



TÍTULO DE POSIÇÃO E TÍTULO DE EXERCÍCIO DE PODERES JURÍDICOS: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Status and Exercise of Legal Powers: A Reflection on the Concept of Legitimacy in the
2002 Brazilian Civil Code

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 7/2016 | p. 49 - 62 | Abr - Jun / 2016
DTR\2016\20335

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). antoniojorge2000@gmail.com

Área do Direito: Civil

Resumo: O estudo apresenta o conceito de legitimidade no Código Civil de 2002, como um quarto requisito de validade que, apesar de não integrar expressamente o art. 104 do CC/2002, esteve na mente dos autores do Código e se encontra presente na Parte Especial. O conceito se presta para o controle de poderes gerados por cada posição jurídica, que devem ser especialmente orientados segundo princípios éticos. De modo especial o conceito de legitimidade também serve para explicar o fundamento da distinção entre a causa de uma posição jurídica e a causa que permite movimentar os poderes dados pelo título. O trabalho se apoia na doutrina de civilistas de acordo com a Teoria Geral do Direito Privado, como Antonio Junqueira de Azevedo, Torquato Castro, Giuseppe Lumia e Donaldo Armelin. O tema desenvolvido permanece aberto para evoluções.

Palavras-chave: Título - Legitimidade - Validade - Posição jurídica - Exercício.

Abstract: The study presents the concept of legitimacy in the Civil Code of 2002, as a fourth requirement of validity that although not expressly integrate art.104 of the Civil Code, was in the mind of the Code's authors and is present in the special section. The concept is useful to the control of power generated by each legal position, which should be especially oriented toward ethical principles. In particular the concept of legitimacy also serves to explain the foundation of the distinction between the cause of a legal position and the cause that allows you to move the powers given by the title. The work is based on civilists doctrine according to the General Theory of Private Law, as Antonio Junqueira de Azevedo, Torquato Castro, Giuseppe Lumia and Donaldo Armelin. The theme developed remains open to changes.

Keywords: Title - Legitimacy - Validity - Legal position - Exercise.

Sumário:

1 Introdução - 2 "Agente capaz e legitimado para o ato" - 3 Distinção entre título e exercício. Conceitos de legitimação e legitimidade no direito privado - 4 Consideração final - 5 Referências

1 Introdução

Cada teoria aporta um modelo explicativo da realidade. Sendo criação racional, pode ser aprimorada, segundo as ferramentas mentais de que se disponha para a descrição da realidade sob exame. Mas a realidade sempre será mais rica. Também porque ela própria muda, e impõem revisão das teorias, para adaptá-las ou refutá-las em face de nova perspectiva. Portanto, mais importante que a fidelidade a uma teoria, é o dever de estar conforme a realidade.

Ao mesmo tempo em que as coisas mudam, outras tantas descobertas acerca da realidade humana e do direito permanecem iguais, especialmente quando descrevem



algo de essencial da condição humana, de caráter deontico, em sua dimensão social e individual. Graças a atributos assim, relativos ao essencial e permanente, podemos ler obras da literatura grega de séculos antes de Cristo, e outras diversas dos 20 séculos de nossa Era, produzidas nos quatro cantos do planeta, e ser capazes de compreendê-las: trazem elementos perduráveis do humano, em todas as civilizações e culturas, criando uma linguagem comum de vida para além dos símbolos linguísticos. Fatos similares nesta literatura são a condenação da injustiça, a revolta em face do abuso de poder, a valorização da fidelidade e das virtudes, etc. Ora, muito das notas perduráveis do humano estão presentes em construções teóricas do Direito Privado, ele mesmo produto cultural que, como toda cultura, pode traduzir notas essenciais da natureza humana, com maior ou menor sucesso. Assim, as boas teorias trazem uma herança a ser explorada e preservada, com aspectos formativos importantes, que devem ser legadas também às gerações vindouras.

A realidade do direito tem natureza deontica. Ou seja, traduz o dever-ser, que se vincula a conceitos tais como o correto, o certo, o justo, o devido. Não se limita, portanto, a uma mera constatação dos feitos, sejam eles raros ou comuns: o furto e o homicídio, por exemplo, por mais que se repitam, nem por isso se transmutam em direitos.

Também não se confunde o direito com a legitimação dos desejos e utilidades particulares de alguns, pois antes de tudo deve garantir o essencial, devido a título de justiça. Desse modo, as teorias jurídicas, além de coerência sistêmica interna, devem primar pela consistência antropológica e filosófica, harmonizando-se à condição humana em sua perspectiva ética, para além dos desejos, nem sempre alinhados ao justo, quando não em franca oposição a tal.

As boas teorias, portanto, traduzem, na técnica do Direito, a perspectiva ética que lhe é própria, a começar por sua vinculação com a Justiça. Outras, que não se aliam a uma concepção correta da pessoa humana, ao partirem de visões equívocas, terminam por manipular o Direito, como mero instrumento de poder, dissociando-o da linha de continuidade ética e de sua perspectiva social, para levá-lo a atender interesses subjetivos e individualistas em descompasso com o bem comum. Nesse sentido, sob a máscara de evolução, depauperam a herança ética dos que nos legaram os ancestrais, para preferir leituras úteis em vista a alcançar efeitos desejados, a preço da preterição dos conceitos mais elaborados. Desprezam as teorias mais avançadas do passado, denominando-as de "dogmatismo ultrapassado". Em seu lugar forjam uma pseudociência, a gosto de uma dada freguesia, interessada em reinaugurar perspectivas superficiais, imaturas e insubstanciais, como se fossem sabedoria. Nesse processo, terminam por distanciar as novas gerações da doutrina jurídica de melhor referência. Os difusores utilitaristas ou não comprometeram tais teorias, mais consistentes, por falta de estudo, ou antes estão comprometidos com interesses diversos da perspectiva ética objetiva, pauta dos modelos teóricos de referência universal, ainda hoje respeitados e seguidos nos principais centros de produção científica do Direito Privado.

Aqui se pretende abrir a cortina que encobre na atualidade alguns desses pensadores maiores, de modo que se possa pensar melhor no presente e projetar assim um futuro melhor. Sobre os ombros de alguns estudiosos da teoria geral do direito privado, surge reflexão acerca do conceito de legitimidade, de importantes conotações. Trata-se de uma linha reflexiva incompleta, "em obra", a servir de pauta para diálogo aberto com todos que se sintam atraídos em desenvolver o tema. O tema está sujeito a críticas, sugestões e pontos de vista complementares ou contrastantes. Afinal, estamos a teorizar, em franca tentativa de aprimorar modelo explicativo de algo que, seguramente, ultrapassa nossa capacidade descritiva.

2 "Agente capaz e legitimado para o ato"

Os membros da Comissão de juristas que elaborou o Projeto de Lei 684-B, que culminou no Código Civil de 2002, chegaram a cogitar de fazer constar a "legitimidade" como requisito de validade do negócio jurídico, ao lado da capacidade do agente, da licitude do



objeto e da forma adequada, como se encontra na Parte Geral do Código, em seu art. 104. Houvesse vingado tal ideia, seriam quatro os requisitos de validade. No entanto, não está totalmente clara a razão, mas ao que as dúvidas doutrinárias acerca do conceito, dentre aqueles autores, e naquele momento, fez que optassem por não incluí-lo expressamente. Eis que, a despeito disso, a legitimidade, silenciada na Parte Geral do Código, seguiu presente na Parte Especial. Na verdade, ela continua a impactar a validade e a eficácia de negócios. Está sorrateiramente presente sob comandos normativos que a atualizam. Nesse pequeno trabalho introdutório, pretende-se chamar a atenção a esse fato, apoiado em alguns ícones da doutrina privatista nacional, de modo a suscitar na comunidade acadêmica a curiosidade que permita o avanço nessa pesquisa. Acredita-se que as distinções apresentadas possam colaborar para a percepção da dimensão ética própria do direito, por vezes reduzido a mecanismo de poder coercitivo, além de colaborar para a melhor compreensão sistemática da teoria do negócio jurídico.

Antes de apresentar uma conceituação de legitimidade, pode-se reconhecer sua presença como o requisito de validade nas situações em que a lei usa dos "impedimentos", e de outras vedações legais para a prática de negócios jurídicos, a despeito de se cumprirem os requisitos do art. 104. Ela está presente, de modo subjacente, nos comandos normativos que limitam condutas de certas pessoas mediante a expressão "não podem". Quem desobedece a lei, nesses casos, sofre a sanção de invalidade, por razão diversa do art. 104 do CC/2002 (LGL\2002\400). A falta de legitimidade, será, então, a razão invalidante do negócio jurídico praticado, mesmo que haja agentes capazes, que seguem a forma prevista em lei e que pretendam realizar atividade possível segundo o seu objeto.

Mas a legitimidade também se projeta sobre o plano da eficácia: sua falta pode restringir efeitos jurídicos. Nesse plano, ela poderia ser associada ao imperativo "não devem". É o caso das denominadas "causas suspensivas" do casamento, a condicionar os efeitos do negócio matrimonial, segundo disposições legais. Também a imposição da separação total de bens aos que se casam sob suprimento judicial seria caso de ilegitimidade. São situações em que a lei impõe alguns efeitos às partes, cerceando o que lhes seria autorizado de modo geral, em razão de certas circunstâncias.

Uma terceira situação de percepção da legitimidade, por sua falta, decorreria dos casos em que o exercício de um determinado poder jurídico, vinculado a uma dada posição (título), é afastado do seu titular e atribuído a outra pessoa, sob outro título, como se mostrará adiante na situação de constituição de guarda sobre criança, com ou sem suspensão do poder familiar.

Mostra-se oportuno, portanto, o estudo científico do conceito, para o devido aproveitamento das virtualidades, operando ele como requisito de validade vinculado ao agente, ou como fator negativo de eficácia em certas relações jurídicas. Pretende-se chamar a atenção a essa relevante "presença oculta", e inspirar a comunidade acadêmica a avançar em seu estudo, dada sua utilidade prática e sua conveniência ética, em tempos de aparentes involuções ou evoluções da dogmática, mal aplicada ou mal interpretada. Notar-se-á exatamente na legitimidade a conexão profunda com uma ética objetiva, que emoldura o Direito, como já se notava nas notas distintivas expressas por Ulpiano: "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere".¹ A legitimidade traduziria um pouco de cada uma dessas regras. "Em que pesem as divergências de opinião, é importante que se reconheça a matriz ética dos preceitos".²

3 Distinção entre título e exercício. Conceitos de legitimação e legitimidade no direito privado

O Direito regula as relações jurídicas em duas diferentes dimensões: na dimensão da atribuição de títulos de posição e na dimensão do exercício dos poderes que o título confere. O conceito de legitimidade se coloca no plano do exercício dos poderes. A falta



de legitimidade faz que a movimentação de poderes inerentes a uma dada posição seja restringida (reduzindo os efeitos de uma posição). Esta restrição, caso ignorada, macula a validade de atos praticados sob sua presença ou impede de serem alcançados certos efeitos.

Para breve exame dos conceitos de legitimidade e legitimação, quatro doutrinadores servirão como referência, para captar a distinção de significado entre significantes tão próximos, bem como para a construção de âmbito comum de significado, mais amplo, que possa auxiliar na compreensão de categoria utilizada na teoria geral do direito privado. Diferente é o conceito de legitimidade e legitimação em matéria de direito público, como pode se ver em Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia, de Tercio Sampaio Ferraz Junior, Maria Helena Diniz e Ritinha Georgakilas.

Antonio Junqueira de Azevedo diferencia legitimidade e legitimação em dois pontos. Primeiro adverte que legitimidade se refere a uma qualidade da pessoa, na esteira dos conceitos de personalidade e de capacidade. Assim, a legitimidade seria atributo que acompanha a pessoa e lhe autoriza a prática de determinados atos da vida civil como, por exemplo, emitir declarações negociais. Enquanto isso a falta de legitimidade, ou simplesmente ilegitimidade, surge excepcionalmente, "por força de uma relação jurídica ou fática entre o declarante e outra pessoa, [quando] o ordenamento cria um obstáculo para a realização de um negócio jurídico". "É um impedimento".³ É o caso da ilegitimidade do tutor para casar com a pupila sem intervenção judicial, enquanto perdura a relação de tutela; do condômino que não tem legitimidade para alienar a terceiros a sua parte na coisa indivisível antes de oferecê-la aos demais coproprietários; da impossibilidade de o cônjuge adúltero doar bens ao cúmplice etc. Nesses casos, a prática do ato sem legitimidade afeta sua validade.

Legitimação, todavia, seria "condição de eficácia dos negócios de disposição".⁴ Seria o poder de dispor de uma res, seja ela corpórea, incorpórea, móvel, imóvel, direitos reais limitados, etc. A falta de legitimação impediria que determinado negócio alcançasse sua eficácia plena: "para ser eficaz, o negócio jurídico de disposição exige que o declarante seja titular do poder de dispor da res que é o seu objeto".⁵

Antonio Junqueira de Azevedo entende legitimidade e legitimação como conceitos autônomos, pelo fato de produzirem efeitos em planos diferentes. Ressalta a distinção, sem se ocupar de estudar se há alguma relação entre eles. Todavia, o uso de termos assemelhados induz a prospectar proximidade de significado entre os dois conceitos.

Percebe-se como esteio comum às ideias de legitimidade e legitimação expostas por Junqueira de Azevedo a "autorização dada pelo ordenamento" para a prática de ato jurídico determinado, enquanto seus opostos - ilegitimidade e falta de legitimação - implicam impedimento para a realização de determinado ato jurídico. Pode-se ver aí semelhança entre os dois conceitos: quando não há autorização do ordenamento para a prática de certos atos, impede-se que alguns efeitos se operem. Um deles, em razão de impedimento imposto desde fora da relação e outro em razão de impedimento por falta de possibilidade interna.

Interpõe-se nesse momento estudo de Torquato Castro.

Uma das versões apresentadas pela comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de Código Civil de 2002 trazia, na redação de seu art. 104, unanimemente acordado por todos os autores do Projeto, segundo informa Torquato Castro, o seguinte texto: "a validade do negócio jurídico requer: I) agente capaz e legitimado para o ato".⁶ A comissão que assim se manifestava, e que foi responsável por grande parte da redação do Código Civil de 2002, contava com Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Neves de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.⁷

Pretendendo esclarecer o significado da legitimatio no âmbito do direito civil, Torquato



Castro parte da conceituação de título. Segundo ele, "título, em direito, é fonte ou causa eficiente de uma posição jurídica. Trata-se, pois, não de causa natural, mas de causa em sentido de razão suficiente para que se tenham como formalmente ligados na relação, dois sujeitos, ativo e passivo, que funcionam como termos necessários". Trata-se da "razão precisa, objetiva e formal, em virtude da qual alguém é, dentro da relação, beneficiário de um poder; e, de outro lado alguém é, por ela, sujeito a um vínculo".⁸

Torquato Castro vale-se dos termos *legitimatío* (latim), legitimação e legitimidade sob mesmo plano de significados. O tratamento indiferenciado pode servir para a busca de congruência entre os conceitos apresentados por Junqueira de Azevedo.

Antes de chegar a uma conceituação, Torquato Castro esclarece que o conceito de legitimação "responde à indagação da causa ou título pelo qual o direito reserva para alguém uma precisa posição de parte em determinada relação jurídica específica, como suporte ativo ou passivo dessa relação".⁹ Afirma que "legitimação é o título pelo qual o sujeito recebe da ordem jurídica uma posição de parte, seja ativa (sujeito do poder, em qualquer de suas manifestações), ou passiva (sujeito ao vínculo, nas suas diversas categorias), dentro de uma situação jurídica".¹⁰

É pacífico que a pertinência de um sujeito ao polo de determinada relação jurídica, ou a simples ocupação de posição jurídica, funda-se na existência de um título. Surge assim a questão: poderia a legitimação ser compreendida como um segundo título? Se respondida afirmativamente, poder-se-ia concluir que esse segundo título qualificaria o sujeito para agir naquela relação, conferindo-lhe o poder de movimentar as prerrogativas que o título da posição jurídica lhe conferia. Este segundo título deveria ser relacionado à dinâmica da relação jurídica, referido ao exercício das prerrogativas conferidas pela posição. O primeiro título, que fundamenta a posição, estaria relacionado à estática da relação jurídica.

Nessa linha vem o entendimento de Giuseppe Lumia.

Para Lumia, a titularidade tem a ver com a pertinência de posição jurídica a determinado sujeito, enquanto a legitimidade é o poder de movimentar a referida posição jurídica subjetiva ativa ou passiva, que compete a quem é o titular dessa posição. Diz ele que "l'appartenenza di un diritto ad un sogetto determinato si dice titolarità. Il potere di esercitare un diritto che compete a chi ne è titolare dà luogo alla figura della legittimazione".¹¹ Pode-se ainda recorrer às imagens de ato e potência da filosofia aristotélica, e dizer que o título confere à pessoa uma determinada potencialidade (jurídica) que pode ser atualizada dentro dos limites e fins superiores do direito, ciência balizada pela Ética.

Em linha reflexiva a Torquato Castro, poder-se-ia cogitar dupla titulação nas situações jurídicas: um título que fundamenta a posição do sujeito na relação e um título que qualifica sua ação a partir das prerrogativas que a posição lhe atribui. O primeiro serve para colocar a pessoa em dada posição numa relação jurídica. O segundo dimensiona internamente o alcance de seus poderes dentro da relação.

Essa dupla titulação - ou dupla causa da situação jurídica concreta, para evitar a confusão com o significado consagrado da expressão título - guarda similitude com o par conceitual capacidade de direito e capacidade de exercício, pelo fato de tais conceitos se referirem respectivamente à potencialidade e à atualidade de exercício de poderes pelo sujeito. A legitimidade poderia ser comparada com a capacidade de exercício. Todavia, enquanto a capacidade de agir se refere à situação da pessoa *in genere*, sem especificações outras ditadas por qualquer relação jurídica, o conceito de legitimidade limita-se à situação da pessoa em relação jurídica, *in concreto*, e se dá somente em situações de vínculo. Reforçam esse entendimento as palavras de Torquato Castro: "[e]nquanto a capacidade de agir foi considerada como posição intransitiva do ente-sujeito, visto em si mesmo, a *legitimatío* responde, no art. 104 do Anteprojeto, a uma conceituação transitiva, em que o ente é visto na projeção de seu papel dentro da



relação".¹²

Outra distinção se refere ao âmbito de proteção.

A identificação da falta de legitimidade numa situação concreta pretende proteger terceiros antes que ao sujeito cingido por ela, enquanto a incapacidade de fato presta-se à proteção do próprio incapaz, antes que a terceiros. A esse respeito, dizia Donaldo Armelin que "o instituto da legitimidade veio aprofundar as raízes científicas da tutela da boa-fé de terceiros, princípio geral de direito já inconcusso".¹³ Nesse contexto, a habilitação para casar no civil, por exemplo, poderia revelar a legitimidade para o casamento. Ela é necessária e também protege terceiros. Ainda que se tenha capacidade para casar, o casamento somente será deferido àquele que esteja habilitado para tanto, o que se poderia traduzir como legitimado: na situação concreta estará, então, autorizado a casar-se.

Dessa forma fica fácil perceber que a noção de legitimidade, que servirá para um "segundo controle" das situações jurídicas, guarda vínculo com a finalidade ética do exercício dos direitos, tendo em vista o bem comum. Começa-se a vislumbrar em que medida a diferenciação entre causa de posição e causa de exercício pode servir à explicação da dissociação título e exercício.

O título, conforme entendido habitualmente, coloca o sujeito no polo da relação jurídica, em decorrência do que ela recebe poderes dentro da relação. O exercício dos poderes, naturalmente, segue a posição jurídica subjetiva, da mesma forma que os elementos naturais acompanham, como regra, os elementos essenciais dos negócios jurídicos.

Em matéria de negócios jurídicos, para que o acompanhamento dos elementos naturais não ocorra, é necessária disposição expressa das partes negociantes. No caso da legitimação, cabe somente à lei e às autoridades judiciárias constituídas, fundamentadas na lei, separar o exercício das prerrogativas, de sua originária posição jurídica, quando o exercício seria naturalmente outorgado pelo título da posição. Mesmo quando uma pessoa restringe um direito disponível - por exemplo, o proprietário que constitui alguém como usufrutuário de imóvel que lhe pertence - há uma permissão legal amparando essa atitude, estando assim toda restrição pessoal vinculada a uma limitação possível de acordo com a lei.

Para melhor compreender a distinção prática entre os dois títulos, convém recorrer, novamente, à analogia com o instituto da incapacidade civil.

O absolutamente incapaz é sujeito de direitos e obrigações. 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, salvo limitação decorrente (1) da lei, em circunstâncias postas de antemão, ou (2) de decisão do Poder Judiciário, em caso concreto.

O título da posição responde a uma necessidade estrutural: fundamenta a pertinência do sujeito à relação. A legitimação responde a uma necessidade funcional: fundamenta o âmbito de movimentação das prerrogativas conferidas pelo título. Refere-se a aspecto dinâmico da relação jurídica e, nesse momento, pode ser tida como outra causa que, apesar de habitualmente acompanhar o título da posição, com ele não se confunde. A posição e ação, aspectos estático e dinâmico do sujeito na relação, respectivamente, são dimensões diferentes e interdependentes. Habitualmente, à posição segue-se o exercício das prerrogativas, pelo que somente se percebe a possibilidade de diferenciar as duas causas, quando o exercício é condicionado ou reduzido por deliberação do próprio titular em favor de alguém (caso do proprietário que estabelece usufruto de bem que lhe pertence), por força de lei ou decisão judicial. Nestes dois últimos casos, vedam-se atitudes de um sujeito que, mediante o exercício de prerrogativas, possa desviar-se da dimensão ética (ampla) ou jurídica que as circunscrevem no sistema respectivo, e possa



culminar em prejuízo de alguém ou de algum valor acolhido pelo ordenamento.

A dimensão do exercício é estabelecida pela ordem jurídica quando define limites máximos e/ou mínimos. Neste último caso, a fixação do mínimo costuma se identificar com dever de exercício. A fixação desses limites segue o princípio ético-jurídico primordial do direito, de respeito à dignidade da pessoa humana.

A possibilidade de desrespeito dos limites mínimos autorizaria a cisão entre exercício das prerrogativas e a posição de titular. Desse modo, terceiros podem vir a exercer poderes no lugar dos titulares originários, como ocorre na situação de guarda coexistindo com o poder familiar. Efeito semelhante ocorre também na legitimidade extraordinária, pela qual um sujeito pode "realizar em nome próprio um ato jurídico eficaz sobre esfera jurídica alheia, em virtude de uma aparência de titularidade, ou em nome alheio, em razão de uma representação aparente".¹⁴

Há uma causa a fundamentar a presença, portanto, e outra a justificar a atuação do sujeito na relação jurídica. A causa da posição é habitualmente chamada de título, ou de razão suficiente, como prefere Torquato Castro. A causa da atuação é chamada de legitimidade.

Pode-se construir, doravante, significado que unifique os conceitos de legitimidade e legitimação, e apresentar qualificativos que expliquem os diferentes efeitos práticos possíveis, sob terminologia derivada dessa base comum.

Nessa conceituação ampla, legitimação e legitimidade referir-se-iam a idêntico fenômeno observado sob ângulos diferentes. Em resumo: aquele que tem legitimidade, portanto, passou pelo crivo da legitimação, como se explica abaixo.

O conceito de legitimação seria usado para designar o fenômeno de reconhecimento ou atribuição das condições exigidas pela ordem jurídica para o exercício das prerrogativas que a situação confere ao sujeito. Usam-se aqui dois verbos. Reconhecer, para as situações percebidas como jurídicas mesmo antes da chancela do direito positivo, e atribuir para aquelas que se estabelecem exclusivamente por força do direito positivo. A legitimidade, por seu turno, designaria a qualidade do sujeito, que cumpre e observa as condições exigidas pela ordem jurídica. Ela seria derivada de um título, razão suficiente ou causa, que lhe autoriza o sujeito a movimentar as prerrogativas outorgadas pela posição jurídica.

O parâmetro para a verificação das condições de exercício das prerrogativas seria dado pelos limites máximos e mínimos exigidos pelo ordenamento com a função ética que o informa. "[R]esulta a legitimidade, que supõe a capacidade, como a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente em regra da titularidade de uma relação jurídica".¹⁵ Por exemplo, o impedimento de o pai, viúvo, casar-se com filha, solteira, ambos maiores de idade, decorre da não aceitação social dessa relação. Assim, falta a eles a legitimidade para casarem-se entre si, ainda que preencham outros requisitos exigidos.

A ausência de legitimação levaria à ilegitimidade do sujeito. Aquele a quem falta legitimidade plena carece de poderes para constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas que se operariam por meio dos atos que lhe estão vedados. "A legitimidade há de ser aferida da outorga pelo sistema da idoneidade para a prática de ato determinado e da concomitante inexistência de qualquer vedação dessa prática, decorrente de circunstâncias supervenientes ou preexistentes, vedação essa que anula aquela idoneidade".¹⁶ Dessa forma, a prática de ato, sob ilegitimidade, impede que se produzam plenamente as consequências no plano da validade.

A limitação do poder pode ainda reter parte da eficácia de um ato. Sobre isso dizia Junqueira de Azevedo quando enunciava situações em que alguém, voluntariamente, desfazia-se de um poder que lhe pertencia, enquanto dominus de um imóvel, e transferia-o a terceiro, mediante o usufruto. Desde esse momento já não poderia mais



exercer o poder de alugar o imóvel, vinculado ao usufruto cedido. Ou seja, ainda que mantenha o título de proprietário, não mais tem a prerrogativa, enquanto perdura o usufruto, de fruir. Dessa forma, em razão da relação criada entre ele e usufrutuário, perderá a legitimidade para a prática de um ato que, em outro tempo, lhe seria permitido.

Poder-se-iam nomear tais categorias de ilegitimidade constitutiva e de ilegitimidade eficaz.

A ilegitimidade constitutiva operaria efeitos negativamente no plano da validade, por vedação circunstancial ao agente. Poderá ser alegada quando os elementos genéricos de validade se apresentam, mas não se apresenta algum requisito exigido pelo ordenamento para a validade plena do ato naquele contexto. Volta-se ao caso do casamento de tutor com pupila nos termos do art. 1.523, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400) cuja anulação pode ser arguida por determinados parentes da moça, cf. art. 1.524 do CC/2002 (LGL\2002\400). Também os impedimentos matrimoniais por relação de filiação ou fraternidade. Estes últimos são situações de nulidade (invalidade absoluta), enquanto aquele é de anulabilidade (invalidade relativa).

A ilegitimidade eficaz deflagraria efeitos negativamente no plano da eficácia. É o caso da prática de ato sem que haja poder suficiente para a irradiação plena dos efeitos jurídicos esperados. Isso se daria, por exemplo, quando alguém promete alugar a outrem um determinado bem cujo poder de fruir não lhe pertence. O ato será válido. Mas a eficácia plena será bloqueada, por fato alheio à vontade do devedor, a menos que venha a recuperar o poder de fruir antes da data de adimplir. De todo modo, em razão da validade do ato, responderá por perdas e danos perante o contratante-locador, a quem prometera a entrega da posse do imóvel locado, caso não o recupere a tempo de cumprir o dever pactuado.

Em ambas as situações há elementos circunstanciais que obstam a validade ou a eficácia plena do ato praticado pelo agente, e ambas pressupõem os requisitos genéricos de validade do art. 104 do CC/2002 (LGL\2002\400).

O juízo quanto à legitimidade pressupõe também capacidade de fato do agente, pois se refere à possibilidade de exercício autônomo de poder: quando a pessoa absolutamente incapaz pratica ato jurídico que exige capacidade de agir que não possui, é caso de se invocar incapacidade do agente, suficiente para a nulidade do ato, antes que se falar em falta de legitimidade. O juízo quanto à legitimidade pressupõe a pertinência do sujeito a determinada situação jurídica, a partir da qual se avalia de há alguma vedação de ato em face do sujeito com quem se relaciona, em razão dessa mesma relação matriz. Esse juízo faz-se sempre in concreto.

Ao sujeito ativo da relação jurídica, a 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. Torquato Castro afirma que em função da extensão desse poder de exercício é que se pode falar de abuso ou desvio do poder jurídico. Nestes casos falta legitimidade ao agente para exercitar poderes fora dos limites traçados pelo ordenamento, sejam eles explícitos ou implícitos,¹⁷ uma vez que não há legitimação para atuar com excesso ou desvio.

4 Consideração final

As ideias aqui expostas surgiram quando do encontro de quatro circunstâncias de pesquisa e uma inquietação.

Primeiro, de um estudo acerca do poder familiar, no qual se avaliava a distinção entre a condição do titular da patria postestas e do guardião, simultâneo a ele. Entendeu-se a necessidade de retirar o exercício de prerrogativas do pai para atribuí-las a outra pessoa, em benefício da criança, notando-se a fundamentação ética e personalista para



tanto. Isso se realizava no Brasil já há muito tempo.¹⁸ Via-se ali um novo título de posição - a guarda - fundamentar o exercício de poder que outrora estivera sob outro título - o poder familiar, que passa a coexistir com este. Constatara-se então a percepção do duplo controle das posições e dos poderes a elas vinculados, como desenvolvido acima.

Segundo, quando se estudou a situação do nu proprietário, em outra ocasião, e se notou a separação de prerrogativas do dominus em relação ao usufrutuário, privando-se ele mesmo de um poder que originalmente lhe pertencia. Também aqui havia dois títulos diferentes, um deles esvaziado de um poder de exercício que passou a integrar o outro.

Terceiro, durante estudo dos dispositivos acerca do negócio jurídico no Código Civil de 2002, chegou-se ao conceito de legitimidade nas obras de Torquato Castro, Antonio Junqueira de Azevedo, Giuseppe Lumia e Donald Armelin. Descobria-se a legitimidade como requisito de validade, ao lado da capacidade do agente, chegando-se então a notar sua presença no sistema civilista, a despeito de sua ausência no artigo 104 do CC/2002 (LGL\2002\400).

A quarta fonte de inspiração surgiu quando do estudo da boa-fé objetiva e demais princípios contratuais contemporâneos, nos quais se reconhece a revalorização da dimensão ética da relação jurídica. Esse estudo confirmara que o sistema civilista trazia em si a repersonalização e valorização da pessoa, muito antes da denominada "Constitucionalização do Direito Civil". E o fazia com a melhor técnica, operando-se a evolução principiológica da doutrina em todo o mundo ocidental, também no Brasil, encontrando-se entre nós, além de doutrina, decisões dos tribunais superiores fundadas na dignidade humana já nos anos 1930 e 1940.

A partir dessas constatações, começou o trabalho reflexivo e o primeiro empenho pela recuperação do conceito de legitimidade no direito privado, culminando na verificação de sua existência e persistência no sistema, estando aparentemente oculto sob outras incidências, aqui salientadas.

A ideia de sistematizar algumas reflexões e trazer o conjunto delas em um artigo ganhou força em face da necessidade de resgatar a verdade sobre a evolução do direito civil e das virtualidades éticas, a partir da própria teoria geral do direito privado, posta de lado por alguns autores de moda no Brasil, que se isolaram da dimensão mais universal do ramo, para afirmar uma falsa originalidade regional, distanciando os estudantes de uma perspectiva mais universal, correta e completa. Oxalá o trabalho possa provocar a curiosidade e o interesse em pesquisar para além dos autores de moda, seguidores de uma dada corrente, de um dado país europeu, sendo ali mesmo corrente minoritária, longe dos principais centros de produção da ciência jurídica, e por isso sem par em outras Escolas europeias de maior densidade e tradição civilista. Até porque, vale lembrar, a dignidade humana não está circunscrita à Constituição do Brasil de 1988. Ao que tudo indica, ela já existia antes e, desde muito tempo, alimentava, em todo o mundo, a evolução da teoria geral do direito privado. No Brasil inclusive. Vale a pena redescobrir isso. Diversos civilistas já faziam ciência da melhor qualidade, sendo oportuno retomar essa linha, pela leitura dos clássicos, que nos recolocarão em sintonia com o que há de melhor em matéria de teoria do Direito Civil contemporâneo.

Por fim, vale lembrar que tudo aqui expresso é passível de crítica - inclusive essa opinião derradeira - estando o trabalho aberto para aperfeiçoamento e correção. Afinal, toda teoria é passível de melhoria, simplesmente porque a realidade, que se quer espelhar, sempre será maior e melhor do que o espelho.

5 Referências

ARMELIN, Donald. Legitimidade no direito processual civil. São Paulo: Ed. RT, 1979.

BOTCHER, Carlos Alexandre. O legado ético e universalista do direito romano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. 108. p. 155-167. jan.-dez.

2013.

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.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Saraiva, 1989.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico e declaração negocial. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Civil). São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1986.

LUMIA, Giuseppe. Lineamenti di teoria e ideologia del diritto. Milano: Giuffré, 1973.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Conselho tutelar: fundamentos sócio-jurídicos da fiscalização e orientação do exercício do poder familiar pela sociedade pelo Estado. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2002.

1 D. 1.1.10.1 (Ulp. 1 reg.).

2 BÖTTCHER, Carlos Alexandre. O legado ético e universalista do direito romano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 108/159.

3 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico e declaração negocial. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986, p. 154.

4 Idem, p. 157.

5 Idem, ibidem.

6 CASTRO, Torquato. A propósito da revisão do Código Civil (LGL\2002\400): três conferências. Separata. Revista Symposium. ano XIII. n. 1. p. 11. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 1971.

7 Idem, p. 34.

8 Idem, p. 12.

9 Idem, ibidem.

10 Idem, p. 22.

11 LUMIA, Giuseppe. Lineamenti di Teoria e Ideologia del Diritto. Milano: Giuffré, 1973. p. 115.

12 CASTRO, Torquato. Op. cit., p. 19.

13 ARMELIN, Donaldo. Legitimidade no direito processual civil. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 10.

14 Idem, p. 25.

15 Idem, p. 13.



16 ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p. 21.

17 CASTRO, Torquato. Op. cit., p. 18.

18 PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Conselho Tutelar: fundamentos sócio-jurídicos da fiscalização e orientação do exercício do poder familiar pela sociedade pelo Estado. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2002.