

O direito subjetivo nas concepções de Hans Kelsen e Alf Ross

Daniel Brantes FERREIRA*

Pedro Henrique Veiga CHRISMANN**

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal abordar as concepções de direito subjetivo de Hans Kelsen e Alf Ross. Trata-se de uma meta-análise conceitual-descritiva, ou seja, não se tem aqui a intenção de constituir nova teoria dos direitos subjetivos ou de construir uma conclusão normativa sobre qual das duas posturas deve ser adotada para a melhor compreensão sobre o tema. Acredita-se que a exploração das duas posturas acerca do direito subjetivo deve ajudar tanto aqueles que estão interessados em filosofia analítica do direito, e estão voltados a descobrir em saber qual é o conceito que melhor descreve a prática, ou a essência dos direitos subjetivos; como aqueles que têm por objetivo o trabalho em filosofia política e precisam de uma conceituação de direitos subjetivos que melhor sirva aos propósitos de suas conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos subjetivos; Hans Kelsen; Alf Ross.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Kelsen e o direito subjetivo; – 2.1. Dever jurídico; – 2.2. Direito subjetivo como reflexo do dever; – 2.3. Direitos pessoais e direitos reais; – 2.4. Direito subjetivo como poder jurídico; – 3. Alf Ross e o direito subjetivo; – 3.1. Direito subjetivo como ferramenta técnica de apresentação; – 3.1.1. Aplicação do conceito de direito subjetivo; – 3.1.2. A estrutura de um direito subjetivo; – 3.2. Direitos pessoais e direitos reais; – 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

TITLE: *The Legal Rights Conceptions of Hans Kelsen and Alf Ross*

ABSTRACT: *The present paper has the main aim of describing the legal rights conceptions of both Hans Kelsen and Alf Ross. It is a conceptual/descriptive meta-analysis enterprise, meaning that there is no intention of proposing a new legal rights theory or of reaching any normative conclusion about which of the two theories must be adopted in order to best understand the object. By exploring these two postures about the legal rights theme a contribution will be made to both those interested in analytical philosophy of law – focused on discovering which concept better describes the legal practice, or the very nature of the legal rights; and those that have the objective of working with political philosophy – and, because of that, need a concept of legal rights that better serve the purpose of their own normative conclusions.*

KEYWORDS: *Legal rights; Hans Kelsen; Alf Ross.*

SUMMARY: 1. Introduction; – 2. Kelsen and the notion of legal rights; – 2.1. Legal duty; – 2.2. Legal right as reflection of duty; – 2.3. Personal rights and property rights; – 2.4. Legal right as legal power; – 3. Alf Ross and the notion of legal rights; – 3.1. Legal right as a tool of presentation; – 3.1.1. Applying the concept of legal right; – 3.1.2. The structure of a legal right; – 3.2. Personal rights and property rights; 4. Conclusion; – 5. Bibliography.

* Coordenador e Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmecc. Doutor, Mestre e Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

** Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmecc. Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bolsista CAPES.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal abordar as concepções de direito subjetivo de Hans Kelsen e Alf Ross. O recorte epistemológico foi feito dessa maneira por entender-se haver diálogo entre os autores – mesmo porque, Alf Ross rebate constantemente em seu livro ‘Direito e Justiça’ conclusões de Kelsen. Além disso, a comparação se torna também justificável tendo em vista se tratarem de dois dos mais famosos positivistas (ou realistas, dependendo da leitura sobre cada um dos dois¹) e que ainda influenciam muitos trabalhos em filosofia analítica do direito. No entanto, deve ser destacado o fato de não se ter encontrado registro de empreitada semelhante publicada tanto em âmbito nacional ou estrangeiro. Acredita-se que isso tornaria a presente proposta interessante por possibilitar a criação de um novo debate, embora com autores antigos, no cenário acadêmico.

A metodologia aqui empregada será basicamente a de se consultar duas das principais obras dos dois grandes autores – tendo em vista ser nelas que eles enunciam suas concepções² e que apresentam capítulos específicos sobre os direitos subjetivos – são estas: ‘Teoria Pura do Direito’ de Kelsen³ e ‘Direito e Justiça’ de Alf Ross⁴. A visão de alguns comentadores também será trazida à baila, no entanto, sem o debate ser aprofundado em qualquer entendimento individual acerca do tema.

Não se tem aqui a intenção de constituir nova teoria dos direitos subjetivos ou de construir uma conclusão normativa sobre qual das duas posturas deve ser adotada para a melhor compreensão sobre o tema. A empreitada, portanto, é meramente uma meta-análise conceitual-descritiva e, assim sendo, possui as qualidades características dos trabalhos desse tipo. Ou seja, aqui está sendo endossada de forma implícita a crença de que a investigação sobre o uso de conceitos pode ser bastante reveladora daquilo que se está conceituando. Acreditamos que a exploração das duas posturas acerca do direito subjetivo deve ajudar tanto aqueles que estão interessados em filosofia analítica do direito, e estão interessados em saber qual é o conceito que melhor descreve a prática,

¹ Ver, por exemplo, CHIASSONI, Pierluigi. “Wiener Realism” *In. Kelsen Revisited*, d’Almeida, Gardner e Green (Eds.), Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013. pp. 131-162; e, BINDREITER, Uta, “The Realist Hans Kelsen”, *In. Kelsen Revisited*, d’Almeida, Gardner e Green (Eds.), Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013, pp. 101-130.

² Não se ignora as diferentes concepções de Kelsen sobre o tema ao longo de sua vasta obra. Foi eleita aquela presente na segunda edição da Teoria Pura do Direito por consider-se a última escrita e mais bem-acabada pelo autor. Para uma mais completa exegese kelseniana no assunto ver: ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. “Sobre el Concepto de Derecho Subjetivo de Hans Kelsen”. *In. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm 17, pp. 27-74, 2001.

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴ ROSS, Alf, *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

ou a essência dos direitos subjetivos; como aqueles que estão interessados em filosofia política e precisam de uma conceituação de direitos subjetivos que melhor sirva aos propósitos de suas conclusões.

2. Kelsen e o direito subjetivo

Hans Kelsen em sua obra 'Teoria Pura do Direito' buscava alicerçar uma teoria do direito com cientificidade. Uma teoria do direito que se afastasse do subjetivismo visto pelo autor nas teorias jusnaturalistas que triunfavam no âmbito acadêmico à época. Um dos erros de seus precursores, segundo o autor, era o de enxergarem como necessária a inclusão de certos direitos subjetivos para a caracterização do direito positivo enquanto de fato direito.⁵ Ou seja, um ordenamento deveria ser considerado jurídico apenas se incluísse certos direitos tido como "naturais". Isso geraria não só uma aura de justiça, uma validação prévia, ao direito positivo, mas criaria uma dualidade: por um lado, direito subjetivo; por outro, direito objetivo. Segundo Sgarbi, a solução que Kelsen encontra para fornecer clareza analítica é reduzir a demarcação dos direitos ao direito positivo.

Não pretende Kelsen eliminar, dessa forma, a expressão 'direito subjetivo' da linguagem dos juristas; está apenas a dizer que todo direito subjetivo refere-se ao direito objetivo e por essa razão deve ser pensado em relação a ele, nada mais. Portanto, falar em 'direitos subjetivos' não é mais do que descrever a relação entre uma pessoa determinada e um conjunto de normas.⁶

Direito subjetivo, portanto, é indubitavelmente direito objetivo, entretanto, não é a essência de uma norma jurídica, ou seja, não é exatamente a própria norma jurídica. A norma jurídica pode estabelecer direitos, e é perfeitamente possível que exista uma norma sem direito subjetivo. O direito subjetivo aparece como reflexo de um dever, esse sim, essencial à norma jurídica.⁷

2.1. Dever jurídico

Contrariando o que se observa usualmente na doutrina, Kelsen aborda primeiramente o conceito de dever jurídico para depois tratar do direito subjetivo. Isto porque considera o dever jurídico mais importante que o direito subjetivo, posto que é o primeiro que tem a capacidade de obrigar e não o segundo, pois somente a conduta

⁵ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 144-145

⁶ SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 173.

⁷ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. Op. cit., p. 58

oposta do primeiro está relacionada diretamente a uma sanção ou a uma ação judicial provocada pelo titular do direito subjetivo. Nesse sentido, esclarece Carrió:

Para Kelsen el derecho es una técnica de control social caracterizada esencialmente por el uso de la fuerza: todo ordenamiento jurídico no es sino una ordenación de ella. Esa técnica opera, típicamente, provocando ciertos comportamientos deseados (el cumplimiento de los deberes jurídicos) mediante la amenaza de un acto de fuerza (la sanción, en sentido estricto) para el supuesto de comportamientos contrarios (la comisión de actos ilícitos). (...)

Por ello los conceptos de sanción e imputación, como centrales, más los de acto ilícito, responsabilidad y deber jurídico están, como vimos, en el núcleo del aparato conceptual kelseniano. Fuera de ese núcleo se hallan nociones tales como las de derecho subjetivo, persona jurídica, capacidad, nulidad, etc., que la Teoría Pura redefine a partir de los conceptos “nucleares”.⁸

Kelsen descreve que um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta conduta é prescrita pela ordem social. Portanto, visto que a ordem jurídica é uma ordem social a conduta a que um indivíduo está juridicamente obrigado é uma conduta que tem que ser realizada em face de outro indivíduo.⁹ No entanto, uma conduta só pode ser considerada como conteúdo de um dever jurídico e, portanto, prescrita objetivamente pelo Direito, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção.¹⁰

Nestes termos, o dever jurídico surge de uma norma jurídica positiva que prescreve a conduta do indivíduo pelo fato de ligar à conduta oposta a uma sanção.¹¹ Dessa forma, o conceito de dever jurídico para o autor encontra relação essencial com a sanção. Juridicamente obrigado está o indivíduo que, através da sua conduta, pode cometer o ilícito, isto é, o delito, e, assim, pode provocar a sanção, consequência do delito. Portanto, o conteúdo do dever jurídico é a conduta do indivíduo, nada além disso.¹² Nesse sentido, Carlos Santiago Nino esclarece o seguinte: “O dever jurídico é a conduta

⁸ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 182

⁹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 128-129.

¹⁰ Ibid., p. 129.

¹¹ Note-se que essa concepção de dever jurídico não passou imune às críticas de outros teóricos. Carlos Santiago Nino, por exemplo, reproduz a seguinte crítica de Genaro R. Carrió: “Carrió afirma que constitui um sério desequilíbrio conceitual (o que, por outro lado, afeta quase toda a teoria de Kelsen) pretender reduzir o significado da expressão “dever jurídico”, que na linguagem ordinária tem tantos usos heterogêneos, a um rígido esquema unitário que compreende apenas o caso de quem está sob a pressão de uma sanção. O conceito de dever jurídico esboçado por Kelsen pode ser adequado talvez, e até certo ponto, ao direito penal, mas não é operacional para descrever a complexa realidade atual no âmbito do direito internacional, constitucional, trabalhista, comercial, etc. Os juristas falam em termos de deveres para se referir a uma multiplicidade de situações, em muitas das quais não estão previstas sanções”, em NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 229. Ver originalmente: CARRIÓ, Genaro. Op. cit., p. 183.

¹² KELSEN, Hans. Op. cit., p. 130.

oposta ao ato antijurídico. Por exemplo, se sonegar impostos é condição de uma sanção, não sonegá-los, ou seja, pagá-los, constitui o conteúdo de uma obrigação jurídica”.¹³ O ponto também aparece claro nas palavras de Kelsen, para quem:

Se se diz que quem está juridicamente obrigado a uma determinada conduta "deve", por força do Direito, conduzir-se do modo prescrito, o que com isso se exprime é o ser-devido – ou seja, o ser positivamente permitido, o ser autorizado e o ser prescrito – do ato coercitivo que funciona como sanção e é estatuído como consequência da conduta oposta.¹⁴

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor acredita, portanto, que o conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva não possuindo, com isto, qualquer espécie de implicação moral, até porque se afirmasse o contrário estaria contradizendo o seu projeto de elaborar uma teoria pura do Direito.¹⁵ Mesmo assim, Kelsen admite que o dever jurídico possa vir a ter como conteúdo uma norma moral, mas acredita que isso seja mera convergência da moral com a ordem jurídica posto que somente a norma jurídica prescreve uma determinada conduta humana e obriga os indivíduos a atuarem desta maneira tendo a conduta oposta como consequência a sanção.¹⁶

2.2. Direito subjetivo como reflexo do dever

Quanto ao sujeito de um dever jurídico, Kelsen afirma ser este o indivíduo cuja conduta é o pressuposto a que é ligada a sanção dirigida contra o mesmo como consequência dessa conduta. É o indivíduo que, através da sua conduta, pode violar os deveres, isto é, provocar a sanção, e que, portanto, pode cumprir o dever, isto é, evitar a sanção. Desta forma, a conduta do indivíduo em face da qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Vale ressaltar este conceito, nos termos enunciados pelo próprio autor, *in verbis*:

(...) *sujeito* nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta.¹⁷

¹³ NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 227.

¹⁴ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 133.

¹⁵ Ibid., p. 131.

¹⁶ Ibid., p. 132.

¹⁷ Ibid., p. 143.

Ademais, Kelsen vai ainda mais longe descaracterizando o conceito clássico de direito subjetivo e afirmando ser este mero direito reflexo do dever jurídico. Acredita que apenas o homem obrigado a conduzir-se de determinada maneira em face de outro homem seja *sujeito*, pois somente este é sujeito de uma obrigação (dever). Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como *direito*, este direito é apenas *reflexo* daquele dever. Portanto, como o direito reflexo se identifica com o dever jurídico, o indivíduo titular do direito reflexo é apenas objeto da conduta imposta pelo dever jurídico a outrem, não sendo assim, sujeito.¹⁸

Cumpra a observação, que como o direito subjetivo para Kelsen é mero direito reflexo, este não tem existência sem um dever jurídico correlato. O direito reflexo de um consiste em apenas no dever do outro. Não há, dessa forma, uma referência a um sujeito determinado, merecedor do rótulo de portador de um direito subjetivo. O entendimento de Kelsen é de que o conceito de direito subjetivo não explica tão bem quanto o de dever jurídico a situação que se apresenta quando alguém tem um dever em relação a outrem. É isso o que o autor informa no seguinte trecho:

Este conceito de um direito subjetivo que apenas é simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica. Isto revela-se até no fato de não pressupormos um direito subjetivo reflexo em todos os casos de dever jurídico. Quando a conduta devida de um indivíduo se não refere a um outro indivíduo concretamente determinado, quer dizer, não deve ter lugar em face de um indivíduo concretamente determinado, mas apenas é prescrita para ter lugar em face da comunidade enquanto tal, fala-se por vezes, na verdade, de um direito de comunidade.¹⁹

Para o autor, a concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que àquele caberia mesmo a prioridade em relação a este, é devida ao Direito natural. Desse modo, se se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuídos por uma ordem jurídica positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido considerado por Kelsen, pressupõe um correspondente dever jurídico, sendo este o próprio dever jurídico, ou seja, reflexo deste.²⁰

¹⁸ Ibid., p. 144.

¹⁹ Ibid., p. 143.

²⁰ Ibid., p. 145.

2.3. Direitos pessoais e direitos reais

Construída a ideia de que direito subjetivo é uma situação de pretensão de exigir algo de alguém cuja conduta é devida, e que essa conduta é devida somente pelo fato de haver uma norma de direito objetivo exigindo essa conduta, Kelsen passa a examinar os discursos específicos sobre os chamados direitos subjetivos. O autor austríaco entende haver uma distinção clássica estabelecida pela doutrina entre direito sobre um bem – ou uma “coisa”, na tradução feita da obra do autor – (*jus in rem*) e o direito em face de uma pessoa (*jus in personam*).²¹ Esta distinção, no entanto, induz ao erro, pois, conforme o autor:

Também o direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas. Quando, para manter a distinção entre direito real e direito pessoal, se define aquele como o direito de um indivíduo a dispor de qualquer forma de uma coisa determinada, perde-se de vista que aquele direito apenas consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar esta disposição, quer dizer: a não a impedir ou por qualquer forma dificultar; que, portanto, o *jus in rem* é também um *jus in personam*. De primária importância é a relação entre indivíduos, a qual também no caso dos chamados direitos reais consiste no dever de uma determinada conduta em face de um indivíduo determinado. A relação com a coisa é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária. Trata-se da conduta de um indivíduo em relação a uma determinada coisa, conduta que todos os outros indivíduos são obrigados, em face do primeiro, a suportar.²²

Segundo Kelsen, “o direito real subjetivo por excelência, sobre o qual é talhada toda a distinção, é a propriedade”.²³ O direito de propriedade obviamente consiste em uma determinada relação de um sujeito de direito com outros, ou seja, no dever destes últimos de não impedir aquele no seu poder de disposição sobre uma determinada coisa, ou bem, e não dificultar também de forma nenhuma o exercício desse poder de disposição. Nesse sentido afirma o autor, *in verbis*:

(...) Aquilo que se designa como exclusivo domínio de uma pessoa sobre uma coisa é exclusão de todos os outros, estatuída pela ordem jurídica, do poder de disposição sobre a coisa. *O domínio de um, juridicamente, é apenas o reflexo da exclusão de outros.*²⁴

O direito de propriedade, portanto, consiste no fato de todos os outros indivíduos serem obrigados a não impedirem um indivíduo determinado (proprietário) de dispor

²¹ Ibid., p. 145.

²² Ibid., pp. 145-146.

²³ Ibid., p. 146.

²⁴ Ibid., p. 146.

sobre uma determina coisa (propriedade) ou a não prejudicarem por qualquer forma este poder de disposição. No entanto, Kelsen afirma que “o direito reflexo de propriedade não é propriamente um direito absoluto e sim um reflexo de uma pluralidade de deveres de um número indeterminado de indivíduos em face de um e o mesmo indivíduo com referência a uma e a mesma coisa”.²⁵

2.4. Direito subjetivo como poder jurídico

Após demonstrar os problemas com a classificação de direitos subjetivos em reais e pessoais e apontar os erros de se entender tais direitos como ‘interesses juridicamente protegidos’,²⁶ Kelsen se debruça sobre a teoria da vontade, que entende os direitos subjetivos como um “poder de vontade conferido pela ordem jurídica”.²⁷ Tal doutrina – entendida de forma resumida – descreve o direito subjetivo enquanto um direito que o titular do direito reflexo possui de ingressar com uma ação judicial caso o titular do dever jurídico atue de forma oposita a seu dever, descumprindo-o. Ou seja, segundo a caracterização do autor, entre os pressupostos da sanção que constitui um dever jurídico, se conta uma atuação, em forma de ação judicial, normalmente realizada pelo indivíduo em face do qual o dever existe, atuação essa endereçada ao órgão aplicador do Direito e visando a execução da sanção.²⁸

Sob esse viés, o direito reflexo reveste o seu titular de poder jurídico para ingressar com uma ação judicial caso o seu dever jurídico correlato seja descumprido. Sendo assim, pode-se dizer que somente existe uma *pretensão* como ato juridicamente eficaz quando exista um direito subjetivo em sentido técnico, quer dizer, o poder jurídico de um indivíduo de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico em face dele existente.²⁹

A doutrina tradicional acredita que o direito subjetivo consiste em mero poder jurídico, ou seja, que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas consequências. Portanto, tal doutrina considera o direito subjetivo como mero poder de vontade conferido pela ordem jurídica e praticado através da ação judicial.

²⁵ Ibid., p. 147.

²⁶ Tal concepção clássica é afastada por Kelsen nos seguintes termos: “Do ponto de vista de uma concepção que encare o Direito como norma ou sistema de normas, porém, o direito subjetivo não pode ser um interesse – protegido pelo Direito –, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo. E esta proteção consiste no ato de a ordem jurídica ligar à ofensa desse interesse uma sanção, quer dizer, no fato de ela estatuir o dever de não lesar esse interesse”. Ibid., p. 149.

²⁷ Ibid., p. 150.

²⁸ Ibid., p. 150.

²⁹ Ibid., p. 151.

Todavia, Kelsen afirma que essa concepção é um tanto quanto simplista e inocente, afinal por direito subjetivo não se deve entender apenas como poder jurídico, mas sim este poder jurídico em combinação com o direito reflexo, quer dizer, um direito reflexo provido ou revestido deste poder jurídico. Sendo assim, o “*centro gravitacional reside no direito reflexo*”.³⁰ No entanto, cabe a ressalva novamente de que a essência do direito subjetivo reside no fato de uma norma conferir a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico. Nestes termos, para Kelsen, o direito subjetivo é mais do que um mero direito reflexo como se poderia acreditar de início, sendo este, a combinação do direito reflexo com o poder jurídico, conferido por uma norma a um indivíduo, de fazer valer, através de uma ação o não-cumprimento de um dever jurídico.³¹ Portanto, através desse poder jurídico o titular do direito reflexo ingressa com uma ação e, por fim, obtém uma decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever.³²

São estas as principais observações de Kelsen quanto ao direito subjetivo.³³ Agora o foco será na concepção um tanto quanto peculiar dos direitos subjetivos formulada por Alf Ross.

3. Alf Ross e o direito subjetivo

A obra de Alf Ross é melhor entendida se destacado, em primeiro lugar, o background filosófico do autor. Ele fazia parte do movimento jusfilosófico que ficou conhecido como “realismo escandinavo”. Tal corrente de pensamento, fundada por Axel Hägerström tinha como base epistemológica o fim da utilização de conceitos metafísicos para explicar o direito e outros institutos sociais.³⁴ Dessa forma, Hart anota que essa tradição, tendo como paradigma a obra de Hägerström:

³⁰ Ibid., p. 154.

³¹ Ibid., p. 152.

³² Ibid., p. 153.

³³ Não se olvida da caracterização do direito subjetivo como permissão positiva (da autoridade) – entendida como situação em que o indivíduo com direito a exercer uma atividade autorizada tem o poder jurídico de, no caso de uma violação do correspondente dever, instaurar o procedimento jurídico que conduz à sanção – por se tratar de uma mera aplicação do conceito construído no ponto anterior. Também tem-se consciência da formulação kelseniana de direito subjetivo como direito político. A escolha por deixar tal espécie especial de fora foi feita com base no entendimento de que as discussões sobre o assunto não acrescentam nenhuma propriedade ao conceito cunhado pelo autor, além de entrar em questões que por si exigiriam um artigo próprio. Ver *ibid.*, pp. 155-162.

³⁴ Não pretendemos fazer uma caracterização extensa da complexa base filosófica dos realistas jurídicas. Nosso objetivo era apenas fixar as bases comuns e que são necessárias para a compreensão dos próximos pontos. Para explicações mais completas acerca do assunto ver, entre outros: RUBIO CASTRO, Ana María. “Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross”. In. *Revista de estudios políticos*, N° 50, pp. 213-240, 1986; SPAAK, Torben. *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona’s Legal Philosophy*. Cham: Springer, 2014.

[C]onstitui um esforço permanente de mostrar que noções geralmente aceitas como partes da estrutura do direito, como direitos, obrigações, transferências de direitos e validade são, em parte, compostas de crenças supersticiosas, “mitos”, “ficções”, mágica ou confusões grosseiras.³⁵

Dentro desse movimento, o trabalho de Ross é tanto simples como radical, tendo em vista que ele estabelece como meta a limpeza do direito de todas e quaisquer referências místicas a conceitos abstratos e entidades metafísicas.³⁶ Trata-se de uma tentativa de traduzir conceitos jurídicos para comportamentos observáveis, típicos das ciências sociais. É assim que ele descreve seu trabalho logo no começo de seu livro:

A principal ideia deste trabalho é levar no campo do direito os princípios do empirismo às suas conclusões últimas. Desta ideia emerge a exigência metodológica do estudo do direito seguir os padrões tradicionais de observação e verificação que animam toda a moderna ciência empirista, e a exigência analítica das noções jurídicas fundamentais serem interpretadas obrigatoriamente como concepções da realidade social, do comportamento do homem em sociedade e nada mais.³⁷

O argumento aqui descrito não é simplesmente que se deve evitar a interpretação do mundo de uma maneira que exija entidades metafísicas adicionais, mas que a ontologia do direito é duplamente estranha: por um lado, o direito usa linguagem normativa convencional (que pode ser encontrada em outras esferas normativas); mas, por outro, o direito se mantém separado do discurso normativo convencional. Ou seja, é possível dizer “de acordo com o direito, eu devo fazer ϕ ” e ao mesmo tempo afirmar que “moralmente, eu devo não fazer ϕ ”.³⁸ O que o Ross está tentando evitar é a criação de todo um universo normativo para o discurso jurídico.

Por esta razão é que rejeito a ideia de uma “validade” *a priori* específica que coloca o direito acima do mundo dos fatos e reinterpreto a validade em termos de fatos sociais; rejeito a ideia de um princípio *a priori* de justiça como guia para a legislação (política jurídica) e ventilo os problemas da política jurídica dentro de um espírito relativista, quer dizer, em relação a valores hipotéticos aceitos por grupos influentes na sociedade; e, finalmente, rejeito a ideia segundo a qual o conhecimento jurídico constitui um conhecimento normativo específico, expresso em proposições de *dever ser*, e interpreto o pensamento jurídico formalmente em termos da mesma

³⁵ HART, Herbert L. A. “Realismo Escandinavo”. In. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 181.

³⁶ BIX, Brian H. “Ross and Olivecrona on Rights”. In. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, 2009, p. 104.

³⁷ ROSS, Alf. *Direito...*, p. 19.

³⁸ BIX, Brian H. “Ross and Olivecrona on Rights”. In. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, 2009, p. 105.

lógica que dá fundamento a outras ciências empíricas (proposições de *ser*).³⁹

3.1. Direito subjetivo como ferramenta técnica de apresentação

O conceito de direito subjetivo – o de direito de propriedade, por exemplo – são para Alf Ross *tû-tû*,⁴⁰ ou seja, palavras vazias desprovidas de qualquer referência semântica. Alf Ross acredita que os conceitos fundamentais pertencentes à esfera dos direitos subjetivos, como o conceito de propriedade, não foram criados pelos autores de direito, mas herdados de ideias geralmente aceitas. Eles seriam oriundos do vocabulário usado na esfera normativa da moralidade.

Deve-se destacar, no entanto, que Ross – como os outros expoentes do Realismo Escandinavo – endossava a posição meta-ética dos emotivistas da época, como A. J. Ayer e, principalmente, C. L. Stevenson. Tal postura, em breves linhas, propõe uma forma de não-cognitismo. Isso significa que as afirmações de cunho moral não são falseáveis. Em verdade, e de forma simplificada, são apenas enunciados de sentimentos, emoções, ou expressões com o objetivo de se convencer o ouvinte a ter a mesma postura. Quando alguém diz que “matar é errado”, por exemplo, está apenas dizendo “eu desaprovo o ato de matar” – e, ou, “eu desaprovo o ato de matar e você também o deveria”. Não há, para esses autores, um referente no mundo – que não os próprios sentimentos do falante – que dê um significado especial, moral, a essa frase. Trata-se de uma ideia que desemboca em um não-realismo⁴¹, ou seja, em uma negação da existência de fatos morais.

É por esse background emotivista (e não-realista) que Ross entende que os direitos subjetivos não possuem um referente semântico e, portanto, podem ser reescritos pelo profissional do Direito de outra forma. As frases em que os termos mencionados aparecem podem “ser reescritas sem fazer uso da expressão, indicando a conexão que nas diretivas jurídicas existe entre os fatos condicionantes e as consequências

³⁹ ROSS, Alf. Direito..., p.20.

⁴⁰ ROSS, Alf, *Tû-Tû*. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2003, p. 31.

⁴¹ O não-realismo que se está tratando aqui é tão-somente o meta-ético. Pode parecer como uma contradição em termos classificar um não-realista como um realista jurídico. Mas, trata-se de usos diferentes do termo “realista”. A proposição para a meta-ética está relacionada, de forma bastante rude, àqueles que defendem a existências de fatos morais no mundo. A proposição para a teoria do direito é utilizada para descrever aqueles que acreditam que o conceito de direito deve ser restringido às decisões judiciais. Há ainda um terceiro uso do termo que deve ser comentado, que é aquele utilizado pela discussão metodológica filosófica. Nesse caso, Ross é um naturalista por entender que os estudos de outras áreas do saber devem necessariamente ser utilizados por filósofos para a produção do conhecimento. Alf Ross é, portanto, um realista do direito, que defende um realismo metodológico e um não-realismo em termos meta-éticos.

condicionadas”.⁴² O conceito de “direito subjetivo” é, portanto, uma *ferramenta técnica de apresentação*, ou um *conceito conectivo*,⁴³ que conecta uma disjunção de fatos operativos e uma conjunção de consequências jurídicas. Nas palavras do autor:

Podemos concluir, portanto, que em todos os contextos que consideramos, *os enunciados referentes a direitos subjetivos cumprem a função de descrever o direito vigente ou sua aplicação a situações específicas concretas*. Ao mesmo tempo, contudo, é preciso afirmar que o conceito de direito subjetivo não tem qualquer referência semântica; não designa fenômeno algum de nenhum tipo que esteja inserido entre os fatos condicionantes e as consequências condicionadas; é, unicamente, um meio que torna possível – de maneira mais ou menos precisa – representar o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, a saber, aquelas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas.⁴⁴

O conceito de direito subjetivo somente adquire significado específico, portanto, quando o evento fatural é interpretado em relação a uma ideologia vigente às normas jurídicas. Ou seja, um fato frente às normas jurídicas vigentes gera um complexo de consequências jurídicas, não importando o conceito ou a palavra utilizada, pois até mesmo o leigo sabe as consequências de seu ato, sabendo, por exemplo, que não pode contrair dois matrimônios, pois sofrerá uma sanção.⁴⁵ Portanto, para o autor somente há uma expressão com sentido quando há um conjunto de regras relacionado com outro conjunto de regras que expressam as consequências jurídicas que se imputam a um fato determinado. Os *direitos subjetivos*, portanto, ganham significado somente quando analisadas as regras que trazem consequências jurídicas para aqueles fatos que estão sendo alegados como *geradores de direitos subjetivos*.

3.1.1. Aplicação do conceito de direito subjetivo

Alf Ross acredita ser perfeitamente viável expor o direito vigente dispensando-se completamente o uso do conceito de direito subjetivo, isto porque, como já foi dito, tal conceito não designa nenhum fenômeno que exista em certas circunstâncias específicas. Sendo assim, o autor tenta mostrar o que caracteriza as situações jurídicas em que se costuma falar de direitos subjetivos.

⁴² ROSS, Alf, *Direito...*, p. 206.

⁴³ SPAAK, Torben. “Alf Ross on the Concept of a Legal Right”. *In. Ratio Juris*, Vol. 27, Nº 4, pp. 461-476, 2004, p. 462.

⁴⁴ ROSS, Alf, *Direito...*, p. 208.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 207.

Por conseguinte, afirma Ross que as liberdades estão excluídas do conceito de direito subjetivo, pois as vantagens conferidas a uma determinada pessoa titular do direito subjetivo têm que surgir como consequência de um regramento jurídico. E dado ter o regramento jurídico sempre um efeito restritivo, o direito subjetivo será sempre correlato de um dever, ou seja, uma restrição ao próximo.⁴⁶ Por exemplo, a propriedade inclui um privilégio para o proprietário, porque se acha em liberdade de usar e usufruir do objeto, enquanto, ao mesmo tempo, os outros estão excluídos.

Além disso, é importante ressaltar que o conceito de direito subjetivo pressupõe que o titular do direito dispõe de uma *faculdade* relativamente à pessoa obrigada, isto é, pode o primeiro fazer valer seu direito instaurando um processo, sendo este poder de exclusivo do aludido.⁴⁷ Desta forma, nesse ponto cabe citar o autor *ipsis litteris*:

Em resumo, podemos dizer que o conceito de direito subjetivo é usado unicamente para indicar uma situação na qual o ordenamento jurídico deseja assegurar a uma pessoa liberdade de poder se comportar – no âmbito de uma esfera específica – como lhe agrade, a fim de proteger seus próprios interesses. *O conceito de direito subjetivo indica a auto-afirmação autônoma do indivíduo* (grifo nosso).⁴⁸

Portanto, o titular do direito subjetivo típico⁴⁹ possui três características concomitantes: é aquele em cujo benefício se acha restrita a liberdade de ação de outra pessoa; aquele que tem o poder de fazer valer o direito instaurando processos; aquele que tem o poder de alienar o direito; Ou seja, a mesma pessoa é sujeito do interesse, sujeito dos processos e sujeito da alienação. Dessa forma, poder-se-ia dizer que estas diferentes funções são efeitos do próprio direito subjetivo.

3.1.2. A estrutura de um direito subjetivo

Alf Ross traz quatro elementos principais que constituem o direito subjetivo, são eles: o sujeito do direito subjetivo (nas situações típicas é o sujeito do interesse, dos processos e da alienação); o conteúdo do direito subjetivo (é, restritamente falando, à faculdade específica em virtude da qual um direito se distingue do outro); o objeto do direito subjetivo (o objeto físico em relação ao qual o titular do direito tem uma faculdade de

⁴⁶ Ibid., p. 209-210.

⁴⁷ Ibid., p. 210.

⁴⁸ Ibid., p. 211.

⁴⁹ Esse sujeito geral que concentra as três características mencionadas está relacionado com situações típicas, se essas características estiverem separadas e distribuídas entre mais de um sujeito ter-se-á, portanto, situações atípicas. Não cabe fazer a diferenciação entre situações típicas e atípicas de forma mais minuciosa devido a brevidade que se espera do trabalho. Nesse sentido vide Ibid., p. 212-217.

gozo exclusivo); e, por fim, a proteção do direito subjetivo (é a proteção processual ou estática, a possibilidade de obter uma sentença contra a pessoa obrigada através de uma ação judicial).⁵⁰

Dentro da ideia de proteção do direito subjetivo, o autor ainda faz uma distinção entre a proteção estática e a proteção dinâmica que, para fins conceituais, merece leitura:

A proteção estática se refere às sanções passíveis de serem aplicadas no caso de violação do direito subjetivo. (...) A proteção dinâmica, por outro lado, nada tem a ver com sanções. As regras de proteção dinâmica regulam a competição entre diversos sucessores em conflito, cada um dos quais tem por si mesmo uma expectativa legítima de sucessão. A proteção dinâmica, assim, não é proteção de uma posição jurídica existente, mas da expectativa de um sucessor de ser colocado numa posição jurídica. Esta proteção, conforme as circunstâncias, pode ser absoluta, porque o ordenamento jurídico, sob certas condições, torna indiscutível a posição jurídica que resulta de uma sucessão.⁵¹

Ross, portanto, esclarece que o significado do direito subjetivo dado por uma norma do direito objetivo tem uma estrutura semântica que liga dois sujeitos (um titular do direito e outro obrigado), uma faculdade em relação a um objeto e uma proteção de que essa relação seja mantida. Destaque-se novamente que Alf Ross afirma que acima de tudo deve ser exaltada a importância do conceito de direito subjetivo como ferramenta de apresentação. Esse esquema que o direito subjetivo proporciona ajuda a entender o que de fato ocorre numa situação regulada pelo direito objetivo.

3.2. Direitos pessoais e direitos reais

A doutrina tradicional, bem como explicitado em Kelsen no ponto anterior, considera a existência de dois grupos principais de direitos subjetivos: os direitos reais e os direitos pessoais. O direito real ou o direito *in rem* é, para a mencionada doutrina, um direito sobre um bem dotado de proteção *in rem*, enquanto o direito pessoal ou *in personam* é um direito frente a uma pessoa, e, portanto, dotado de proteção *in personam*.

No entanto, Ross considera essa terminologia inapropriada porque as expressões *in rem* e *in personam* aludem igualmente ao conteúdo do direito e a sua proteção, o que pode gerar confusões. Sendo assim, prefere empregar uma expressão para a diferença

⁵⁰ Ibid., p. 218-219.

⁵¹ Ibid., p. 220.

de conteúdo e outra para a diferença de proteção. Desta forma, para o conteúdo utiliza *direito de disposição* e para a proteção utiliza *direito de faculdade*.⁵²

Existe, portanto uma conexão necessária entre essas duas distinções, de modo que um direito de disposição é, normalmente, dotado de proteção *in rem*, e um direito de faculdade de proteção *in personam*. É dessa maneira que caracteriza o autor:

O direito de disposição é um conceito com propensão sociológica; define uma situação jurídica em relação ao efeito econômico, a utilização real de um benefício como efeito prático de uma posição jurídica.

O direito de pretensão ou faculdade, por outro lado, é um conceito puramente jurídico que expressa unicamente a posição jurídica (a pretensão do credor, o dever do devedor) e desconsidera a vantagem econômica resultante da aplicação prática das normas (a perspectiva do credor de obter o cumprimento)⁵³

Sob esse viés, pode-se dizer que o direito de disposição é um direito que consiste exclusivamente em faculdades não exigíveis (não vencidas), e o direito de pretensão ou faculdade é um direito com faculdades exigíveis (vencidas).⁵⁴

Perante o exposto, resta claro que o autor tenta elaborar uma nova distinção que evite a confusão, afinal para ele os conceitos são destituídos de qualquer referência semântica (*Tû-Tû*), podendo ser expressados por qualquer outro que ajude melhor a compreensão. Assim sendo, cabe deixá-los o mais claro possível para que funcionem como verdadeiras ferramentas metodológicas de compreensão do direito objetivo.

4. Conclusão

Como dito no início do presente trabalho, não há aqui a intenção de esgotar o tema ou de fazer análise minuciosa sobre a obra dos autores elencados. O objetivo pretendido era o de demonstrar duas visões distintas e fornecer material para pesquisa futura. Diante disso, destaque-se que o conceito de direito subjetivo aparece de forma diferente, mas semelhante, na obra dos dois autores.

Para aqueles interessados em fazer análise conceitual, deve-se ressaltar as diferenças que permitem tratar os dois autores de forma distinta. Sobre isso, pode-se dizer que o

⁵² Ibid., p. 226.

⁵³ Ibid., p. 230.

⁵⁴ Ibid., p. 232.

principal na teoria de Kelsen sobre o assunto é seu conceito de direito reflexo, pois é neste ponto em que o autor precipuamente diferencia-se de Alf Ross.

Kelsen considera sujeito apenas o titular do dever jurídico sendo o titular do direito reflexo mero objeto. Pode-se resumir a concepção kelseniana de direito subjetivo em uma simples fórmula: *direito subjetivo = direito reflexo + poder jurídico*. Portanto, considera o dever jurídico como importância primária e o direito subjetivo como tendo importância secundária.

Por outro lado, para Ross o titular do direito subjetivo, *lato sensu* e nas relações típicas, é todo aquele que é sujeito do interesse, sujeito dos processos e sujeito da alienação, ou seja, não é mero objeto, ou reflexo do dever jurídico. Além disso, para ele o direito subjetivo é mera ligação de certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas, e nesse ponto, pode-se perceber que considera bastante importante a presença da sanção, tal como Kelsen. No entanto, não acredita na expressão direito subjetivo e tenta sair da doutrina clássica dizendo que esta é destituída de qualquer referência semântica, podendo, portanto, ser denominado de qualquer coisa (*Tú-Tú*) basta observar os fatos condicionantes e as consequências jurídicas.

Em contrapartida, a semelhança extraída dos autores deve ter relevo para os que estão interessados na aplicação prática de direitos subjetivos, bem como para aqueles que estão empenhados em discutir filosofia política. Quanto a isso, cabe mencionar que ambos os autores acreditam que os direitos subjetivos estão destituídos de qualquer conteúdo moral e metafísico, estando este relacionado, através do dever jurídico correlato, intrinsecamente com a norma e as obrigações estatuídas por esta através das sanções e consequências jurídicas.

Essa conclusão parece importante, pois tanto Kelsen como Ross deslocam a discussão moral para fora do tópico, deixando apenas uma análise técnica aos operadores e estudiosos dos direitos subjetivos jurídicos. Isso por um lado gera uma limitação óbvia: a de se esvaziar a discussão substantiva sobre o objeto de estudo. Mas, também cria algo importante para a teoria do direito, o ônus argumentativo para os que pretendem fazer análises substantivas sobre o assunto.

Em primeiro lugar, deve-se argumentar sobre por qual motivo os direitos subjetivos são melhores explicados se atrelados a concepções fora do direito objetivo. Isto é, torna-se

necessário afastar ambas as visões – nesse sentido, positivistas – sobre o tema e explicar o motivo pelo qual elas não exercem um papel explanatório adequado da matéria.

Por fim, não cabe mais assumir que todos compartilham de uma mesma visão meta-ética realista e se voltar apenas a discutir argumentos em favor de certos princípios. O encargo agora é maior. Deve-se pensar em uma meta-teoria do direito. Para superar o argumento do esvaziamento dos direitos subjetivos deve-se advogar em favor de uma meta-ética mais robusta, que descredencie os argumentos emotivistas de Ross ou céticos de Kelsen. Este, com certeza, é um desafio muito mais árduo.

5. Referências bibliográficas

- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. “Sobre el Concepto de Derecho Subjetivo de Hans Kelsen”. *In. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm 17, pp. 27-74, 2001.
- BALLESTEROS, Alberto Montoro. “Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico: (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross)”. *In. Anales de Derecho – Revista de investigación en derecho*. Vol. 4, pp. 19-98, 1983.
- BINDREITER, Uta, “The Realist Hans Kelsen”, *In. Kelsen Revisited*, d’Almeida, Gardner e Green (Eds.), pp. 101-130, Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013.
- BIX, Brian H. “Ross and Olivecrona on Rights”. *In. Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, pp. 103-119, 2009.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- CHIASSONI, Pierluigi. “Wiener Realism” *In. Kelsen Revisited*, d’Almeida, Gardner e Green (Eds.), pp. 131-162, Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013.
- HART, Herbert L. A. “Realismo Escandinavo”. *In. Ensaaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 181-191, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ROSS, Alf. *Tû-Tû*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- _____. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.
- RUBIO CASTRO, Ana María. “Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross”. *In. Revista de estudios políticos*, N° 50, pp. 213-240, 1986.
- SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SPAACK, Torben. *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona’s Legal Philosophy*. Cham: Springer, 2014.
- _____. “Alf Ross on the Concept of a Legal Right”. *In. Ratio Juris*, Vol. 27, N° 4, pp. 461-476, 2004.

civilistica.com

Recebido em: 02.01.2017
Aprovado em:
21.02.2017 (1º parecer)
16.03.2017 (2º parecer)

Como citar: FERREIRA, Daniel Brantes; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. O direito subjetivo nas concepções de Hans Kelsen e Alf Ross. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-subjetivo-nas-concepcoes/>>. Data de acesso.