



CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DE HOHFELD NO DIREITO BRASILEIRO

CONSIDERATIONS ON HOHFELD'S FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS IN BRAZILIAN LAW

Sara Moreira de Souza Leite*

Fabiana Moura Coelho**

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar, de forma sintética, a teoria dos conceitos jurídicos fundamentais desenvolvida pelo professor Wesley Newcomb Hohfeld. Parte-se de uma análise de sua obra, abordando-se os 8 termos que considera denominadores comuns mais básicos do Direito, cuja compreensão é essencial a melhor solução de casos concretos. Em seguida, confronta-se sua teoria brevemente com alguns aspectos das formulações de Genaro Carrió e de Alf Ross. Posteriormente, são apresentadas algumas críticas de autores nacionais. Apesar de pouco conhecida no Brasil, a teoria de Hohfeld oferece aportes capazes de esclarecer determinados aspectos do fenômeno jurídico, a partir de uma perspectiva normativista.

Palavras-chave: conceitos jurídicos. Hohfeld. norma jurídica. normativismo.

Abstract: This paper aims to briefly present the theory of fundamental legal conceptions developed by professor Wesley Newcomb Hohfeld. It starts with an analysis of his work, approaching the 8 terms that he considers the most basic common denominators of Law, whose understanding is essential for the best solution of lawsuits. Then, his theory is briefly confronted with some aspects of the ideas developed by Genaro Carrió and Alf Ross. Subsequently, some criticisms by national authors are presented. Despite its little circulation in Brazil, Hohfeld's theory offers ideas that can clarify some aspects of the legal phenomenon, from a normativist perspective.

Keywords: legal conceptions. Hohfeld, legal norms. normativism.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DESCRIÇÃO DA TEORIA DE HOHFELD. 2. AS POSIÇÕES DE CARRIÓ E ROSS. 3. A CRÍTICA DE ANDRÉ FREIRE. 4. A POSIÇÃO DO TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Recebido em: 09.08.2022. Aprovado em: 06.10.2022.

* Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. MBA Global Finance pelo IBMEC. Especialista em Direito aplicado ao Ministério Público ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procuradora da República desde 2014. E-mail: sara_sms@hotmail.com.

** Fabiana Moura Coelho, doutora em Artes pela ECA/USP. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Advogada. OAB SP 360.200. E-mail: fabianamcoelho@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este artigo enfoca as contribuições teóricas do professor Wesley Newcomb Hohfeld para estudos no campo da teoria geral do direito. Apesar de ser um autor muito relevante para os estudos dessa área nos Estados Unidos – sendo, inclusive, o nome da cadeira de Filosofia do Direito da Universidade de Yale – o pensamento de Hohfeld é pouco conhecido no Brasil.

A pesquisa realizada foi de tipo bibliográfico, enfatizando a descrição da obra de Hohfeld, com a apresentação também das perspectivas e formulações de Genaro Carrió e de Alf Ross. Ao final, o texto expõe algumas críticas da doutrina nacional ao pensamento de Hohfeld.

1. DESCRIÇÃO DA TEORIA DE HOHFELD

O professor Wesley Newcomb Hohfeld, que lecionou nas Universidades de Stanford e Yale e era conhecido por sua clara inteligência e sua brilhante capacidade de análise, nasceu nos Estados Unidos em 1879 e faleceu em 1819, antes dos 39 anos. Sua obra analisada neste artigo, “Conceitos jurídicos fundamentais como aplicados na argumentação judicial”¹, foi publicada em artigo escrito em 1913 e é relevante no mundo jurídico anglo-saxão não só pela teoria que expõe, mas também pela influência na reformulação de normas, como as relativas a contratos².

A principal mensagem de Hohfeld aos juristas é no sentido de que uma análise jurisprudencial adequada é ferramenta essencial para a eficiência da atividade cotidiana do advogado ou juiz, análise essa que seria tanto mais fácil como correta se realizada com base em conceitos jurídicos fundamentais para solucionar casos concretos³.

¹ Tradução livre do título do artigo, original em inglês: *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*.

² CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

³ V. introdução por Walter Wheeler Cook em HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. Editado por Walter Wheeler Cook, então professor na Universidade de Columbia University, ex-professor na Universidade de Yale. New Haven: Yale University Press, 1919.

Em seu artigo, Hohfeld leciona que problemas jurídicos podem ser solucionados com o uso de oito conceitos fundamentais. Antes de apresentar esses conceitos, aborda inicialmente a diferença entre conceitos jurídicos e não jurídicos.

Considera necessário diferenciar relações puramente jurídicas dos seus elementos físicos e mentais, sobretudo considerando a ambiguidade de certos termos jurídicos, como propriedade, termo que pode significar tanto um direito como a terra o objeto desse direito. Esclarece Hohfeld que essas dificuldades residem no fato de que as palavras surgem inicialmente para serem aplicadas no meio físico, e somente depois a elas se agregam usos relativos a relações jurídicas⁴.

Em seguida, Hohfeld aborda fatos operativos em contraste com fatos probatórios.

Fatos operativos, ou constitutivos, causais ou dispositivos, são aqueles suficientes para alterar relações, criando-as ou extinguindo-as, considerando as normas que regem determinada situação. No caso de uma obrigação contratual, por exemplo, são fatos operativos afirmativos: ambos os contratantes serem pessoas, ambos serem maiores de idade, apresentação de uma proposta etc.; enquanto são fatos operativos negativos a ausência de recusa da proposta, ou que um indivíduo não tenha induzido o outro em erro sobre elementos relativos ao tema objeto do contrato⁵.

Fatos probatórios, por sua vez, são aqueles cuja apuração proporciona base lógica para que outros fatos sejam inferidos, fatos esses que podem ser constitutivos ou probatórios intermediários⁶.

Nesse contexto, um contrato (o próprio papel assinado), por exemplo, deve ser considerado fato operativo no dia da celebração, e probatório, posteriormente, perante o tribunal⁷.

⁴ HOHFELD, op. cit.

⁵ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. Editado por Walter Wheeler Cook, então professor na Universidade de Columbia University, ex-professor na Universidade de Yale. New Haven: Yale University Press, 1919.

⁶ HOHFELD, op. cit.

⁷ HOHFELD, op. cit.

Após apresentar esses esclarecimentos iniciais, no item seguinte, “Relações jurídicas fundamentais em contraste entre si”, Hohfeld passa a tratar dos oito conceitos que considera fundamentais para o adequado exercício da atividade jurídica.

Para ele, o entendimento no sentido de que todas as relações jurídicas podem ser reduzidas somente aos termos “direitos” e “deveres” é um dos maiores obstáculos para a correta solução jurídica de casos, então propõe um esquema no qual apresenta variações das relações, dividido em duas categorias denominadas correlativos jurídicos e opostos jurídicos⁸:

Figura I: Categorias de relações jurídicas de Hohfeld

Jural Opposites	{ right no-right	privilege duty	power disability	immunity liability
Jural Correlatives	{ right duty	privilege no-right	power liability	immunity disability

Fonte: Hohfeld (1919, p. 36).

Observa-se já de início que não são conceitos novos. A apresentação desses conceitos na forma de opostos e correlativos, bem como sua delimitação conceitual, é que ganham destaque nesse esquema proposto por Hohfeld. Os correlativos jurídicos descrevem uma relação jurídica (composta por pelo menos duas pessoas) vista pela perspectiva de cada pessoa⁹.

O termo *right* (direito), para Hohfeld, deve ser mais limitado do que o geralmente usado, e corresponde especificamente à reivindicação (*claim*) de uma pessoa em face de outra. Parte-se do conceito do seu termo correlativo *duty* (dever), que significa aquilo que alguém tem ou não que fazer¹⁰.

Por exemplo, se o indivíduo X tem, em face do indivíduo Y, o direito de que este tem que ficar fora da propriedade daquele, o correlativo é que Y tem o dever, em face de X, de ficar fora das terras deste¹¹.

⁸ HOHFELD, op. cit., p. 36.

⁹ HOHFELD, op. cit.

¹⁰ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. Editado por Walter Wheeler Cook, então professor na Universidade de Columbia University, ex-professor na Universidade de Yale. New Haven: Yale University Press, 1919.

¹¹ HOHFELD, op. cit.

O termo *privilege* (privilégio), por sua vez, é o oposto de *duty* (dever) e o correlativo do *no-right* (não-direito). Significa a ausência de dever, ou seja, a liberdade de uma pessoa em face de outra¹².

Partindo-se do exemplo anterior, X tem o privilégio de entrar em sua própria propriedade, ou seja, ele não tem o dever de ficar fora dela, pois o privilégio de entrar na sua propriedade é a negação do dever de ficar fora dela. Assim, como visto antes, o correlativo do direito de X de que Y não entre em sua propriedade é o dever de Y de ficar de fora; e o correlativo do privilégio de X de ele próprio entrar na sua propriedade manifesta-se pelo não-direito de Y de exigir que X não entre em sua propriedade¹³.

Um exemplo de uso desse termo na seara criminal foi apresentado por Hohfeld ainda no tópico anterior sobre fatos operativos: se X ataca Y ameaçando sua integridade física, esses fatos criam para Y o privilégio da legítima defesa, ou seja, de repelir o ataque de X; ou, por correlação, o dever antes existente de Y de deixar de aplicar força contra X é extinto nesse contexto de fatos¹⁴.

Outro exemplo mencionado por Hohfeld na mesma obra é o *privilege against self-incrimination*, que corresponde à negação do dever do investigado de depor.

O termo *power* (poder), por sua vez, corresponde ao controle de uma pessoa em face da situação jurídica de outra. Hohfeld explica que uma alteração em uma relação jurídica pode ser causada por fatos que estão ou não sob controle de um ser humano, e no caso de estar, a pessoa cuja vontade é primordial é a que se diz que tem o poder para promover a alteração na relação jurídica¹⁵.

Por exemplo, o indivíduo X, proprietário de um bem móvel, tem poder para extinguir seu vínculo jurídico, ao abandonar a coisa ou transferi-la a terceiro. Abandono, aí, seria fato operativo¹⁶.

¹² HOHFELD, op. cit.

¹³ HOHFELD, op. cit.

¹⁴ HOHFELD, op. cit.

¹⁵ HOHFELD, op. cit.

¹⁶ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. Editado por Walter Wheeler Cook, então professor na Universidade de Columbia University, ex-professor na Universidade de Yale. New Haven: Yale University Press, 1919.

Poder seria sinônimo de *ability*, cuja tradução, à primeira vista, seria habilidade ou mesmo capacidade, porém, Hohfeld entende que *ability* não se confunde com *capacity* (capacidade), pois capacidade é conjunto de fatores operativos, e não termo referente a uma relação jurídica¹⁷.

A pessoa cuja situação jurídica será atingida por quem exerce o poder está em uma posição de *liability* (traduzido por Carrió como “sujeição”¹⁸), o que não significa necessariamente uma desvantagem – no exemplo acima, o abandono da coisa é uma vantagem para os que estão em posição de *liability* em relação a X, pois têm a oportunidade de adquirir a propriedade dessa coisa abandonada.

O termo *immunity* (imunidade) significa isenção e é o correlativo de *disability* (não-poder) e o oposto de *liability*. Corresponde à situação na qual uma pessoa não pode ter uma situação jurídica alterada por atos de outra pessoa – essa pessoa sem o poder legal de fazer essa alteração está em uma situação de *disability*¹⁹, traduzido por Carrió como incompetência²⁰.

Por exemplo, se X possui uma propriedade, e um *sheriff* (autoridade local) tem um mandado de execução para vender essa propriedade, o *sheriff* tem o poder e X está em posição de sujeição, correlativa a esse poder. Se o mandado for para a venda de apenas parte da propriedade, em relação à outra parte, X é imune (ou isento) e o *sheriff* não tem poder sobre essa outra parte da propriedade²¹. O autor destaca ainda diversos casos de imunidade tributária.

Imunidade pode ser então entendida como liberdade de uma pessoa em relação ao poder de outra.

Aqui observa-se um contraste entre poder e imunidade semelhante àquele entre direito e privilégio: o direito é uma demanda/reivindicação afirmativa em face de outro, enquanto o poder é um controle afirmativo sobre uma relação jurídica com outro – assim,

¹⁷ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. Editado por Walter Wheeler Cook, então professor na Universidade de Columbia University, ex-professor na Universidade de Yale. New Haven: Yale University Press, 1919.

¹⁸ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

¹⁹ HOHFELD, op. cit.

²⁰ CARRIÓ, op. cit.

²¹ HOHFELD, op. cit.

enquanto o privilégio é a liberdade de um em relação ao direito de outro, a imunidade é a liberdade de alguém em relação ao exercício de um poder/controle de outro²².

Pelo exposto, os termos direito, privilégio, poder e imunidade correspondem, de forma geral, a direitos, e os termos dever, não-direito, sujeição e incompetência (ou não-poder) correspondem, de forma geral, a ônus²³.

Hohfeld considera esses oito termos os denominadores comuns mais básicos do Direito, portanto são essenciais para melhor entender as relações jurídicas em um caso concreto e, assim, chegar-se à melhor solução para o caso. Ao longo de sua obra, analisa diversos julgados envolvendo esses termos.

2. AS POSIÇÕES DE CARRIÓ E ROSS

Genaro Carrió foi um jurista e filósofo argentino, professor de Introdução ao Direito na Universidade de Buenos Aires e presidente da Suprema Corte da Argentina²⁴, que escreveu sobre a teoria de Hohfeld e foi tradutor de sua obra para o espanhol.

Para Genaro Carrió, os conceitos jurídicos fundamentais de Hohfeld correspondem ao que denomina expressões B. Explica que há ações e omissões juridicamente proibidas, obrigatórias ou permitidas – essa qualificação deontica corresponde ao nível mais alto e geral. Expressões B estão então entre essa classificação e as expressões de situações mais específicas objeto das diversas divisões da ciência dogmática do direito, a exemplo de hipoteca, herdeiro, avalista etc²⁵.

Ressalta Carrió que Hohfeld apenas se propôs a esclarecer o significado das noções fundamentais e suas relações recíprocas, e não tratou dos fatores sociais ou campos de direito de surgimento dessas noções, nem de sua justiça ou conveniência²⁶. De todo modo, é justamente a objetividade das lições Hohfeld que propiciam seu caráter pragmático, e era esse seu objetivo.

²² HOHFELD, op. cit.

²³ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. Editado por Walter Wheeler Cook, então professor na Universidade de Columbia University, ex-professor na Universidade de Yale. New Haven: Yale University Press, 1919.

²⁴ Informação disponível em: <<https://filosofia.net/ddf/phm/grc.htm>>.

²⁵ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

²⁶ CARRIÓ, op. cit.

O jurista e filósofo dinamarquês Alf Ross refinou a análise de Hohfeld e apresentou um esquema inspirado naquele, dividido em modalidades de normas de conduta e de competência²⁷.

Normas de conduta, segundo Ross²⁸, prescrevem como atuar, e normas de competência regulam como podem ser criadas, por meio de atos jurídicos, normas válidas e obrigatórias²⁹:

Figura II: Modalidades de normas de conduta

<i>Modalidades de normas de conduta</i>	
(1) Obligación (obligation) A-B (C)	= Pretensión (claim) B-A (C).
(2) Permiso (permission) A-B (no-C)	= No-pretensión B-A (C).
(3) Pretensión A-B (C)	= Obligación B-A (C).
(4) No-pretensión A-B (C)	= Permiso B-A (no-C).

Fonte: ROSS (1971, p. 113).

No quadro acima, “=” indica correlação/sinônimo, e “~” indica que são contraditórias. A fórmula ‘obrigação A-B(C)’ significa que A tem, em relação com B, uma obrigação de desenvolver o comportamento C, sendo C a descrição da situação e tema da obrigação de A.

Para Ross³⁰, portanto, permissão é a negativa da obrigação. A liberdade de um indivíduo de ir ao bosque, de passear pela rua, significa, portanto, que ele não tem nenhuma obrigação de fazer ou de não fazer tais coisas, e que outros não tem nenhum direito sobre ele. Se essa liberdade for individual (por exemplo, liberdade de um proprietário de passear em seu terreno), chama-se privilégio.

As outras quatro modalidades estão indicadas no quadro a seguir³¹:

²⁷ CARRIÓ, op. cit.

²⁸ ROSS, Alf. **Lógica de las normas**. Trad, Jose S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971, p. 113.

²⁹ As normas de competência definem um ato jurídico e se dividem em 3 grupos que determinam: órgão competente para realizar o ato; procedimento (competência formal) e o conteúdo (competência material), conforme Ross, em: ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Trad. Genaro R. Carrió Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

³⁰ ROSS, Alf. **Lógica de las normas**. Trad, Jose S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971.

³¹ ROSS, op. cit., p. 114.

Figura III: Modalidades de normas de competência

<i>Modalidades de normas de competencia</i>	
(5)	$\text{Sujeción (subjection) } A-B(F) = \text{Competencia (competence) } B-A(F).$
(6)	$\text{Inmunidad (immunity) } A-B(F) = \text{Incompetencia (disability) } B-A(F).$
(7)	$\text{Competencia } A-B(F) = \text{Sujeción } B-A(F).$
(8)	$\text{Incompetencia } A-B(F) = \text{Inmunidad } B-A(F).$

Fonte: ROSS (1971, p. 114).

A fórmula 'sujeição A-B(C)' significa que A está sujeito às disposições de B (seus atos criadores de normas), dentro do campo F, sendo que F descreve a competência de B tanto material como de procedimento.

Ross define competência como a capacidade de criar normas ou efeitos jurídicos, portanto, seria um caso especial de poder (este o termo usado por Hohfeld). Sujeição, por sua vez, é o correlato de poder ou competência – os cidadãos estão submetidos ao poder do legislador, por exemplo, e os herdeiros, ao poder daquele que criou o testamento³².

Quanto aos termos correlatos incompetência e imunidade, esclarece Ross que toda pessoa é dotada de imunidade em face de qualquer outra que não possuir poder (ou seja, incompetente) com relação à primeira³³.

Conclui Ross no sentido de que sua doutrina difere da de Hohfeld porque este não interpreta as modalidades em termos de suas funções jurídicas e não parece se dar conta de que as modalidades não são realmente mais do que ferramentas linguísticas do Direito.

Nada obstante, como já ressaltado, é justamente a objetividade e a simplicidade das lições Hohfeld que conferem seu caráter pragmático almejado pelo autor.

³² ROSS, op. cit.

³³ ROSS, op. cit.

3. A CRÍTICA DE ANDRÉ FREIRE

André Luiz Freire³⁴ realiza uma ampla revisão crítica dos conceitos propostos por Hohfeld. Além de focar alguns dos méritos aqui já abordados, como a simplicidade e pragmatismo do autor, apresenta também certos limites da teoria.

Primeiramente, Hohfeld não constrói seus conceitos a partir de definições, mas de exemplos. O próprio conceito de direito fica indefinido, sendo passível de apreensão apenas quando contraposto ao conceito de dever. No mesmo sentido, embora o autor sustente a importância em se diferenciar conceitos jurídicos e não jurídicos, bem como ressalte a importância de se atentar para as ambiguidades e inexactidões da linguagem, ele não oferece um critério claro para se separar o jurídico do não jurídico. Logo, a aplicação do seu sistema conceitual, fora do contexto por ele mesmo apresentado, passa a depender de extrapolações, potencialmente imprecisas, a partir dos exemplos que ele propõe.

Em sentido similar, os exemplos utilizados para definir o “privilégio” e o “não direito” são, de acordo com Freire, muito obscuros. Afirma o autor:

De acordo com Hohfeld, o oposto do direito é o não-direito, sendo que o oposto do dever é o privilégio. Por sua vez, não-direito e privilégio são correlativos. Como usual, ele fornece exemplos e não define as expressões. X – escreve Hohfeld – tem o direito que Y não entre em sua propriedade; além disso, X possui o privilégio de entrar em sua própria propriedade, sendo que Y possui um não-direito de que X não poderá entrar na propriedade. O exemplo não parece muito claro, sendo o caso de analisar mais detidamente. Convém reformular as expressões: (i) X tem, em face de Y, o privilégio “de entrar na propriedade p”; (ii) Y tem um não-direito perante X que este “não entre na propriedade p”. Pela leitura dos enunciados, percebe-se não haver um verdadeiro correlativo, já que as condutas descritas em (i) e (ii) são distintas. No enunciado (i) a ação é a seguinte: “X pode entrar na propriedade p”; em (ii), a conduta é “X não pode entrar na propriedade p”. Uma conduta é a negação da outra. A relação conversa de (i), em realidade, é a de que “Y não pode impedir X de entrar na propriedade p”. Logo, há uma inconsistência no exemplo de Hohfeld (FREIRE, 2017, on-line).

³⁴ FREIRE, André Luiz. **A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesley-newcomb-hohfeld>.

A questão, de fato, é que ter um privilégio significa ter um poder de agir, da mesma forma que o não direito consiste no dever de não interferir sobre os poderes de agir (isto é, sobre os privilégios) alheios. Nesse sentido, se o único conteúdo do privilégio é a prerrogativa de agir e o único conteúdo do não direito é a vedação de se interferir sobre os privilégios alheios, parece que a distinção entre direitos e deveres seria suficiente para atender a essa categoria. Logo, na visão de Freire³⁵, que parece correta, “o privilégio (liberdade) nada mais é do que um direito-pretensão que tem, como relação conversas, o dever de não-interferência no exercício do direito”.

Em outras palavras, não parece ser necessária uma categoria conceitual distinta para expressar a possibilidade que o titular de uma posição jurídica de vantagem (ou seja, de um direito) tem de exercer ou não aquele direito, bem como não parece útil dar outro nome ao dever que todos têm de não interferir no legítimo exercício dos direitos do titular. Nessa mesma linha de raciocínio, Freire também aponta que os conceitos de imunidade e impotência seriam também desnecessários. Eles também poderiam ser descritos como aspectos do binômio direito e dever, respectivamente.

Assim, seria possível decantar a proposição de Hohfeld a apenas dois binômios. O primeiro seria o de direito/dever. Extraíndo-se a essência dos exemplos a partir dos quais ele constrói os seus conceitos, direito seria a posição jurídica (isto é, garantida pelo ordenamento), que permite a alguém exigir uma conduta, positiva ou negativa, de outro, outros, ou mesmo de todos. O dever, por sua vez, é a imposição a alguém de uma atuação, em face de outrem. Assim, enquanto o direito, sob a visão do sujeito ativo, indica uma permissão, o dever, sob a visão do sujeito passivo, indica uma obrigação³⁶.

³⁵ FREIRE, André Luiz. **A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesley-newcomb-hohfeld>.

³⁶ FREIRE, André Luiz. **A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesley-newcomb-hohfeld>.

Nesse particular contexto, Freire indaga se o direito indica sempre uma prerrogativa, uma faculdade de exercício, ou se ele pode também conter algum tipo de dever. A resposta apontada é que podem existir poderes-deveres que, conquanto sejam direitos e continuem consistindo, para o seu titular, em uma posição de vantagem, o exercício dessa posição é cobrado pela norma. Na seara do direito público, os poderes-deveres (ou deveres-poderes, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello) são conhecidos aspectos dessa situação, dada a atribuição, pela norma, de prerrogativas aos entes públicos, as quais, no entanto, devem ser exercidas, sempre que a situação nelas prescrita se verificar. No direito privado, o exemplo lembrado por Freire é o da função social da propriedade. Ser proprietário é, claramente, um direito, mas o exercício desse direito, ou de prerrogativas ligadas a ele, pode ser exigido pela norma, sob pena de sanção.

O segundo binômio de Hohfeld que merece ser preservado é o relativo a poderes/sujeições. Diferentemente do direito, o poder é a possibilidade de sujeitar outra pessoa a ele, enquanto a sujeição é a necessidade de se submeter. O legislativo tem o poder de, mediante produção de normas jurídicas, sujeitar os cidadãos aos seus comandos. Não seria correto, conceitualmente, afirmar que o legislativo tem o direito de sujeitar o cidadão. O poder, portanto, está descrito em uma norma de competência, o que é diferente de uma permissão, que caracteriza o direito. A norma atribui a alguém a competência para alterar uma situação jurídica. Freire nota que essa situação se distingue daquela que deriva, por exemplo, de um ato ilícito, em que nascem direitos e deveres para os envolvidos. É que o poder jurídico é sempre institucional, derivado de uma norma que descreva essa condição. A capacidade de causar dano é fática, deriva do comportamento natural dos envolvidos.

Na doutrina nacional, essa categoria é recorrentemente referida como direito potestativo ou potestade, que é o direito de alterar unilateralmente a situação jurídica de outrem, sendo exemplo o direito de divorciar-se. Haverá autores que optam por criar uma categoria genérica de direitos subjetivos e subdividi-la em espécies de direitos-pretensão e direitos potestativos, bem como autores que, na linha de Hohfeld, preferem reservar a expressão direitos apenas para aqueles vinculados a uma pretensão, deixando os direitos potestativos em categoria completamente diversa.

4. A POSIÇÃO DO TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO

Uma vertente teórica que alcançou grande repercussão no Brasil, especialmente em razão dos escritos de Miguel Reale, foi a teoria tridimensional do direito³⁷. De modo geral, segundo a proposta de Reale, o fenômeno jurídico pode ser descrito a partir da correlação entre três elementos, fato, valor e norma, sempre referidos ao contexto cultural da sociedade em que se apresentam. Para o autor, a tentativa de descrever o fenômeno jurídico a partir de qualquer um desses três aspectos, isoladamente, é reducionista. Essas teorias monistas, das quais o normativismo lógico de Kelsen é a mais conhecida, contribuem para a compreensão de aspectos do fenômeno jurídico, mas de modo incompleto.

A proposta de Reale se baseia na interdependência e correlação necessária de fato, valor e norma, importando a concepção do fenômeno jurídico como necessariamente axiológico-normativa. Por isso, nenhuma pesquisa jurídica poderia ser realizada apenas sobre uma dessas fatias, sob pena de apresentar resultados não confiáveis. Afirma Reale³⁸:

A jurisprudência ou ciência do direito é dialética e concretamente normativa, assim como o jurista como tal, só pode pensar sub specie regulativa, subordinando fatos e valorações à medida integrante que se contém nas regras de direito. Cada norma jurídica, considerada em si mesma, constitui uma integração racional de fatos e valores, tal como se aperfeiçoa graças à mediação do poder, o qual lhe assegura vigência nas conjunturas espaço-temporais. Quando o poder social ou o poder estatal, em virtude de seu ato decisório, aperfeiçoa o nascimento de uma norma costumeira ou legal, uma certa ordem de valores resulta consagrada, tornando-se obrigatória: a norma não é, assim, um 'objeto ideal', mas uma realidade cultural, inseparável das circunstâncias de fato e do complexo de estimativas que condicionam o seu surgir e o seu desenvolvimento, a sua vigência e, à luz desta, a sua eficácia (REALE, 2002, p. 61).

Nesse contexto, percebe-se que a teoria de Hohfeld estaria sujeita à crítica de Reale, na medida em que pretende compreender o fenômeno jurídico de uma perspectiva estritamente normativista. Nesse sentido, o próprio Kelsen, ao longo do desenvolvimento de sua teoria, reconheceu a necessidade de incorporar aspectos valorativos na análise do direito, não contemplados por Hohfeld. Talvez o falecimento precoce do autor, que fez com que sua

³⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁸ REALE, op. cit., p. 61.

obra fosse bastante reduzida, tenha contribuído para essa relativa incompletude de suas formulações, quando comparadas com as de Kelsen³⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Classificações jurídicas não são descritivas, mas prescritivas. Elas não incidem sobre um fenômeno objetivamente observável, mas sim procuram organizá-lo a partir de pré-compreensões, com o propósito de facilitar o seu entendimento, estudo e o estabelecimento de conclusões, igualmente prescritivas.

A teoria de Hohfeld, nesse contexto, pode ser enquadrada como uma modalidade de normativismo, uma vez que pretende compreender a estrutura das normas independentemente do seu contexto social e axiológico. Nesse sentido, sua proposta se aproxima da formulada por Kelsen.

De um lado, a teoria de Hohfeld merece ser mais estudada no Brasil, dado que procura esclarecer aspectos do fenômeno jurídico ligados especificamente à estrutura das normas e à correlação entre direitos e deveres, poderes e sujeições, imunidades e incompetências. Quando se considera o momento histórico em que foi apresentada, assim como a precoce morte de seu autor, que o privou de tempo para o desenvolvimento mais amplo de seu pensamento, a teoria de Hohfeld representa um avanço considerável para a cultura jurídica.

Do ponto de vista crítico, duas observações podem ser feitas. Primeiramente, a estrutura de pensamento de Hohfeld falha por não desenvolver completamente seus próprios conceitos, valendo-se apenas de exemplos para a sua formulação, bem como por propor uma estrutura lógica que parece desnecessariamente complexa para explicar o fenômeno sobre o qual se debruça. Nesse sentido, outras concepções mais simples entregam resultados tão ou mais precisos. Para ficar apenas no campo do normativismo, a teoria de Kelsen, pouco estudada nos Estados Unidos, entrega formulações mais completas e elegantes que as de Hohfeld.

³⁹ GONZAGA, Alvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. **Tridimensional do Direito, Teoria**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito-teoria>

Em segundo lugar, podem ser dirigidas a Hohfeld as críticas que se apresentam a todas as teorias normativistas. Reduzir o direito ao estudo da estrutura da norma, tal como se estuda uma equação matemática, é um empreendimento cuja utilidade precisa ser muito bem compreendida para não se tornar enganoso. Entender a estrutura da norma não significa entender como o direito é produzido, aplicado ou vivenciado em uma sociedade. A estrutura normativa, por mais perfeita ou adequada que seja, pode não corresponder ao direito que o seu estudo pretende descrever.

REFERÊNCIAS

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREIRE, André Luiz. **A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesley-newcomb-hohfeld>>. Acesso em: 26/03/2022.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Tridimensional do Direito, Teoria**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito-teoria>>. Acesso em: 26/03/2022.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. Editado por Walter Wheeler Cook, então professor na Universidade de Columbia University, ex-professor na Universidade de Yale. New Haven: Yale University Press, 1919.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Conceptos Jurídicos Fundamentales**. Trad. Genaro R. Carrió. México: Distribuciones Fontamara, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Lógica de las normas**. Trad. Jose S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.