

Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito

Daniel Brantes Ferreira*

1. Wesley Newcomb Hohfeld - Vida e Obra

Wesley Newcomb Hohfeld nasceu em 1879 em Oakland, na Califórnia. Em 1901, tornou-se bacharel em artes na Universidade da Califórnia. No ano seguinte, ingressou na *Harvard Law School*, formando-se com honras em 1904. Durante este período, era editor da *Harvard Law Review*, cargo concedido somente aos primeiros alunos da classe.

Após a conclusão de seu curso de Direito em *Harvard*, Hohfeld retornou para São Francisco e embrenhou-se no estudo da teoria geral do Direito. Após um ano, iniciou sua carreira acadêmica como professor de Direito, primeiramente no *Hastings College of Law*, escola de Direito da Universidade da Califórnia. Logo em seguida, transferiu-se para a Universidade de *Stanford*, aonde começou como instrutor e foi rapidamente alçado à categoria de professor assistente, professor associado e, finalmente, professor titular (1905-1914).¹

Em 1913, o Professor Wesley N. Hohfeld, ainda na Universidade de *Stanford*, enviou seu principal artigo intitulado *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* para publicação no *Yale Law Journal*. Os editores submeteram o artigo ao comitê de aprovação e foram automaticamente aconselhados a publicá-lo. Devido a isso, pouco tempo depois, o

* Doutorando em Direito (PUC-Rio). E-mail: daniel.brantes@gmail.com.

¹ LLEWELLYN, 1918, p. 167.

Professor Hohfeld recebeu convite para lecionar na *Yale Law School*, convite este que aceitou de imediato.² Em Yale, lecionou de 1914 até 1918, com cadeiras tanto na faculdade de Direito quanto na faculdade de Artes.

Hohfeld faleceu prematuramente aos trinta e oito anos devido a uma endocardite. No entanto, quando do seu falecimento muitos professores já estavam convencidos do valor de sua teoria e da importância dos conceitos fundamentais do Direito. A obra do autor, devido a sua morte precoce, consiste em apenas oito artigos publicados nas revistas das escolas de Direito, são estes:

- “The Nature of Stockholders’ Individual Liability for Corporation Debts”. (1909). *Columbia Law Review* n^o. 9.
- “The Individual Liability of Stocholders and the Conflict of Laws”. (1909). *Columbia Law Review* n^o. 9.
- “The Relations Between Equity and Law”. (1913). *Michigan Law Review* n^o. 11.
- “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”. (1913). *California Law Review* n^o. 1.
- “A Vital School of Jurisprudence and Law”. (1914). *Proceedings of Association of American Law Schools*.
- “The Conflict of Equity and Law”. (1917). *Yale Law Journal* 26.
- “Faulty Analysis in Easement and License Cases”, (1917). *Yale Law Journal* n. 27.

O principal, e centro da teoria de Hohfeld, é o quarto artigo acima, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”. Neste artigo, que o autor elabora os conceitos fundamentais do Direito que serão abordados no presente trabalho.

Vale ainda mencionar que Hohfeld analisou durante anos decisões dos tribunais americanos para coletar dados empíricos para a elaboração de sua teoria. Além disso, também se baseou na doutrina da época e em gran-

² Não desejando perder seu vínculo com Stanford, Professor Hohfeld aplicou sua teoria dos conceitos fundamentais legais no contrato realizado com Yale e com Stanford. O contrato que propôs para aceitar o convite de Yale lhe concedia tanto um *direito* quanto um *privilégio*. O contrato lhe dava o *direito* de uma cadeira permanente em Yale, no entanto, com o *privilégio* de retornar para Stanford no final de um ano, se assim desejasse. Concomitantemente, Stanford concordou em conceder uma licença de ausência de um ano para Hohfeld (*privilégio*) como também o *direito* de retornar a sua posição depois de um ano, se assim desejasse. Ou seja, Professor Hohfeld garantiu suas cadeiras tanto em Stanford quanto em Yale durante um ano, utilizando seu arcabouço teórico e sua dinâmica *direito/privilégio*. V. HOHFELD, 2000, *foreword*, p. vii.

de parte do seu artigo critica o mau uso da terminologia jurídica por diversos autores. Portanto, o autor tinha como grande preocupação a prática do Direito e desejava com sua teoria influenciar fortemente a mesma em prol de uma maior segurança interpretativa. Além disso, apenas para justificar a importância de seu estudo na atualidade, não podemos deixar de ressaltar importantes autores que estudaram os conceitos fundamentais de Hohfeld, tais como Robert Alexy,³ Giuseppe Lumia⁴ e Genaro Carrió⁵.

2. Os conceitos fundamentais do Direito

2.1. O problema da terminologia jurídica

Hohfeld, como já mencionado, tem como principal objetivo gerar maior certeza na interpretação jurídica no dia-a-dia dos profissionais do Direito. O autor afirma que, na maioria das vezes, as discussões jurídicas não estão fundamentadas em uma análise compreensiva e clara das relações jurídicas em geral, o que gera confusões dado que o Direito somente é constituído através destas relações.

O problema principal identificado é o fato de as questões jurídicas complexas serem tratadas de forma muito simplória. Ou seja, para o autor, a simplicidade na análise pode e deve existir; porém, somente depois de uma pesquisa mais aprofundada e de uma análise minuciosa.

Portanto, Hohfeld, quando da elaboração dos seus conceitos fundamentais do Direito, tem como norte a ênfase em certos aspectos das questões jurídicas (foco nas relações jurídicas entre apenas dois indivíduos) geralmente negligenciados, para com isso auxiliar os operadores na melhor compreensão e solução prática dos problemas jurídicos cotidianos. Sendo assim, com essa finalidade, os conceitos fundamentais do Direito que ora serão apresentados seriam, de acordo com o autor, os elementos que estariam presentes em todo e qualquer tipo de interesse jurídico⁶.

Outra questão que deve ser mencionada antes de adentrarmos na análise dos conceitos fundamentais do Direito é o problema da confusão dos vocábulos jurídicos com os vocábulos não-jurídicos. Nos termos de

³ ALEXY, 2002.

⁴ LUMIA, 2003.

⁵ CARRIÓ, 1979.

⁶ HOHFELD, 2000, p. 26.

Hohfeld, para que isto não ocorra é necessária a separação entre as relações puramente jurídicas das relações oriundas de fatos físicos e mentais. Isto porque, a associação de idéias provenientes dos dois grupos é realizada de forma muito similar, o que traz equívocos de interpretação e erro na utilização dos vocábulos jurídicos.

Outro fator gerador de confusão segundo o autor é o fato de os vocábulos jurídicos serem em sua maioria ambíguos e possuírem significado muito solto e abrangente. Um exemplo disso é a palavra propriedade, palavra esta que tanto para os leigos quanto para os juristas não possui conotação definida e estável. Propriedade pode ser tanto utilizada para denominar o objeto físico sobre o qual vários direitos (pretensões no sentido hohfeldiano) e privilégios (possuir, usar, gozar e dispor) surgem, como também pode ser utilizada para designar os interesses jurídicos concernentes àquele objeto físico. Frequentemente durante o discurso há a abrupta mudança de significado da palavra utilizada pelo locutor, o que gera confusões adicionais. Outro exemplo que pode ser mencionado é a palavra contrato, que pode tanto significar o acordo entre as partes, quanto à obrigação gerada por este acordo e criada pela lei⁷. Portanto, segundo o autor, a maioria dos equívocos, quando se trata da terminologia jurídica, provém do fato de muitas palavras terem origem da aplicação somente para as coisas físicas (palpáveis). Portanto, seu uso conectado às relações jurídicas é inequivocamente figurado ou fictício.

Devido a estas observações que o autor traz como solução aos problemas da interpretação e a utilização errônea dos vocábulos jurídicos os conceitos fundamentais do Direito que quando aplicados não deixam dúvidas quanto ao significado das palavras e a natureza da relação a qual estas representam.

⁷ *Idem*, p. 31. Ao mencionarmos o contrato, cabe ressaltar outra distinção feita pelo autor entre fatos operativos e fatos evidenciais. Os fatos operativos seriam aqueles que, satisfazendo uma regra legalmente prevista, são capazes de modificar uma relação jurídica. Já os fatos evidenciais, como o próprio nome diz, são apenas evidências que levam à conclusão de outros fatos podendo estes ser operativos ou evidenciais. O contrato é, no momento de sua elaboração, um fato operativo que concretiza a relação contratual entre as partes, faz lei entre as partes. Porém, em um momento posterior, tal contrato torna-se um fato evidencial do qual pode ser extraído o fato operativo de que tal pedaço de papel existia quando a obrigação contratual surgiu. Tal diferenciação tem duas finalidades para a teoria de Hohfeld: previne que a obrigação gerada por um contrato, conforme no exemplo, confunda-se com o próprio documento, com a folha de papel como também impede que termos genéricos, tais como posse e propriedade, aplicados geralmente a fatos operativos, não sejam confundidos com as relações legais geradas pelos mesmos fatos operativos.

2.1.1. Necessidade de um esquema de vocábulos jurídicos correlatos e contrapostos

Além dos problemas e equívocos oriundos da linguagem, outro obstáculo que surge para o entendimento claro, a correta utilização e a solução dos problemas jurídicos pelos operadores do Direito é o fato de a maioria destes reduzir as relações jurídicas a duas meras categorias, quais sejam, direitos contrapostos a deveres jurídicos (direitos *versus* deveres). Consideram que estas duas categorias seriam suficientes até mesmo para a análise das relações jurídicas mais complexas, entendimento claramente equivocado.

Sendo assim, considerando a utilização inadequada de apenas essas duas categorias (direito *versus* deveres) para a análise jurídica bem como a constante presença de vocábulos ambíguos e incertos na prática do Direito, o autor afirma que qualquer tentativa de definição e conceituação destes vocábulos torna-se insatisfatória, quiçá inútil.

Então, Hohfeld vê como única solução do problema a criação de um esquema que contraponha e correlacione as várias relações jurídicas fundamentais sob o viés de apenas dois indivíduos (relação bipartite), exemplificando subseqüentemente o escopo individual de atuação de cada relação e sua aplicação aos casos concretos⁸. Desta forma, com a criação de mais três categorias de relações jurídicas e com a análise das relações jurídicas de forma singular, o autor sana o problema da conceituação dos vocábulos, dando maior precisão a qualquer análise.

2.2. Conceitos fundamentais do Direito

Feita a identificação do porquê da criação dos conceitos fundamentais por Hohfeld, iremos agora, no presente item, analisar seu esquema de conceitos fundamentais de forma aprofundada. Conforme já demonstrado no primeiro capítulo, esse é o esquema proposto por Wesley Hohfeld que será analisado em seguida de forma unificada, pois as relações correlatas e opostas devem ser consideradas como um esquema único para que assim, haja uma melhor compreensão:

⁸ *Idem*, p. 36.

Conceitos fundamentais opostos	Conceitos fundamentais correlatos
Direito (pretensão) X ausência de pretensão	Direito (pretensão) e dever
Privilégio (liberdade) X dever	Privilégio (liberdade) e ausência de pretensão
Poder X incompetência	Poder e sujeição
Imunidade X sujeição	Imunidade e incompetência

2.2.1. Direito (pretensões jurídicas) e dever

O termo direito é utilizado de forma indiscriminada e, portanto, muito abrangente. Ao invés de ser utilizado apenas para significar direito em sentido estrito, Hohfeld percebeu, através da análise de casos concretos da sua época, que o termo também era utilizado por advogados e juízes para significar poderes, imunidades e privilégios⁹. Apesar de este fato gerar os já abordados equívocos os juristas do final do século XIX e início do século XX mesmo reconhecendo o problema¹⁰ não faziam de nada para solucioná-lo, como podemos perceber no trecho abaixo transcrito:

*The word right is defined by lexicographers to denote, among others things, property, interest, power, prerogative, immunity, privilege. In law it is most frequently applied to property in its restricted sense, but it is often used to designate power, prerogative, and privilege (...)*¹¹.

Hohfeld afirma que é interessante notar esta tendência de discriminação dos diferentes sentidos no uso do vocábulo direito entre os operadores, no entanto, dimensiona o problema pelo simples fato de ser impossível saber o quão precisa é tal discriminação dos significados na mente de cada jurista.

Nesse sentido, reconhecendo a utilização com significado muito abrangente do vocábulo direito, o autor encontra a única solução para limitar tal sentido no seu conceito fundamental correlato, dever. Isto porque, até mesmo aqueles que utilizam a palavra direito no seu sentido mais amplo estão invariavelmente acostumados a pensar no vocábulo dever como seu

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ HOHFELD, 2000, p. 37.

¹¹ HOHFELD, 2000, pp. 36-37.

correlato, ou seja, A duty or a legal obligation is that which one ought or ought not to do. Duty and right are correlative terms. When a right is invaded, a duty is violated¹².

Exemplificando os argumentos acima mencionados, se X tem um direito contra Y que proíbe este último de invadir suas terras, o vocábulo correlato e lógico é o dever de Y perante X de não adentrar suas terras. Um sinônimo para a palavra direito no sentido que quer se fazer entender Hohfeld é o vocábulo pretensão (claim), como podemos perceber no trecho que se segue: “A right has been well defined to be a well-founded claim, and a well-founded claim means nothing more nor less than a claim recognized or secured by law”¹³.

Portanto, através da análise de casos concretos, Hohfeld chega à conclusão que direito em sentido estrito é uma pretensão com respaldo legal, e que toda pretensão tem um dever correlato obrigatoriamente, dado que para que uma pretensão baseada na lei seja violada é necessário que alguém descumpra seu dever proveniente e criado pela mesma lei. Sendo assim, a lei como vale para todos, ao criar direitos cria também deveres correlatos, e quando os deveres são descumpridos os titulares dos direito violados pedem, através de ações judiciais, para que o Estado faça que suas pretensões legais prevaleçam através das sentenças.

2.2.2. Privilégio e ausência de pretensão

2.2.2.1. A origem da ausência de pretensão (*no-right*)

Antes de adentrarmos especificamente no pensamento de Hohfeld sobre a relação entre os conceitos fundamentais do Direito, privilégio e ausência de pretensão, cabe demonstrar como ocorreu o surgimento do termo ausência de pretensão (*no-right*).

¹² HOHFELD, p. 38. Para ter outra visão sobre o conceito de *dever* em Hohfeld, vide CULLISON, Alan D. A review of Hohfeld's Fundamental legal Concepts. In: *Cleveland Marshall Law Review*, 16, 1967, 559-573. “(...) Hohfeld's duty arises from rules of positive law. His legal atom-splitting was the work of a legal positivist or, what is the same thing, of an analytical jurisprudent. Even if the public good makes certain conduct imperative, there is no duty to conform to such conduct in Hohfeld sense unless the positive law itself provides for it. On the other hand, if the positive law does give rise to a duty, it's proper in Hohfeld's way to say there is a duty even when a remedy for its breach is not realistically available (...).” E acrescenta “(...) The duty, if it is of the hohfeldian variety, arises from the rules of liability, and if the rules do not make the defendant liable for what he did, then he had no duty (in Hohfeld's sense), which he could breach (...).”

¹³ HOHFELD, p. 38.

Tal termo, como mencionado no capítulo 1, foi cunhado pelo próprio autor, e é o único dos oito termos que compõem o esquema de conceitos fundamentais do Direito que não era conhecido e utilizado previamente pelos juristas.

Nesse sentido, Joseph William Singer, faz em seu trabalho *The legal Rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*¹⁴ a digressão necessária para a compreensão do surgimento do termo e a razão pela qual Hohfeld incluiu o mesmo no seu esquema de conceitos fundamentais correlativamente a privilégio e contraposto a direito.

A clássica teoria dos atos não-danosos a terceiros¹⁵ representou um esforço dos juristas para descrever e legitimar as leis vigentes. Sendo assim, minimizou e obscureceu a existência de regras que permitiam que algumas pessoas causassem danos a outros sem que essas vítimas tivessem qualquer tipo de recurso perante o Estado, esta é a categoria do chamado *damnum absque injuria*, traduzindo do latim significa dano sem ilegalidade.

Nos esquemas analíticos clássicos a categoria do *damnum absque injuria* foi comumente excluída, ignorada, ou obscurecida pelos juristas. Parecia ser sempre uma categoria anômala aos esquemas clássicos justamente porque o próprio conceito de dano para o qual o sistema jurídico estatal não provia ação correspondente contradizia a teoria em voga que afirmava que atos que ocasionassem danos a terceiros seriam considerados inválidos.

No entanto, até o ano de 1880, o *damnum absque injuria* ocorria apenas esporadicamente e por isso foi facilmente deixado de lado em prol da teoria dos atos não-danosos a terceiros. Porém, uma vez que essa teoria foi firmemente estabelecida, a atenção virou-se para a antes denominada anomalia, o dano sem ilegalidade.

Desta forma, de aproximadamente 1880 a 1920, o *damnum absque injuria* emergiu como questão central para os juristas analíticos, revelando sérios erros conceituais da teoria dos atos não-danosos a terceiros e sua subsequente destruição. A destruição ocorreu principalmente devido ao

¹⁴ SINGER, 1982, pp. 975-1059.

¹⁵ Os juristas analíticos clássicos, tais como Jeremy Bentham, John Stuart Mill e John Austin elaboraram uma meta-teoria baseada na distinção entre atos não-danosos a terceiros (*self-regarding acts*) e atos danosos a terceiros (*other-regarding acts*). Afirmavam que as liberdades legais eram permissões concedidas pelo soberano para a atuação individual. Os indivíduos eram livres para atuar de qualquer maneira, desde que não causassem danos a outrem. Se um ato individual fosse danoso a outrem, este seria proibido.

fato dos juristas analíticos incorporarem em seus esquemas o dano sem ilegalidade não mais como mera anomalia e sim como o componente fundamental de um novo paradigma.

Portanto, o resultado dessa incorporação do *damnum absque injuria* nos esquemas analíticos foi a categoria ausência de pretensão (no-right) criada por Hohfeld, ou seja, são os danos causados que não ferem nenhum dos direitos legalmente tutelados. Sendo assim, as vítimas não possuem nenhuma pretensão perante o sistema jurídico (*ausência de pretensão*) para protegê-las. Ou seja, não existindo ilegalidade no ato também não existe ação jurídica cabível contra o mesmo¹⁶.

Vale mencionar ainda que foi Sir. John William Salmond que deu base ao esquema analítico de Hohfeld, pois o primeiro criou um esquema de vocábulos correlatos, onde liberdade era correlato de sujeição (todos os danos são permitidos a não ser os expressamente proibidos). Em Hohfeld, a liberdade e sujeição de Salmond tornaram-se privilégio correlato à ausência de pretensão. No entanto, Salmond só havia criado uma tabela de vocábulos correlatos, apenas mencionando o esquema de vocábulos jurídicos contrapostos, o que surgiu realmente com Hohfeld. Este último preencheu sua lacuna principal deixada por Salmond relacionando não somente os conceitos jurídicos correlatos como também os opostos.

O esquema de conceitos opostos de Hohfeld explica a relação entre direitos e liberdades. Ou seja, enquanto uns têm liberdades legalmente garantidas outros não possuem, em contraposição, qualquer pretensão jurídica. Nesse sentido, o esquema de opostos de Hohfeld foi desenhado ideologicamente para demonstrar que na medida em que indivíduos têm liberdade de ação outros têm falta de segurança. Portanto, a mensagem moderna que se inicia com Hohfeld é o contrário da mensagem dos autores clássicos que afirmavam que o exercício da liberdade é válido desde que não cause danos a terceiros¹⁷.

2.2.2.2. Privilégio e ausência de pretensão (*no-right*) em Hohfeld

Nos termos postos por Hohfeld em seu esquema privilégio é o oposto de dever e o correlato de ausência de pretensão. Sendo assim, se X tem o *direito* ou a pretensão que Y, o outro indivíduo, não possa adentrar suas

¹⁶ *Idem*, pp. 1025-1026.

¹⁷ *Ibidem*.

terras, ele tem, portanto, o privilégio de adentrar suas próprias terras. Em outras palavras, X não tem o dever de ficar fora de suas terras, ou seja, o privilégio de entrar é a negativa do dever de ficar fora. Nesse sentido, podemos traduzir privilégio como não-dever ou ausência de dever¹⁸.

Vale frisar que quando afirmamos que um privilégio é a negativa de um dever, queremos dizer nos termos hohfeldianos que o primeiro tem sempre um significado contrário ao segundo. Então, por exemplo, se por alguma razão específica X contratar com Y para que ele, X, adentre as terras do último, é óbvio que neste caso X tem tanto o privilégio quanto o dever de adentrar as mesmas. Ou seja, devido ao contrato o privilégio de X e o dever passaram a ter o mesmo conteúdo. No entanto, apesar disso, o privilégio de X, quando tratamos de Y, continua sendo exatamente o oposto do dever permanecer fora.

Similarmente ao exemplo citado, podemos mencionar outro exemplo trazido por Hohfeld: se A não realizou com B um contrato de prestação de serviços, portanto, o privilégio de A não realizar o serviço é a mera negativa do dever de realizá-lo, dever este que teria se houvesse efetuado o contrato, ou seja, perderia seu privilégio. Desta forma, privilégio tem sempre uma conotação oposta a do dever, por isso são conceitos fundamentais opostos no esquema de Hohfeld.

Passando agora para a questão dos conceitos correlatos, vale lembrar que um dever é invariavelmente o correlato de direito (pretensão) em uma relação jurídica. Em contrapartida, o correlato de privilégio é a ausência de pretensão (no-right). Por exemplo, o correlato do direito de X que Y não adentre suas terras é o dever que Y tem de não adentrar as mesmas. No entanto, o conceito correlato do privilégio de X de adentrar em suas terras é a ausência de pretensão de Y que X não adentre suas próprias terras. Ou seja, enquanto X possui o privilégio de adentrar em suas próprias terras, não há nada que Y possa fazer, nenhuma ação perante o Estado que possa impedir que X adentre suas próprias terras, daí o correlato de privilégio no esquema de Hohfeld ser a ausência de pretensão.

No exemplo acima mencionado fica evidente a diferença entre direito e privilégio, confusão corriqueira até então, afinal o termo direito era utilizado indiscriminadamente para representar também privilégio. Além disso,

¹⁸ HOHFELD, p. 39.

fica, também, clara a necessidade de relações distintas para diferenciar a relação correlata entre direito e dever e entre privilégio e ausência de pretensão.

Podemos perceber a utilização indiscriminada dos termos ao observarmos a obra *Elements of Jurisprudence* do Professor Holland criticada por Hohfeld, *in verbis*:

*If (...) the power of the State will protect him in so carrying out his wishes, and will compel such acts or forbearances on the part of other people as may be necessary in order that his wishes may be so carried out, then he has a "legal right" so to carry out his wishes*¹⁹.

Nos termos postos por Hohfeld, a conclusão é de que a primeira parte do trecho de Holland (*"If ... the power of the State will protect him in so carrying out his wishes"*) retrata privilégios de um indivíduo. A segunda parte do excerto (*and will compel such acts or forbearances on the part of other people as may be necessary in order that his wishes may be so carried out"*) retrata direitos ou pretensões do mesmo. E a última parte (*"then he has a 'legal right' so to carry out his wishes"*) retrata novamente privilégios. A primeira parte retrata privilégios na medida em que o indivíduo tem o privilégio, a liberdade legalmente assegurada de perseguir seus desejos, e os outros têm, opostamente a este privilégio, o dever de não interferirem nesta liberdade. Além disso, correlatamente a este privilégio, estes terceiros têm ausência de pretensão quanto aos atos do indivíduo que visam realizar seus desejos, ou seja, não há nenhuma exigência que possam fazer do Estado para impedir isso. Já a segunda parte retrata um direito (direito que a parte tem de não sofrer interferência alheia), pois é correlato ao dever dos terceiros de não interferirem nessa perseguição dos desejos do indivíduo, e é oposto a ausência de pretensão dos terceiros quanto ao primeiro que visa realizar seus desejos. A terceira parte, pelos mesmos motivos da primeira, onde Holland diz direito devem-se ler privilégios, privilégios do indivíduo de perseguir seus desejos, ou seja, a liberdade que este tem de atingir os mesmos em contraposição ao dever dos terceiros de não-interferência, nesse sentido, Holland usa o termo direito equivocadamente, gerando confusão no raciocínio do leitor.

¹⁹ HOLLAND, 2006, p. 70.

Professor John Chipman Gray é outro autor criticado por Hohfeld por ignorar a existência de privilégios, poderes, e imunidades, em sua obra intitulada *The Nature and Sources of Law*²⁰. A impressão que o autor deixa na sua obra é de que todas as relações podem ser compreendidas somente através dos conceitos fundamentais correlatos, direito e dever. No entanto, a maioria de seus exemplos acaba por ratificar o quão inadequada tal limitação na análise das relações jurídicas pode demonstrar-se, senão vejamos:

The eating of a shrimp salad is an interest of mine, and, if I can pay for it, the law will protect that interest, and it is therefore a right of mine to eat shrimp salad which I have paid for, although I know that shrimp salad always gives me the colic²¹.

Para Hohfeld, tal passagem nos sugere primariamente duas classes de relações. Primeiramente os respectivos privilégios da parte contra A, B, C, D e outros em relação ao ato de comer a salada, ou seja, a liberdade do indivíduo que pagou pela salada de comê-la. Ademais, correlativamente a isto, temos as ausências de pretensões de A, B, C, D e outros da parte não executar o ato físico de comer a salada. Em segundo lugar, temos o direito ou pretensão da parte que A, B, C, D e outros não interfiram no ato físico de comer a salada e correlatamente a este e opostamente ao privilégio do degustador da salada temos o dever de A, B, C, D e outros de não interferirem em tal ato.

Vale ainda mencionar que os privilégios, em certo caso, podem existir mesmo se os direitos da parte de não-interferência estejam ausentes. Por exemplo, suponhamos que A, B, C e D são os donos da salada e que estes acordam com X que este pode comer tal salada, mas afirmam que poderão interferir em tal ato a qualquer tempo. Em tal caso, X possui o privilégio de comer a salada, porém, se lograr êxito em comê-la antes que A, B, C e D interfiram, não estará violando nenhum direito destas partes. Contudo, fica igualmente claro no exemplo que se A conseguir retirar o prato de salada de X antes dele conseguir comê-la, nenhum direito de X estará sendo violado também. Portanto, X possui o privilégio de comer a salada, mas

²⁰ GRAY, 2005.

²¹ GRAY, sec 50, p. 20.

não possui o direito de não-interferência com relação a A, B, C e D, pois estes acordaram com X previamente que não teriam tal dever .

Outra situação, ainda no mesmo exemplo, é proposta por Hohfeld. Suponhamos que X, já sendo o dono da salada de camarão, contrata com Y que ele X, nunca comerá essa comida em particular. Vale dizer que com A, B, C, D e outros nenhum contrato foi feito. Sendo assim, uma das relações existentes agora, entre X e Y é, em consequência do contrato, fundamentalmente diferente da relação existente entre X e A. Em relação a Y, X não possui privilégio para comer a salada, o que possui com relação a A e os outros. Vale a ressalva de que o direito de X com relação a Y deste não comer a salada persiste mesmo X não possuindo mais o privilégio de comê-la.

Portanto, pelos exemplos citados, podemos perceber que privilégio, no esquema hohfeldiano, nada mais é do que uma liberdade reconhecida e garantida pela lei. Ou seja, privilégio para Hohfeld, é a liberdade de um indivíduo dentro de uma relação jurídica. Além disso, torna-se claro também que o único conceito correlato dessa liberdade, ou seja, desse privilégio é a ausência de pretensão de terceiros bem como o único conceito fundamental oposto é o dever que os terceiros possuem de não-interferência.

Outro exemplo que vale ser citado para elucidar ainda mais a questão é a opinião de Lord Bowen no caso *Mogul Steamship Co. vs. McGregor*:

*We are presented in this case with an apparent conflict or antinomy between two rights that are equally regarded by the law – the right of the plaintiffs to be protected in their trade, and the right of the defendants to carry on their business as seems best to them, provided they commit no wrong to others*²³.

Nesta passagem podemos perceber mais uma vez o uso indiscriminado do conceito direito. Quando Lord Bowen fala do direito dos autores da ação (*the right of the plaintiffs*) realmente isto significa um direito ou pretensão para o esquema de Hohfeld, pois se trata do direito que os autores têm de ninguém interferir na sua atividade comercial. No entanto, quando Bowen fala do direito dos réus (*right of the defendants*) em relação ao direito dos autores da ação, deve-se interpretar este como sendo um privilégio, ou seja, a liberdade dos réus de gerirem seu negócio como os aprouver.

²² HOHFELD, p. 41.

²³ HOHFELD, p. 43.

Por conseguinte, sendo o *direito* dos autores da ação um *direito stricto sensu* no esquema de Hohfeld, e sendo o “direito” dos réus um privilégio, não há que se falar em conflito. Isto porque na medida em que os réus possuem privilégios, os autores possuem ausência de pretensão e, enquanto os autores possuem direitos ou pretensões os réus não possuem privilégios, ou seja, os réus possuem o dever de não-interferência (como privilégio é conceito fundamental oposto a dever, dizer que determinada parte não possui privilégio é a mesma coisa que dizer que possui dever, ou seja, não-privilégio é igual a dever). Sendo assim, também, poder-se-ia afirmar que, para Hohfeld, privilégio é a mera negação de um dever²⁴. Portanto, no caso citado por Bowen, estamos falando de um caso onde não houve conflito, e não havendo conflito nem violação de lei não há que se falar de nenhuma sanção para a parte ré, trata-se de um *damnum absque injuria* (ausência de pretensão da parte autora) proveniente da atividade econômica. Tal trecho ratifica a tese de Singer que diz ter a origem do conceito fundamental de Hohfeld, ausência de pretensão, no *damnum absque injuria*.

Vale dizer, analisando o vocábulo privilégio em sua utilização cotidiana, que este também possui manifestamente o significado de negação de um dever. Quando dizem para alguém que este possui um privilégio, dizem isto significando que o primeiro não está sob os meandros de nenhum dever que o impeça de realizar certo ato. Além disso, não é difícil achar uma gama de precedentes judiciais americanos da época de Hohfeld e dos dias de hoje que dão a entender claramente que privilégio significa a negativa de um dever legal. Como exemplo, podemos citar o privilégio contra auto-incriminação, presente no sistema pátrio no art. 186 do Código de Processo Penal²⁵, ou seja, tal privilégio é a mera negativa do dever de testemunhar.

Conforme já mencionado, o sinônimo mais próximo de privilégio é liberdade legalmente garantida, tal afirmativa nos é confirmada pela instrutiva passagem do Justice Cave no caso *Allen vs. Flood*, senão vejamos:

²⁴ *Idem*, p.p. 43-44.

²⁵ “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

The personal rights with which we are most familiar are: 1. Rights of reputation; 2. Rights of bodily safety and freedom; 3. Rights of property; or, in other words, rights to mind, body and estate (...). In my subsequent remarks the word 'right' will, as far as possible, always be used in the above sense; and it is the more necessary to insist on this as during the argument at your Lordship's bar it was frequently used in a much wider and more indefinite sense. Thus it was said that a man has a perfect right to fire off a gun, when all that meant, apparently, was that a man has a freedom or liberty to fire off a gun, so long he does not violate or infringe any one's rights in doing so, which is a very different thing from a right, the violation or disturbance of which can be remedied or prevented by legal process²⁶.

No trecho acima citado podemos perceber claramente a diferença entre privilégio e direito. O direito de alguém, como se trata de uma pretensão, se violado pode gerar um processo judicial, pois este é garantido pela lei que garante também o remédio que deve ser utilizado no caso de violação. O privilégio é uma liberdade legalmente garantida. Ou seja, tal liberdade continuará sendo garantida se não violar o direito de ninguém. Nos EUA, todos têm o privilégio, a liberdade de atirar com arma de fogo, desde que não violem com isto direitos de outros. Vale dizer, que como todo privilégio tem como correlato uma ausência de pretensão, se ao utilizar uma arma de fogo não houver qualquer violação de nenhum direito, todos os outros não poderão impedir que haja o disparo, há a ausência de pretensão, pois não há nenhum direito ou pretensão, para respaldar uma medida judicial. Portanto, enquanto um tem o privilégio de utilizar uma arma de fogo, todos os outros têm o dever de não interferirem em tal ato (privilégio igual à ausência de dever).

2.2.3. Poder e sujeição

O esquema demonstrado no início do capítulo é claro ao demonstrar que um poder legal é o conceito fundamental correlato a sujeição e oposto à incompetência. Nos termos postos por Hohfeld existem duas formas de modificação de uma relação jurídica:

²⁶ HOHFELD, p. 48.

(...) (1) from some superadded fact or group of facts not under the volitional control of a human being (or human beings); or (2) from some superadded fact or group of facts which are under the volitional control of one or more human beings. As regards the second class of cases, the person (or persons) whose volitional control is paramount may be said to have the (legal) power to effect the particular change of legal relations that is involved in the problem²⁷.

Sendo assim, é sobre essa segunda categoria de casos que derivam os poderes em sentido técnico, ou seja, os casos em que a vontade de um indivíduo, estando esta sob seu controle, prepondera sobre a de outrem sendo capaz de modificar a relação jurídica.

O sinônimo mais próximo de poder jurídico, segundo Hohfeld, seria competência, sendo este, o contrário de incompetência, conceito oposto a poder. De acordo com *Justice Durfee*, no caso *Remington v. Parkins* (1873) A power is an ability to do²⁸, ou seja, poder seria habilidade de fazer, ter competência para.

Podemos citar vários exemplos de poderes no sentido hofeldiano: o poder de um indivíduo criar obrigações contratuais; poder jurídico de alienar sua propriedade; poder de adquirir propriedade de um objeto abandonado (*res derelicta*); o poder de nomear alguém seu legítimo procurador; o poder de um doador de revogar sua doação por ingratidão (as possibilidades de revogação de doação pelo doador estão elencadas no art. 557 do CC), entre inúmeros outros.

Além disso, para elucidarmos ainda mais a questão daremos exemplo de um caso do ramo dos contratos: Suponhamos que A (proponente) escreva uma carta pra B (oblato) oferecendo vender um terreno por R\$ 10.000, 00 (dez mil reais), sendo que tal carta foi devidamente recebida. Se B (oblato) enviar uma carta-resposta aceitando tal oferta, este passa a ter o poder de impor a obrigação a A (proponente) de vender o terreno pelo valor ofertado. Enquanto B (oblato) tem o poder de comprar o terreno pelo mencionado valor, A (proponente) terá que sujeitar se a vendê-lo. Tal relação jurídica continuará vigente a não ser que o negócio se concretize ou que A, que está sob um poder jurídico de B, revogue sua proposta.

²⁷ HOHFELD, pp. 50-51.

²⁸ *Idem*, p. 51.

Ainda em sede de exemplos, desta vez utilizando-nos de um mais simplório, podemos dizer que o dono de um hotel que coloca uma placa de propaganda oferecendo hospedagem em seus aposentos por determinado preço está sujeito, obrigado a cobrar o valor ofertado na propaganda. Isto porque se trata de uma oferta pública, ou seja, todos que quiserem hospedar-se têm o poder sob o dono do hotel de pagar a quantia anunciada, estando este sob a sujeição de cobrar somente esta²⁹.

Vale mencionar que as cortes judiciais utilizam corriqueiramente a palavra direito (pretensão) quando deveriam utilizar poder jurídico. No entanto, podemos perceber que a diferença principal entre os dois conceitos fundamentais é o fato dos os poderes serem espécies do gênero direito, sendo assim, se um poder for violado este se transforma em um direito, pois gera uma pretensão contra a parte que deveria sujeitar-se, mas não o fez (ex: se o dono do hotel não aceitar cobrar a quantia anunciada na sua oferta ao público quem for prejudicado poderá ingressar com ação contra o mesmo). Utilizando as palavras de Hohfeld: “*Though the nebulous term “rights” is used by courts, it is evident that powers are the actual quantities involved*”³⁰.

Na verdade, a diferença principal, a nosso ver, entre direito (pretensão) e poder no sistema hohfeldiano é que, além do segundo ser espécie do gênero direito, o direito permanece inerte, ou seja, não é exercido até que um dever correlato seja descumprido. Já no caso do poder ele pode ser exercido de pronto, tendo a outra parte que sujeitar se a este. O direito será exercido através de uma ação judicial, já o poder é exercido de pleno, porém se a parte que deveria sujeitar-se não o fizer também gerará uma ação judicial, ou seja, o poder irá se transformar em direito lato sensu, pois acarreta em uma pretensão com respaldo legal.

Passando agora a tratar especificamente do conceito fundamental sujeição, podemos iniciar dizendo que conforme indicado no esquema de Hohfeld este é correlato a poder e oposto à imunidade. Ademais, da mesma maneira que a maioria dos conceitos fundamentais do Direito, sujeição também é utilizada de forma equivocada, sendo repetidamente aplicada como sinônimo de dever e ou obrigação.

²⁹ *Idem*, p. 58.

³⁰ *Ibidem*.

No caso *Booth v. Commonwealth*, onde a Corte do Estado de Virginia promulgou um estatuto, podemos perceber melhor a distinção entre sujeição e dever, assim dizia o estatuto: “*that all free white male persons who are twenty-one years of age and not over sixty, shall be liable to serve as jurors, except as hereinafter provided*”³¹.

Nesse sentido, podemos perceber que é uma sujeição ter um dever criado, no caso, os cidadãos da Virginia tiveram que sujeitar-se ao dever criado de serem jurados. Vale citar também, para conceituarmos melhor sujeição, o conceito de sujeição em John Salmond, no seu livro *Jurisprudence, in verbis*:

*The most important form of liability is that which corresponds to the various powers of action and prosecution arising from the different forms of wrong-doing... Liability in this sense is the correlative of legal remedy”. “Liability or responsibility is the bond of necessity that exists between the wrong-doer and the remedy of the wrong. This vinculum juris is not one of mere duty or obligation; it pertains not to the sphere of ought but to that of must... A man’s liability consists in those things which he must do or suffer, because he has already failed in doing what he ought. It is the ultimum of the law*³².

O conceito fundamental sujeição, nos termos postos por Salmond e adotado por Hohfeld, tem uma conotação de imperatividade, até porque, conforme mencionado, estamos sujeitos à criação de deveres pelo Estado, não podemos questionar isso.

O autor fala expressamente que um dos sinônimos que pode ser utilizado para sujeição é responsabilidade. Por exemplo, a responsabilidade de alguém indenizar outrem devido à violação de alguma cláusula contratual é uma sujeição. Devido a isto Salmond afirma que sujeição é imperativa, há a obrigatoriedade de fazer, não há o que se discutir, como podemos perceber no trecho que segue: “*The word ‘liability’ is the condition in which an individual is placed after a breach of his contract, or a violation of any obligation resting upon him. It is defined by Bouvier to be responsibility*”³³.

³¹ HOHFELD, p. 59.

³² SALMOND, p. 203, nota 19.

³³ HOHFELD, p. 60.

Para elucidar melhor o conceito sujeição vale compará-lo com o conceito dever. O dever é um conceito correlato a direito, sendo assim, se uma pessoa não cumpre seu dever gera uma pretensão, ou seja, uma ação judicial da outra parte, pois esta teve seu direito violado. Nesse sentido, quanto ao dever uma pessoa pode escolher não cumpri-lo sabendo das conseqüências que pode vir a sofrer. No caso da sujeição este é correlato a poder, ou seja, não há escolha, é imperativa, por exemplo, se um doador resolve revogar sua doação à outra parte terá que se sujeitar a isto, não há o que fazer. Ou ainda, se o dono do hotel que fez uma oferta pública não sujeitar se a cobrar o preço anunciado, como este tinha esta responsabilidade, deverá indenizar o hóspede lesionado.

Por conseguinte, a sujeição é um *ultimatum* da lei, e não pode ser descumprida, enquanto que um dever pode ser descumprido apesar das conseqüências que isto acarretará.

2.2.4. Imunidade e incompetência

Imunidade é o conceito correlato à incompetência (ausência de poder) e o conceito oposto a sujeição, ou seja, trata-se de uma ausência de sujeição. Podemos dizer que um poder contrasta-se de forma geral com uma imunidade da mesma forma que um direito contrasta-se com um privilégio. Um direito é uma pretensão fundamentada legalmente de um indivíduo contra outro, enquanto que um privilégio é a liberdade que um indivíduo possui perante a pretensão (direito) de outro. Similarmente, um poder é o controle de um sobre a relação jurídica formada, enquanto que a imunidade é justamente a liberdade que um indivíduo possui de não sofrer o controle de outrem, sendo que este é detentor de um poder na relação jurídica. Sendo assim, pode-se falar em ausência de sujeição, pois o indivíduo que é imune não sofre sujeição alguma na relação jurídica³⁴.

Por exemplo, se X é proprietário de uma terra, Y não pode vender a terra de X pra ninguém, pois é incompetente para tanto. X, nesse caso, possui imunidade tanto contra Y quanto qualquer outra pessoa que tente vender sua propriedade, pois estes não possuem poder para tanto. No entanto, se X tem um procurador legitimamente constituído para vender suas terras, então o primeiro passa a ter uma sujeição enquanto o procurador tem um poder, não há que se falar em imunidade neste caso.

³⁴ HOHFELD, p. 60.

No caso da imunidade tributária esta é assim denominada, pois tal termo expressa de forma clara e definida a intenção de excluir tal indivíduo ou entidade daquele tributo. Desta forma, fala-se em imunidade porque não há nenhuma entidade estatal competente (revestida de poder) para cobrar tal tributo, ou seja, quem possui imunidade não está sujeito à cobrança de determinado tributo devido à incompetência que outros possuem de cobrá-lo.

Nesse sentido, observemos a decisão do Justice Peckham, no caso *Phoenix Ins. Co. vs. Tennessee* que demonstra também a confusão entre a utilização do conceito fundamental imunidade e do conceito privilégio:

*(...) The word 'immunity' expresses more clearly and definitely an intention to include therein an exemption from taxation than does either of the other words. Exemption from taxation is more accurately described as an 'immunity' than as a privilege, although it is not to be denied that the latter word may sometimes and under some circumstances include such exemptions*³⁵.

É notório também o fato de que o conceito direito é utilizado, por muitas vezes, para denominar imunidade de forma equivocada como também é utilizado erroneamente no lugar dos outros conceitos fundamentais do Direito conforme mencionado. Portanto, o melhor sinônimo para imunidade segundo Hohfeld é o termo isenção³⁶, já que este significa também ausência de sujeição de uma parte, correlata à incompetência (ausência de poder) de outra.

3. Conclusão

Por todo o exposto, pudemos perceber que Wesley N. Hohfeld era ao menos um preceptor do movimento realista norte-americano, ou seja, aplicou fortemente a pesquisa empírica nos seus estudos, marca da metodologia realista que surgiu pouco depois de sua morte.

Outra característica marcante que demonstra fortes traços do movimento realista em Hohfeld é o fato deste poder ser considerado um *Jurisprudential*

³⁵ *Idem*, p. 61.

³⁶ Não nos cabe no presente trabalho fazer uma diferenciação entre *isenção* e *imunidade*, tal discussão já é bem conhecida entre os tributaristas brasileiros e não é o objetivo nem a finalidade desta dissertação. Hohfeld apenas traz os dois como vocábulos sinônimos, não adentrando neste mérito, *imunidade* e *isenção* significando a *não-sujeição*.

Bricoleur na acepção de Levy-Strauss³⁷. Ou seja, fazer uma bricolagem significa dizer que o autor não elaborou novas idéias, mas apenas deu novo uso a velhas idéias, rearrumando-as de um jeito inédito. Portanto, podemos afirmar que o título do principal artigo de Hohfeld “*Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning*” também poderia ser denominado “*Fundamental Legal Conceptions as should be applied in judicial reasoning*”. O sentido de bricolagem na acepção de Levy-Strauss é exatamente este. Hohfeld rearrumou idéias que já existiam e, como pudemos observar, afirma isso expressamente. No entanto, seu esquema trouxe um novo norte para o raciocínio jurídico, logo apesar de sua teoria partir de uma observação da prática já existente esta traz uma nova forma de utilização em prol da maior certeza na interpretação e utilização dos conceitos. Portanto, não se trata apenas dos conceitos fundamentais do Direito aplicados ao raciocínio jurídico, mas, além disso, de como eles devem ser aplicados de Hohfeld em diante.

Ao nosso ver a principal contribuição de Hohfeld é o fato deste, através de uma observação empírica da prática do Direito, ter conseguido sair do reducionismo secular imposto às relações jurídicas, ou seja, que estas são constituídas apenas de direitos subjetivos contrapostos a deveres. Devido a este fator Hohfeld ganhou notoriedade e respeito bem como foi muito criticado.

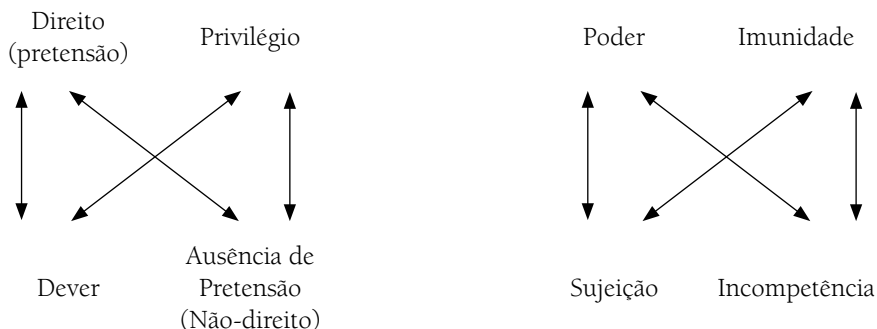
A principal crítica feita era de que era impossível saber se as relações jurídicas realmente se caracterizavam pelos seus oito conceitos. Seriam os oito conceitos o suficiente ou seriam estes um exagero? Grande parte dos autores de sua época e posteriores a Hohfeld acreditavam que as relações deveriam continuar sendo reduzidas a direitos versus deveres³⁸.

Fato é que na pior das hipóteses os conceitos fundamentais elaborados por Hohfeld servem no mínimo para um melhor raciocínio jurídico e o foco nas relações de forma individualizadas minimiza enormemente os erros de interpretação. Para facilitar ainda mais o entendimento do esquema de Hohfeld vale citar o melhoramento do mesmo feito por Glanville Williams³⁹ onde as setas verticais representam os conceitos fundamentais correlatos e as setas diagonais os conceitos opostos:

³⁷ HULL, 1997, p. 12.

³⁸ HALPIN, vol. 44, 1985, pp. 435-457; HUSIK, n. 264, 1923-1924, pp. 263-277; e KOCOUREK, vol. 24, 1920-1921, pp. 24-39.

³⁹ WILLIAMS, vol. 44, 1985, pp. 435-457.



Um exemplo de direito *lato sensu* que incorporaria todas as relações do esquema hohfeldiano seria o direito de propriedade. O direito de propriedade segundo hohfeld é um congregado de relações e possui todas as relações dos conceitos fundamentais do Direito como pudemos perceber no ponto anterior. Exemplificaremos para o leitor e este poderá acompanhar o raciocínio observando o esquema supra transcrito: Direito (pretensão) correlato a dever – se alguém invadir uma propriedade o dono da propriedade pode acionar a justiça para expulsar o invasor, pois tem essa pretensão, esse direito. Enquanto isso o invasor tinha o dever de permanecer fora da propriedade alheia. Privilégio correlato a ausência de pretensão – Quando o dono de uma propriedade adentra em suas próprias terras não há nada que um terceiro possa fazer para expulsá-lo ou impedi-lo de fazê-lo. Isto porque o proprietário tem o privilégio (liberdade) de adentrar em sua propriedade e o terceiro tem o não-direito, ou seja, a ausência de pretensão e não há nada que possa fazer para expulsar ou impedir o proprietário de exercer seu privilégio. Poder correlato a sujeição – O proprietário tem o poder de alienar sua propriedade e quanto a isso todas as outras partes terão que se sujeitar a tal transferência de direitos. Imunidade correlata a incompetência - Se um terceiro tentar vender as terras de um proprietário sem procuração o proprietário está imune a tal ato, pois o terceiro não tinha poder para tal, ou seja, era incompetente para a realização do negócio jurídico. Por sua vez, os conceitos opostos compostos das setas diagonais podem ser deduzidos a partir dos conceitos correlatos acima explicitados⁴⁰.

⁴⁰ HOHFELD, pp. 65-114.

A análise de Hohfeld representou, em primeiro lugar, o ponto culminante de um longo ataque à teoria dos atos não-danosos a terceiros (*self-regarding acts*) como meio de justificação das leis vigentes. Ou seja, os autores modernos reconheceram até onde o sistema jurídico deve permitir que um indivíduo cause dano a outro. Sendo assim, enquanto os autores clássicos encaravam o *damnum absque injuria* quase como algo essencialmente ruim, os autores modernos afirmavam que havia boas razões para permitir tal dano em inúmeras situações. Além disso, enquanto os autores clássicos definiam liberdade legalmente prevista como a permissão de agir sem cometer danos a outros, os autores modernos redefiniram tal liberdade como uma relação entre dois indivíduos. Hohfeld, por sua vez, definiu essa liberdade como sendo associada a uma sujeição ou a uma ausência de pretensão em outros. Portanto, a única liberdade que interessou Hohfeld ao elaborar seus conceitos fundamentais do Direito foi a liberdade que, se exercida, poderia deixar outros suscetíveis a sofrerem danos.

Hohfeld, assim como a maioria dos escritores analíticos modernos, demonstrou que o ordenamento jurídico não aboliu totalmente a insegurança gerada por um suposto estado de natureza. Áreas como a competição econômica e a competição entre trabalho e capital mostram que as leis não substituíram totalmente o estado de natureza, trouxeram apenas regras para definir as áreas nas quais a guerra de todos contra todos seria permitida.

Os analíticos modernos acabaram com a ilusão trazida pela teoria dos atos não-danosos a terceiros (*self-regarding acts*) de que o sistema jurídico não era contraditório. A crítica de Hohfeld ao sistema clássico demonstra que direitos legalmente previstos são justificados fundamentalmente por uma teoria legal e política contraditória. As sentenças judiciais não são determinadas ou racionalmente justificadas por uma lógica inerente dos direitos, isto porque tais direitos trazem em si os princípios contraditórios da liberdade de ação e da segurança. Ou seja, não há alternativa a não ser decidir cada caso sob a luz de interesses e objetivos em constante competição. Nesse sentido, de acordo com Singer “(...) *it is an illusion to think that legal reasoning is any less political and subjective than the reasoning used by legislators, voters and other political actors* (...)”⁴¹.

O que Hohfeld tenta trazer com sua teoria é uma lógica jurídica que reconhece as contradições presentes no sistema jurídico, posto que seus

⁴¹ SINGER, p. 1059.

alicerces são a liberdade individual e a segurança coletiva, mas que ajuda na melhor análise e solução dessas contradições. Tal lógica jurídica torna mais fácil a tomada de decisões, pois acoberta a noção de que toda decisão jurídica que tomamos é acima de tudo uma decisão política e moral⁴².

Indagação que poderia surgir com a observação da teoria de Hohfeld seria se o autor visava à manutenção de um status quo ou se este visava à melhoria e a evolução do mesmo. Ou seja, seria Hohfeld um conservador ou um progressista? Somente o fato de Hohfeld ter sido o primeiro a incorporar o *damnum absque injuria* em seus conceitos fundamentais na forma do conceito ausência de pretensão já demonstra que era um progressista. Além disso, em sua carta entregue à Association of American Law Schools, em Dezembro de 1914, intitulada “*A Vital School of Jurisprudence and Law: Have American Universities Awakened to the Enlarged Opportunities and Responsibilities of the Present Day?*”⁴³, ratifica-se sua posição não conservadora.

Nesta carta, Hohfeld analisa o ensino jurídico nas Universidades do país e sugere melhoras para as mesmas. Sua principal sugestão e também, sua principal preocupação eram que a terminologia jurídica fosse refinada e tornada mais clara, senão vejamos: “(...) *The clarifying and refining of our legal terminology is, moreover, an indispensable prerequisite to any substantial improvement of our future legislation* (...)”⁴⁴.

Portanto, Hohfeld era um teórico analista que observou detalhadamente o sistema jurídico de seu país e, com isto, elaborou sua teoria dos conceitos fundamentais do Direito. Obviamente tal teoria é passível de críticas e não foi nem nunca será a solução de todos os problemas jurídicos, no entanto, foi o início do reconhecimento dos danos não passíveis de reparação (*damnum absque injuria*) e foi uma tentativa que, se não é totalmente correta para alguns, pelo menos mostra o caminho ideal a ser seguido para que melhores teorias jurídico-analíticas surjam dentro do sistema jurídico de cada país. E apesar de Einstein ter afirmado que: “*Between the conception and its articulation is a gap which no logic can jump*”⁴⁵, para justificar o seu modo de pensar, acreditamos que Hohfeld conseguiu conceber e articular de forma clara e precisa sua teoria transpondo tal vazio com sua lógica analítica.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ HOHFELD, pp. 333-384.

⁴⁴ *Idem*, p. 350.

⁴⁵ EINSTEIN, 1963-1964, p. 318.

Referências bibliográficas

- CULLISON, Alan D. A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts. In: *Cleveland Marshall Law Review*, 16, 1967, pp. 559-573.
- GRAY, John C. *The nature and sources of law*. New York: Elibron Classics, 2005.
- HALPIN, Andrew K. W. Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two. In: *Cambridge Law Journal*, v. 44, 1985, pp. 435-457.
- HULL, N.E.H.; POUND, Roscoe; LLEWELLYN, Karl. *Searching for an American Jurisprudence*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press, 2000.
- HOLLAND, Thomas E. *The Elements of jurisprudence*. New Jersey: The Lawbook Exchange, First American from the Seventh English edition, 2006.
- HUSIK, Isaac. Hohfeld's Jurisprudence. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 264, 1923-1924, pp. 263-277.
- KOCOUREK, Albert. The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts. In: *Illinois Law Review*, v. 24, 1920-1921, pp. 24-39.
- LLEWELLYN, Karl N. Wesley Newcomb Hohfeld. In: *The Yale Law Journal*, v. 28, n. 2, dezembro de 1918, pp. 166-168.
- LLEWELLYN, Karl N. Wesley Newcomb Hohfeld – Teacher. In: *The Yale Law Journal*, v. 28, n. 8, junho de 1919, pp. 795-798.
- RADIN, Max. A restament of Hohfeld. In: *Harvard Law Review*, v. 51, n. 7, 1938, pp. 1141-1164.
- SGARBI, Adrian. Verbete “Hohfeld, Wesley Newcomb”. In: Barreto, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SINGER, Joseph William. The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld. In: *Wisconsin Law Review*, n. 975, 1982, pp. 975-1059.
- STONE, Roy L. An Analysis of Hohfeld. In: *Minnesota Law Review*, n. 313, 1963-1964, pp. 313-337.

Recebido para publicação em agosto/2007

Aprovado em novembro/2007