁰² CORBIN, Arthur L.. *The Law and the Judges in Yale Review*, vol. 3, 1914, pp. 234-250.

Pouco depois dos EUA entrarem na Primeira Grande Guerra mais da metade de seus alunos e grande parte de seus professores foram servir. Corbin, Hohfeld e Cook permaneceram em Yale. Assim, Llewellyn deixava de ter uma atmosfera competitiva entre os alunos e passava a ter contato mais pessoal com os três professores²⁰³.

Assim afirma William Twining sobre os tempos de guerra:

“However, the war had its compensations, for it brought Llewellyn into unusually close contact with some of his teachers, especially Corbin and Hohfeld. It may well be that the reduction in size of the law school helped to make their approach more coherent and more visible than might otherwise have been the case. Certainly Llewellyn subsequently interpreted his experience of law school largely in terms of his contact with Corbin and Hohfeld and, to a lesser extent, Cook, Rogers and Taft”²⁰⁴.

De acordo com William Twining, Llewellyn reconhecia a influência de Cook em seu pensamento, principalmente nas suas idéias sobre racionalidade jurídica bem como considerava Cook um analítico brilhante. No entanto, Llewellyn nunca simpatizara com a postura anti-profissional de Cook enquanto aluno. Entre 1922 e 1925 os dois foram colegas em Yale como professores e aparentemente conviviam bem, porém nunca foram muito próximos²⁰⁵.

No entanto, a influência de Cook é notória principalmente nos primeiros escritos de Llewellyn. Por exemplo, a crítica que faz a utilização dos princípios e regras pelo formalismo é muito similar a feita por Cook conforme podemos perceber em seu primeiro artigo sobre realismo jurídico²⁰⁶. Ou seja, tendo tido como principais influências os mesmos acadêmicos que influenciaram Cook (Corbin e Hohfeld) além do próprio, Llewellyn só poderia caminhar em direção a um pensamento crítico capaz de torná-lo líder do movimento realista.

²⁰³ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1985, pp. 94-95.

²⁰⁴ *Id. Ibid.* p. 95. Em tradução livre: “No entanto, a guerra teve suas vantagens, pois trouxe Llewellyn a um contato extremamente próximo com alguns professores, especialmente Corbin e Hohfeld. A redução no tamanho da escola de direito também pode ter ajudado a deixar as suas pesquisas mais coerentes e mais visíveis do que se a guerra não tivesse ocorrido. Certamente Llewellyn interpretou sua experiência na escola de direito, em grande parte, devido ao contato com Corbin e Hohfeld e, em menor grau, com Cook, Rogers e Taft”.

²⁰⁵ *Id. Ibid.* p. 98.

²⁰⁶ LLEWELLYN, Karl N.. *A realistic jurisprudence – The next step in Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930, pp. 431-465.

Abordaremos a teoria de Llewellyn e seus principais escritos no próximo capítulo. Nesse a influência de Cook sobre o trabalho de Llewellyn ficará mais clara.