

DOCTRINA.

Situações Subjetivas e Direito Subjetivo*.

Miguel Reale

Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia.

I.

Pode-se dizer que, no estado atual dos estudos de Filosofia e de Teoria Geral do Direito, não subsiste mais a polêmica que, no fundo, resultava de duas concepções extremadas, ambas negativas do direito subjetivo como tal. Refiro-me, de um lado, à posição de DUGUIT, que repudiava a “idéia metafísica” de direito subejtivo, em virtude da “constatação positiva” da existência de simples *situações de fato* que condicionam a atividade dos membros componentes de uma sociedade; e, de outro lado, lembro a colocação do problema na Teoria Pura de HANS Kelsen, o qual acaba por tornar evanescente o direito subjetivo, reduzindo-o a um aspecto do direito objetivo, ou, consoante sua conhecida definição, ao “poder jurídico outorgado para o adimplemento de um dever jurídico”

Desse modo, em virtude de ter-se acentuado em demasia ou o elemento *factual*, ou o elemento *normativo*, chegava-se a um mesmo resultado, que consistia na negação do direito subjetivo como categoria autônoma, para transformá-lo em um conceito derivado e segundo, admitido apenas como designa-

*. Em homenagem a Luís Legaz y Lacambra, por ocasião de seu septuagésimo aniversário.

ção de uma situação, ou no plano dos fatos, ou no plano das normas.

Não é demais observar que essa dupla ordem de negação tinha a sua razão de ser, visto como a doutrina se acomodara em uma solução aparente, de manifesto compromisso entre a “teoria da vontade” de WINDSCHEID e a “teoria do interesse” de JHERING, concebendo o direito subjetivo nos termos da concepção eclética de JELLINEK, isto é, como o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer.

Dessarte, tanto DUQUIT como KELSEN desempenharam o papel salutar de romper com a acomodação dominante, tão do gosto dos juristas práticos, recolocando na tela dos estudos um problema fundamental, a fim de que fossem atualizadas as estruturas conceituais em função de novas exigências postas pela Sociologia do Direito e pelas pesquisas realizadas nos domínios da Dogmática Jurídica.

Aos poucos foi se verificando que não se tratava mais de reformular o conceito de direito subjetivo, mas que era necessária uma análise ao mesmo tempo mais ampla e mais profunda, a começar por uma “determinação de campos conceituais”, cada um deles correspondente a distintos aspectos da realidade social.

Penso que, a esta altura das investigações, a questão já começa a adquirir contornos mais nítidos, sobretudo porque se põe sobre novas bases o conceito de “situação subjetiva”, superando-se os pressupostos empiricistas que limitavam e comprometiam inicialmente o seu alcance, sendo-lhe atribuído um *sentido genérico*, em cujo âmbito se distinguem e se coordenam diversas posições possíveis do sujeito de direito na vida de relação.

Pode parecer, à primeira vista, que, dando-se ênfase ao conceito de *situação subjetiva*, está-se optando por uma solução de tipo sociológico e, como tal, com prevalência do ele-

mento factual, mas isto não ocorre. É que com o termo situação *subjéctiva* pensa-se algo bem distinto da simples descrição de uma “circunstancialidade fáctica”, — a que, em última análise se reduzida a compreensão de DUGUIT, — para se considerar a condição do sujeito jurídico e seus meios ou possibilidades de ação de maneira concreta, atendendo, concomitantemente, ao *valor de sua subjéctividade*, e às conseqüências inerentes ao fato de estar ele vinculado a um *sistema normativo*, fora do qual nada lhe pode ser atribuído, assim como esse sistema, por sua vez, não seria concebível como “sistema jurídico” se nada se atribuísse aos indivíduos como destinatários finais das normas de direito.

II.

Posto o problema à luz dos três fatores que, a meu ver, compõem necessariamente a realidade jurídica (*fato, valôr e norma*) podemos dizer que, na recolocação da questão do direito subjéctivo, a doutrina atual, por força da natureza tri-dimensional da experiência jurídica, veio paulatinamente, re-considerando suas posições no sentido de reconhecer que:

1.º) não é possível conceber-se um sistema como jurídico a não ser se atribuindo a cada destinatário de suas normas um *valor próprio*, o qual legitima a *titularidade do direito* que lhe é reconhecido, ou o *dever* que lhe é atribuído;

2.º) que, no sistema de direito “in acto”, isto é como ordenamento existencial, surge uma *multiplicidade de situações de fato*, correspondentes a uma pluralidade de condicionamentos intersubjéctivos, como situações reais que devem ser claramente delimitadas;

3.º) que, dessa dupla exigência de atender-se à “condição do sujeito” como tal, e “ao complexo de suas circunstâncias e meios de ação” resulta a

necessidade de diversos e distintos “plexos normativos”, o que implica a existência de uma pluralidade de “categorias jurídicas subjetivas”, irreduzíveis ao monocórdico conceito de direito subjetivo, apesar da relevante função que este desempenha na totalidade do sistema.

Bem analisados esses pontos, percebe-se que o superamento da antinomia posta entre o direito subjetivo como *fato* (DUGUIT) e o direito subjetivo como *norma* (KELSEN) deu-se ao mesmo tempo que se reconhecia que, na antiga e tradicional teoria da *facultas* ou da *voluntas* se esconde algo que merece ser preservado, a saber, o *valor da subjetividade* como tal. Operou-se, porém, uma mudança radical, visto como, se não se admite mais o direito subjetivo como simples *consecutivum* de situações fáticas ou normativas, não é menos verdade que não se restabelece a primitiva doutrina que fazia da *voluntas* a fonte e o fulcro do ordenamento jurídico. Isto não obstante, nunca será demais salientar a importância de se reconhecer a validade em si da *subjetividade jurídica*, que fora sempre preservada nas duas grandes correntes de pensamento jurídico do século passado, tanto na que punha em relevo o problema da *voluntas* ou do *poder de agir*, quanto naquela que, mais concretamente, com JHERING, compreendia o direito subjetivo em termos de *interesse*, o qual, como bem observa CESARINI SFORZA, não é senão “o reflexo psicológico do *suum*, do objeto do poder”. A significação do valor da subjetividade importa, em última análise, no concomitante reconhecimento do que toda a ordem jurídica é impensável sem se levar em conta os dois momentos essenciais do Direito, o *subjetivo* e o *objetivo*.

A meu ver, o que prevalece, no entendimento atual do problema que estamos examinando, é a compreensão de que, assim como, no plano do conhecimento, *sujeito* e *objeto* se correlacionam numa interdependência marcada pela *complementariedade*, sem que um dos termos possa ser reduzido ao

outro, — também no plano da experiência jurídica, as situações *subjetivas* ou *individuais* se correlacionam com as situações *objetivas*, ou *normativas*, umas postas e desenvolvidas em relação recíproca com as outras, as primeiras não tendo sentido sem as segundas, e vice-versa. Poder-se-ia dizer que, enquanto essas duas ordens subjetiva e objetiva de “situações” se dialetizam, — e, no meu entender, segundo uma ampla e diversificada *dialética de complementariedade*, — é que podemos falar em experiência jurídica, numa compreensão concreta e histórica do Direito.

III.

Esclarecidos, assim, os pressupostos teóricos e históricos que alargaram o entendimento e o alcance do chamado “problema do direito subjetivo”, estamos em condição de passar a uma outra ordem de análise, relativamente às distintas “situações subjetivas” que o progresso dos estudos já nos permite discernir.

Antes dessa discriminação cumpre determinar, porém, o que se deve entender por *situação jurídica*. Não será demais repetir que as duas teses contrapostas, *supra* referidas, a que converte o direito subjetivo em um modo de ser da norma jurídica (KELSEN) e a que o reduz a uma situação fatural juridicamente garantida (DUGUIT) já apontam para uma solução superadora dessa antítese, desde que se reconheça que esses dois pontos de vista correspondem, na realidade, a dois momentos complementares de um único processo: um achase *configurado abstratamente* no plano normativo, como “possibilidade de ser pretendido algo em tais ou quais circunstâncias”; e o outro corresponde à realização dessa possibilidade como *pretensão efetiva* da pessoa que se situar, concretamente, nas circunstâncias genericamente previstas na *regula juris*.

Não há dúvida que é impossível conceber-se o direito subjetivo antes ou independentemente da regra jurídica, mas isto não significa que aquele se reduz a esta, devendo ambos

ser vistos como elementos concomitantes e complementares. De conformidade com a teoria tridimensional, toda regra de direito é uma estrutura que consubstancia o sentido essencial de uma relação entre fatos e valores. Quando se trata de uma regra de conduta, e não de organização, temos, pois, uma *prefiguração ou modelo de uma classe de comportamentos possíveis*.

Assim sendo, a possibilidade de pretender ou fazer algo, — tal como se acha enunciada na regra de direito, — não tem alcance meramente descritivo ou puramente formal, mas representa ao contrário, uma visão antecipada dos comportamentos efetivos, aos quais é conferida uma garantia. Isso corresponde, aliás, a um princípio fundamental de ordem prática, pelo qual se reconhece como da essência do Direito a sua realizabilidade garantida.

Direito, não destinado a converter-se em momento de vida, é mera aparência de Direito; norma de direito que enuncia uma possibilidade de fazer ou de pretender algo, sem que jamais surja o momento de sua concretização na vida dos indivíduos e dos grupos como *ação ou pretensão concretas*, é uma contradição em termos. É próprio do Direito prever comportamentos prováveis, configurando, por antecipação, nos modelos jurídicos instaurados, aquilo que normalmente deveria ocorrer que se espera venha a ocorrer no interesse tanto dos indivíduos como da comunidade.

Em virtude do princípio de realizabilidade, podemos dizer que uma regra, para que efetivamente possa ser considerada regra de direito deve prever, “*in abstracto*” uma pretensão ou uma atividade que, em algum momento da vida social, possa se converter em *ação ou pretensão efetivas*, como atualização da mesma regra “*in concreto*”.

Isto assente, quer parecer-me que haverá *situação jurídica subjetiva* toda vez que o modo de ser, de pretender ou de agir de uma pessoa corresponder ao tipo de atividade ou pretensão abstratamente configurado numa ou mais regras de

direito. Daí dizermos, numa síntese, que engloba os dois momentos acima distintos, *que situação subjetiva é a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito.*

IV.

Infelizmente, apesar das grandes transformações por que passou a Teoria Geral do Direito, graças sobretudo a mestres alemães e italianos, ainda se persiste em reduzir todas as situações subjetivas ao “direito subjetivo”, sem se reconhecer que este, não obstante a sua importância fundamental, não é senão uma espécie daquelas.

Direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe, a meu ver, quando a *situação subjetiva implica a possibilidade de pretender ou exigir como próprio uma prestação ou um ato de outrem.* O núcleo do conceito de direito subjetivo é a *pretensão (Anspruch)*, a qual pressupõe que sejam *corespectivos* aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido por outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos, entre a *pretensão* do titular do direito subjetivo e o *comportamento exigido* de outrem haja certa *proporcionalidade* compatível com a regra de direito aplicável à espécie. Além disso, há no direito subjetivo a *pertinência* da exigibilidade, sendo a prestação exigida pelo titular como algo que lhe é próprio.

Desse modo, a *pretensão* se põe como elemento conec-tivo entre o modelo normativo e a experiência concreta, mesmo porque a norma, exatamente por ser um modelo destinado à realidade social, não difere desta a não ser por um grau de abstração, na medida em que ela é instaurada à vista da realidade mesma, como expressão objetiva do que nela deve ser declarado obrigatório.

Em suma, a possibilidade de ser pretendido algo como *próprio*, tal como se acha expresso na norma, não difere, senão

como momento, da possibilidade de alguém pretender e exigir garantidamente aquilo que a norma lhe atribui: o direito subjetivo vive da complementariedade desses dois momentos e com eles se confunde, consubstanciando uma proporcionalidade entre *pretensão* e *garantia*.

Parece-me essencial essa compreensão do direito subjetivo em seu duplo momento, o *normativo*, ou da *previsibilidade tipológica da pretensão*, e o da *realizabilidade da pretensão em concreto*, através da *garantia específica*. Este segundo momento pontualiza ou verticaliza, por assim dizer, a norma no sentido de um sujeito, que converte a *pretensão abstrata*, enunciada genericamente na regra de direito, numa sua *pretensão concreta*. Sem a idéia de *pertinência* não há, pois, que falar em direito subjetivo.

Claro está que o conceito de direito subjetivo, que acaba de ser enunciado, liga-se essencialmente à idéia de *exigibilidade*, a qual, em última análise, poderia ser considerada uma versão da pretensão, pois, no fundo, ela corresponde à pretensão no momento em que já se consumou ou já há indícios de provável ofensa a um direito, com a concomitante identificação da pessoa contra a qual o titular desse direito pode pretender garantidamente algo, o adimplemento de uma obrigação, a abstenção de um ato, a reparação do dano, etc.

Daí podermos dizer, numa noção destinada a reunir os elementos essenciais do problema, que *direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio*.

V.

Muito embora o assunto, por sua complexidade, ultrapasse o meu propósito de fixar apenas os lineamentos gerais da matéria, cabe dar alguns exemplos de “situações subjetivas” não redutíveis ao direito subjetivo.

Há casos em que não chega a haver “direito subjetivo”, mas simples “*interesse legítimo*”, ao qual se liga uma pretensão fundada naquele interesse. É assim que o art. 3.º do Código de Processo Civil brasileiro declara que, para propor ou contestar ação (e a ação, de conformidade com a teoria processual dominante, é direito público subjetivo) é necessário “ter interesse e legitimidade”. Pode o juiz, a final, concluir pela inexistência do direito subjetivo pretendido pelo autor, mas não pode desde logo repelir a ação, se do complexo das razões de fato e de direito expostas na petição inicial resultar a existência de um “*interesse legítimo*”, como tal entendido uma pretensão razoável, cuja procedência ou não só pode resultar do desenvolvimento do processo. É a *razoabilidade da pretensão*, tal como, à primeira vista, resulta da exposição do fato e da invocação da norma aplicável à espécie; é, em suma, o princípio da preservação dos direitos, ainda que possa haver dúvida quanto à sua existência, que legitima uma “situação subjetiva” protegida “*sit et in quantum*”. Trata-se de “situação subjetiva” de feição ou intencionalidade processual, como reflexo da tutela jurisdicional assegurada, no Estado de Direito, a cada membro da convivência. Nada de estranhável, por conseguinte, que, ao ser melhor situado, — na tela do Direito Processual moderno — o conceito de ação perante o de direito subjetivo, superando-se a antiga noção da ação como o direito subjetivo mesmo “*in acto*”, — nada de estranhável que tivesse surgido, como figura jurídica autônoma, o que se denomina “*interesse legítimo*”, reconhecido como condição bastante à pretensão de pôr em movimento o aparelhamento judiciário.

Em tais casos, o “*legítimo interesse*” é considerado como que um “*direito subjetivo provável*”, em caráter provisório, dependente da decisão final da demanda, mas para o fim especial de assegurar ao sujeito que o invoca, com razoabilidade de motivos, a possibilidade de pretender a prestação jurisdicional do Estado. Donde se concluir que, no ordenamento jurídico hodierno, basta a probabilidade razoável de uma even-

tual lesão de direito para que se reconheça a existência de uma situação jurídica merecedora de garantia.

VI.

Outro exemplo de “situação subjetiva” é a *faculdade*, no sentido estrito desta palavra, representando uma das formas de explicitação do direito subjetivo: quem tem o direito subjetivo de propriedade tem a *faculdade* de usar do bem, vendê-lo, alugá-lo, legá-lo. O direito de testar, a meu ver, é uma *faculdade* inerente ao direito subjetivo de propriedade, — uma projeção natural deste.

Como se vê, distingo entre a *faculdade* em sentido genérico, que, em última análise, se confunde com a geral capacidade de exercer direitos e obrigações, do sentido estrito de *faculdade*, como desmembramento ou particularização de um direito subjetivo.

VII.

Outras vezes, não existe propriamente um direito subjetivo, mas o *poder* de fazer algo, como expressão de uma *competência* ou *atribuição* conferidas a uma pessoa, pública ou privada, sem que exista propriamente uma *pretensão* e uma obrigação correlatas, nem o exercício de uma *faculdade*, no sentido estrito que acabamos de dar a esta palavra.

O pátrio poder não é um direito subjetivo sobre os filhos menores. Estes sujeitam-se ao *poder* paterno nos limites e de conformidade com um quadro de direitos e deveres estabelecido no Código Civil; não no interesse dos pais, mas sim em benefício da prole e da sociedade. Só se pode falar em *subjeição* dos filhos aos pais enquanto estes se subordinam ao quadro normativo, em razão do qual o pátrio poder é atribuído. Por outro lado, ao *poder* dos pais não corresponde uma *prestação* por parte dos filhos, nem aqueles possuem, em relação a estes, uma *pretensão* exigível. Essas estruturas jurídicas, nas

quais não há uma relação do tipo “*pretensão-obrigação*”, mas sim uma outra do tipo “*poder-sujeição*”, têm recebido, às vezes, a denominação imprópria de “*direitos potestativos*”, que são duas palavras inconciliáveis. Na realidade se trata de *formas de poder* que podem assumir as mais variadas categorias, valendo notar que o *poder* é uma categoria jurídica, mas que o direito subjetivo jamais pode ser *potestativo*.

São também formas de poder as exercidas pelos órgãos do Estado ou de uma sociedade civil ou comercial. O diretor de um órgão administrativo, ou de sociedade anônima, não exerce um direito subjetivo, a que corresponda uma prestação, mas exerce uma *competência* ou *atribuição* segundo uma estrutura objetiva: ao *poder* corresponde uma forma, maior ou menor, de *sujeição*. Isto não impede que o diretor de uma sociedade ou o titular de um órgão administrativo possa ter e exercer, contra a sociedade ou o Estado, um direito subjetivo, deles reclamando algo como próprio: às vezes, numa mesma pessoa coexistem um *poder* e um *direito subjetivo*, mas distintos e destinados a diferentes fins.

O certo é que, quando se fala em direito subjetivo (ao contrário do que ocorre com a categoria jurídica do *poder*) não se deve admitir que o devedor da prestação fique *sujeito* ao querer do credor. Quando os direitos subjetivos perdem o equilíbrio e a proporção entre a pretensão e a prestação, eles se tornam *postetativos* e, nesse caso, se tornam ilícitos. Absurdo é, pois, continuar-se a colocar o direito de propriedade entre os “*direitos potestativos*”, mesmo porque estes, ainda que fosse possível admiti-los, não seriam disponíveis, enquanto que a disponibilidade é, em princípio, da essência do direito de propriedade.

Em conclusão, o poder, sob o prisma jurídico, é, como adverte SANTI ROMANO, mais um “*poder-dever*” pois, se há *sujeição* à autoridade paterna ou à administrativa, ela se dá para que a autoridade possa cumprir o seu *dever*, nos quadros normativos vigentes. O *direito subjetivo* é, em suma, perti-

nente ao sujeito, ligando-se a este como uma pretensão sua; o poder, ao contrário, resulta da função normativa atribuída a seu titular, sem lhe ser conferida qualquer pretensão que possa ser exercida em benefício próprio. Daí resulta, ainda, que o titular de um direito subjetivo pode usar ou não de seu direito, enquanto que o titular de um poder *não pode deixar de praticar as funções de sua competência*, pois elas não são disponíveis. Decai, por exemplo, do pátrio poder o progenitor que descuida de seus deveres, comprometendo a saúde ou a educação dos filhos; é afastado, igualmente, o administrador que deixa perecer o serviço que lhe é atribuído.

Eis aí, como as “situações subjettivas” se desdobram em várias categorias fundamentais, entre as quais as de direito subjetivo e poder ocupam posição relevante.

VIII.

A Teoria Geral do Direito considera ainda outras formas de situação subjetiva, esclarecendo que esta, em certos casos, não corresponde a direitos ou a poderes, tampouco a deveres, mas sim a um *ônus*. O conceito de *ônus* só recentemente foi determinado pela Ciência Jurídica, estendendo-se do Direito Processual, onde é antiga a noção de “*ônus da prova*”, para todos os campos do Direito. Em linhas gerais *ônus* significa uma obrigação, que não é devida a alguém (sendo, portanto, incoercível) mas é necessária para a validade do ato pretendido pelo sujeito. Certas situações subjetivas só se constituem, com efeito, quando a pessoa satisfaz determinadas exigências legais, resultando-lhe, do cumprimento do encargo, uma vantagem ou garantia. Assim, no Direito brasileiro, se não registro um documento particular, não posso pretender que ele tenha validade ou eficácia contra terceiros: para ter a garantia dessa eficácia, é necessário que me sujeite ao *ônus* do registro. O registro torna-me, pois, beneficiário de uma situação jurídica de contornos *lógico-normativos* determinados de maneira autônoma.

Lembro aqui apenas algumas das espécies de situações jurídicas, mas é possível que, com o progresso da doutrina, em correlação com a experiência social e histórica, outras venham a se instaurar, como resposta aos imprevistos e desafios com que se defrontam, dia a dia, o legislador e o jurista.

IX.

Já tive oportunidade de focalizar o problema da *pretensão*, vendo-o “in abstrato” e “in concreto”, isto é, quer com referência ao “modelo normativo”, quer como elemento conectivo entre aquele modelo e a experiência jurídica, enquanto momento da explicitação do direito subjetivo.

Trata-se de matéria que, pela sua relevância, exige algumas considerações complementares, pois estou convencido de que uma rigorosa determinação do conceito de *pretensão* (*Anspruch*) é essencial para estabelecer-se mais clara correlação entre Direito Material e Direito Processual.

O trinômio “direito, pretensão, ação” é um dos elementos estruturais da Teoria Geral do Direito, desde que se especifique que aqueles termos correspondem a estes outros: “direito subjetivo material; pretensão e direito subjetivo processual”, visto como, já o salientei, a ação deve ser vista como um direito público subjetivo.

Parece-me que se deve à mentalidade reducionista, que prevaleceu na Dogmática Jurídica do século passado, a separação radical feita por alguns autores entre “direito subjetivo material” e “ação”, como se esta separação fosse essencial à salvaguarda da autonomia do Direito Processual. Compreende-se tal atitude, como repúdio à antiga doutrina que via na ação mero desdobramento do direito material (o próprio direito subjetivo “in acto”) mas creio que se foi longe demais, partindo-se a unidade essencial da experiência jurídica.

Um passo à frente, na elucidação da matéria, foi dado quando se superou a alternativa: “ou bem prescreve o direito,

ou bem prescreve a ação”. Aos poucos, veio prevalecendo a tese de que a ação, em si mesma, não é prescritível, e que a questão devia ser completada com o enfoque complementar do problema da *decadência*. Nesse sentido, cabe lembrar a posição de SANTI ROMANO, segundo o qual a *prescrição* opera a extinção de um direito, enquanto que a *decadência* determina, não a extinção de um poder, mas a impossibilidade de exercê-lo em um caso particular.

Tenho, para mim, todavia, que a questão deve ser posta em outros termos, não só porque a referência ao conceito de *poder* é incabível na espécie, como também porque se perde de vista o *papel de mediação* representado pela *pretensão* entre o direito subjetivo material e a ação. A meu ver, a *decadência* põe fim a um direito subjetivo material, extinguindo-o completamente, sem dar lugar a qualquer possibilidade garantida de agir, enquanto que a *prescrição* tem como objeto a *pretensão*, razão pela qual pode permitir que o prazo prescricional se interrompa.¹

Na realidade, *prescrição* e *decadência* são dois conceitos distintos, mas que devem ser compreendidos numa correlação necessária. A complementariedade entre esses dois conceitos torna-se mais clara quando se esvazia o conceito de *pretensão* do conteúdo psicológico-volitivo que lhe deu WINDSCHEID, para apresentá-lo como categoria funcional ou operacional, ou seja, como um liame de realizabilidade entre “direito subjetivo material” e “ação”.

Podemos dizer que *pretensão* é o vínculo deôntico de co-implicação entre o direito subjetivo material e a ação, pois é inerente a todo direito subjetivo a possibilidade de *pretender*

1. Note-se que essa é a sistemática adotada no Projeto de Código Civil brasileiro em discussão na “Câmara dos Deputados”, Projeto esse elaborado sob a minha supervisão. Observo, ainda, que, no presente trabalho, altero, em pontos essenciais, o que havia escrito no “estudo inédito”, a que se refere NICOLAU NAZO em seu livro *A Decadência no Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, 1959, p. 99 e segs.

algo, variável segundo o conteúdo da regra de direito (por exemplo, o recebimento de uma prestação contratual, o uso de um bem, etc.) e, ao mesmo tempo, a possibilidade de pretender a tutela jurisdicional do Estado a fim de que a pretensão material se torne efetiva. Como se vê, a pretensão pode ser satisfeita inteiramente no plano material, quando é espontaneamente cumprido o “debitum” que lhe corresponde; assim como pode faltar o adimplemento espontâneo por parte do “devedor”, cabendo ao titular do direito agir tempestivamente. Desse modo, não é a ação que prescreve, mas sim a pretensão de exercê-la num caso particular. É o motivo pelo qual afirmei que a pretensão é um “elemento conectivo” entre o direito subjetivo material e a ação, o que contribui para pôr em evidência tanto a distinção como a complementariedade existente entre Direito Material e Direito Processual, em cujo âmbito se situa a categoria da preclusão, que é de natureza puramente processual, nada tendo a ver nem com a prescrição, nem com a decadência. Estas somente têm sentido enquanto se correlacionam com dadas situações jurídicas materiais consideradas no *decurso do tempo*; enquanto que a preclusão corresponde à posição das partes nos termos do procedimento, isto é, no *decurso da lide*.

Tanto a prescrição como a decadência se referem, pois, a situações jurídicas, das quais defluem conseqüências diversas em função do comportamento de seu titular ou beneficiário. Salvo os direitos indisponíveis, como os da personalidade, todo direito tem seu exercício delimitado no tempo, podendo a lei estabelecer prazos improrrogáveis ou fatais, em “modelos jurídicos cerrados” (nos quais a atribuição de um direito se confunde, praticamente, com a *garantia da pretensão*) ou, então, prazos suscetíveis de suspensão, por iniciativa de uma das partes, ou por ajuste entre elas, segundo “modelos abertos” cuja configuração demonstra a maior amplitude de opções deixadas pelo legislador à discricção dos interessados. Aqueles são os prazos de *decadência*; estes, os prazos de *prescrição*, importando o término dos primeiros na *extinção de*

uma compreensão de direito, enquanto que, no segundo caso, dá-se a extinção de uma pretensão de ação, podendo subsistir o direito para pretender-se o uso de outra ação, diversa da atingida pelo prazo prescricional.

Parece-me destinada a insucesso toda tentativa doutrinária no sentido de se fixarem critérios *distintivos formais* entre as categorias jurídicas da prescrição e da decadência. São figuras jurídicas que não se determinam em si e de per si, mas em função das situações jurídicas a que aderem: os prazos são considerados de decadência ou de prescrição, de conformidade com o valor atribuído pelo legislador a cada situação jurídica subjetiva, no contexto dos valores comunitários. Trata-se, pois, mais de um problema de Política do Direito (à luz de critérios de utilidade e conveniência) do que de um problema de categorização teórica na tela da Ciência Jurídica.

Na verdade, segundo a “valoração” feita pelo legislador de cada situação jurídica, podem surgir atitudes diversas quanto à apreciação dos efeitos resultantes do tempo concedido para “pretender-se algo”, sem que nada tenha sido efetivamente pretendido, entendendo-se que, num caso, com a inércia ou omissão do titular do direito, este se exaure de per si, “uno in acto” com a garantia conferida (*decadência*), enquanto que, no outro, o que se extingue é uma dada “pretensão de agir”, sendo lícito aos interessados pleitear a prorrogação do prazo, nos termos da lei aplicável à espécie, ou suspender o seu fluxo, mediante ajuste.

Tanto num caso como no outro, é certo, todavia, que “prescrição” e “decadência” não constituem categorias jurídicas abstratas, mas antes conceitos jurídicos concretamente aderentes ao problema das situações jurídicas subjetivas e, mais particularmente, dos direitos subjetivos.