

**PEQUENO COMENTÁRIO A *FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTS (AS  
APPLIED IN JUDICIAL REASONING)* I DE WESLEY HOHFELD**

Ricardo Tavares da Silva

(1.<sup>a</sup> versão Novembro de 2018

2.<sup>a</sup> versão Maio de 2022)

A – Introdução

Wesley Newcomb Hohfeld foi um jurista e teórico do Direito. Nasceu na Califórnia em 1879, tendo estudado em Berkeley e Harvard (onde foi editor da *Harvard Law Review*) e ensinado em Stanford e Yale. O seu trabalho insere-se na chamada ‘jurisprudência analítica’: trata-se de fazer a decomposição do significado dos termos jurídicos para clarificação dos conceitos em questão e deteção de ambiguidades. Mas pretende-se que essa análise seja operativa, isto é, que possa ser usada na prática da resolução de casos concretos.

O principal objetivo de Hohfeld em *Fundamental Legal Concepts* é o de clarificar o significado de termos como ‘direito’, ‘dever’, ‘poder’, ‘privilégio’, etc., isto é, das palavras que designam posições jurídicas<sup>1</sup>. Pretende, com isso, mostrar que alguns desses termos, como ‘direito’, são usados de um modo ambíguo, causando obstáculos desnecessários à ciência do Direito. Para clarificar tais significados, Hohfeld socorre-se das relações que existem entre os conceitos em questão, quer sejam relações jurídicas – os correlativos, como lhes chama Hohfeld –, quer sejam relações lógicas – os opostos, como diz.

Antes mesmo de fazer isso, Hohfeld aproveita para fazer algumas considerações prévias, de carácter mais geral. Elas mostram a relevância dada por Hohfeld às subtilezas da linguagem, nomeadamente, à aptidão das palavras para serem usadas, em contextos diferentes, com significados diferentes. Mais particularmente, Hohfeld está a chamar-nos a atenção para o

---

<sup>1</sup> Por ‘posições normativo-jurídicas’ entendo ‘as posições dos sujeitos jurídicos (das pessoas jurídicas) perante as normas e relativamente a outros sujeitos jurídicos (outras pessoas jurídicas)’. Aliás, a pessoa jurídica é, precisamente, por definição, aquilo que é suscetível de se encontrar numa determinada posição jurídica (personalidade/pessoalidade jurídica). Ou seja: qualquer norma tem destinatários da mesma (âmbito pessoal de aplicação), colocando-os numa posição de dever, e também tem um âmbito de proteção, surgindo os titulares de direitos. Temos dois modos de as normas se projetarem nas pessoas.

facto de a flexibilidade semântica das palavras não poder passar ao lado dos juristas, pois também abrange o Direito.

E abrange-o de duas maneiras: i) há palavras e expressões usadas nos textos legais e na ciência do Direito de um modo diferente do modo como são usadas na linguagem corrente – relação entre linguagem jurídica e linguagem vulgar –; ii) mesmo no interior da linguagem jurídica, há ambiguidades.

Portanto, em *Fundamental Legal Concepts*, Hohfeld, através de alguns exemplos, está a mostra-nos tanto i) como ii): começa por distinguir o significado jurídico do significado corrente de alguns termos (de ‘propriedade’ e ‘contrato’, mais especificamente); passa, depois, para a clarificação do significado dos tais termos que designam posições jurídicas.

## B – Conceitos jurídicos vs conceitos não-jurídicos

Os juristas podem incorrer em dificuldades desnecessárias se não fizerem, simplesmente, a necessária desambiguação das palavras e expressões que usam.

Hohfeld começa por avançar com o exemplo do termo ‘propriedade’. Por um lado, os juristas usam este termo com diferentes significados (no mesmo contexto), o que já de si é prejudicial. Depois, e por isso, para conseguirem dar conta da diferença de referência (que sempre existe dada a diferença de significado), socorrem-se de distinções desnecessárias como a distinção entre ‘propriedade corpórea’ e ‘propriedade incorpórea’ (que até pode fazer sentido – basta lembrar a propriedade intelectual –, mas não para dar conta do que se passa aqui).

Basicamente, a palavra ‘propriedade’, na linguagem vulgar, refere-se à coisa que é objeto de direitos; por exemplo, fala-se em ‘propriedade’ para referir um determinado terreno que se possui (‘Sai já da minha propriedade!’). Aqui, a propriedade pode estar ligada a vários direitos reais, não só ao direito de propriedade. Já na linguagem técnica jurídica, a palavra ‘propriedade’ refere-se, precisamente, a um específico direito sobre coisas, o direito de propriedade.

Eu avançaria com outro exemplo que padece exatamente do mesmo problema, a própria palavra ‘direito’. Este termo é ambíguo, tanto referindo o conjunto das normas jurídicas como a posição normativo-jurídica. Basta dar conta desta ambiguidade: não é preciso efetuar uma distinção entre Direito objetivo e direito subjetivo (que, mais uma vez, até pode fazer sentido, mas não para dar conta do que se passa aqui). Não se trata de uma divisão dentro do mesmo conceito, são mesmo conceitos diferentes que estão em questão.

O outro exemplo fornecido por Hohfeld é da palavra ‘contrato’. Na linguagem corrente, ‘contrato’ refere-se ao acordo propriamente dito, enquanto, na linguagem jurídica, refere-se ao conjunto dos deveres contraídos por via do acordo. Portanto, no sentido vulgar, designa o facto que origina deveres (o facto normativo), e, na linguagem técnica jurídica, designa o efeito desse facto.

É curioso que, relativamente à palavra ‘lei’, dá-se o inverso: no sentido técnico-jurídico, designa o facto normativo e, na linguagem corrente, designa o efeito, a norma.

Acrescentaria um exemplo próximo, a expressão ‘comprar’. Na linguagem corrente, esse termo refere-se à troca (em sentido amplo) entre uma coisa e o dinheiro correspondente: é a ‘compra’ no sentido de negócio económico. Na linguagem jurídica, refere o dever de entregar a coisa e de pagar o respetivo preço (para além do efeito real de transmissão do direito de propriedade): é a ‘compra’ no sentido de negócio jurídico.

Diria que o próprio legislador tende a ser sensível a essas diferenças de significado e que as definições legais servem, precisamente, para fixar o significado juridicamente relevante. Depois, claro, pode surgir o problema de essas definições não baterem certo com o próprio regime legal.

#### C – Factos operativos vs factos revelatórios (*evidential facts*)

Outro conceito relevante para o Direito e que pode ser entendido de maneiras diferentes (todas elas relevante para o Direito) é o de ‘facto’.

Hohfeld faz a distinção entre factos operativos – ou causais, ou constitutivos, etc. – e factos revelatórios (*evidential facts*) – não probatórios, pois Hohfeld faz questão de dizer que não são conclusivos. Os factos operativos são os factos normativos, isto é, factos que geram efeitos normativos (sob determinadas condições legalmente estabelecidas). Os factos revelatórios são os que revelam (dão a conhecer) outros factos, por via lógica.

Basicamente, estamos perante duas formas de ‘se  $x$ , então  $y$ ’: uma coisa é a relação causal ‘se houver acordo, então geram-se deveres contratuais’, por exemplo, pela qual um facto gera efeitos normativos (por via de uma disposição legal); outra é a relação lógica ‘se há um documento escrito no qual constam deveres contratuais, então houve um acordo’, pela qual se infere um facto a partir de outro.

Esta bivalência dos factos para o Direito espelha-se na ambiguidade da expressão ‘fontes do Direito’ (ou, pelo menos, esta ambiguidade pode ser interpretada como sendo o espelho de uma dicotomia; há outras interpretações possíveis): aqui, tanto se poderá estar a falar nos

modos de produção do Direito (*fontes jures essendi*) como se poderá estar a falar nos modos de revelação do Direito (*fontes jures cognoscendi*).

#### D – O quadrado da oposição das posições normativo-jurídicas

Hohfeld passa, então, à análise do significado dos termos que referem posições normativo-jurídicas. Despende muito do seu esforço em torno da palavra ‘direito’, que, diz, é usada tanto para referir os direitos propriamente ditos, que, diria eu no espírito de Hohfeld, são reivindicações sem reivindicador (*claims*), como para referir, incorretamente, outras posições, como o privilégio, o poder ou a imunidade. Ora, Hohfeld pretende mostrar que ‘direito’, no sentido de ‘reivindicação’, é um conceito distinto dos conceitos de ‘privilégio’, ‘poder’ e ‘imunidade’, entre outros, e que estes, por sua vez, são distintos entre si.

Para mostrar isso mesmo, e de maneira a auxiliá-lo a definir rigorosamente os termos em apreço, ele socorre-se de um método: mostra como essas noções se encontram em relação entre si. Pois, para se relacionarem, têm de ser noções diferentes. Essas relações são relações jurídicas – os correlativos – e relações lógicas – os opostos:

Jural Opposites	{	Right	Privilege	Power	Immunity
		No-right	Duty	Disability	Liability
Jural Correlatives	{	Right	Privilege	Power	Immunity
		Duty	No-right	Liability	Disability

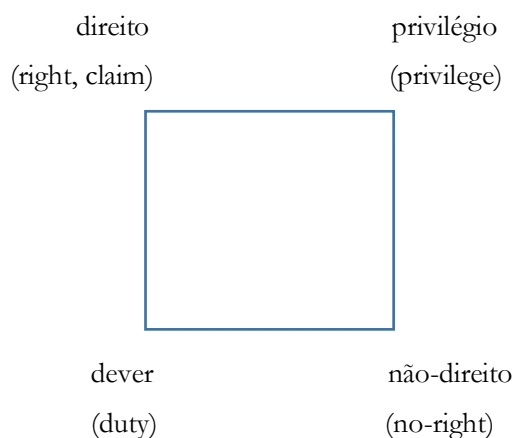
Começando pelos direitos e deveres:

- i) direito e dever são correlativos: tem-se um direito (reivindicação objetiva) relativamente a alguém, que tem um dever (de respeitar esse direito)
- ii) privilégio e não-direito são correlativos: se alguém tem um privilégio relativamente a outrem, este outrem não tem sobre aquela primeira pessoa um direito
- iii) direito e não-direito são opostos, como é evidente
- iv) privilégio e dever são opostos: Hohfeld define ‘privilégio’ como ‘não-dever’, isto é, ‘a ausência de dever’

Essas relações, tal como as concebeu Hohfeld, são representáveis por intermédio de um quadrado da oposição. Tal como o quadrado da oposição aristotélico, que nunca foi

desenhado por Aristóteles, o quadrado da oposição das posições normativo-jurídicas não foi desenhado por Hohfeld, não surgindo explicitamente em *Fundamental Legal Concepts*:

Primeiro quadrado da oposição das posições jurídicas



Entre o direito e o dever, a relação é de subalternidade (implicação), que deve ser entendida como a existência de uma relação jurídica. A mesma relação de subalternidade existe entre privilégio – enquanto oposto de ‘dever’ – e não-direito, mas, desta feita, esta deve ser entendida como a ausência de uma relação jurídica.

‘Direito’ e ‘privilégio’ surgem numa relação de contrariedade (incompatibilidade sem contradição<sup>2</sup>), que deve ser entendida, aqui, como uma relação jurídica negativa. Isto é: se há um direito, então há o dever correlativo; mas, se não existe um dever como correlativo de um direito, então tal será porque não existe um direito; ora, o privilégio é, para Hohfeld, o não-dever; como tal, havendo um privilégio, não existe um direito. Por outro lado, se há um direito, então já não haverá um privilégio (porque há o dever correlativo).

Com esta clarificação, Hohfeld considera ter tornado evidente que as noções de ‘direito’ e de ‘privilégio’ são distintas.

---

<sup>2</sup> Supostamente, pode haver dever sem direito: será o dever para com não-pessoas (ou seja, entes mercedores de tutela normativa mas sem suscetibilidade de serem titulares de direitos, dada a sua, digamos, incapacidade reivindicativa). Mas, claro, existe algum título de proteção, idêntica à do direito, chame-se ou não ‘direito’. Isto revela que as relações normativo-jurídicas de contraposição não constituem meras implicações, como pretende Hohfeld, mas são bi-direcionais. Consequentemente, as relações normativo-jurídicas não são devidamente representadas por um quadrado da oposição.

‘Dever’ e ‘não-direito’ surgem numa relação de subcontrariedade, que deve ser entendida, aqui, como a ausência de uma relação jurídica negativa: pelo menos um deles, dever ou não-direito, tem de existir.

‘Direito’ e ‘não-direito’ e ‘dever’ e ‘privilégio’ surgem em relações de contradição.

E – Problema: mau uso da palavra ‘privilégio’

Como foi dito, Hohfeld concebe o privilégio como a ausência de um dever. Porém, a ideia de ‘privilégio’ é a de uma atribuição especial, mesmo excecional, e, porventura, exclusiva. O privilégio tem de ser concebido como, tendo todos um dever, contrariamente à generalidade, *a* não tem esse dever. É dispensado do dever sem que o fundamento desse dever tenha desaparecido.

A noção de ‘privilégio’ implica que alguém não tenha um direito contraposto ao titular do privilégio mas que o tenha relativamente às restantes pessoas: é um caso excecional e exclusivo – as ideias de excecionalidade e exclusividade fazem parte do conceito de privilégio.

Portanto, a definição de Hohfeld é demasiado ampla: se ninguém tiver deveres, por não haver um direito a respeitar, todos terão um privilégio, o que não tem sentido. Aliás, pode haver privilégios relativamente a qualquer posição jurídica: é concebível ser-se privilegiado na titularidade de um direito ou de um poder, ou por não se estar numa posição de sujeição. O privilégio não é uma posição normativa específica: é um modo de estar numa posição normativa.

Julgo que o tradicional termo ‘permissão’ é perfeitamente adequado para referir o conceito em questão, quer se trate da ausência de uma obrigação (permissão de omissão), quer se trate da ausência de uma proibição (permissão de ação).

F – Relações normativo-jurídicas sem interdependência

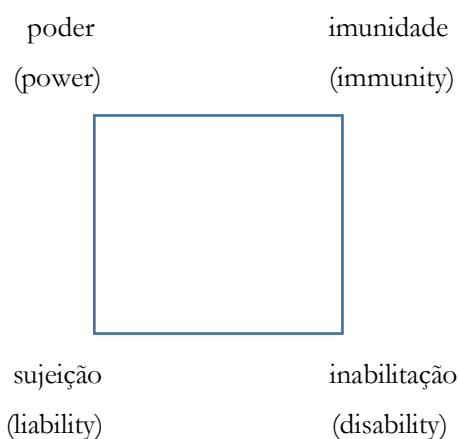
Outro problema diz respeito à definição de ‘relação jurídica’: Hohfeld define-a simplesmente como implicação lógica. Mas será suficiente? Não creio: a relação normativo-jurídica é uma relação de contraposição entre posições normativas em que a ativa “puxa” pela passiva. Há qualquer coisa no direito que “pede” pelo cumprimento do dever. Saber que *a* tem um direito relativamente a *b* não nos permite apenas inferir que *b* tem um dever relativamente a *a*: sabemos que *b* tem de fazer qualquer coisa por força de *a* ter um direito.

Há uma interdependência e uma dinâmica que não é captada pelas relações hohfeldianas (pelo quadrado da oposição).

G – O quadrado da oposição para os poderes

Hohfeld também fala em relações que envolvem poderes. Tais relações serão análogas às vistas atrás, pelo que também serão relações normativo-jurídicas envolvendo posições jurídicas. Delas retiramos o seguinte quadrado da oposição:

Segundo quadrado da oposição das posições jurídicas



Como seria de esperar, ‘poder’ (também designado, entre nós, de ‘direito potestativo’) e ‘sujeição’ surgem numa relação de subalternidade (que deve ser entendida como uma relação jurídica): não haja dúvida que um poder implica a sujeição correlativa. Por exemplo, o poder de *a*, relativamente a *b*, para criar normas jurídicas implica, correlativamente, que *b* fica sujeito às normas jurídicas que forem criadas. E, claro, a inexistência dessa relação jurídica é representada pela outra relação de subalternidade: se não há sujeição (imunidade), não há poder (inabilitação).

Hohfeld consegue, assim, distinguir ‘direito’ de ‘poder’: enquanto o correlativo do primeiro é o dever, o correlativo do segundo é a sujeição, sendo que dever e sujeição constituem figuras diferentes – no dever, há, ainda, uma dinâmica a que fica adstrito a quem cabe o dever, enquanto, na sujeição, apenas se tem de “aguardar” passivamente pelo exercício do poder.

Também não é de estranhar que ‘poder’ e ‘imunidade’ – que Hohfeld define como o oposto de ‘sujeição’ – se encontrem numa relação de contrariedade: se *a* tem o poder para criar

normas jurídicas relativamente a *b*, então *b* não está imune a isso; e, se está imune, então *a* não tem o poder para criar normas jurídicas relativamente a *b*<sup>3</sup>

De referir, ainda, a relação de subcontrariedade: sujeição ou inabilitação, uma delas tem de existir.

Porém, também aqui, a imunidade (*immunity*) não é a mera ausência de sujeição: consistirá no privilégio de não se estar numa posição de sujeição. É preciso que se diga que *a* tem poder sobre todos, que, relativamente a *a*, estão numa posição de sujeição, mas não tem, porém, poder sobre *b*, pelo que, contrariamente à generalidade, *b* não está numa posição de sujeição relativamente a *a*. Também à imunidade é inerente a excecionalidade e a exclusividade.

Aliás, tratando-se do privilégio da não-sujeição, o melhor termos até será, porventura, ‘escusa’, não ‘imunidade’, que indica o privilégio da não-responsabilidade (sendo que, como se verá, a responsabilidade é algo diferente da sujeição). Porém, o correspondente inglês, ‘excuse’, já é usado para designar a desculpa (exclusão da culpa), que nada tem que ver com a figura em questão.

Para designar a não-sujeição, proponho o termo ‘emancipação’.

H – Problema: o uso das palavras ‘liability’, ‘disability’ e ‘immunity’

A propósito do termo que melhor designa a posição contraposta ao poder, diz Hohfeld: “perhaps the nearest synonym of ‘liability’ is ‘subjection’ or ‘responsability’” (p. 59). Efetivamente, traduzi ‘liability’ por ‘sujeição’, cuja tradução literal inglesa é ‘subjection’. Mas poderia ter traduzido por ‘responsabilidade’. Só que sujeição e responsabilidade são coisas diferentes: a sujeição é uma posição passiva pela qual “se aguardam” os efeitos normativos produzidos por outrem; a responsabilidade é a suscetibilidade de se responder pelo incumprimento ilícito de normas (jurídicas). Na primeira, “espera-se” pela norma; na segunda, “espera-se” pela sanção.

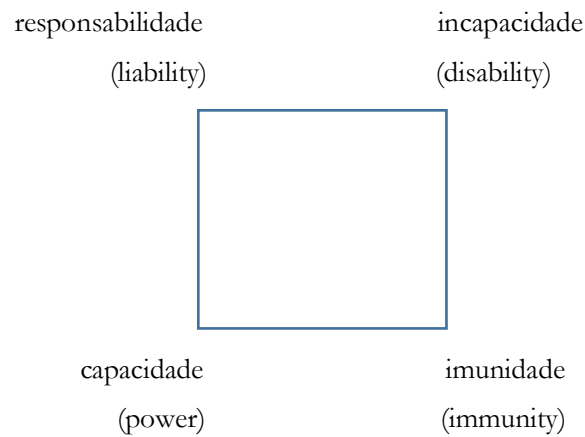
A responsabilidade não é uma posição normativa, que tenha um correlativo. O poder que implica não é o poder normativo correlativo da sujeição: é um poder de facto. E até é um poder do próprio, não de alguém que esteja “diante de si”. Este ‘poder de facto’ é, basicamente, sinónimo de ‘capacidade’. E, conseqüentemente, o seu oposto é a incapacidade, que é uma boa tradução para ‘disability’, que Hohfeld colocou como o oposto do *power*.

---

<sup>3</sup> Porém, reforçando a observação de que as relações normativo-jurídicas de contraposição não constituem meras implicações, não é possível que não haja poder nem emancipação simultaneamente.



Hohfeld usou termos que, também eles, podem ter várias interpretações. Numa delas, estamos a falar de posições e relações jurídicas. Noutra, estamos a falar da relação entre capacidade e responsabilidade, e, quanto a esta, o quadrado da oposição é outro:



Sendo a imunidade o privilégio de não responder (a irresponsabilidade), será preferível usar o termo ‘inocência’ para designar a mera não-responsabilidade.

As ambiguidades parecem não querer desaparecer do discurso jurídico.