

Conclusão

Por todo o exposto, pudemos perceber que Wesley N. Hohfeld era um realista, ou seja, exibiu uma visão sobre a lei derivada da posição realista americana de que as leis são previsões da atuação das Cortes judiciais¹. Com isso, elaborou seu esquema de conceitos fundamentais do Direito como uma tentativa de resolver os seguintes problemas através da análise das decisões judiciais: A inconstância da utilização dos vocábulos jurídicos, o que, por sua vez, gera tremenda incerteza para os operadores do Direito e o não reconhecimento pela meta-teoria dos atos não-danosos a terceiros do *damnum absque injuria*, dano que não é passível de reparação por não existir remédio legal para tanto. Em última análise, as contradições geradas pelas liberdades individuais contrapostas à segurança coletiva no modelo de Estado liberal.

O primeiro problema enfrentado por Hohfeld, a inconstância do uso dos vocábulos jurídicos e dos vários sentidos aplicados aos mesmos, transcende a teoria analítica recaindo sobre a filosofia da linguagem. A teoria analítica somente tentará como Hohfeld o fez, limitar o significado das palavras e seu uso para que assim, gere uma maior certeza em sua interpretação e utilização. Hohfeld tentou fazer isso através de seus conceitos fundamentais do Direito correlatos e contrapostos. Tal esquema é apenas uma ferramenta para a utilização do operador do Direito partindo de constatações fáticas, não tentando explicar tais fatos, afinal é uma teoria analítica. No entanto, a filosofia da linguagem nos trará a resposta do porquê da variação do significado dos termos jurídicos e do porquê das suas aplicações serem tão inconstantes.

Os vocábulos jurídicos, por serem conceitos empíricos possuem, de acordo com Waismann, *textura aberta*, ou seja, conforme Noel Struchiner,

“(...) não estão delimitados, de forma *a priori*, em todas as direções possíveis. Os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum

¹ STONE, Roy L.. *An Analysis of Hohfeld*, Minnesota Law Review, nº 313, 1963-1964, p. 334.

conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre seu significado (...)”².

O autor ainda acrescenta:

“(...) por mais que possamos limitar esses conceitos em certas direções, contrastando esses termos com outros termos, sempre deixaremos de delimitá-los em certas direções, deixando lacunas na forma como seu uso deve ser efetivado. De acordo Waismann, ‘um termo é definido quando o tipo de situação em que ele deve ser usado é descrito’. Porém, como os conceitos empíricos apresentam textura aberta, isto é, uma ‘região cinzenta’ onde não conseguimos determinar de forma absoluta se o seu uso deve ou não ser efetivado, a definição de um conceito empírico não é exaustiva. Dessa forma, a maioria dos conceitos empíricos apresenta a propriedade da incompletude. A textura aberta dos conceitos empíricos faz com que eles sempre apresentem a possibilidade de serem vagos. Assim, enquanto a vaguidade pode ser corrigida por meio do fornecimento de regras mais claras sobre o uso do conceito, a textura aberta, que representa uma potencial vaguidade, não pode ser resolvida, já que sempre poderão surgir casos em que o uso do conceito não foi previsto e não sabemos ao certo se ele deve ou não ser aplicado. Como é freqüente o uso dos termos que apresentam uma textura aberta nas afirmações, as verificações dessas afirmações não serão conclusivas³”.

Sendo assim, o que Hohfeld tenta resolver com seu esquema são justamente as incertezas geradas por essa textura aberta dos conceitos jurídicos em questão, textura essa que acarreta na utilização de vocábulos como o vocábulo *direito* com inúmeros significados. Senão vejamos de acordo com Walter Wheeler Cook:

“(...) That the word *right* is often used broadly to cover legal relations in general has probably been at least vaguely realized by all thoughtful students of law. Thus, to take a concrete example, nearly all of us have probably noted at some time or other that the ‘right’ (privilege) of self-defense is a different kind of ‘right’ from the ‘right’ not to be assaulted by another; but that legal thinking can never be truly accurate unless we constantly discriminate carefully between these different kinds of rights, few of us have sufficiently realized. We constantly speak of the right to make a will; the right of a legislative body to enact a given statute; of the right not to have one’s property taken without due process of law, etc. In these and innumerable other instances it turns out upon examination that the one word ‘right’ is being used to denote first one concept and then another, often with resulting confusion of thought (...). (...)”⁴.

² STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem, Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*, Biblioteca de teses, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, pp. 15-16.

³ *Ibid*, p. 17.

⁴ HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 6. Em tradução livre: “Que a palavra *direito* geralmente é utilizada em sentido amplo para abarcar relações em geral foi provavelmente percebido de forma vaga pela maioria dos estudantes de Direito. Assim, podemos citar exemplos concretos praticamente todos nós percebemos que o *direito (privilegio)* de legítima defesa é um tipo diferente de ‘direito’ em relação ao ‘direito’ de incolumidade física; mas que o raciocínio jurídico nunca poderá ser preciso se nós não discriminarmos constantemente e cuidadosamente os diferentes tipos de ‘direitos’, pouco perceberam. Constantemente falamos do direito de fazer um testamento; do direito de um corpo legislativo de emanar determinado diploma legal; do direito de

Conforme Noel Struchiner, “a textura aberta da linguagem é justamente a possibilidade inafastável de que o mais preciso dos termos se torne vago”⁵. No entanto, não podemos dizer que os vocábulos jurídicos constantes do esquema hohfeldiano sempre foram aplicados de forma precisa, pelo contrário, sempre necessitaram de maior precisão. Tal foi a tentativa do autor quando da elaboração de sua teoria.

Enquanto Hohfeld afirma que a tentativa de definição e conceituação dos termos jurídicos é inútil: “(..) 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 (...)”⁶, Waismann segue a mesma linha de raciocínio e afirma: “(...) nós nunca podemos ter certeza de que nós incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído, e portanto o processo de definição e refinamento de uma idéia vai continuar sem nunca atingir um estágio final”⁷.

Uma das críticas feitas a Hohfeld, conforme mencionado no capítulo anterior é justamente o fato de que para entender e aplicar sua tabela de conceitos fundamentais o interlocutor teria que necessariamente tentar definir tais conceitos. No entanto, acreditamos que tal crítica não seja plausível, afinal através das relações jurídicas, do confronto entre os vocábulos correlatos e contrapostos e dos exemplos citados na prática fica claro como e quando cada um dos conceitos deve ser utilizado. Até porque um dos principais méritos de Hohfeld foi ter escolhido termos que já eram utilizados muitas vezes de forma eficaz e precisa pelos operadores do Direito, senão vejamos de acordo com Walter Wheeler Cook:

“(...) With the clear recognition of the fact that the same term is being used to represent four distinct legal conceptions comes the conviction that if we are to be sure of our logic we must adopt and consistently use a terminology adequate to express the distinctions involved. The great merit of the four terms selected by Hohfeld for this purpose – right, privilege, power, immunity – is that they are

alguém não ter sua propriedade usurpada sem o devido processo legal, etc. Nesses e em outros inúmeros exemplos descobrimos que o vocábulo ‘direito’ é utilizado para denotar conceitos distintos resultando em confusão de pensamento”.

⁵ STRUCHINER, Noel. Op. cit. p. 94.

⁶ 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”.

⁷ WAISMANN, F.. *Apud* STRUCHINER, Noel. Op. cit. p. 96.

already familiar to lawyers and judges and are indeed at times used with accuracy to express precisely the concepts for which he wished always to use them (...)”⁸.

Além disso, como Hohfeld tratava-se, em última instância de um empirista, vale mencionar o entendimento de um dos empiristas mais conhecidos, John Locke, com relação à incerteza das palavras e do porquê que essas geram confusões e interpretações errôneas. Os dois autores podem ser considerados empiristas, pois partem da experiência, do uso real. Hohfeld baseando-se nas decisões dos juízes e no uso que estes fazem das palavras para, então, elaborar sua teoria, e Locke baseando-se no uso cotidiano das palavras para elaborar a sua tese.

Locke trata da filosofia da linguagem em seu livro *An essay about the human understanding* (Ensaio sobre o entendimento humano), no seu livro III intitulado “sobre as palavras”. De acordo com Locke, as palavras utilizadas no cotidiano jurídico são, em sua maioria, palavras que possuem forte conteúdo moral. O autor as chama de *mixed modes*, sendo estes os vocábulos que não encontram sua essência diretamente na natureza, ou seja, são palavras que são aprendidas antes mesmo de o seu significado ser conhecido. Portanto, são anexadas a idéias aleatórias na mente das pessoas que variam de indivíduo para indivíduo. Devido a este fator são usadas com significados e em contextos distintos dependendo de quem as usa e aplica. Em suma, são idéias abstratas e complexas organizadas arbitrariamente pela mente de cada um, daí a confusão na sua utilização. Bons exemplos de *mixed modes* seriam as palavras componentes do próprio esquema hohfeldiano. Cada pessoa tem um conceito e uma definição diferente de *direito*, *privilégio*, *poder*, *imunidade*, daí sua utilização inconstante e com vários sentidos. Locke assim falou dos *mixed modes*:

“(...) Why their names are usually got before their ideas. – This also may show us the reason, why *for the most part the names of mixed modes are got before the ideas they stand for are perfectly known*. Because, there being no species of these ordinarily taken notice of but what have names, and those species, or rather their essences, being abstract complex ideas made arbitrarily by the mind, it is convenient, if not necessary, to know the names before one endeavour to frame

⁸ HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. p. 6. Em tradução livre: “(...) Com o claro reconhecimento que o mesmo termo está sendo utilizado para representar quatro concepções jurídicas distintas vem a convicção de que se quisermos ter certeza da nossa lógica temos que adotar e utilizar consistentemente a terminologia adequada para demonstrar as diferenças em questão. O grande mérito dos quatro termos escolhidos por Hohfeld – *direito*, *privilégio*, *poder* e *imunidade* – é que estes já são familiares para advogados e juízes e são, por vezes, utilizados de forma precisa para expressar os conceitos de acordo com o sistema de Hohfeld (...)”.

these complex ideas, unless a man will fill his head with a company of abstract complex ideas, which others having no names for, he has nothing to do with but to lay by and forget again. (...)”⁹.

Portanto, os *mixed modes* de Locke possuem natureza variável de acordo com o indivíduo. Nesse sentido poderíamos dizer que Hohfeld trabalha essencialmente com *mixed modes* jurídicos, e sua teoria é nada além do que uma tentativa de uniformização do significado dos vocábulos pertencentes ao seu esquema.

Locke ainda assinala formas de uso abusivo das palavras, sendo uma delas a aplicação inconstante das mesmas, problema que Hohfeld também tenta solucionar com seu esquema com precisão matemática ao afirmar que seus conceitos fundamentais do Direito são átomos do Direito.

Outra crítica feita a Hohfeld é exatamente esta, ele teria caído em um erro que tentou solucionar, pois de acordo com seus críticos (Kocourek e Halpin) Hohfeld utilizou seu conceito fundamental *privilégio* de forma inconsistente e com mais de um sentido, ou seja, isso já retiraria muito do grau de certeza que sua teoria teria que conceder¹⁰.

Podemos mencionar ainda a crítica que Roy Stone faz a Hohfeld quando afirma que este falha quando não usa meta-linguagem, na acepção empregada por Church em sua obra *Introduction to Mathematical logic*, para descrever seus conceitos fundamentais¹¹. A definição de Church para meta-linguagem, de forma simples, seria quando uma linguagem é empregada para falar sobre outra linguagem, a primeira linguagem é a meta-linguagem e a última a linguagem objeto. Stone ainda afirma também que Hohfeld ignora uma das funções da meta-linguagem dentro do processo judicial, a de traduzir ações, eventos, fatos, situações e coisas da linguagem ordinária para a linguagem jurídica. Os conceitos fundamentais de Hohfeld, para Stone, falham em demonstrar de forma clara até que ponto o autor retirou sua meta-linguagem (linguagem jurídica) das decisões

⁹ LOCKE, John. *An essay about the human understanding*. New York: Prometheus Books, 1995, p. 354. Em tradução livre: “(...) Porque seus nomes são geralmente aprendidos antes das próprias idéias – Isso pode nos mostrar a razão pela qual a maioria dos nomes dos *mixed modes* é aprendido mesmo antes das idéias as quais eles representam. Porque não havendo espécies que representam esses nomes, e sendo suas essências idéias complexas e abstratas organizadas arbitrariamente pela mente de cada um, torna-se conveniente senão necessário aprender os nomes antes mesmo de ter capacidade de assimilar as idéias, a não ser que um homem encha sua cabeça de idéias abstratas para qual outros não tem nome então tal individuo acabará esquecendo tal idéia. (...)”.

¹⁰ Vide itens 4.1 e 4.3 do presente trabalho.

¹¹ STONE, Roy L.. Op. Cit., p. 315.

judiciais e até que ponto tais conceitos surgiram arbitrariamente da sua própria mente e da linguagem cotidiana. Por isso, a lógica de Hohfeld deveria ser vista com cuidado.

Já Hart cunha o conceito da zona de penumbra gerado pelas regras jurídicas. Afirmar ele: “(...) todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas (...)”¹². Noel Struchiner acrescenta:

“(...) Os casos de penumbra surgem em decorrência da linguagem utilizada nas regras jurídicas. Diante dos casos fronteiros, as regras jurídicas apresentam uma indeterminação semântica: não se trata de uma falta de conhecimento a respeito dos fatos que constituem o caso jurídico, mas sim de uma incapacidade de classificar esses fatos dentro da linguagem fornecida previamente pelo direito, ou seja, não sabemos a extensão do significado da regra. Assim, para solucionar esses casos não se pode recorrer às nossas convenções lingüísticas, uma vez que elas já se mostraram insuficientes para classificar os fatos do caso em questão (...)”¹³.

Ora, o que Hohfeld tenta com seu esquema de conceitos fundamentais é justamente a supressão dessa zona de penumbra de incerteza. No entanto, se utilizarmos Hart e seu conceito de zona de penumbra das regras e por consequência da linguagem, entramos em um caminho sem saída. Se todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz deve utilizar seu poder discricionário para decidir diante das alternativas, então tal certeza perquirida por Hohfeld seria inatingível, pois seu esquema de conceitos fundamentais baseou-se em decisões intrinsecamente inconstantes e aleatórias, portanto, seu esquema só poderia ser inconstante. No entanto, o esquema de Hohfeld é apenas uma tentativa de dar maior lógica e certeza às interpretações e às decisões judiciais. Nesse sentido sua contribuição com seus conceitos fundamentais do Direito foi indubitavelmente válida.

Deixando de lado a filosofia da linguagem, que somente foi mencionada para demonstrar que o problema da inconstância da utilização das palavras é um problema que transcende a mera análise jurídica, passaremos agora ao segundo problema encarado por Hohfeld, o reconhecimento do *damnum absque injuria* e a subsequente incorporação do mesmo em sua teoria.

¹² HART, Herbert L.A. [1961]. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press. Trad.: A. Ribeiro Mendes. *O conceito de direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 17.

¹³ STRUCHINER, Noel. Op. cit. p. 125.

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 abolira 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 (...)"¹⁴.

O que Hohfeld tenta trazer com sua teoria é uma lógica jurídica que reconhece as contradições presentes no sistema jurídico, posto que seus 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 moral¹⁵.

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?*"¹⁶, 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 principal preocupação era 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 (...)"¹⁷.

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*

¹⁴ SINGER, Joseph William. Op. cit. , p. 1059. Em tradução livre: "(...) É uma ilusão pensar que o raciocínio jurídico é menos político e subjetivo do que o raciocínio de um legislador, de um eleitor ou qualquer outro ator político (...)".

¹⁵ *Ibid*, p. 1059.

¹⁶ HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. cit. pp. 333-384.

¹⁷ *Ibid*, p. 350. Em tradução livre: "(...) Tornar claro e refinar a terminologia jurídica é pré-requisito para qualquer melhora futura na nossa legislação (...)".

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”¹⁸ 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.

¹⁸ EINSTEIN, Albert *Apud* STONE, Roy L.. Op. Cit., p. 318. Em tradução livre: “Entre a concepção de um pensamento e sua articulação existe um vazio o qual nenhuma lógica consegue transpor”.