

REVISTA DE

**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 5 • vol. 18 • out.-dez. / 2018

**DOCTRINA NACIONAL**

**A LEGITIMIDADE COMO MODULADOR DA CAPACIDADE CIVIL E O  
RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA DO MENOR DE IDADE  
NO BRASIL**

***LEGITIMACY AS A MODULATOR OF CIVIL CAPACITY AND RECOGNITION OF  
THE PROGRESSIVE AUTONOMY OF THE MINOR IN BRAZIL***

**Antonio Jorge Pereira Júnior**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012, categoria Direito, com o livro “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV”; (São Paulo: Saraiva, 2011). Coordenador do Projeto “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017”, classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - PPGD - UNIFOR. Professor da Graduação e Pós Graduação Lato Sensu em Direito da UNIFOR. Áreas de docência, pesquisa e publicação: Direito Civil, Direito Civil Constitucional, Teoria Geral do Direito Privado, Direito dos Contratos, Direito da Criança e do Adolescente, Direito de Família, Poder Familiar, Direito da Comunicação Social, Direito a Privacidade, Metodologia do Ensino Jurídico, Ética. Dissertação de Mestrado e tese de Doutorado vencedoras do Premio Jurídico Orlando Gomes-Elson Gottshalk, conferido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Tese de Doutorado premiada pela Agencia de Noticias dos Direitos da Infância em 2007. Aprovado em concurso publico para Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fevereiro 2008), na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (janeiro de 2000). Aprovado e efetivado como Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, UNESP (março 2008). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ). Membro da *International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family*. Membro da *Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas*. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da

OAB-CE. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Advogado regularmente inscrito na OAB/SP e OAB/CE (suplementar). Avaliador do Ministério da Educação (SINAES)

**Viviane Teixeira Dotto Coitinho**

Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Bolsista FUNCAP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq).

**Resumo:** O presente trabalho aborda a autonomia da criança e do adolescente e faz sua conexão com os institutos da capacidade de fato e legitimidade. Criança e adolescente têm capacidade de direito, mas não possuem plena capacidade de fato. A restrição tem a finalidade de protegê-los. No entanto, em razão da necessidade de prepará-los para a autonomia plena, é necessário que haja uma concessão paulatina do poder de praticar atos jurídicos por conta própria, sendo dever dos pais ou responsáveis auxiliar nessa tarefa. Hoje isso é regulado, de modo genérico, pela incapacidade. A legitimidade, por sua vez, também é instituto do plano da validade, no Direito, com possibilidade de ser modelador *ad hoc* da capacidade de fato. De rigor, ela está subjacente na distinção entre modalidades de capacidade e poderia servir para uma modulação diferenciada da concessão do poder de agir, quando necessária ou oportuna. Pode ser melhor explorada nesse sentido. Com vistas a isso, o artigo dedica-se a apresentar o instituto da legitimidade em uma perspectiva introdutória, associado à capacidade de fato e à autonomia da criança e do adolescente. A metodologia da pesquisa é bibliográfica e o escopo exploratório.

**Palavras-chave:** Autonomia. Capacidade. Criança e Adolescente. Legitimidade. Validade

**Abstract:** *The present work deals with the autonomy of the child and adolescent and makes its connection with the institutes of the capacity and legitimacy. Children and adolescents have the right, but don't have real capacity. The restriction is intended to protect them. However, because of needing to prepare them for full autonomy, there needs to be a gradual granting of power of legal acts on its own, being duty of parents or guardians assist in this task. Today it is regulated by general inability. The*

*legitimacy is also a rule concerning to the validity of acts, with the possibility of completing the factual ability. Indeed, the distinction between diferente models of capacity could serve for a differentiated modulation of the grant of the power to act when it should be necessary or appropriate. This can be exploited in another time. Presently, the research has as a goal to present the rule of legitimacy, associated with the capacity and the independence of children and adolescents. The research methodology is bibliographical and the goal is exploratory.*

**Keywords:** *Autonomy. Capacity. Child and adolescent. Legitimacy. Validity*

**Sumário:** Introdução. 1. Crianças e adolescentes como sujeitos de direito. 2. Autonomia da criança e do adolescente. 3. Capacidade e Legitimidade para agir de crianças e adolescentes. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

Quando se refere a criança e adolescente, o instituto da legitimidade está presente, veladamente, de modo subjacente, nos institutos da representação e assistência. Vale lembrar que a regra, no Direito, é plena capacidade de exercício (capacidade de fato) dos poderes dos quais se é titular (capacidade de direito). A divisão da capacidade em duas categorias e a redução da capacidade de fato, para as situações de incapacidade (absoluta ou relativa) é a exceção. Ela é, tendencialmente, situacional. Assim, de rigor, a modulação da capacidade de agir é, no fundo, um controle de legitimidade.

Especula-se que há espaço na Teoria do Direito Privado, inclusive, para se conceber uma categoria de “legitimidade extraordinária” mesmo sem a capacidade de fato. Ela se daria como concessão *ad hoc*, particular, para exercitar uma posição jurídica da qual se é titular, mesmo sem que a pessoa tenha atingido a capacidade de fato (geral) em circunstâncias bem delimitadas. Isso se daria deitando-se raízes na capacidade de direito. Afinal, a pessoa já é titular (personalidade) e detentora de direitos específicos (capacidade de direito).

O presente trabalho, no entanto, não se dedicará ao estudo dessas virtualidades científicas da legitimidade, quais sejam, a identificação de sua

presença oculta nos institutos de representação e assistência e seu eventual uso extraordinário, saltando-se a capacidade de fato para se apoiar sobre a capacidade de direito, em circunstância bem delimitada, quando assistência e representação não sejam possíveis. O escopo dessas linhas é mais singelo.

A abordagem trará a perspectiva da autonomia da criança e do adolescente desde documentos internacionais incorporados ao Direito brasileiro, para tratar em seguida do instituto da capacidade e de sua relação com a legitimidade, de modo a incoar a virtualidade deste último como instrumento para a concessão paulatina de poderes *ad hoc*, na dinâmica de uma progressão de autonomia, mais personalizada, conforme amadurecimento e necessidade da pessoa.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, incorporada à legislação brasileira pelo Decreto nº 99.710/90, garante a crianças e adolescentes autonomia proporcional ao seu amadurecimento. Há concessão de maior poder jurídico de acordo com o seu desenvolvimento deveria ser modulado pelo reconhecimento progressivo de sua aptidão para exercê-los diretamente. Aos pais ou responsáveis corresponde, nessa mesma medida, os deveres de orientá-los nessa evolução.

Assim, exige-se que haja a capacidade de manifestar a vontade de crianças e adolescentes e também o pleno discernimento, a fim conferir legitimidade e validade ao ato jurídico produzido. Nesse contexto, encontram-se crianças e adolescentes, porque são titulares de direito, mas não podem exercê-lo, porque lhes são retirados os poderes de exercício.

A capacidade de exercício constitui um instituto fundamental na teoria geral do direito civil, principalmente para a validade dos atos jurídicos. A lei, ao limitar a capacidade de agir da pessoa, visa construir um sistema de proteção, para submetê-la a um regime legal privilegiado que possa preservar seus interesses. O propósito da lei não é prejudicar quem se enquadra nas hipóteses previstas; ao contrário, o intuito é de oferecer proteção, dispensando-lhe tratamento diferenciado. Essa parece ser a perspectiva correta para a redução, genérica, do poder de ação jurídica autônoma de criança e adolescente.

## 1. Crianças e adolescentes como sujeitos de direito

Com a doutrina da proteção integral, inaugurada formalmente com a Constituição de 1988, ainda que já estivesse incoada no sistema anterior, o menor ganhou maior consistência como sujeito de direitos. O dever de tutela dos direitos da criança e do adolescente incide, a partir de então, sobre família, Estado e sociedade, como entidades igualmente responsáveis, ainda que haja precedência da família pela gestão do poder familiar e dever prioritário de proteção do Estado, por disposição expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente. “No Brasil, a década de 80 foi considerada a década da virada’ para as crianças e os adolescentes devido as grandes conquistas, culminando na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990”.<sup>1</sup> Pelo menos desde o ponto de vista da legislação. O Sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, previsto na Constituição Federal de 1988 adotou a doutrina da proteção integral. O Brasil foi ainda o pioneiro na América Latina, ao adequar sua legislação aos termos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989.

A finalidade social do Direito da Criança e Adolescente seria assegurar a qualquer criança e adolescente os direitos fundamentais da pessoa humana, sendo considerados sujeitos de direito preferenciais.

É preciso estabelecer uma pauta de compromissos, de estimativas e de critérios para transformar o Direito da Criança e Adolescente, enquanto direito abstrato, em direito vivo, em todos os quadrantes do país. Sem assumir, a princípio e por princípio está determinação ética, jurídica, social e política, torna-se muito difícil implementar no cotidiano da nossa Sociedade e do nosso Estado, a lógica da “Criança cidadã” e do “Adolescente cidadão”<sup>2</sup>.

Crianças e adolescentes dispõem, assim, de Proteção Integral, segundo o plano das leis. Enquanto pessoas em desenvolvimento, são sujeitos diferenciados, devendo-se-lhes garantir de modo absolutamente prioritário. Pois aos pais cabe o poder-dever de cuidar dos filhos em virtude do poder familiar, de modo a

---

<sup>1</sup>LIMA, Miguel Moacir Alves. O direito da criança e adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.111.

<sup>2</sup>*Id ibidem*

lhes assegurar a educação, segurança e plena proteção à sua integridade<sup>3</sup>. Tal poder, tem natureza de poder-dever ou poder funcional. “Desse modo, os titulares de um poder funcional estão sob a exigência do correto exercício de tal poder e devem zelar para que sua finalidade seja cumprida. O exercício adequado do poder funcional é um dever de seu titular”.<sup>4</sup>

Ao mesmo tempo, é do interesse de toda a sociedade o crescimento na aptidão de exercitar, progressivamente, seus próprios direitos e interesses com a devida responsabilidade moral e jurídica, pois aos 18 anos se integram formalmente ao conjunto da sociedade como autônomos. A autonomia pressupõe maturidade. A lei estabelece deveres a todos os cidadãos para o atingimento desse resultado. Mas, logicamente, quanto maior poder de incidência imediata, maior o dever de formação e maior a responsabilidade.

Cabe aos pais, portanto, a responsabilidade e zelo primordiais em prol dos filhos menores. Estão especialmente municiados para que se cumpra uma disposição internacional vigente no Brasil: “nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.”<sup>5</sup> Os institutos da representação e da assistência, por defeito de idade, dizem com isso. Fazem que os pais estejam presentes necessariamente, junto à prole, na realização de nos atos que vão gerar mudança em sua situação jurídica.

Por outro lado, o exercício de poderes decorrentes de posições jurídicas, uma vez atualizados em condutas, geram consequências para a criança e o adolescente, proporcionalmente ao alcance do ato. A proteção especial, então, deve levar à assunção paulatina dos efeitos dos próprios atos. Por isso, certos atos, praticados na presença ou à revelia dos pais, devem gerar alguma responsabilidade proporcional para crianças e adolescentes. Desse modo, o requisito formal da idade, sempre considerado na validade dos atos jurídicos, nem sempre servirá para

---

<sup>3</sup> BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Lei N<sup>o</sup> 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 4<sup>o</sup>: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

<sup>4</sup> PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p.155.

<sup>5</sup>BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>.

isenção de responsabilidade moral, civil ou para isenção de outros efeitos. Por exemplo, no caso abaixo, o Estado negou pagamento de cirurgia para retirada de tatuagem realizada por adolescente, quando tal tentava usar do caráter de proteção diferenciada para pedir mais do que caberia a outros cidadãos, escorado em sua condição legal de vulnerável. O Tribunal julgou que o jovem tinha discernimento necessário para avaliar os efeitos do que estava a fazer quando optou livremente pela tatuagem, e negou-lhe a concessão solicitada.

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO DE ALTO CUSTO PARA RETIRADA DE TATUAGENS FEITAS DELIBERADAMENTE POR ADOLESCENTE. PRETENSÃO QUE NÃO SE ENQUADRA EM GARANTIA DE DIREITO À SAÚDE. É CERTO QUE, NOS TERMOS DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, “A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO” E QUE, DE ACORDO COM O ART. 227 DA CF, É DEVER DO ESTADO ASSEGURAR ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, O DIREITO À SAÚDE. ENTRETANTO, NÃO HÁ COMO ENQUADRAR A PRETENSÃO DE RETIRADA DE TATUAGENS FEITAS DELIBERADAMENTE POR UM ADOLESCENTE, A SUAS EXPENSAS, COMO GARANTIA AO SEU “DIREITO À SAÚDE”, A SER ASSEGURADO PELO PODER PÚBLICO. ORA, NÃO É DADO AO JOVEM PRETENDER QUE O ESTADO ARQUE COM AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA SITUAÇÃO EM QUE ELE VOLUNTARIAMENTE SE COLOCOU - AO SE SUBMETER ÀS SESSÕES DE TATUAGEM QUE, ATUALMENTE, DIZ ARREPENDER-SE DE TER FEITO -, A FIM DE OBRIGAR QUE, AGORA, OS ENTES PÚBLICOS ARQUEM COM O PROCEDIMENTO PARA A REMOÇÃO DA TATUAGEM, QUE ALÉM DE SER DE ALTO CUSTO, NÃO GUARDA QUALQUER RELAÇÃO COM A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE.<sup>6</sup>

Observa-se que a proteção integral de crianças e adolescentes, portanto, deve servir também para modular o grau crescente de atribuição de responsabilidade. Seus principais desenvolvedores – o termo melhor seria educadores ou facilitadores - são os pais, mediante o exercício do poder familiar. Por

---

<sup>6</sup> No caso dos autos, o jovem possui, no rosto, abaixo dos olhos, três tatuagens no formato de lágrima e, sob a alegação de que “a comunidade associa as tatuagens a determinada gangue” (fl. 15), requer o fornecimento, por parte dos entes públicos ora demandados, de procedimento a laser – que custa R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) – para retirada destas. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação nº 70065223786. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS. Diário de Justiça eletrônico 15 set. 2015.

isso, em situações nas quais os pais participaram e não há lesão substancial aos bens fundamentais dos filhos, não há que se permitir invocar o princípio da proteção integral para pleitear respostas que venham a onerar o Estado por efeitos decorrentes de uma decisão cujos efeitos eram perfeitamente previsíveis pelo menor, sendo inclusive de pequeno potencial lesivo.

Assim deve-se garantir aos menores a segurança necessária, dentro dos limites, pois se encontram em peculiar desenvolvimento, e ao mesmo tempo, cuidar de que assumam a responsabilidade por deliberações livres e ponderadas<sup>7</sup>. O arrependimento por decisões são comuns a todas as pessoas, também fazem parte do processo de desenvolvimento, assim como as consequências deles. Cabe à autoridade parental o respeito aos filhos, com o controle e o cuidado, em razão do desenvolvimento inerente aos menores, enquanto carecem de discernimento suficiente para certos atos, segundo a presunção legal<sup>8</sup>. Mas os atos que são já acessíveis à compreensão do educando, devem ser ratificados pela ordem jurídica e seguir a máxima de responsabilização pelas próprias ações livres, pois tal atitude também é educativa para o cidadão em peculiar etapa de desenvolvimento.

Outros três conceitos são oportunos para o avanço do presente trabalho. O conceito de sistema e rede de proteção e o de formação integral com meta da proteção integral, o que significa garantir a formação integral. Três palavras que devem ser associadas: sistema, rede e formação.

O art. 227 da Constituição Federal (CF) funda o sistema e a rede de proteção integral. O que se entende-se por sistema e rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente? *Sistema de proteção* é o conjunto de órgãos e disposições decorrentes do plano normativo, no âmbito jurídico virtual, relativo aos direitos da criança e do adolescente, composto por regras e princípios referidos direta ou indiretamente a eles.

---

<sup>7</sup> “Assim, é possível aos pais, em nome do cuidado conjugado com a promoção do desenvolvimento, tomar parte na vida privada dos filhos, especialmente se estes estiverem correndo riscos. Mas essa participação somente será legítima se tiver fundamento na promoção do seu desenvolvimento, na garantia da sua integridade e no respeito à sua dignidade, em conformidade com a doutrina da proteção integral”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p.18.

<sup>8</sup> A proteção integral aos menores de forma que família, sociedade e Estado devem garantir conecte-se os com a tutela dos direitos fundamentais dos filhos, conforme artigo 227, CF. Os direitos elencados devem ser efetivados, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a nobre tarefa de materializar o preceito constitucional. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.94.

*Rede de proteção*, por sua vez, é tremo que se refere à estrutura de equipamentos públicos e instituições criada por incidência das normas, abrangendo as entidades envolvidas na realização dos preceitos do sistema.

O que se entende por *formação integral*? É o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, finalidade do processo educativo e abrange a formação ética. A *formação integral* é a finalidade da educação no âmbito da *proteção integral*<sup>9</sup>.

A *formação integral* é imanente ao sistema de proteção e deve ser atualizada na rede de proteção. Deve-se formar para a autonomia. Essa *formação* demanda a concessão de maiores poderes de ação.

A *proteção integral* traduz o reconhecimento de todos os direitos inerentes às pessoas em peculiar desenvolvimento. Essa percepção significa um avanço, pois deixam os menores de idade deixam de ser tratados como seres passivos no sistema, passando a ser sujeitos ativos da própria *formação*.

Ao mesmo tempo, tendencialmente essa temática é tratada distante do estudo da capacidade, tema típico do Direito Civil. A capacidade permanece com aura de instituto estático, enquanto a ideia de pessoa em desenvolvimento expressa a dinâmica real da criação e e da educação.

Exatamente a partir do contraste e tensão entre o instituto da capacidade civil, do Código Civil e disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, como a atenção à pessoa em peculiar fase de desenvolvimento, com direito à liberdade progressiva, pode-se conceber, como dever do Estado, permitir uma segunda modulação da capacidade de agir, mediante o instituto da legitimidade.

Novamente, vale dizer que nesse breve artigo apenas se enunciam os elementos dessa construção, que tem como fundamento o direito de *formação integral* -derivado da *proteção integral*-, em atenção ao interesse superior da criança, que exige o desenvolvimento progressivo da autonomia, com modulação particularizada.

---

<sup>9</sup> PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo. A tese recebeu três prêmios nacionais, sendo o último deles o Prêmio Jabuti, em 2012, com o título Direitos da Criança e do Adolescente me face da TV (São Paulo: Saraiva, 2011).

Logo, na sequência serão trazidos dispositivos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que reforçam o fundamentação para a ampliação no uso da legitimação/legitimidade como modulador do exercício de poderes.

## 2. Autonomia da criança e do adolescente

O reconhecimento da autonomia<sup>10</sup> da criança e do adolescente está presente na Convenção sobre os Direitos da Criança, como garantia do direito de opinião, expressão, associação, educação, saúde, que exigem um reconhecimento expresso da sua capacidade para exercê-los diretamente. A isto correspondem os deveres dos pais para orientá-los, de acordo com a evolução da sua capacidade<sup>11</sup>. O termo “capacidade”, aqui, não é exatamente o do instituto da capacidade. Diz antes com a discernimento e habilidades e competências.

No Brasil, tal direito, tal qual expresso nos artigo 5 e 12 da Convenção, ainda não foi desenvolvido de modo adequado pela doutrina. É fato que a criança deve ser livre para desenvolver ideias sobre todas as questões que lhe digam respeito. A formulação e manifestação de seu pensamento em opiniões, e respectivas ou eventuais decisões em consequência, devem ser devidamente tomadas de acordo com a sua idade e maturidade, pois conforme a Convenção as crianças têm o direito a ser ouvidas e que as suas opiniões sejam levadas em consideração.

Conforme o artigo 5 da Convenção sobre os direitos da criança:

Art 5- Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ, Jacob. *El menor maduro*. In: Boletim de Pediatria. 2005; 45: p. 156-160. Disponível em: [http://www.sccalp.org/documents/0000/1054/BolPediatr2005\\_45\\_156-160.pdf](http://www.sccalp.org/documents/0000/1054/BolPediatr2005_45_156-160.pdf). Acesso em: 10 de dezembro de 2017. En 1973, la Academia Americana de Pediatría afirmado: “un menor puede dar su consentimiento para recibir asistencia médica cuando es capaz de tomar decisiones racionales y dicha asistencia puede verse comprometida por el hecho de informar a sus padres”. Siempre y cuando las decisiones sean de bajo riesgo y gran beneficio.” Tradução livre: Em 1973, a Academia Americana de Pediatria já afirmava que “um menor podia consentir em receber cuidados médicos quando fosse capaz de tomar decisões racionais e esses cuidados poderiam ser comprometidos caso fossem informados aos pais. Esta atitude deveria ser sempre observada quando as decisões fossem de baixo risco e grande benefício para o menor assistido”.

<sup>11</sup> *Id Ibidem*.

peças legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e *acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.*

Acerca do respeito à opinião da criança e adolescente, o artigo 12 da Convenção sobre os direitos da criança estabelece que:

1. Os Estados Partes assegurarão à *criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança*, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, *em função da idade e maturidade da criança.* 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Novamente, deve-se fazer notar que a expressão *capacitada*, grifada no texto acima, assim como *maturidade*, são termos que dizem acerca da pessoa menor de idade. São atributos *dinâmicos*. Não se confundem com a noção *estática* do regime civil da capacidade, um *status* genérico.

De acordo com o artigo 12 da Convenção, a audição da criança ou jovem constitui uma das manifestações ou concretizações do superior interesse. A partir de uma determinada idade, a pessoa atinge um certo desenvolvimento que a faz entrar na chama “adolescência”. Tal desenvolvimento acontece depois de a criança adquirir um determinado desenvolvimento psicológico, biológico e social aliado a uma habilidade suficiente para que esteja em condições de compreender e atuar dentro do seu meio.<sup>12</sup> Esse direito à palavra e à participação que a lei atribui à criança, pressupõe que a mesma seja ouvida, e que sua preferência seja levada em consideração na determinação do seu superior interesse, desde que se verifique sua capacidade de juízo específico<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Numa situação padrão, é a partir dos doze anos de idade que a criança atinge a maturidade e desenvolvimento psíquico e moral para decidir ou fazer parte do processo de decisão de questões relevantes.

<sup>13</sup> Por exemplo, para situações de depoimento especial de criança ou adolescente vítima de violência, conforme dispõe a Lei 13.431 e 4 de abril de 2017, para que haja a efetiva concretização deste direito, o Judiciário deverá providenciar uma sala especial e fazer a audição assistido por profissionais qualificados para esse atendimento.

Embora sujeito a certa vulnerabilidade que demanda tutela, o menor deve gozar de alguma autonomia. Progressiva e gradativamente deve desenvolver-se no exercício dela, o que lhes possibilita a consolidação da plena autonomia aos 18 anos não apenas desde a perspectiva jurídico-formal. O artigo 3 do ECA garante, ao lado dos direitos fundamentais, a dinâmica formativa que lhe assegure “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o *desenvolvimento* físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” Esse artigo reforça o dever de uma concessão progressiva de poderes jurídicos, proporcional ao seu desenvolvimento.

Cabe ressaltar que “o melhor interesse” ou “interesse superior”, expressões com as quais se traduziu “*best interest*” ao vernáculo, não é o que o Julgador entende, subjetivamente, ser melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atenderia à sua dignidade e a seus direitos fundamentais em maior grau possível. É o real interesse da criança e do adolescente que deve ser levado em consideração, pois os documentos internacionais e nacionais são para a proteção deles, pois eles são os destinatários do Estatuto, assim seus interesses é que devem ser tutelados, uma vez que com a doutrina da proteção integral passam a ter direitos subjetivos.

A respeito do direito da criança e do adolescente de participar de decisões sobre seu projeto de vida, o Estatuto limita-se a enunciar a possibilidade de participação das crianças e dos adolescentes em processo judiciais ou administrativos, conforme artigo 28 do Estatuto:

[...] § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. Naturalmente isso não significa que os menores não tenham espaço para decisões existências em suas respectivas casas.

Isso significa que o Estatuto reconhece a possibilidade de os menores terem capacidade cognitiva suficiente (“sempre que possível... respeitado seu grau de desenvolvimento”; ECA, art. 28) para fazer escolhas nos processos judiciais e administrativos.

Silencia o Estatuto, todavia, quanto à garantia expressa da possibilidade de a criança ou o adolescente fazerem escolhas progressivas sobre assuntos relacionados a eles, ainda que condicionadas à verificação da oportunidade para o seu melhor. Essa postura, todavia, pode ainda ser percebida da interpretação analógica do reconhecimento de seu poder de participação, como sujeito ativo e influente, nos procedimentos judiciais.

Se o Estatuto da criança e adolescente internalizou a possibilidade de capacidade progressiva e de consentimento para os adolescentes em processos judiciais e administrativos, é possível uma nova lei: 1) que estabeleça a capacidade progressiva como princípio do Estatuto; 2) que o adolescente tem capacidade de avaliar e de compreender situações no contexto médico-clínico, tendo o direito de consentir ou não sobre os tratamentos procedimentos; e, 3) que a criança tem o direito de dar sua opinião no contexto médico-clínico e tem o direito de sua opinião ser considerada, na medida do seu desenvolvimento.<sup>14</sup>

Vale buscar o reforço do dever de reconhecimento dessa autonomia progressiva na principal fonte do Direito Internacional acerca de crianças até esse momento, que já foi referida nesse trabalho. Trata-se da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de Nova Iorque, de 1989, com 193 Estados signatários.<sup>15</sup> No Brasil, sua ratificação se fez pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, quando o país reafirmou sua adesão à doutrina da proteção integral, assim como a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Esses documentos reiteram a doutrina da proteção integral como o aporte fundamental da atenção temática à infância e à adolescência, como se observa nos artigos 2º a 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente<sup>16</sup> e do art. 24 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> MUNHOZ, Luciana Batista. O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente. Dissertação. Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014\\_LucianaBatistaMunhoz.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2017, p.109.

<sup>15</sup> Foi assinada pelos 193 países que compõem a ONU e ratificada por 191 deles. Somente os Estados Unidos e a Somália não a subscreveram, embora já tenham manifestado o interesse em fazê-lo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 20 jul. 2014.

<sup>16</sup> Artigo 2º. 1 Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma,

Para a Convenção de 1989, criança não é uma expectativa de ser humano. É uma pessoa em desenvolvimento, com idade inferior a dezoito anos<sup>18</sup>. Sujeito de direitos que, paulatinamente, deve adquirir capacidade moral e tirocínio para gerir sua vida por conta própria. Isso demanda um tratamento jurídico correspondente.

Observa-se no artigo 3º da Convenção dos direitos das crianças uma recomendação para os atores sociais, de modo que as decisões que tomem sempre leve em consideração o melhor ou maior interesse da criança: 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. Associado ao princípio da proteção integral, tem-se o princípio do “interesse superior”, assim compreendido como o princípio básico que coloca os direitos da criança e adolescente em posição

---

independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares. Artigo 3º. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada. Artigo 4º Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 11 de março de 2015.

<sup>17</sup> Artigo 24, Tratado Nice: 1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. 3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>. Acesso em 10 de março de 2015.

<sup>18</sup> Artigo 1º. Para efeitos da presente Convenção sobre os direitos da criança da ONU: considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)

de preeminência em caso de conflitos com outros direitos. Mas como identificar qual realmente é o melhor interesse? <sup>19</sup>

Para garantir essa proteção integral, respeitando-se o melhor interesse da criança e adolescente, a família, a sociedade e o Estado são chamados ao exercício de corresponsabilidades, segundo o artigo 227, da Constituição de 1988<sup>20</sup>.

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles. <sup>21</sup>

Os pais devem exercer a sua autoridade parental, e promover a livre manifestação do adolescente, de modo a favorecer o processo de autodeterminação. Cabe aos pais o exercício o poder familiar – ambos assumem o poder-dever de atuar no interesse do filho, criando-os, educando-os e zelando por seus interesses materiais e morais, até que atinjam a capacidade.<sup>22</sup>

O princípio do melhor interesse da criança – considera-se, também, do adolescente, por força do próprio dispositivo constitucional – representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto (sic) para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, a pessoa

---

<sup>19</sup> Sobre o tema, sugere-se a leitura do trabalho O melhor interesse da criança como cultura jurídica e como princípio jurídico no Brasil, de Francisco Flávio Silva Rodrigues. Dissertação de Mestrado. Universidade de Fortaleza: 2018, 156p.

<sup>20</sup> Art. 227, CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>21</sup>CURY, Munir. O estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 33.

<sup>22</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e102943424a748e2>. Acesso em: 20 mar. 2018, p. 10.

humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.<sup>23</sup>

O melhor interesse da criança e do adolescente deve balizar o exercício da autoridade parental, na medida em que os interesses dos pais estão condicionados aos interesses dos filhos, ou seja, na sua realização como *pessoa em desenvolvimento*.<sup>24</sup> Os direitos da criança e do adolescente se ajustam à realidade constitucional, na medida em que os menores passaram a ser tidos como sujeitos de direito preferenciais. Essa posição preferencial demanda uma especial atenção em sua formação para a autonomia. Tal autonomia, conforme aferida a capacidade de discernimento deve compor o desenvolvimento de sua própria personalidade, que, além de significar uma liberdade de autodeterminação, “significa também uma liberdade de determinação no modo de ser de sua personalidade.”<sup>25</sup>

Para isso, os pais devem estar atentos às necessidades de desenvolvimento, o que algumas vezes significa exercitar a habilidade da escuta atenta; e, em outros momentos exigirá que o adulto ocupe o espaço de fala que lhe é próprio, impondo limites, corrigindo rumos ou apontando caminhos que facilitem ou minimizem um problema que aos olhos do adolescente parece intransponível. Cada um desses gestos revela a mais pura expressão de cuidado.<sup>26</sup>

A autonomia deve seguir a capacidade de autogoverno pessoal e é influenciada por fatores biológicos, psíquicos, sociais e culturais, porque só o reconhecimento de direitos não assegura a autonomia, mas pode ser expressão de troca “que se produce en las relaciones históricamente situadas de las ‘clases’ sociales de niños y adolescentes, de una parte, y de adultos, de otra. Esas relaciones, como hemos dicho, asignan deberes, pero reconocen, también, prerrogativas.”<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008, família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240.

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

<sup>25</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 65.

<sup>26</sup> SILVA, Rosane Leal da. A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 44-45.

<sup>27</sup> PARMO, Domingo Lovera. *Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía*. "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO", n 11 Santiago de Chile, Octubre de 2009.

Conforme Fleming,<sup>28</sup> o adolescente transita de um estado de dependência para um estado de maior liberdade, entendida esta enquanto um grau mais elevado de autogoverno. A dimensão do poder de autogestão de crianças e adolescentes está diretamente ligada com fatores relacionados com as normas jurídicas, os valores culturais, e com o tipo de socialização e práticas educativas, vigentes em cada país.

A autonomia das crianças e adolescentes traz um matiz que ultrapassa a ideia de independência, sendo certo que uma criança autônoma está capacitada, habilitada para escolher e tomar decisões relativas ao seu mundo e à sua faixa etária, tendo em vista as responsabilidades e repercussões que tais escolhas possam originar. Ou seja, ela tem autonomia mesmo quando não é plenamente independente desde o ponto de vista econômico ou relacional.

Reconhece-se assim que a autonomia da vontade dos menores, relacionada à aptidão para tomar decisões, deve ser reconhecida juridicamente. Os institutos da representação e da assistência em parte expressam essa progressão. A emancipação também. São patamares diversos de autonomia. Mas, seria possível ainda de se criar, entre tais modalidades, outras situações de concessão de exercício de poderes dos quais se é titular. Isso é matéria de *lege ferenda* mediante o reconhecimento de legitimidade, por vezes em caráter extraordinário, para casos concretos, que expressariam o devido reconhecimento jurídico do progresso intelectual ou cognitivo dos menores de idade. O tópico seguinte dedica-se a tais institutos.

### **3. Capacidade e Legitimidade para agir de crianças e adolescentes**

Entra-se agora ao desenvolvimento técnico do conceito de legitimidade. A eventual repetição de ideias, aqui, serve de estratégia para facilitar a compreensão das nuances e peculiaridades dos conceitos, sendo ainda pouco comum uma abordagem dedicada ao tema e que trafegue entre a Teoria Geral do Direito Privado e o Direito da Criança e do Adolescente. Por isso se pede maior paciência do leitor.

---

Disponível em: [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Justicia\\_y\\_Derechos\\_11\\_web.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf). Acesso em: 10 de julho de 2017, p.18.

<sup>28</sup>FLEMING, Manuela. Adolescência e Autonomia – O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais. São Paulo: Afrontamento, 1993, p. 101.

De acordo com Donaldo Armelin<sup>29</sup>, que se dedicou especialmente o Processo Civil, mas cujo estudo serve ao propósito deste trabalho, a legitimidade no âmbito do direito tem como característica a qualidade que se agrega ao exercício de poder ou direito ou faculdade, no plano jurídico, e aos destinatários, de forma a justificar a obediência por estes dos comandos emergentes dos titulares do poder, e pressupõe a validade da ordem jurídica de onde ela emana. A legitimidade seria um requisito indispensável à perfeição do ato jurídico, um pressuposto de ato válido e eficaz.

Nesse contexto, é necessário estudar a legitimidade em consonância com os institutos da capacidade de fato (autonomia para exercício de poderes) e de direito (titularidade de poderes). Contudo, a legitimidade não é titularidade, nem capacidade de exercício<sup>30</sup>, mas se relaciona a tais conceitos. A capacidade de fato corresponde a um pressuposto subjetivo do negócio jurídico, relativo à qualidade do agente. Já a legitimidade corresponde a pressuposto objetivo-subjetivo do negócio jurídico, que resulta de uma relação com o objeto, ou seja, com a posição do sujeito em relação ao objeto. Essa na visão mais difundida do instituto da legitimidade, que deitava raízes na capacidade de fato, compreensão que esse artigo entende ser limitada, advogando-se por sua revisão conceitual.

Consoante Cordeiro<sup>31</sup>, a ideia de legitimidade deve ser distinta de figuras afins: titularidade, pois esta dá a qualidade do sujeito, enquanto beneficiário de uma situação jurídica ativa, mas poderá o menor precisar agir: a) com adstrição: no caso do menor que pode não ter a liberdade de cumprir a obrigação; b) com capacidade: pode ter capacidade, mas não ter titularidade.

A legitimidade se une à capacidade para assegurar a perfeição do ato jurídico, mas o legislador civil não se ocupou de forma explícita da legitimação, tanto que uma das versões apresentadas pela comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de Código Civil de 2002 trazia, na redação de seu art. 104, segundo

---

<sup>29</sup> ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 6- 10.

<sup>30</sup>GONÇALVES, Luiz da Cunha. Princípios de Direito civil luso-brasileiro. Parte geral dos direitos reais ou direito sobre as coisas. São Paulo: Max Limonad Editor, 1951, p. 70. Não há que se confundir capacidade de exercício com o conceito de poder. Se a noção de capacidade exercício diz respeito à pessoa nas relações com seu próprio patrimônio, gerindo-o, conforme sua vontade, discernimento e autonomia privada, a noção de poder é conexa ao conceito de posição, como nos atos de administração de patrimônio alheio, também conhecida como legitimidade.

<sup>31</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de direito civil português: parte geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004, p.30.

informa Torquato Castro: "a validade do negócio jurídico requer: I) agente capaz e *legitimado* para o ato".<sup>32</sup>

Armelin<sup>33</sup> sugere alguns critérios para diferenciar legitimação e capacidade, sendo o primeiro em relação aos efeitos que a ausência de requisito provoca na estrutura do ato, a qual permite atos válidos e ineficazes, pois decorre da conjugação capacidade e legitimação ou atos inválidos e eficazes, que decorrem da incapacidade com legitimação. São duas combinações possíveis.

Isso é possível porque pode existir capacidade sem legitimidade, quando a vedação a determinado ato jurídico diz respeito à situação do sujeito em relação ao objeto. Trata-se de legitimação e não capacidade, porque a capacidade reporta-se à existência no sujeito de direito, sem vincular-se a ato que deve ser praticado, enquanto a legitimidade se liga ao objeto do ato, sendo esse o segundo critério. Já o terceiro critério reside no fato de que a capacidade é atributo jurídico da pessoa em razão das suas qualidades naturais, como a idade e a saúde, e que não existindo, não pode ser pleiteada por ele, todavia, a legitimação emerge da titularidade de um direito ou posição dentro da relação jurídica. A titularidade, note-se, tem conexão com a capacidade de direito ou de gozo: posso ser titular de um direito mas não ter capacidade para movimentar os poderes dele decorrente. O controle do exercício de poder quando realizado em bloco, recebe o nome de "incapacidade absoluta" ou "incapacidade relativa". São instrumentos jurídicos necessários ao titular incapaz: a capacidade plena de outrem, associado aos institutos da representação ou da assistência, conforme seja presumido (caso da idade) ou verificado (caso de incapacidade mental). Além desses controles em bloco, a legitimidade seria o controle *ad hoc*, em casos, que pode é invocada especialmente em situações de capacidade plena. O que se pretende aqui comentar é que, no caso de emancipação, de rigor deveria o menor de idade ter capacidade plena. No entanto, na realidade esse passo não é dado.

Por outras palavras, legitimação condiciona o exercício de certos poderes (direitos)<sup>34</sup>, ou seja, a possibilidade real de a pessoa movimentá-los ou não.

---

<sup>32</sup> CASTRO, Torquato. A propósito da revisão do Código Civil (LGL\2002\400): três conferências. Separata. *Revista Symposium*. ano XIII. n. 1. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 1971.

<sup>33</sup> ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 14.

<sup>34</sup> Cf. BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 60. O proprietário tem direito de alienar livremente seus bens (capacidade de gozo), mas para vendê-los a um dos descendentes, carecerá do prévio consentimento dos demais (legitimação). Outro caso de

A capacidade de agir, inserir-se-á na faculdade outorgada às pessoas de exercê-los por sua conta, dependendo apenas de uma prévia disposição volitiva do titular do direito. A capacidade de direito é a aptidão para ser sujeito de direitos e deveres, enquanto a legitimação consiste em saber se uma pessoa, *em face de determinada relação jurídica*, tem ou não capacidade específica *ad hoc* para estabelecê-la.

Tal diferenciação tem relevância ao estudo, considerando-se a capacidade como aptidão intrínseca das partes que darão luz ao negócio jurídico. Para Betti,<sup>35</sup> a legitimação “é uma posição de competência, caracterizada quer pelo poder de realizar atos jurídicos que tenham um dado objetivo, quer pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação em que a parte está, ou se coloca, com o objeto do ato”.

A capacidade de gozo (ou de direito) está ligada a titularidade, traduzindo-se na concreta suscetibilidade de ser titular ou, mais precisamente, na medida dessa titularidade, para não confundir com o conceito de personalidade jurídica. A capacidade de fato ou de exercício está relacionada com a movimentação autônoma das posições jurídicas de que se é titular. Nesse sentido, o incapaz de exercício ou de fato tem necessidade de recorrer a outrem para movimentar seus poderes, como assistente ou representante. Na incapacidade de gozo faltaria, por sua vez, a possibilidade de titularidade, pois uma pessoa não pode sequer ser titular de uma situação jurídica.

O menor não sofre limitação a suscetibilidade de ser titular, mas não tem legitimidade (autorização específica dentro de uma dada relação) para praticar atos, pois lhe faltaria capacidade de exercício (status genérico da pessoa menos de idade, conforme os padrões normativos). Então, não poderá exercer uma posição da qual é titular. Precisa da atuação de um terceiro para efetivar alguns de seus poderes. Isso consiste em uma restrição da autonomia. Mas não afeta sua titularidade.

---

confronto entre legitimação e capacidade: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” (CC de 2002, Art. 1.798) eis que a legitimidade é um requisito subjetivo-objetivo de eficácia do ato jurídico, específica e não genérica como a capacidade.

<sup>35</sup> BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. Torino: Torinese, 1952, p.11.

Os absolutamente incapazes<sup>36</sup> não podem praticar atos da vida civil, no entanto são titulares direitos, uma vez que possuem personalidade e, conseqüentemente, capacidade de gozo ou de direito, e “seus representantes agem em seu nome, falam em seu nome, pensam e querem por eles.”<sup>37</sup> Os relativamente incapazes<sup>38</sup> podem praticar alguns atos, mesmo sem assistência, pois não são totalmente privados da capacidade de exercício. Têm, desse modo, certa autonomia, que é manifestação de liberdade jurídica.

Diante disso, o poder de disposição ou de movimentação de poderes que lhe seria próprio, é atribuído a pessoa diversa do titular. De modo geral, isso pode se dar mediante previsão legal ou vontade negocial, também entre adultos. É dizer que quando o titular da situação não possa ou não queira atuar, o cuidado de seus interesses será delegado para terceiro que exercerá o poder de disposição.<sup>39</sup> Na visão de Perlingieri,<sup>40</sup> o poder de disposição é o poder de provocar uma vicissitude constitutiva, modificativa ou extintiva de uma relação jurídica. Por isso expressa autonomia. É o poder de disposição que configura o exercício de situação subjetiva que está ligado à capacidade de agir, assim o ato de disposição de direito não é somente a sua transferência a outrem, mas também ato de autonomia, pois constitui uma situação subjetiva a terceiro.

É o binômio titularidade e liberdade que provoca a ligação entre capacidade e legitimidade. Assim, a legitimidade é a posição, situação ou relação que alguém se encontra e lhe permite agir no ordenamento jurídico sobre determinado interesse. A propósito Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>41</sup> delimita capacidade e legitimidade afirmando que “a capacidade é um modo de ser ou qualidade do sujeito, a legitimidade supõe uma relação entre o sujeito e o conteúdo do acto e, por isso é antes uma posição, um modo de ser para com os outros.”

---

<sup>36</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Codigo/Civil.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigo/Civil.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016. Artigo 4º, I, CC: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são relativamente incapaz.

<sup>37</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

<sup>38</sup> O Código Civil foi revisado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e estabelece como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil tão somente os menores de dezesseis anos, conforme art. 3º, CC.

<sup>39</sup> MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais. Barueri: Manole, 2013, p. 114.

<sup>40</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 80-82.

<sup>41</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, Antonio Pinto; PINTO, Paulo Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 255.

Enquanto a capacidade é um modo de ser da pessoa, a legitimidade respeita a relação indiretamente a pessoa, assim a distinção entre capacidade e legitimidade resulta de uma relação jurídica a depender de uma relação natural ou jurídica, se depender de uma situação jurídica é legitimidade e não capacidade, pois a legitimação é um *plus* que se agrega à capacidade em determinadas situações.

A representação é exemplo de legitimidade, pois na representação a pessoa atua em nome de outrem, mas o representante é idôneo, para estar na relação jurídica, pois a legitimidade não depende de ser titular ou não titular do interesse, mas de ser ou não sujeito da situação jurídica afetada. Pode haver ação sem interesse subjetivo, mas com interesse protegido, isso ocorre com o Ministério Público ao proteger os interesses de crianças e adolescentes, mesmo emancipados, pois o MP tem legitimidade para atuar nos interesses daqueles.

Há também situações de legitimidade onde quem não é sujeito dos interesses se encontra legitimado para agir, pois ele pode atuar em interesse próprio ou num poder para proteção do titular do interesse ou de terceiro, isso ocorre muitas vezes em relação aos interesses dos menores, pois não podem praticar atos livremente, carecendo de tutela por parte dos pais ou responsáveis.

Menezes Cordeiro<sup>42</sup> afirma que a legitimidade opera com uma noção civil que deve partir da pessoa para a situação em causa, pois a liberdade é inerente a pessoa enquanto a titularidade não é, o que demonstra que a análise da legitimidade deve ser iniciada pela liberdade, sendo a liberdade axiologicamente fundamental enquanto valor, assim a liberdade deve interagir com outros valores. A legitimidade poderia ser funcionalizada, falando-se em “competência civil”, perante cada situação jurídica, caberia perguntar quem tem competência para agir, isso equivaleria a partir da situação para a pessoa e não o inverso, mas abdicar-se-ia de dois pontos: o Direito Civil assenta nas pessoas e desenvolve-se a partir delas e o propósito do ordenamento, apesar de não tratar explicitamente da legitimidade, comporta diversas regras que visam a pessoa e não as várias situações.

A capacidade de exercício respeita o ato, enquanto a legitimidade os efeitos. A capacidade de exercício deve ser no ato, enquanto a legitimidade pode ser posterior. A capacidade de exercício representa a capacidade de atuação, no qual

---

<sup>42</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de direito civil português: parte geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004, p.32.

funda-se na vontade do agente e conseqüentemente produz efeito jurídico. A capacidade é condição para que a pessoa possa agir validamente no negócio; todavia, a validade da atuação não se esgota na capacidade, mas deve-se levar em consideração a legitimidade.

A legitimidade se divide em direta e indireta, na primeira pertence ao titular do interesse, resulta da qualidade entre o sujeito e o interesse do negócio jurídico, que é pressuposto da autonomia privada, já na segunda resulta de uma conexão de interesses e não da titularidade do interesse do agente. Este pratica o ato no exercício de um poder com interesses alheios, por exemplo, representação.

Nesse viés, a legitimação representa a competência específica da pessoa para a prática de determinado negócio jurídico. Não basta, portanto, ser capaz plenamente para que o ato seja perfeito. É imprescindível que haja também legitimação das partes para a validade do negócio jurídico. Ao sujeito ativo da relação jurídica, legitimação confere o exercício e dimensiona a extensão do poder que pode exercitar. A legitimidade é o reconhecimento da qualidade da pessoa na situação jurídica concreta, quanto à extensão dos poderes que pode exercitar.

A importância da maioria e da capacidade de fato, está intimamente ligada ao exercício de posições jurídicas<sup>43</sup>, na proteção aos seus direitos subjetivo, pois quando se fala na “estrutura das posições jurídicas”, faz-se referência à estrutura dos direitos, dos poderes, dos deveres e das sujeições. Posição jurídica<sup>44</sup> é aqui entendida como termo de situação jurídica<sup>45</sup>, seja ela ativa (direitos e poderes) ou passiva (deveres ou sujeições).

O poder e a sujeição, os quais derivam de norma de competência, tem entre si uma relação de correlação, no sentido de que o poder de um sujeito (situação jurídica ativa) corresponde a sujeição de um outro (situação jurídica passiva).<sup>46</sup>

A principal característica para estabelecer se estamos diante de uma competência é a capacidade de alterar as posições jurídicas dos sujeitos de direito

---

<sup>43</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 10. “Posição jurídica” costuma designar toda situação jurídica, simples ou complexa, que caiba a um único sujeito ou não.

Cf. Ferrara. Situação do sujeito por força da qual é chamado para agir na esfera jurídica do outro.

<sup>44</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 47. É toda situação de uma pessoa regulada pelo direito.

<sup>45</sup> Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 47. Toda situação jurídica pode ser designada posição jurídica, por oposição às relações jurídicas.

<sup>46</sup> LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 106.

submetidos à norma. A competência é um acréscimo à capacidade do indivíduo que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, mediante regras jurídicas, que originariamente por sua própria natureza, o indivíduo não possui, e nisso diferem de meras normas de conduta.

Em que pese o exposto, entende-se que o conceito de legitimidade pode servir exatamente como o modulador da capacidade de agir como um todo, para além dos casos de capacidade plena, como ocorre em matéria de impedimento matrimonial. Se até aqui vinha sendo compreendido como instituto (oculto muitas vezes) que autoriza ou veda a movimentação de poderes conforme as circunstâncias relacionais pessoais, de rigor, tal conceito pode ir além de um requisito prévio de capacidade de fato. Por quê? Porque se ele traz a ideia de circunscrição do exercício de poderes, vinculado à efetiva habilidade pessoal (pressuposto da capacidade de fato) bem como à conformação à ética social (pense-se na vedação do incesto), sendo revelado via de regra pela via negativa (impedimentos e vedações), seria possível vislumbrá-lo como instituto para, nos casos concretos, em via positiva extraordinária, reconhecer a aptidão negocial *in concreto*, ou a competência para a prática de certos atos jurídicos *stricto sensu* de um menor de idade.

Nesse sentido, como um avanço desse estudo, que aqui se enuncia, mas será objeto de outro trabalho, vislumbra-se a possibilidade da criação de um instituto civil de legitimidade extraordinária, para o exercício de um poder jurídico mesmo ausente a capacidade de fato. Essa proposta, de *lege ferenda*, atenderia situações em que um adolescente necessitasse exercitar algum poder jurídico, sendo consabida sua e comprovada sua habilidade humana para tanto, a despeito de não ter ainda atingido a idade para a capacidade plena de ação. E seria efetivamente uma aplicação e reconhecimento da autonomia progressiva.

## **Conclusão**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou estudar a autonomia do menor, bem como permitiu a análise sobre a legitimidade e capacidade. Para isso, foi necessário localizar a Criança e o Adolescente, como sujeito de direitos, no qual teve no Brasil a Constituição Federal de 1988 como elemento que elevou a proteção integral como princípio basilar.

Explanou-se a legitimidade como requisito de validade, ao lado da capacidade do agente, chegando-se a notar sua ausência no Código Civil de 2002, no artigo 104, apesar de ter sido cogitado durante o processo de criação do Código. Desse modo, nota-se que o menor (incapaz) é sujeito de direitos e deveres. Mas não pode movimentar os poderes que suas posições jurídicas lhe conferem. Essa limitação legal, é exceção no sistema, pois a regra geral é a plenitude da capacidade de exercício. Assim também no que se refere à falta de legitimidade: a regra é a legitimidade acompanhar a posição jurídica, estando o titular, naturalmente, autorizado a movimentar as prerrogativas que a posição lhe confere.

Todavia, em razão do direito de formação integral, faria jus o menor de idade a uma progressão de poder jurídico que fosse além dos blocos gerais que antecedem a capacidade plena (capacidade relativa; emancipação). A esse fim serviria o instituto da legitimidade, com desdobramentos a serem melhor estruturados e estabelecidos mediante *lege ferenda*. Por meio desse instituto, pais ou responsáveis reconheceriam ao menor de idade, preferencialmente maior de 16 anos, aptidão para a prática de atos concretos, sob supervisão judicial, mesmo sem a concessão da emancipação. Eventualmente, esse reconhecimento poderia se dar em situações extraordinárias, para pessoas absolutamente incapazes.

## Referências

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Saraiva: São Paulo, 2010.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1984.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: Torinese, 1952.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA*. Lei N ° 8069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Codigo/Civil.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigo/Civil.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. *Constituição Federal*. Promulgada em 05 out. 1988. Diário Oficial da União. Brasília: Imprensa Nacional, 05 out. 1988.

- BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. *Apelação nº 70065223786*. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS. *Diário de Justiça eletrônico* 15 set. 2015.
- CASTRO, Torquato. A propósito da revisão do Código Civil (LGL\2002\400): três conferências. Separata. *Revista Symposium*. ano XIII. n. 1. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 1971.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004.
- CURY, Munir. *O estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- FLEMING, Manuela. *Adolescência e autonomia – O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais*. São Paulo: Afrontamento, 1993.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Parte geral dos direitos reais ou direito sobre as coisas. São Paulo: Max Limonad Editor, 1951.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008, família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LIMA, Miguel Moacir Alves. *O direito da criança e adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Milano: Giuffré, 1973.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Barueri: Manole, 2013.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e102943424a748e2>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2015.

- MUNHOZ, Luciana Batista. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA E A CRIANÇA COMO PACIENTE. *Dissertação*. Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014\\_LucianaBatistaMunhoz.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf)> . Acesso em: 20 nov. 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PARMO, Domingo Lovera. *Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. Justicia y derechos del niño*, n 11 Santiago de Chile, Octubre de 2009. Disponível em: [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Justicia\\_y\\_Derechos\\_11\\_web.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf). Acesso em: 10 de julho de 2017.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.
- \_\_\_\_\_. Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva. 2006. *Tese (Doutorado em Direito)* – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, Antonio Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- SÁNCHEZ, Jacob. *El menor maduro*. Boletim de Pediatria, In: *Boletim de Pediatria*. 2005
- SILVA, Rosane Leal da. *A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço*. 2009. *Tese (Doutorado em Direito)* – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.