

## 4

### Críticos de Hohfeld

*"(...) But Einstein was phlegmatic. When a book was published entitled 'One Hundred Authors Against Einstein' he retorted: 'If I were wrong, then one would have been enough (...)'"*<sup>1</sup>.

#### 4.1

##### Albert Kocourek

Albert Kocourek foi contemporâneo de Wesley N. Hohfeld tendo discutido a teoria dos conceitos fundamentais do Direito com o próprio autor. Um ano antes de seu falecimento (1917) Hohfeld pediu a Kocourek que fizesse uma declaração formal de suas críticas e elogios à teoria. Tais críticas e elogios originaram o artigo que será exposto no presente ponto intitulado *The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts*<sup>2</sup>.

Antes de criticar os conceitos fundamentais do Direito de Hohfeld, Kocourek elogia a teoria enfatizando que a tabela de conceitos fundamentais contrapostos foi uma novidade trazida por Hohfeld, já que a tabela de vocábulos jurídicos correlatos teve sua origem, ainda que de forma embrionária, em Terry e Salmond<sup>3</sup>. Com tal esquema Hohfeld demonstrou de forma clara, segundo o autor, a grande complexidade das relações jurídicas existentes. Sendo assim, o autor tentou suprir o aparato técnico insuficiente do Direito, ciência que sempre fora a mais retrógrada de todas justamente por possuir pouco progresso e pela incerteza que sua prática gera.

De acordo com Kocourek, um dos principais méritos de Hohfeld foi o fato deste tornar claro que toda e qualquer relação jurídica existe apenas entre duas

---

<sup>1</sup> HAWKING, Stephen. *A briefer history of time*, New York: Bantam Books, 2005, audio book.

<sup>2</sup> KOCOUREK, Albert. *The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts* em Illinois Law Review, Vol. 24, 1920-1921, pp. 24-39.

<sup>3</sup> Nesse sentido vide SINGER, Joseph William. *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, em Wisconsin Law Review, n° 975, 1982, pp. 975-1059.

pessoas, inclusive se a relação for *in rem*. As relações devem ser sempre consideradas separadamente para que haja uma análise correta. Kocourek afirma que a confusão existente à época em casos de direitos *in personam* que envolviam obrigações solidárias era sempre desastrosa<sup>4</sup>, tendo Hohfeld esclarecido tal equívoco.

Outro ponto de grande importância trazido por Hohfeld, segundo Kocourek, é o fato de seu conceito fundamental do Direito, *sujeição*, ter sofrido uma extensão em seu significado dentro do esquema. Ou seja, no esquema hohfeldiano, *sujeição* pode significar tanto uma vantagem quanto uma desvantagem<sup>5</sup>, portanto, tal conceito bipolar correlato ao conceito *poder* torna-se indispensável para a melhor análise das relações jurídicas.

Tendo mencionado os elogios que Kocourek faz à teoria de Hohfeld, passaremos agora a analisar suas críticas.

Segundo Kocourek a tabela de conceitos fundamentais contrapostos de Hohfeld é inconsistente e de pouca utilidade jurídica. Primeiramente porque esta não seria uma tabela de conceitos opostos e sim de conceitos contraditórios ou negativos. Isto porque, em lógica, opostos são os termos extremos de quantidade, ou seja, -A é o oposto de +A. No caso das relações jurídicas o *direito* ou a *pretensão* de ter R\$ 100,00 pagos a uma pessoa seria o oposto do *dever* que essa pessoa tem de pagar R\$ 100,00. Afinal, segundo Hohfeld, quando tratamos de conceitos opostos temos que olhar duas situações diferentes através do ponto de vista da mesma pessoa. Nesse sentido, *direito* e *ausência de pretensão* não seriam conceitos opostos, pelo menos em sentido lógico, seriam meros conceitos contraditórios.

Desta forma, Kocourek acrescenta que *dever* não seria o conceito oposto de *privilégio*, tal conceito deveria ser *não-privilégio* ou *ausência de privilégio*. Kocourek cita Hohfeld para ratificar sua posição, senão vejamos:

“(...) whereas X has a *right* or *claim* that Y, the other man should stay off the lands [of X], he himself [X] has the *privilege* of entering on the land; or, in equivalent

---

<sup>4</sup> KOCOUREK, Albert. Op. Cit. p. 26.

<sup>5</sup> Conforme explicitado no item 2.2.3 do presente trabalho que trata especificamente dos conceitos fundamentais do Direito *poder* e *sujeição*.

words, X does not have a duty to stay off. The privilege of entering is the NEGATION of a duty to stay off”<sup>6</sup>.

O autor ainda acrescenta que o conceito fundamental *privilégio* é utilizado no sentido de liberdade, sentido este que não é jurídico. Além disso, o oposto de liberdade seria ausência de liberdade ou não-liberdade assim como o oposto de *direito* é *não-direito* ou *ausência de pretensão*. Portanto, para Kocourek nem todo *dever* é oposto de uma liberdade como qualquer direito *in personam* pode demonstrar (exemplos dados por Kocourek: a liberdade do dono da Fazenda Paciência de entrar em suas terras pode ser oposta a um *dever* contratual da mesma pessoa de não ficar fora de suas terras; a liberdade do dono da Fazenda Paciência de entrar em suas terras também seria o oposto da liberdade que este tem de permanecer fora delas). Portanto, *privilégio* (liberdade) e *dever*, segundo o autor, não são nem opostos nem conceitos que se excluem, sendo assim, tal divisão carece de coerência lógica, portanto, o oposto de *privilégio* seria a própria ausência de privilégio ou não-privilégio (não-liberdade).

Kocourek também critica Hohfeld no ponto em que este diz ser totalmente contrário a qualquer tipo de definição de termos, afinal estas são sempre insatisfatórias<sup>7</sup>. Isto porque, enquanto Hohfeld rechaçara qualquer tipo de definição de seus termos certamente ele fez necessário que outros o tentassem o fazer para que pudessem entender seu esquema e sua proposta.

Quanto à tabela de conceitos fundamentais correlatos, Kocourek afirma que esta é logicamente consistente, com exceção das relações entre *privilégio/ausência de pretensão* e *imunidade/incompetência*. Para Kocourek, um termo correlato é o termo oriundo de uma idéia necessariamente conectada e consistente com relação à outra idéia. Sob esse aspecto as relações correlatas entre *direito/dever* e *poder/sujeição* teriam consistência não fosse sua utilização obscura, inconsistente e dúplice dada pela escola hohfeldiana.

---

<sup>6</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 39. Em tradução livre: “(...) enquanto X tem um direito ou uma pretensão de que Y, o outro individuo, permaneça fora de suas terras, ele, X, tem o privilégio de entrar nas terras ou, em palavras equivalentes, X não tem o dever de permanecer fora. O privilégio de entrar é a negação do dever de permanecer fora”.

<sup>7</sup> “(...) The strictly fundamental legal relations are, after all, *sui generis*; and thus it is that attempts at formal definition are always unsatisfactory, if not altogether useless”. HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 36. Em tradução livre: “As relações legais estritamente fundamentais são, afinal, *sui generis*, assim qualquer tentativa de definição formal é sempre insatisfatória quicá totalmente inútil”.

Por exemplo, Hohfeld fala do *privilégio* do dono de uma propriedade de expulsar um invasor de suas terras<sup>8</sup>. Isto seria uma confusão entre *liberdade (privilégio)* e *poder*. Quando uma pessoa age por si só sem qualquer consequência legal, como por exemplo, andar em suas terras, esta está exercendo sua *liberdade*, porém, quando o dono de uma terra expulsa um invasor de sua propriedade, este estaria exercendo um *poder*, isto porque ele está fazendo algo em detrimento de outrem, ou seja, alguém sofre alguma desvantagem com sua ação. Portanto, devido ao fato de *privilégio (liberdade)* ser um conceito não-jurídico inúmeros equívocos ocorrem com relação ao conceito *poder*.

Além disso, Kocourek também critica o que Hohfeld denomina *privilégio* contra auto-incriminação, senão vejamos nas palavras de Hohfeld:

“(...) in the law of evidence, the privilege against self-crimination signifies the mere negation of a duty to testify, - a duty which rests upon a witness in relation to all ordinary matters; and, quite obviously, such privilege arises, if at all, only by virtue of general laws”<sup>9</sup>.

Walter Wheeler Cook, um dos principais defensores de Hohfeld da época, também fala do *privilégio* contra a auto-incriminação, mas este afirma que além de *privilégio* isto também pode ser considerado um *direito* e uma *imunidade*<sup>10</sup>. Sendo assim, Kocourek afirma que se trata de uma situação curiosa o fato da mesma relação jurídica ser ao mesmo tempo três conceitos fundamentais do Direito. Se o sistema de Hohfeld permite tal diversidade, ficaria patente que o mesmo necessitaria de uma reformulação, pois, devido a isto, seus conceitos fundamentais do Direito não poderiam ser chamados de fundamentais nem de mínimos denominadores comuns e tampouco de átomos do direito.

Ainda com relação ao conceito *privilégio*, Kocourek critica a aplicação de Hohfeld quando este correlaciona *privilégio* com *ausência de pretensão*. Diz o autor que tal termo, considerado como *liberdade*, não é relativo e sim absoluto, portanto, não deve se relacionar com nenhum outro conceito. Ou seja, para Kocourek a não existência de direitos (*ausência de pretensão*) em uma pessoa

<sup>8</sup> KOCOUREK, Albert. Op. Cit. p. 32.

<sup>9</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 46. Em tradução livre: “(...) em processo penal, o privilégio contra auto-incriminação significa a mera negação do direito de testemunhar, - um dever a qual toda testemunha tem com relação a qualquer matéria, e obviamente, tal privilégio surge, somente em virtude de lei”.

<sup>10</sup> COOK, Walter W. em HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 7.

com relação à liberdade (*privilégio*) de outra não pode configurar uma relação, pois é inócua.

Pelo mesmo motivo a relação entre *imunidade* e *incompetência* também é passível de crítica. Além disso, Kocourek afirma que a pessoa também poderia ser considerada por ser *incompetente* justamente por possuir um *dever* ou uma *ausência de poder* (*no-power*). Por esse outro motivo essa relação criada por Hohfeld seria incompleta e limitada.

Nesse sentido, a relação entre *imunidade* e *incompetência* também não possuiria qualquer consequência jurídica assim como a relação entre *privilégio* e *ausência de pretensão*. Isto porque, *imunidade*, no sistema hohfeldiano, seria uma *imunidade* a nada, ou seja, *imunidade* a uma coisa que ainda não foi prevista pela lei, algo que ainda não existe. Assim, a categoria *imunidade/incompetência* seria uma categoria vazia, sem qualquer conteúdo. Por exemplo, se A tem um *poder* contra B, B possui uma *sujeição* em relação a A. Porém, se A não possui tal *poder* (*incompetência*), B possuiria uma *imunidade*, uma *ausência de sujeição*, ou seja, não há relação alguma, há um vazio dos dois lados (“... *a case of blanks on both sides...*”<sup>11</sup>), sendo sua análise sem qualquer utilidade jurídica.

Tratando da relação entre *privilégio/ausência de pretensão* esta não teria qualquer relevância jurídica justamente por ser uma categoria negativa assim como a categoria *imunidade/incompetência*. Por exemplo, se A, dono de um charuto o fuma em local permitido, este exerce uma *liberdade* (*privilégio*). Ninguém possui um *direito* (*pretensão*) contra A para que este não fume seu charuto. Ou seja, ninguém leva nenhuma vantagem se A fumar ou deixar de fumar seu charuto, não havendo qualquer significado jurídico. Tal relação *privilégio/ausência de pretensão* também não deveria ser levada em consideração, pois demonstraria uma preocupação extremada com todo e qualquer ato de liberdade colocando-os sempre em questionamento e sob análise, o que não deveria ser feito para não limitar o exercício da liberdade individual de forma demasiada.

Sendo assim, Kocourek reduz tais categorias do esquema de Hohfeld aos seguintes termos:

---

<sup>11</sup> KOCOUREK, Albert. Op. Cit. p. 34. Em tradução livre: “... um caso de vazio nos dois lados...”

“(…) Where one has no right to, or claim upon, the act of another, the other may do as he pleases. *Ex nihilo, nihil fit*. The two categories last discussed are simply two kinds of negatives – the absence of power and the absence of right (claim), respectively. In neither case is there a correlative. Non-existence is the most absolute thing in the world, and incidentally it is perhaps one of the few logical absolutes”<sup>12</sup>.

Devido a isto, para Kocourek, os termos *privilégio* e *imunidade* são absolutos, sendo os termos *ausência de pretensão* e *incompetência* termos meramente negativos o que, por si só, não é capaz de formar uma relação, até porque um termo absoluto não comporta relação com qualquer outro termo, não existe relação com algo que existe por si só.

Kocourek ainda afirma que Hohfeld obteve mérito inquestionável em construir uma estrutura extremamente original apesar de possuir grande grau de ingenuidade. Os termos que esse utilizou não foram inventados por ele, mas a tabela como um todo é original. Apesar disso, Kocourek indaga que o uso que Hohfeld deu aos termos jurídicos demonstrou uma total falta de reconhecimento da importância da distinção entre relações jurídicas e fatos jurídicos. Tal confusão de idéias, portanto, teve sua origem no fato de que metade do seu esquema é oriundo de situações que não envolvem qualquer tipo de relação jurídica.

Levando em conta todos os fatores mencionados, Kocourek afirma que o Sistema de Hohfeld não possui qualquer valor jurídico apesar da sua originalidade. Além disso, afirma que o fato do termo *privilégio* ser utilizado no sentido de *liberdade*, conceito não jurídico, e a limitação dada por Hohfeld ao uso do termo *imunidade*, só gerariam confusões na resolução de questões jurídicas mais complexas.

Sendo assim, Kocourek propõe uma reconstrução da tabela de Hohfeld, senão vejamos:

| TABELA DE CONCEITOS CONTRADITÓRIOS |               |                                |             |
|------------------------------------|---------------|--------------------------------|-------------|
| <i>Conceitos jurídicos</i>         |               | <i>Conceitos não-jurídicos</i> |             |
| Direito                            | Poder         | Liberdade                      | Imunidade   |
| Ausência de                        | Incompetência | Ausência de                    | Ausência de |

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 36. Em tradução livre: “(…) Onde um indivíduo possui uma ausência de pretensão contra o ato de outro, este, por sua vez, pode agir como quiser. *Ex nihilo, nihil fit*. As duas últimas categorias discutidas são simplesmente duas categorias negativas – a ausência de poder e a ausência de pretensão, respectivamente. Nos dois casos não há termo correlato. A inexistência é a coisa mais absoluta do mundo e, incidentalmente, é talvez uma das poucas certezas lógicas”.

|           |  |           |           |
|-----------|--|-----------|-----------|
| pretensão |  | liberdade | imunidade |
|-----------|--|-----------|-----------|

| TABELA DE CONCEITOS CORRELATOS |          |                                |           |
|--------------------------------|----------|--------------------------------|-----------|
| <i>Conceitos jurídicos</i>     |          | <i>Conceitos não-jurídicos</i> |           |
| Direito                        | Poder    | Liberdade                      | Imunidade |
| Dever                          | Sujeição | _____                          | _____     |

## 4.2

### Isaac Husik

Professor Husik discute a teoria de Hohfeld em seu artigo intitulado *Hohfeld's Jurisprudence* de 1923 publicado na *University of Pennsylvania Law Review*<sup>13</sup>. Neste artigo, o autor propõe três questões principais que, de acordo com o mesmo, fundamentam todas as críticas feitas a Hohfeld, são estas: Teria Hohfeld demonstrado realmente que a relação *direito/dever* é inadequada? Assumindo que tal resposta seja afirmativa seriam os novos termos introduzidos por Hohfeld mais adequados e satisfatórios do que os anteriormente utilizados? Considerando que sim, teriam estes termos ajudado Hohfeld na melhor solução dos problemas jurídicos?<sup>14</sup>

O autor acredita que a definição de *direito* de Holland<sup>15</sup> em seu livro

<sup>13</sup> HUSIK, Isaac. *Hohfeld's Jurisprudence* em *University of Pennsylvania Law Review*, nº 264, 1923-1924, p. 263-277.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 263.

<sup>15</sup> Vide conceito de *direito* em HOLLAND, Thomas E.. Op. Cit., p. 70-71, *in verbis*: "(...) If, irrespectively of his having, or not having, either the might, or moral right on his side, 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 carried out, then he has a 'legal right' so to carry out his wishes. If it is a question of might, all depends upon a man's own powers of force or persuasion. If it is a question of moral right, all depends on the readiness of public opinion to express itself upon his side. If it is a question of legal right, all depends upon the readiness of the State to exert its force on his behalf. It is hence obvious that a moral and a legal right are so far from being identical that they may easily be opposed to one another. Moral rights have, in general, but a subjective support, legal rights have the objective support of the physical force of the State. The whole purpose of laws is to announce in what cases that objective support will be granted, and the manner in which it may be obtained. In other words, Law exists, as was stated previously, for the definition and protection of rights". Em tradução livre: "Se, independentemente de ter ou não ter tanto a possibilidade de agir quanto o direito moral, o poder estatal, mesmo assim, proteger um indivíduo na liberdade de perseguir seus desejos bem como coagir outras pessoas para que não interfiram em tais atos, pode-se dizer que tal indivíduo é titular de um direito legalmente previsto. Se é uma questão de possibilidade, tudo

*Elements of Jurisprudence* é suficiente para demonstrar que o conceito fundamental *direito* é passível de subdivisões e, portanto, englobaria conceitos hohfeldianos como *poder* e *privilégio*. Para Holland o termo *direito* está na base da lei, sendo assim, o objetivo da lei é criar, garantir, declarar e proteger *direitos*. *Direitos* legalmente previstos denotam em última instância, quando tratados de forma pragmática, a habilidade que uma pessoa ou um grupo de pessoas, titulares de tais *direitos*, tem de controlar atos ou proibições com relação a outras pessoas, tendo para isto a ajuda da força estatal. Portanto, para que tal *direito* exista faz-se mister a existência de pelo menos duas pessoas, uma que possui o *direito* e outra que possui o *dever*. No entanto, para Holland, a palavra *dever* não acrescenta nada de substancial, trata-se apenas da visão do *direito* sob um ângulo diferente, ou seja, tanto *direitos* quanto *deveres* podem ser colocados na base de qualquer sistema jurídico<sup>16</sup>.

Como Husik considera correta a concepção de Holland de que a relação *direito/dever* é a base de todo sistema jurídico, afirma que esta é, portanto, passível de subdivisões. Assim, para o autor, o conceito *poder* de Hohfeld pode ser encarado como espécie do gênero *direito*. Nestes termos, de acordo com Holland, *direito* é a habilidade de controlar atos de outrem com a ajuda da força estatal e, comparativamente, para Hohfeld *poder* é a habilidade de controlar relações jurídicas derivando através deste o controle dos atos. Ou seja, enquanto *poder* seria o controle sobre as relações jurídicas ocorrendo, com isto, o controle indireto dos atos de outrem sem ajuda da força do Estado, *direito* seria o controle direto sobre os atos com a ajuda da coerção estatal.

A relação entre *direito* e *poder* para Husik pode ser ilustrada através da relação entre palavra e substantivo. Todo substantivo é uma palavra, mas nem toda palavra é um substantivo. Em última instância, ambos denotam realidades do universo humano, porém enquanto *palavra* denota realidade diretamente, *substantivo* denota primariamente uma específica relação gramatical, ou melhor,

---

depende da própria força de um homem ou do seu poder de persuasão. Se é uma questão de direito moral, tudo depende da aprovação da opinião pública que estará ou não do seu lado. Se é uma questão de direito respaldado na lei, tudo depende da ação do Estado em exercer sua força. Portanto, é obvio que um direito moral e um direito respaldado pela lei são conceitos opostos. Direitos morais têm, em geral, um suporte subjetivo, direitos previstos legalmente possuem um suporte objetivo, a força do Estado. O propósito de toda e qualquer lei é anunciar em quais casos o suporte objetivo será garantido e a maneira que este será obtido. Em outras palavras, a lei existe, como afirmado anteriormente, para a definição e proteção de direitos”.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 264.

uma *palavra* de um tipo gramatical específico, denotando apenas secundariamente uma realidade física. Sendo assim, *poder* deveria ser considerado espécie do gênero *direito*, não uma espécie coordenada com o último, no mesmo patamar fundamental como entende Hohfeld. Sendo assim, como Hohfeld equipara o conceito *direito* a todos seus outros conceitos, afinal os considera conceitos fundamentais, o autor não possuiria em sua teoria analítica nenhum termo genérico, termo este que sempre deve existir alicerçando toda e qualquer ciência.

Assumindo então que o termo *direito* seria esse conceito geral basilar da teoria analítica do Direito e que *poder* seria mera espécie do mesmo, Husik afirma que o conceito fundamental *imunidade* é mera faceta da relação constituída pelo conceito *poder*. Para Hohfeld, *imunidade* seria o conceito correlato de *incompetência* que é a mesma coisa que dizer *ausência de poder* e o conceito oposto de *sujeição*. Portanto, se A tem um *poder* em uma relação com B, B tem uma *sujeição*. Este seria o lado de B na relação de *poder*. Se A não possui *poder* em relação a B, B possui uma *imunidade*. Esse seria o lado de B na relação de *não-poder* ou *ausência de poder*. Sob esse viés somente existiria a relação entre *direito/dever*, dado que *poder* é conceito derivado de *direito*, e *imunidade* é igual a *não-poder*.

Com relação ao conceito fundamental de Hohfeld, *privilégio*, conceito este correlato ao conceito *ausência de pretensão* ou *não-direito* e oposto ao conceito *dever*, Husik possui duas objeções. Afirma, primeiramente, que se trataria de uma relação que poderia ser expressa por termos que já existiam antes de Hohfeld, ou seja, através da relação *direito/dever*. Não adiantaria mudar a nomenclatura se esta não melhorar a percepção sobre as bases conceituais do Direito. Para Husik o que a teoria analítica do Direito busca são os conceitos básicos necessários e suficientes. Sendo assim, ter mais conceitos do que o necessário é tão prejudicial para o bom entendimento do Direito quanto ter menos conceitos. Assim, o conceito *privilégio* de Hohfeld dividir-se-ia em três partes: (1) na ausência de *dever* de fazer alguma coisa; (2) em ter um *direito* ou uma *pretensão* contra outros para que estes não interferissem em determinado ato; (3) em não estar submetido a nenhum *dever* que proíba a realização de determinado ato. Em outras palavras, partindo dessa constituição do conceito *privilégio*, este pode ser perfeitamente traduzido com a utilização dos termos *direito* e *dever*. Portanto, para Husik, o conceito *privilégio* pode até ser importante estilisticamente e para que se evite a

circunlocução, no entanto, trata-se de um conceito composto e derivado, não elementar e tampouco original.

Além disso, Husik acredita que o conceito *privilégio* forma uma relação puramente factual e extralegal sendo sua inserção no rol dos conceitos fundamentais do Direito por Hohfeld não apenas inócua, mas prejudicial porque leva a erros de interpretação.

Do ponto de vista analítico nenhuma relação que não seja regulada e protegida pelo Estado poderia ser dita jurídica. Sendo assim, para Husik, *privilégio*, no esquema de Hohfeld, faz parte de uma relação a qual o Estado não regula e tampouco protege. O exemplo da salada de camarão de Hohfeld<sup>17</sup> ilustra perfeitamente tal situação, o Estado, segundo Husik, diria nessa situação para ambas as partes: “In the matter of X’s eating the salad, I leave to your physical strength and caprice. I will not interfere. I will protect neither X in his attempt to eat it, nor you in your effort to prevent him if you so desire”<sup>18</sup>. Ou seja, o Estado lava suas mãos com relação a toda a situação. Portanto, para Husik, o conceito *privilégio* também poderia ser expresso por uma relação composta de: uma *ausência de pretensão* da pessoa titular do *privilégio*, que não possui nenhum remédio judicial caso haja interferência de terceiros; ausência de um *dever* negativo da pessoa titular do *privilégio*, ou seja, não há obrigação de não fazer, de não exercer tal *privilégio*; ausência de *dever* positivo da pessoa que possui o *privilégio*, ou seja, exercerá tal privilégio se quiser e quando quiser, afinal trata-se de uma liberdade<sup>19</sup>. Em outras palavras, o conceito *privilégio* é composto de três negações de relações jurídicas. Portanto, uma relação jurídica positiva não poderia ser composta da soma de três negativas de relações jurídicas.

Para sintetizar, Husik acredita que a classificação de conceitos fundamentais de Hohfeld não deve ser mantida pelas seguintes razões: (1) Hohfeld não possui nenhum termo genérico que corresponda à concepção de *direito* de Holland, o que seria absolutamente fundamental e indispensável; (2) Seu conceito *poder* deveria ser considerado espécie do gênero *direito* no sentido trazido por Holland (*legal*

---

<sup>17</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 41.

<sup>18</sup> HUSIK, Isaac. Op. cit. p. 267. Em tradução livre: “Com relação a X comer a salada, deixarei tal assunto para ser resolvido através da força física e capricho das partes. Não vou interferir. Não protegerei nem a tentativa de X de comer a salada, nem o esforço de alguém tentar impedir tal ação”.

<sup>19</sup> *Ibid*, p. 268.

*right*), e não uma espécie coordenada com *direito* como co-espécie; (3) O conceito *imunidade* é supérfluo porque é a mera negação do conceito *sujeição*. De acordo com o próprio Hohfeld, as relações *direito/dever* e *poder/sujeição* são relações distintas. A relação *imunidade/incompetência (ausência de poder)* é a mera negação da relação *poder/sujeição* não podendo ser considerada fundamental; (4) O conceito *privilégio* é supérfluo e irrelevante. Supérfluo porque pode ser expresso por uma combinação da negação de três relações entre *direito/dever* e irrelevante porque, sendo juridicamente negativo, não pode ser considerado componente de uma relação jurídica.

Portanto, com relação aos conceitos fundamentais do Direito de Hohfeld, Husik acredita que sua utilização nada acrescenta para o operador do Direito bem como para o teórico analítico do Direito<sup>20</sup>. Além disso, com relação aos direitos *in rem* e direitos *in personam* em Hohfeld, Husik afirma que a teoria de Hohfeld, que cunhou o conceito de multiplicidade de direitos (*multital rights* ou direitos *in rem*) e de singularidade de direitos (*paucital rights* ou direitos *in personam*), não está errada, mas também afirma que não estaria claro o benefício que sua utilização poderia trazer<sup>21</sup>.

### 4.3

#### Andrew Halpin

Andrew Halpin critica os conceitos fundamentais do Direito de Hohfeld em seu artigo intitulado *Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two*<sup>22</sup>, de 1985. Seu artigo como o próprio nome menciona reduz os conceitos fundamentais de Hohfeld de oito para dois, ou seja, só considera como fundamentais os conceitos *direito* e *dever*.

Sua primeira crítica, assim como Kocourek é com relação ao conceito fundamental *privilégio*. Alega que se *privilégio*, como dito por Hohfeld, é a mera negação de *dever*<sup>23</sup>, ou seja, *ausência de dever*, este não pode ser tido como

---

<sup>20</sup> *Ibid*, p. 270.

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 275.

<sup>22</sup> HALPIN, Andrew K. W.. *Hohfeld's Conceptions: From eight to two* em Cambridge Law Journal, Vol. 44, 1985, p. 435-457.

<sup>23</sup> Nesse sentido vide HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 44: "Thus far it has been assumed that the term *privilege* is the most appropriate and satisfactory to designate the mere negation of

fundamental, pois se pode ser reduzido à negação de outro conceito torna-se automaticamente superficial.

No entanto, Halpin afirma que nos termos postos por Hohfeld, *privilégio* é algo a mais do que a mera negação de um *dever*. Por exemplo, o *privilégio* que X possui de adentrar suas próprias terras não envolve apenas o fato de Y ser legalmente proibido de impedir que X proceda de tal forma, mas também o fato de Y não poder expulsar X das suas próprias terras uma vez que este já esteja dentro da propriedade. Ou seja, o termo *privilégio* além de ser a *ausência de dever* de não realizar tal ato também envolve o reconhecimento e a proteção da lei na realização de tal ato, sendo assim mais do que a mera negação de um *dever*.

Sob esse viés, segundo Halpin, existem três termos distintos<sup>24</sup>:

(a) dever: X está submetido a uma obrigação com relação a Y de agir de maneira determinada;

(b) ausência de dever (não-dever): X não está submetido a nenhuma obrigação com relação a Y de agir de maneira determinada;

(c) privilégio: X está protegido que Y o impeça de agir de certa maneira;

Podemos perceber que *privilégio* (c), como utilizado no exemplo de Hohfeld no *privilégio* de X adentrar suas terras, não é o mesmo que o *privilégio* equivalente à *ausência de dever*, (b), que aparece na definição geral de Hohfeld.

Tal inconsistência para Halpin é facilitada pela ambigüidade gerada pelo termo *opostos* utilizado por Hohfeld ao comparar as relações fundamentais opostas. Ou seja, (b) e (c) são opostos de (a), mas enquanto (a) e (b) são opostos de negação, (a) e (c) envolvem opostos extremos: ser obrigado a fazer alguma coisa (*dever*) e ter a permissão positiva para fazer algo (*privilégio*) representam dois extremos.

Segundo Glanville Williams<sup>25</sup> o termo *privilégio* de Hohfeld poderia ser mais bem interpretado se tivesse a expressão *a não* acrescida. Ou seja, o oposto de estar submetido a um *dever* de fazer alguma coisa seria o *privilégio a não* (*privilege not*) fazer tal coisa. Portanto, Halpin, afirma que o conceito *privilégio* seria um oposto híbrido alternante<sup>26</sup> afinal alterna em seu sentido entre a mera

---

duty”. Em tradução livre: “Então, por todo exposto, o termo *privilégio* pode ser tido como o mais apropriado e satisfatório para designar a mera negação de um *dever*”.

<sup>24</sup> HALPIN, Andrew K. W.. Op. cit. p. 444.

<sup>25</sup> WILLIAMS, Glanville, *The concept of legal liberty* Apud HALPIN, Andrew K. W.. Op. cit. p. 442.

<sup>26</sup> HALPIN, Andrew K. W.. Op. cit. p. 445.

negação de um *dever* como também entre a permissão positiva da lei a um indivíduo para que este realize algo.

Além disso, se um *privilégio* consiste na proteção concedida pela lei que permita X de realizar algum ato, tal proteção poderia ser quebrada em uma gama de *direitos* com *deveres* correlatos: *direitos* em X que Y não realize atos que interfiram X na realização do ato previamente permitido. Por exemplo, se X possui um *privilégio* de entrar nas terras de Y utilizando um direito de passagem, o ato permissivo de X adentrar as terras de Y está protegido por *deveres* de Y de não expulsar X das suas terras, de não obstruir tal passagem, entre outros. Sendo assim, para Halpin, o conceito fundamental *privilégio* teria o status fundamental negado, afinal é redutível a outros conceitos mais fundamentais que ele (*direitos* e *deveres*).

Ainda atacando o caráter fundamental do termo *privilégio* Halpin critica o exemplo que Hohfeld retirou de Gray, o exemplo da salada de camarão, exemplo já mencionado<sup>27</sup> ao longo do trabalho. O *privilégio* de comer a salada seria impreciso de acordo com Halpin. Ou seja, o dono da salada poderia comê-la da forma que quisesse e quando quisesse, no entanto, X só poderia comer a salada dentro dos limites impostos pelo dono da mesma. O dono da salada tem o *privilégio* de comê-la, *privilégio* este que se constitui por uma gama de *direitos* que protegem todo e qualquer aspecto de sua propriedade da mesma. Por sua vez, o *privilégio* de X de comer a salada seria constituído por um menor número de *direitos* que protegeriam sua permissão de comê-la. Sendo assim, o *privilégio* de X poderia existir mesmo sem todos os *direitos* que o dono da salada possui protegendo sua propriedade, porém, não poderia existir sem nenhum *direito* o protegendo, sendo, portanto, um conceito redutível.

Ao invés de somente considerarmos os *privilégios* a fazer alguma coisa, Halpin também menciona os *privilégios* a deixar de fazer alguma coisa, como, por exemplo, o *privilégio* contra auto-incriminação já comentado vastamente nos pontos anteriores<sup>28</sup>. Tal *privilégio* de não testemunhar pode ser analisado da seguinte forma<sup>29</sup>:

---

<sup>27</sup> Exemplo mencionado no item 2.2.2.2 da presente dissertação, que trata especificamente dos conceitos fundamentais *privilégio* e *ausência de pretensão*.

<sup>28</sup> Vide item 2.2.2.2 e ítem 4.1.

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 449.

(a) dever: X está submetido por Y à obrigação de testemunhar;

(b) ausência de dever: X não está submetido por Y a nenhuma obrigação de testemunhar;

(c) privilégio: X está protegido que Y o obrigue a testemunhar;

Há aqui, uma diferença entre a lei indiferente que X não realize tal ato (b), com relação à lei que permite positivamente que X não realize tal ato (c), ou seja, a lei que permite que X não testemunhe contra si mesmo. Sendo assim, para Halpin, fica claro que o *privilégio* de não testemunhar só existe, pois está protegido por inúmeros *direitos*, o *direito* de X que Y não lhe aplique uma droga que o faça dizer somente a verdade, o *direito* de X não ser ameaçado por Y, o *direito* de X não ser torturado por Y para compeli-lo a dizer a verdade, entre outros.

Sendo assim, Halpin acredita que o conceito fundamental *privilégio* é insignificante para o direito, pois, representa a proteção dada pela lei que permite que A exerça ou deixe de exercer determinado ato. Assim, um *privilégio* deixa de ser um conceito fundamental por poder ser reduzido a uma gama de *direitos* protetores das liberdades.

Portanto, o conceito *privilégio* de Hohfeld seria inconsistente devido ao mau uso do termo *opostos* quando falamos dos conceitos fundamentais *opostos*, o que reflete na criação de duas definições de *privilégio* baseada em opostos extremos (a lei protegendo a realização de algum ato, por exemplo, o *direito* de entrar em sua propriedade contraposto ao *dever* de outro indivíduo de não adentrar a mesma) e em opostos de negação (*não-dever*, *ausência de dever*, por exemplo, a *ausência do dever* de testemunhar). Ambas as definições combinadas tornam o conceito instável, nos termos de Halpin, um conceito oposto híbrido alternante, pois é utilizado com a alternância de dois sentidos<sup>30</sup>.

Com relação ao conceito fundamental *poder*, Halpin argumenta que o primeiro fator que o constitui é uma permissão legal para que algum indivíduo atue de determinada maneira. Isto, portanto, transformaria o *poder* em um *privilégio* (permissão legal), ou seja, um *privilégio* é o primeiro fator de constituição de todo e qualquer *poder*. O segundo fator de constituição de um

---

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 451.

*poder* seria uma relação legal em potencial, ou seja, somente haverá uma relação legal formada se tal *privilégio* for exercido.

Por exemplo, se A tem o *poder* de transformar B em seu procurador legal, enquanto A possui tal *poder*, quando esta é realizada B ganha o *poder* de atuar em nome de A. O *poder* de B, procurador, constitui-se de dois fatores: em um *privilégio* de realizar algum ato em nome de A e na relação legal que resulta do exercício de tal *privilégio*.

Como o conceito *poder* constitui-se, em última análise, de um *privilégio* e da relação jurídica formada pelo exercício de tal *privilégio* e como *privilégios* foram analisados por Halpin como sendo um agregado de *direitos* protetores correlatos a *deveres*, portanto, um *poder* também poderia ser reduzido a uma relação *direito-dever*, ou seja, *direitos* que formam o *privilégio* (ato permissivo) que constitui o *poder* e *direitos* e *deveres* em potencial que formariam a relação jurídica uma vez constituída.

Com relação aos conceitos fundamentais *imunidade* e *incompetência*, segundo Halpin, se estes são tomados como as negações de *sujeição* e *poder* estes também podem ser expressados pelos mesmos fatores constituintes dos *poderes* e das *sujeições*, sendo, portanto, redutíveis a uma relação *direito/dever*.

Para Halpin, Hohfeld ainda comete o equívoco de conter a relação *poder/sujeição* em uma análise envolvendo apenas duas pessoas. No entanto, tal medida só é possível se reduzirmos tal relação a uma relação *direito/dever*. Suponhamos que A tem o *poder* de transferir a propriedade de sua terra para B. Tal alienação envolve uma mudança da relação de B não somente com A, mas com C, D, E, e outros. Isto porque a propriedade (*in rem*) de B lhe concede *direitos* correlatos a *deveres* das outras partes. Se desconsiderarmos as relações com C, D, E, e outros, o *poder* de A de alienar sua propriedade seria menor do que o de transferir sua propriedade a B, seria no máximo um *poder* contratual dado por A para B (*in personam*) que somente cria *deveres* em A e não em outros (*direito de uso das terras*). Ou seja, tem que ficar claro se A concedeu apenas um *poder* contratual a B sobre a propriedade ou um título de propriedade da terra que valerá contra todos.

Portanto, um *poder*, em uma análise completa, seria constituído de dois fatores: um *privilégio* de A de exercer algum ato, que gera *direitos* que protegem A e *deveres* com relação aos outros e de relações jurídicas em potencial de B, que

geram *direitos* e *deveres* em B correlatos a *direitos* e *deveres* de todos os outros. O número de relações jurídicas *direito/dever* do primeiro fator constituinte do *poder* vai determinar a *força* de tal *poder* em A. Já as relações *direito/dever* do segundo fator vão determinar a *extensão* dos efeitos do *poder* com relação a B.

Já o conceito fundamental *imunidade* em uma situação onde B teria uma *imunidade* contra A deste ser *incompetente* de retirar a propriedade de B, seria composto dos seguintes elementos: B teria *direitos* de A não exercer nenhum ato que vise retirar a propriedade de B e se A realizar tal ato B teria os *direitos* em potencial contra todos de não agirem considerando o ato de A válido. A natureza exata da *imunidade* de B seria determinada pelo número de *direitos* ou *deveres* em potencial que ele possui. Sem tais *direitos*, não importa que A seja *incompetente* para a realização de tal ato, a *imunidade* de B torna-se vazia e sem sentido<sup>31</sup>.

Halpin tenta demonstrar que seis dos oito conceitos fundamentais de Hohfeld são redutíveis (*privilégio, ausência de pretensão, poder, sujeição, imunidade e incompetência*) aos conceitos *direito* e *dever* tendo assim seus status de fundamentais negados.

O autor acrescenta que tais conceitos são atrelados e utilizados apenas em análises de relações bipartites, o que nos mostra o contexto em que tais conceitos foram criados por Hohfeld. Duas partes aparecem sempre como o elemento básico de qualquer litígio. Desta forma, os quatro pares de conceitos correlatos representam as quatro posições básicas dos litigantes: A pode alegar que B deve fazer algo; A pode alegar que está livre para fazer algo sem a interferência de B; A pode alegar que está apto a alterar a posição legal de B de alguma maneira; A pode alegar que B não está apto a alterar sua posição legal de nenhuma maneira. Ou seja, o agregado de conceitos seria necessário para expressar as respostas que a lei concede a certas disputas judiciais que surgem na prática.

No entanto, ao representar os conceitos *privilégio, poder e imunidade* e seus correlatos como relações fundamentais, de acordo com Halpin, Hohfeld falhou em analisar mais claramente a natureza das posições legais que tais conceitos representam. O *privilégio* de um proprietário de gozar sua propriedade é confundido com o *privilégio* de alguém que possui uma licença para gozar da propriedade; o *poder* de conceder um *direito* contratual sobre uma propriedade é

---

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 456.

expresso pelo mesmo *poder* que concede um título de propriedade. Tais posições, para Halpin, não poderiam ser plenamente explicadas e esclarecidas sem referência às relações *direitos/deveres* que as constituem e que englobam outros além das partes componentes da relação bipartite. Tais relações constituintes entre *direitos* e *deveres* que irão demonstrar a extensão de um *privilégio* bem como a força e o escopo de atuação de um *poder* ou de uma *imunidade*<sup>32</sup>.

Portanto, para o autor, um conceito básico de um discurso jurídico não pode nem deve ser confundido com um conceito fundamental de uma análise jurídica. Fazer isto seria correr o risco que Hohfeld já tinha previsto: tratar problemas complexos de forma muito simplória<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 457.

<sup>33</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 26.