

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TEORIAS DO DIREITO SUBJETIVO E A CONTRIBUIÇÃO DE HOHFELD

*THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF THEORIES REGARDING SUBJECTIVE RIGHTS
AND THE THEORETICAL CONTRIBUTIONS PROVIDED BY HOHFELD*

MARCELLA FURTADO DE MAGALHÃES GOMES

Doutora, Mestre e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professora Adjunta do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
marcellafmgomes@hotmail.com

IGOR MORAES SANTOS

Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
santosigormoraes@gmail.com

JOÃO GUSTAVO HENRIQUES DE MORAIS FONSECA

Mestre e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
joaogustavohmf@gmail.com

Recebido em: 16.08.2018

Aprovado em: 20.01.2021

ÁREA DO DIREITO: Fundamentos do Direito

RESUMO: A identificação da necessidade de continuidade dos debates em prol da reformulação do conceito de direito subjetivo, em vista da crescente complexificação da esfera do sujeito de direitos, exige, como pressuposto fundamental, a reavaliação das teorias clássicas. Assim, o presente artigo examina as diferentes proposições doutrinárias, reconhecendo como elas revelam o atrelamento à dimensão dupla de prerrogativas e deveres, cuja natureza permanece não apenas abstrata como também incapaz de expressar a

ABSTRACT: Reviewing traditional theories regarding subjective rights is an essential condition in order to propose theoretical contributions to the concept of subjective rights. In this sense, this paper initially presents the existing theoretical framework as well as the contrary views on the subject and also acknowledges a dual set of values based on entitlement and duty, whose nature not only is abstract, but also does not provide answers for new situations arising from the contemporary legal practice. In order to contribute

GOMES, Marcella Furtado de Magalhães; SANTOS, Igor Moraes; FONSECA, João Gustavo Henriques de Moraes.

A evolução histórica das teorias do direito subjetivo e a contribuição de Hohfeld.

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 30. ano 9. p. 55-103. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022.

pluralidade de novas situações presentes na prática jurídica contemporânea. Para então agregar novos elementos às discussões teóricas, pretende-se recuperar os múltiplos sentidos de direito subjetivo que Hohfeld, na tradição de common law, desenvolveu e que permanecem pouco conhecidos e explorados na vertente romano-germânica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito subjetivo – História do Direito – Hohfeld – Conceitos jurídicos fundamentais – Teorias jurídicas.

with new elements to the theoretical framework of the subject, the paper presents multiple concepts of subjective rights developed by Hohfeld in light of common law tradition, which are still unexplored from a perspective based on Roman-Germanic legal systems.

KEYWORDS: Subjective rights – Legal history – Hohfeld – Fundamental legal conceptions – Legal theories.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A origem dos direitos subjetivos. 1.1. O sentido de *ius* no direito romano. 1.2. A origem da noção de direito subjetivo em Guilherme de Ockham. 2. A teoria dos direitos subjetivos no sistema romano-germânico: debates dos séculos XIX e XX. 2.1. Teorias negativistas clássicas. 2.2. Teorias afirmativas clássicas. 2.3. Teorias contemporâneas. 3. Teoria dos direitos subjetivos no *common law*. 3.1. A teoria dos direitos subjetivos de Hohfeld. 3.2. Apontamentos sobre os conceitos fundamentais e suas inter-relações. 3.2.1. Direito (pretensão) e dever. 3.2.2. Privilégio e ausência de pretensão. 3.2.3. Poder e sujeição. 3.2.4. Imunidade e incompetência. 3.3. A originalidade de Hohfeld. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A centralidade do homem e do eminentemente humano assume novas configurações com o advento da Modernidade, dando forma, primeiro, a um antropocentrismo em diálogo com a ordem divino-natural do mundo, mas que, depois, a derroga com o alvorecer do sujeito individual, cada vez mais apartado da vida social, para se fazer agente em posse de si mesmo.¹ Esse longo processo de deslocamento da posição do ser humano impõe profundas transformações às múltiplas dimensões da cultura, vez que esfera de ação e, portanto, de realização do homem em sua humanidade.² Com isso, também o Direito, filho privilegiado da cultura, em sua face ética,³ restará engajado em reformulações de algumas de suas perspectivas primárias.

1. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Antropologia filosófica*. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 27-156. v. 1.
2. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia III: filosofia e cultura*. São Paulo: Loyola, 1997.
3. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988. p. 36 et seq.; p. 135 et seq.

CONCLUSÃO

A intensa e prolongada discussão acerca dos direitos subjetivos, focada menos nos conteúdos materiais e mais na conceituação teórica, tornou-se um marco na história da Teoria Geral do Direito. Todavia, o debate, outrora frutífero, foi praticamente abandonado pelos juristas romano-germânicos sem que se houvesse chegado a uma conclusão. Poder-se-ia dizer que, ao se admitir a ideia de pretensão reconhecida pelo direito objetivo, à qual se contrapõe um dever, teria sido obtido esse substrato comum. Porém, reduzir o direito subjetivo a esse sentido dualista é simplificação demasiada, enfraquecendo o conceito frente à realidade. Na verdade, a doutrina encontrou-se sem saída. Insistindo nessa limitada acepção, as teorias começaram a se repetir. As discussões abrandaram-se, tornaram-se inférteis, apenas reproduzindo as velhas teorias de Windscheid, Jhering, Jellinek e outros.

Tendo em vista as semelhanças que nos unem, apesar das inúmeras diferenças, a incursão no pensamento do *common law* mostrou-se produtiva. Wesley Newcomb Hohfeld delinea os seus conceitos jurídicos fundamentais como forma de demonstrar os usos inadequados do termo *right*, e de alcançar maior precisão nos conceitos basilares do Direito. O resultado conquistado por Hohfeld, no alvorecer do século XX, foram oito conceitos jurídicos fundamentais, que podem claramente ser considerados como oito sentidos ou aspectos distintos dos direitos subjetivos. São, em outras palavras, distintas faces que os múltiplos direitos subjetivos concretos podem assumir nas perspectivas do titular e do sujeitoado, dependendo da situação fática e dos agentes a que se referirem. Harmônicas entre si, formam, conjuntamente, o conceito geral.

Inobstante as críticas, não se pode negar que a teoria hohfeldiana contribuiu com a identificação de outras acepções, indo além da mera relação entre direito e dever, por sua vez conceituando noções abstratas como poder jurídico e liberdade, enfim, reconhecendo que o direito subjetivo apresenta gama de sentidos muito ampla. Portanto, mesmo não concordando porventura com todas as definições que Hohfeld apresenta, deve-se admitir que ele permitiu abrir os horizontes teóricos e semânticos de seus contrerâneos e talvez, agora, dos civilistas. O debate sobre o conceito de direito subjetivo pela ciência do Direito romano-germânica pode, assim, ser reiniciado com os novos ares trazidos pelo *common law*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARISTÓTELES. *The Complete Works of Aristotle: the revised Oxford translation*. Princeton University Press: Princeton, 1995.

- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BUCKLAND, W. W.; McNAIR, Arnold D. *Roman Law and Common Law: a comparison in outline*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- COIMBRA, Rodrigo. Direito e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a. 3, n. 5, p. 3394-3422, 2014.
- CORREIA, Alexandre Augusto de Castro; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. t. II.
- DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. v. 2.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cia, 1927. t. I.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 201. v. 1.
- FERREIRA, Daniel Brantes. *Teoria dos direitos subjetivos*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 7. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1956.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasonings and other legal essays*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1920.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Trad. Margarida Lima Rego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Chicago: American Bar Association, 2009.
- JHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. 5. ed. Madrid: Bailly-Bailliere, [s.d]. t. 4.

- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. *A sustentabilidade e suas dimensões como critério de condicionamento e equilíbrio da propriedade privada*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA VAZ, Henrique C. de. *Antropologia filosófica*. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2014. v. 1.
- LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988.
- LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de Filosofia III: filosofia e cultura*. São Paulo: Loyola, 1997.
- LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de Filosofia IV: introdução à ética filosófica*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- MAGALHÃES GOMES, Marcella Furtado de. *O homem, a cidade e a lei: a dialética da virtude e do direito em Aristóteles*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.
- MARQUES, Cristiana de L. Tavares et al. Interrelação entre o princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido. *Derecho y Cambio Social*, ano 11, n. 35, p. 1-11, 2014.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Estudos de Introdução à Ciência do Direito: fontes do direito e direito subjetivo*. Belo Horizonte: Presença, 1956.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.
- MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: FDUFG, 1984.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 24. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo Zorraquin. *Introducción al derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Perrot, 1956.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- OCKHAM, Guilherme et al. *Os Pensadores: Tomás de Aquino, Dante, Duns Scot, Ockham*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Relações existenciais decorrentes do poder familiar e sua tutela pelas normas do direito das obrigações*. Tese (Doutorado em Teoria e Dogmática do Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. V.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. *Internet & Sociedade*, [S.l.], n. 1, v. 1, p. 64-90, fev. 2020.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.
- SINGER, Joseph William. The legal rights debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 975-1060, 1982.
- THOMANN, Marcel. Christian Wolff et le droit subjectif. In: *Archives de philosophie du droit: Le droit subjectif en question*. Paris: Sirey, 1964. t. IX.
- TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and church law*. Grand Rapids: Eerdmans, 1997.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- VILLEY, Michel. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam. In: *Archives de philosophie du droit: Le droit subjectif en question*. Paris: Sirey, 1964. t. IX.
- VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962.
- VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

-
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 1999. v. 2.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht*. 6. ed. Frankfurt: Literarische Anstalt; Rütter & Loening, 1887. t. I.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.
-