

## AS DIFERENTES CAPACIDADES DO INDIVÍDUO

Amanda de Carvalho PERES <sup>1</sup>  
Sérgio Tibiriçá AMARAL <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo verificar quando o indivíduo se torna sujeito de direitos e quais são as suas capacidades, vislumbrando a possibilidade de fazer parte de uma relação jurídica processual. Examinando, por fim em quais situações o indivíduo terá capacidade postular frente ao judiciário sem necessidade de representação.

**Palavras chaves:** Capacidade de ser parte; Personalidade Jurídica; Capacidade Processual; Capacidade Plena e Limitada; Incapacidade; Legitimidade; Capacidade Postulatória;

### 1 INTRODUÇÃO

O indivíduo e suas capacidades, tema no qual será abordado no presente estudo que se utiliza do método dedutivo, partindo de uma premissa maior para uma mais específica, isto é, analisaremos de uma forma ampla o Direito Processual Civil, verificando as possibilidades de atuação do sujeito no processo.

Antes de visionarmos a possibilidade de o indivíduo atuar dentro do processo, iremos vislumbrar alguns conceitos nos quais são alicerces para tal possibilidade.

---

<sup>1</sup> Discente do 7º termo de Direito noturno das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” em Presidente Prudente-SP.

<sup>2</sup> Docente e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, em Presidente Prudente-SP. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias e Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru-SP.

Primeiramente, conceituaremos o que é pessoa e qual a sua posição dentro da sociedade, verificando quais as garantias o Estado traz ao indivíduo na preservar dos seus direitos.

Se há garantias na conservação dos direitos, verificaremos qual maneira o sujeito poderá preservá-los, isto é, de qual maneira ou qual instrumento o Estado se utiliza para defesa do indivíduo.

Para emprego dessa ferramenta chamada processo, criado pelo ordenamento jurídico como forma de coerção estatal, o sujeito deverá possuir algumas capacidades, nas quais é motivo da presente pesquisa.

Antes de saber quais os tipos de capacidades terão dentro do ordenamento, verificaremos quando o indivíduo se torna sujeito de direitos, ou seja, em qual o momento ele se torna sujeito de uma pretensão ou titularidade jurídica.

A partir desta definição apuraremos quando o indivíduo será capaz de ser parte em uma relação jurídica e quando será processualmente capaz de agir, ou seja, quando estarão aptos a praticarem os atos processuais como autor ou réu e se terão legitimidade para tanto.

A finalidade da observância de todos esses institutos é descobrir em qual momento o sujeito poderá postular frente ao judiciário, ou seja, quando o indivíduo poderá ser parte uma relação jurídica, agir dentro do processo e estar apto para a prática dos atos processuais.

Teremos, portanto dentro do ordenamento capacidade de ser parte, capacidade processual, legitimidade e capacidade postulatória nas quais iremos abordar nos próximos capítulos, visionando a possibilidade do indivíduo postular em juízo de forma direta, com a única finalidade de preservar os seus direitos.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES**

Indivíduo, segundo a ciência jurídica é a unidade figurativa usada para aqueles entes personificados os quais possuem direitos e obrigações. É importante ressaltar aqui que o indivíduo, o ser humano, é o povo e, portanto, elemento constitutivo de um Estado, conjuntamente com seu território e poder soberano.

No que tange ao Estado Democrático de Direito, este possui em sua essência, o respeito aos direitos humanos, que, por conseguinte visa à dignidade do ser humano. Posto isto, conclui-se que a razão de ser e o objetivo do Estado é a proteção à pessoa.

Para a concepção de pessoa, é de grande valia o entendimento de Maria Helena Diniz (2011, p. 129):

Para a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção de uma decisão judicial.

Battista Mondin (1986, p.154) ressalta uma característica fundamental do homem, qual seja:

[...] propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens.

Uma segunda característica é a politicidade, isto é, “o conjunto de relações que o indivíduo mantém com os outros, enquanto faz parte de um grupo social.”

Neste diapasão, insta salientar que os direitos exercidos pelas pessoas, por meio do poder de ação, comportam alguns requisitos essenciais, os quais serão abordados a seguir.

Inobstante, o fundamento deste poder de ação, bem como seus requisitos, são necessários em virtude da sociedade complexa na qual convivemos. De modo a evitar um retrocesso à vingança privada, por exemplo, o Estado chama

para si a capacidade de solucionar os conflitos sociais provenientes desta sociedade complexa.

Francesco Carnelutti (1938, p. 222-228), tendo como base a lide, ou seja, a ação, dispõe o seguinte:

[...] um meio de que se vale o Estado para a justa composição daquela, ou seja, a atividade jurisdicional por ele exercida através do processo visa à composição, nos termos da lei, do conflito de interesses submetido à sua apreciação.

Daí surge à jurisdição, que hoje não se limita a dizer o direito, mas também possui função protetora dos direitos fundamentais, na qual define Fredie Didier Jr. (2010, p. 37):

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: *a) subjetiva*: de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagens a seus titulares; *b) objetiva*: traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos. Trata-se de encarar o *direito fundamental* (dimensão objetiva) ora como *situação jurídica ativa* (dimensão subjetiva).

Inicialmente para ser parte em uma relação jurídica o indivíduo tem que ter capacidade de direito somada à capacidade de exercício, pois não adianta ter o direito e não ser capaz de exercê-lo ou ter capacidade para agir, mas não ter o direito.

O sujeito, para ter capacidade plena, deverá estar apto para ser parte na relação jurídica e, ainda, ter capacidade processual para o exercício do direito, visto que existem casos específicos, previstos na lei, em que mesmo que o indivíduo tenha capacidade de fato e de direito deverá também ser legitimado para tanto.

Ainda, pode ocorrer do próprio indivíduo ter capacidade postulatória, ou seja, o mesmo pode postular em juízo sem a necessidade de constituir advogado ou possuir capacidade técnica.

Para desenvolver o estudo sobre o tema, iniciaremos descobrindo a definição de algumas terminologias, verificando quando o indivíduo adquire

personalidade jurídica, bem como quando se torna sujeito de direitos, e quais são suas capacidades frente às relações jurídicas.

## 4 CAPACIDADE DE SER PARTE

A vida em sociedade requer uma organização, que estabeleça regras de convivência, que por meio do poder estatal impõe deveres e obrigações na busca do equilíbrio entre os indivíduos.

Esse poder é exercido pelo Estado no qual define Marcus Cláudio Acquaviva (2012, p.12/13) como, “sociedade civil politicamente soberana e internacionalmente reconhecida, tendo por objetivo o bem comum aos indivíduos e comunidades sobre o seu império”.

No entanto, esta intervenção estatal tem que ter limite para que não haja o abuso do poder ferindo a garantia de liberdade individual.

Para tanto, como o objetivo de dividir o poder, pois como dito se o mesmo continuasse sobre o domínio de uma única força haveria abusos ferindo direitos, foi criada a tripartição clássica definida por Montesquieu, onde dividiu-se o Estado em três poderes, trazendo portanto a separação dos poderes.

Nada obstante, mesmo os poderes sendo dependentes, deveria haver um mecanismo no qual eles pudessem se fiscalizar, para tanto foi criado o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), trazendo um efetivo equilíbrio, pois os poderes poderiam exercer além das suas funções também a dos outros poderes de forma atípica sem infringir a Constituição trazendo uma interdependência entre eles.

Temos então os poderes legislativo, executivo e judiciário que tem como funções típicas criar leis, administrar e julgar, assim sucessivamente, mas que, no entanto podem por meio desse sistema de equilíbrio exercem de forma atípica as funções diversas e comuns às outras atividades dos estados.

Findamos que, mesmo a coerção estatal dividida em três poderes, tem como base a sociedade em busca do bem comum, disciplinando as relações jurídicas e conferindo direção, com o único objetivo de manter a ordem, por meio de normas criadas pelo poder legislativo nas quais são impostas pelo judiciário.

Todavia, quando um direito é infringido, o Estado por intermédio do poder jurisdicional deverá resolver os conflitos, ou seja, “a jurisdição pode ser conceituada como função em que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o direito objetivo” (MARQUES, 1998, p. 145).

Entretanto a jurisdição precisa ser provocada para que haja a devida prestação da tutela jurisdicional, como preceitua a inteligência o artigo 2º do Código de Processo Civil.

Observamos, portanto que há necessidade de provocação para que o poder jurisdicional possa atuar, ou seja, o juiz representante do Estado não pode agir de ofício, mas somente a requerimento das partes de acordo com o princípio da inércia, descrito na lei.

Esse princípio preserva o devido processo legal exposto na Constituição, vislumbrando a imparcialidade do juiz, pois ficaria comprometido seu julgamento, e também tem o intuito de manter a paz social como objetivo de que a ofensa ao direito não seja levada à julgamento contra a vontade do interessado.

Contudo para que se possa provocar a atividade jurisdicional o indivíduo tem que ser portador de capacidade e ter um direito seu ofendido.

Para tanto nos traz Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1996, p. 222) a definição da capacidade de ser parte que “[...] é a capacidade, ativa ou passiva, de ser sujeito da relação jurídica processual”.

Ou seja, adquirida a capacidade o indivíduo automaticamente torna-se sujeito de direitos, podendo figurar numa relação jurídica e fazer valer os seus direitos.

Orlando Gomes (2010, p. 108) traz em seu entendimento que sujeito de direitos “[...] é pessoa a quem a lei atribui à faculdade ou a obrigação de agir,

exercendo poderes ou cumprindo deveres”, sendo essa capacidade reconhecida a todos os indivíduos, mesmo sendo eles considerados incapazes na acepção jurídica.

Preceitua Fredie Didier Jr. (2005, p. 120) que:

[...] a atribuição da capacidade de ser parte a todo ente que possa ter um interesse juridicamente tutelado é decorrência do direito fundamental à inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de alegação de lesão ou ameaça ao direito, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição.

Verificamos, deste modo, que se sujeitos de direitos tiverem algum direito ameaçado, será então capaz de ser parte em uma relação jurídica processual, contudo temos que verificar em qual momento será adquirida essa capacidade.

Onde de acordo com entendimentos a capacidade se inicia quando o indivíduo adquire personalidade jurídica, pois define Pablo Stolze Glagiano (2011, p.124) que “[...] personalidade jurídica, portanto para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é atributo necessário para ser sujeito de direitos”.

Concluimos, por conseguinte, que a partir do momento em que se adquire a personalidade jurídica, o indivíduo torna-se um sujeito de direitos, ou seja, sujeito de deveres jurídicos, de uma pretensão ou titularidade jurídica.

Contudo, há divergências quanto ao momento em que se adquire a personalidade jurídica, pois de acordo com o Código Civil Brasileiro ocorre a partir do nascimento com vida, diferentemente do Código Civil Francês que estabelece que a personalidade se inicie a partir da concepção.

Todavia há uma grande polêmica quanto a essa teoria natalista adotada pelo Brasil, pois mesmo que o nascituro não tenha adquirido personalidade jurídica, o mesmo deverá ter os seus direitos resguardados desde a sua concepção, como o direito a vida, a herança, a alimentos, etc.

Sendo assim, essa proteção tem que ocorrer desde o surgimento da vida intrauterina, pois em havendo qualquer atentado a sua integridade, será considerado um ato obstativo ao gozo de direitos, no qual caberá reparação.

Entendemos deste modo, que para adquirir personalidade jurídica e ser sujeito de direitos, de acordo com a posição adotada pelo artigo 2º do Código Civil Brasileiro é do nascimento com vida, deste modo se o indivíduo respirou, automaticamente adquire personalidade, contudo a lei põe a salvo os direitos do nascituro, ou seja, mesmo que a personalidade jurídica seja adquirida no nascimento, o indivíduo desde a sua concepção terá os seus direitos resguardados.

Verificamos que capacidade, por sua vez, é “[...] ‘a medida jurídica da personalidade’, ou, como prefere Teixeira de Freitas, a ‘manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade’ [...]” (DINIZ, 2011, p. 131).

Assim adquirida à personalidade jurídica, a pessoa, logo possui capacidade de direito ou de gozo, também denominada aquisição de direitos, sendo essa capacidade reconhecida a todo ser humano sem qualquer distinção.

Vislumbramos, deste modo o conceito de capacidade e quando a pessoa a adquire, sendo a partir desta, que o indivíduo poderá ser parte em uma relação jurídica com o objetivo de restaurar os seus direitos.

## **5 CAPACIDADE PROCESSUAL**

Ser sujeito de direitos, não significa que será capaz de exercê-los, pois para agir por si só como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica, ou seja, ter capacidade processual deverá ter além de capacidade de direito, também a capacidade de fato ou de exercício.

Essa capacidade processual, ou seja, de agir como autor ou réu em uma relação jurídica, é garantido pelo direito de ação exposto na Constituição, no qual se utiliza do processo como meio, onde o mesmo deve estar revestido do devido processo legal.

No entanto, para definirmos quando o indivíduo adquire capacidade processual, temos que entender o que é processo e a importância do devido processo legal, pois é por meio deste que o sujeito exercerá o seu direito de ação.

Processo para Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 297) é:

Etimologicamente, processo significa *marcha avante* ou *caminhada* (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Bülow (*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos *atos* que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os *sujeitos*.

Sendo assim, processo é “conjunto de atos organizados para a produção de um ato final” (DIDIER, 2010, p. 41) ou ainda “sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides” (SILVA, 2008, p. 553), ou seja, entrevemos que processo é uma sucessão de atos no qual regulado pelas normas tem finalidade de solucionar conflitos.

Não obstante, o Estado por meio do ordenamento jurídico criou o processo, instrumento pelo qual se utiliza para impor a coerção estatal na resolução das lides, onde o mesmo deve estar revestido pelo princípio do devido processo legal, pois “[...] nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. [...] que é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.” (DIDIER Jr., 2010, p. 41).

O devido processo legal tem como objetivo trazer garantias da correta prestação jurisdicional, de interesse tanto da partes como de toda uma sociedade, preservando o processo.

Por sua vez, essa sucessão de atos organizados para a solução dos litígios regulamentada pelas normas jurídicas forma o direito processual.

Ainda define Humberto Theodoro Junior (2003, p.6):

[...] para regular esse método de composição de litígios, cria o Estado normas jurídicas que formam o *direito processual*, também denominado *formal* ou *instrumental*, por servir de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito *material* ou *substancial*, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob forma de lide.

Como exposto esse processo deve estar revestido do princípio do devido processo legal, que tem caráter amplo e conteúdo complexo com a finalidade de garantir a devida prestação da tutela jurisdicional.

É como afirma Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 141) que o princípio do devido processo legal “[...] volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do *processo*, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar”.

Dentro do artigo 5º inciso LIV da Constituição a norma expressa é somente do devido processo legal, no entanto como já foi dito esse princípio tem caráter norteador e de conteúdo complexo, pois para se estabelecer um processo no qual garanta a correta prestação jurisdicional abarcará outras normas expressas ou implícitas na própria lei.

Destarte é necessário observar o contraditório a ampla defesa, a igualdade entre as partes, a proibição das provas ilícitas, a publicidade dos atos, o juiz natural, a decisão motivada, sendo esses princípios expressos no texto da lei e mínimos para a presença do devido processo legal.

Há, no entanto normas implícitas que não são menos necessárias que as expressas, que também ajudam a orientar o devido processo legal, como o da boa-fé processual, da efetividade e da adequação.

Vislumbramos então que o processo é instrumento pelo qual o sujeito irá se utilizar para praticar os atos processuais, no qual deve se observar o devido processo legal que trará maior segurança jurídica na prestação da tutela jurisdicional.

Contudo para que o indivíduo tenha a aptidão para praticar atos processuais, o mesmo além de ser sujeito de direitos deverá ter capacidade de exercício.

Portanto a capacidade de fato ou de exercício condiciona-se pela capacidade de direito, ou seja, não se pode exercer um direito se não for capaz de adquiri-lo. Mas pode-se ter capacidade de direito sem ter capacidade de exercício, ou seja, tem-se o direito, mas é incapaz de exercê-lo.

De acordo com a inteligência do artigo 7º do Código de Processo Civil “toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Ou seja, toda pessoa física, maior e capaz que tem capacidade de exercício para os atos da vida civil, terá em regra, capacidade processual e assim poderão estar em juízo.

Capacidade processual por sua vez é a aptidão para estar em juízo, formulando pedidos e oferecendo defesa. E para ser capaz de estar em juízo tem que se ter capacidade de direito e capacidade de exercício.

Deste modo pronuncia Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1997, t.1, p. 238) que “[...] a capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito à prática e a recepção eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado”.

Reunida à capacidade de direito e a capacidade de exercício teremos a capacidade civil plena, ou seja, o sujeito terá o direito e será capaz de exercê-los. No entanto, aquele que só tiver o direito, mas não for capaz de exercê-lo terá sua capacidade civil limitada, ou seja, será incapaz havendo a necessidade de que alguém o substitua ou o represente para que complete a sua vontade e possa restaurar os seus direitos.

Ou seja, se o sujeito é possuidor de alguma incapacidade, com ela terá uma limitação e não será totalmente capaz de exercer todos os atos da vida civil devendo o mesmo ser representado ou assistido.

Define Pablo Stolze Glagliano (2011, p.134) que “[...] incapacidade se traduz na falta de aptidão jurídica para praticar pessoalmente atos da vida civil”. Isto é, o indivíduo terá a capacidade de gozo ou de direito, mas não terá a capacidade de fato ou de exercício.

A incapacidade se subdivide em duas espécies a absoluta e relativa, onde estes irão sofrer restrição total ou parcial do exercício dos seus direitos devido a sua capacidade reduzida.

Primeiramente temos a incapacidade absoluta, hipótese prevista no artigo 3º do Código Civil Brasileiro, que traz no seu rol os menores de dezesseis anos, aqueles que em razão de enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, e os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir a sua vontade, devendo eles ser devidamente representados.

E a incapacidade relativa, prevista no artigo 4º do Código Civil Brasileiro, que elenca os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e ou que por deficiência mental tenham discernimento reduzido, os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos, sendo que estes não poderão praticar os atos da vida civil desde que devidamente assistidos.

Esse instituto regulado pelo ordenamento jurídico visa proteção dos incapazes de uma deficiência jurídica apreciável, pois se o mesmo possui discernimento reduzido não terá capacidade de praticar os atos da vida civil com total plenitude sendo prejudicado pelas suas eventuais ações.

Concluimos, portanto que o incapaz terá direito de gozo, mas não terá a capacidade de exercer esse direito, devendo ele ser representado ou assistido de acordo com o artigo 8º do Código de Processo Civil, suprimindo com essas duas figuras jurídicas a incapacidade processual.

Preceitua ainda Humberto Theodoro Jr. (2012, p. 96) que:

[...] a capacidade processual consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio. Em regra geral, a capacidade que se exige da parte para o processo é a mesma que se reclama para os atos da vida civil, isto é, para a prática dos atos jurídicos de direito material.

De acordo com a definição acima, a capacidade processual também abrange a aptidão do indivíduo de participar da relação processual referente a direito de outrem, ou seja, demonstrando a possibilidade das figuras dos representantes e assistentes, pois nesses institutos teremos um terceiro totalmente capaz que irá representar direito alheio.

Entendemos até o presente momento que a personalidade jurídica é adquirida desde o nascimento, mas terá os seus direitos resguardados desde a sua concepção. Adquirindo personalidade logo será sujeito de direitos, com capacidade de gozo, ou seja, será capaz de ser parte.

Contudo para ficar habilitado para todos os atos da vida civil, podendo exercer os seus direitos, através do direito de ação, utilizando o processo como meio, deverá ser capaz e ter 18 anos completos de acordo com a inteligência do art. 5º do Código Civil Brasileiro, tornando-se processualmente capaz.

Diante do que foi exposto entende-se que o indivíduo sujeito de direitos sendo capaz, poderá figurar numa relação jurídica como parte, isto é, como autor ou réu, se utilizando do processo, função jurisdicional indispensável, para solucionar conflitos.

## **6 LEGITIMIDADE**

A palavra legitimidade tem vários significados dentro da ciência do direito. Todavia, nem todas são interessantes para esta apreciação acadêmica, destarte iremos abordar a legitimidade versus capacidade. Isto é, em quais situações a legitimidade é necessária para suprir a capacidade do sujeito na busca da tutela jurisdicional.

O indivíduo além de ser possuidor de capacidade de direito e de fato para postular frente ao judiciário tem que ter também legitimidade, observando que a todos é garantido o direito de ação como preceitua José Frederico Marques (1998, p. 283):

Quando o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, solenemente assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não só garantido vem o direito de ser pedida a tutela jurisdicional, com base na afirmação da existência de ato lesivo a direito individual, como também firmado está que todo cidadão tem o direito de

pedir ao Judiciário que obrigue o autor da lesão ou da ameaça a reparar o ato danoso que praticou.

Ocorrendo violação ao direito de uma pessoa, a Constituição traz como garantia o direito de ação, isto é, o indivíduo, sendo capaz, pode se valer dessa garantia quando sofrer lesão ao seu direito para requerer a prestação da tutela.

Ou seja, não havendo interesse ou um direito ameaçado não há que se falar em legitimidade para agir, pois o mesmo não estará “em determinada situação jurídica que lhes autorize conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo” (DIDIER Jr., 2010, p. 204).

Consagra ainda José Frederico Marques (1998, p. 303) que “só os titulares dos interesses em conflito têm direito a prestação jurisdicional e ficam obrigados a subordinar-se, *in casu*, ao poder do *imperium* estatal”.

Verificamos por fim, que legitimidade é uma condicionante do direito de ação. Portanto, legitimado é aquele que tem capacidade de direito e de fato, no qual havendo interesse ou um direito ameaçado estará habilitado para agir em uma determinada relação jurídica, desde que, também a lei lhe conceda legitimidade.

De acordo com Fredie Didier Jr. (2005, p. 231): “Legitimação é atribuição deste poder jurídico de conduzir determinado processo. Legitimidade é a situação jurídica do sujeito diante de determinado processo”.

Sendo assim, o sujeito tem que estar revestido de legitimação para ter legitimidade dentro de uma relação jurídica, tornando-se parte legítima, ou seja, “[...] aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, ‘decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso’” (DIDIE Jr., 2005, p. 228).

Observamos conseqüentemente que legitimidade pode tanto derivar de uma previsão legal, como da qualidade jurídica das partes, e bem como do objeto litigioso.

Nos casos em que a previsão for decorrente de lei, como por exemplo, no artigo 1.647 do Código Civil Brasileiro, diz que o cônjuge, exceto no regime de separação absoluta de bens, não poderá alienar imóveis sem a outorga do outro cônjuge.

Verificamos, portanto que para casar há a necessidade de ser capaz, logo os casais possuem capacidade civil plena, ou seja, capacidade de direito e de fato. Entretanto para o pratica da alienação, a lei determina que, se não houver anuência não haverá legitimação da parte para realizar os negócios que atinjam os bens comuns dos cônjuges.

A necessidade de anuência é uma exigência da própria lei, ou seja, para que haja legitimação tem que ser respeitar a condicionante da regra.

Define ainda Silvio de Salvo Venosa (2011, p.135, nota 2) “legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação à determinada relação jurídica... um plus que se agrega à capacidade em determinadas situações”.

Então para ser parte legítima, o indivíduo além de ter personalidade jurídica, que o torna automaticamente sujeito de direitos, se não for possuidor de nenhuma incapacidade, terá capacidade civil genérica, ou seja, poderá exercer qualquer ato da vida civil, entretanto dependendo de determinadas situações o mesmo deverá ser legitimado.

Logo, define Orlando Gomes (2010, p. 287):

Há pessoas plenamente capazes que, todavia, devido a circunstâncias especiais, não podem praticar certos negócios jurídicos. Essa incapacidade *ad hoc* resulta da posição em que se encontra relativamente a certos bens ou interesses, posição considerada imprópria ou inconveniente à pratica de tais negócios. [...] Tais proibições, limitadas a alguns contratos, são interpretadas como falta de competência para agir com fins específicos. Por isto, toma-se do Direito Processual a figura da *legitimatío* para significar a impossibilidade de provocarem determinados efeitos jurídicos. A *legitimação* é o poder do titular de um direito de exercê-lo corretamente.

Como já esboçado, a legitimidade é requerida para atos específicos, contudo isso não quer dizer que o sujeito não tenha capacidade de direito e de fato e possa exercer os atos da vida civil, pelo contrário, o mesmo o terá, entretanto em situações peculiares deverá ser legitimado.

Ademais, capacidade processual não se confunde com legitimidade, de acordo com o entendimento do professor Fredie Didier Jr. (2005, p. 135): “A capacidade é a aptidão genérica para prática de atos da vida civil. A legitimidade é a capacidade específica para a prática de determinado ato”.

Ainda preceitua Luiz Rodrigues Wambier (2012, p. 268):

A legitimidade, ao contrário da capacidade, é, como já se disse, conceito transitivo. Tem-se legitimidade com relação a um sujeito e a um objeto, ou seja, a uma relação jurídica. A legitimidade, portanto, não pode ser aferida em abstrato, mas única e exclusivamente em função de um contexto. Diferentemente ocorre com a capacidade: o juiz, sem nem mesmo conhecer a lide, tem condições de aferir se a parte tem capacidade ou não. No entanto, desconhecendo o pedido, não há como saber se a parte tem ou não legitimidade.

Ainda, a legitimidade não se confunde com capacidade civil limitada, pois quem tem a sua capacidade restringida são os incapazes, ou seja, aqueles que estão impossibilitados de manifestar real e juridicamente a sua vontade, devido a sua capacidade de discernimento reduzido, devendo ser representados ou assistidos para suprirem essa incapacidade.

Já a ausência de legitimação, ocorrerá quando o sujeito não tiver competência para estabelecer determinada relação jurídica, em razão da qualidade jurídica das partes, assim como do objeto litigioso, determinando que a pessoa não poderá figurar dentro da relação processual, onde não haverá representação ou assistência que convesçam essa falta de legitimidade, salvo nos casos em que a lei impor condicionantes, como por exemplo da anuência do cônjuge.

De acordo com o exposto, concluímos que a legitimidade irá ocorrer nos casos em que houver a necessidade de uma capacidade específica, onde estas serão determinadas pela lei.

Quem não tem legitimidade é possuidor de capacidade de direito quanto de fato, pois essa capacidade específica não se confunde com capacidade processual e nem com capacidade civil limitada, pois o sujeito estará apto à exercer os atos da vida civil, sendo que para determinadas situações deverá ser legitimado.

## **7 CAPACIDADE POSTULATÓRIA**

A fim de buscar a prestação jurisdicional na solução dos litígios o indivíduo por meio do processo, deverá além de ser capaz processualmente ter capacidade postulatória.

No qual de acordo com o artigo 133 da Constituição, cabe ao advogado, função indispensável à administração da justiça, demandar em juízo sendo ele possuidor do *ius postulandi*, ou seja, da capacidade postulatória.

Verificamos, portanto que a indispensabilidade de representação por advogado devidamente habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil para postular em juízo, preserva a imparcialidade do órgão julgador, pois a advocacia é função essencial, no entanto independente do poder judiciário, não podendo este agir de ofício.

Além disso, essa exigência prevê uma prestação jurisdicional satisfatória e essencial para o seu funcionamento, garantindo defesa de qualidade com maior isonomia possibilitando, portanto equilíbrio nas decisões.

Vislumbramos, assim que o indivíduo tem plena capacidade de estar em juízo, contudo para agir, ou seja, praticar os atos postulatórios o mesmo deve estar representado.

Ou seja, capacidade postulatória consiste na aptidão de praticar atos técnicos dentro do processo através das petições, sendo essa capacidade, em regra, exclusiva de advogado.

Define ainda Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 241) “[...] por capacidade postulatória entende-se a aptidão para promover ações judiciais e elaborar defesa em juízo”. Isto é, para postular em juízo há necessidade além de ter capacidade processual e legitimidade, deve estar revestido de capacidade técnica por meio de representação.

Podemos observar que a capacidade processual e a postulatória se completam, pois para que a realização dos atos processuais sejam válidas e eficazes, o indivíduo deverá ser processualmente capaz, ou seja, possuir capacidade de direito e de fato revestido de legitimidade e, em regra, constituir um advogado que se utilizará da sua capacidade técnica para representá-lo em juízo.

Capacidade processual, por sua vez como já foi esboçado, é a aptidão para estar em juízo, entretanto capacidade postulatória é a aptidão para demandar o *ius postulandi*, ou seja, a capacidade de pedir e responder em juízo.

Percebemos que as duas definições são muito próximas, contudo como já exposto, ambos se completam. Entretanto a falta de capacidade não retira do indivíduo o direito de petição expresso na Constituição, contudo para o exercício desse direito, se o mesmo não estiver devidamente constituído não poderá postular em juízo.

Preceituam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 242):

“O direito de petição, previsto na CF 5º XXXIV a, não representa a garantia do próprio interessado postular em juízo, em nome próprio. Para isso, há de estar devidamente habilitado, na forma da lei. Não é possível, com fundamento nesse direito, garantir à parte vir a juízo sem a presença de advogado. São distintos o direito de petição e o de postular em juízo” (STF, 1º T., Pet 825-1-BA, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17.12.1993, DJU 3.2.1994, p. 787). O direito de petição pode ser exercido, perante os poderes públicos, por quem não tenha capacidade postulatória. Mas o exercício do direito de ação (de deduzir pretensão em juízo) exige capacidade postulatória de quem subscreve a petição inicial.

Como já foi dito, em regra quem tem a capacidade postulatória é o advogado que deverá ser devidamente constituído por meio de procuração para postular em juízo, sejam eles privados ou procuradores públicos. Terá também capacidade postulatória o Ministério Público quando atuar como legitimado, ou quando na qualidade de *custos legis*, como os defensores públicos.

Entretanto essa indispensabilidade não é absoluta, pois há situações expressas em lei que afastam a obrigatoriedade.

Essa dispensabilidade é dividida em duas partes, há ações em que a parte pode postular sem a figura do advogado, no entanto a lei ordinariamente a exige, como há ações nas quais não se precisa de advogado para postular. Observando que não poderá o juiz dispensar essa capacidade sem que a lei autorize.

Na primeira disposição haverá a faculdade do indivíduo postular sem representação, pois o texto de lei permite tanto se utilizar do advogado quanto postular pessoalmente, como por exemplo, nos casos de reclamações trabalhistas e perante aos juizados especiais cíveis.

Ou ainda, de acordo com a parte final do artigo 36 do Código de Processo Civil, que prevê algumas situações, como por exemplo, quando o indivíduo for advogado será lícito postular em causa própria, ou quando não o for poderá demandar, se na sua comarca não houver advogado habilitado, ou ainda se o mesmo recusar-se ou mostrar-se impedido.

Já na segunda disposição, não há previsão da necessidade de aptidão técnica para postular, como nos casos de revisão criminal e impetração de *habeas corpus*.

O *habeas corpus* está previsto no artigo 5º inciso LXVIII da Constituição, sendo, pois “um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar” (SILVA, 2008, p. 445)

Entrevendo satisfazer essa garantia, poderá o réu ou a parte não advogada, impetrar *habeas corpus* de acordo com o artigo 654 do Código de Processo Penal concomitante como artigo 1º §1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com o qual se requer a liberdade com base nos direitos fundamentais expostos na Constituição garantido a todos os indivíduos.

Ainda em esfera criminal, de acordo como artigo 623 do Código de Processo Penal, o réu pode requerer a revisão criminal sem a necessidade de representação por um advogado. De acordo com o texto de lei, o réu também poderá transferir esse poder de representação tanto para o advogado quanto para outro ente não advogado, no qual o mesmo poderá constituir.

De tal maneira, o *habeas corpus* quanto à revisão criminal, tem como base o direito fundamental de liberdade expresso na Constituição, trazendo ao réu instrumento de defesa para garantir esse direito sem a necessidade de possuir capacidade postulatória.

Ainda em face da desnecessidade de representação, temos as ações nas quais o Presidente da República faz quando no controle de constitucionalidade

concentrado que é de competência do Supremo Tribunal Federal como a ADIN, ADECON e ADPF.

Nessas ações não há a constituição de advogado, pois o rol previsto no artigo 103 da Constituição garante a ele legitimação extraordinária para postular em juízo, ou seja, por estar investido em cargo e função pública terá prerrogativa de postular direito de outrem, ou seja, de interesse de ordem pública.

Outra possibilidade prevista na lei nº 9882/99, na qual logo em seguida da sua promulgação houve o veto, foi da possibilidade do indivíduo postular uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, mais conhecida como ADPF, frente ao Supremo Tribunal Federal.

Este seria um mecanismo de acesso direito do sujeito, no entanto o veto pelo Presidente da República teve motivos mais de ordem política do que jurídica, visionando a funcionalidade do Supremo Tribunal Federal, pois o mesmo ficaria atravancado com inúmeras ações.

Verificamos, portanto, algumas das possibilidades de postular em juízo sem estar devidamente representado, demonstrando que a indispensabilidade de advogado não é absoluta.

Devemos observar que a dispensabilidade de representação não exclui a capacidade postulatória, muito pelo contrário essa capacidade é transferida ao indivíduo, no entanto mesmo possuindo capacidade de agir em juízo não terá capacidade técnica, sendo está do advogado.

Por fim, quando se arguir uma ação onde supostamente a petição foi perpetrada por advogado, se a mesma não acompanhar prova de representação, por meio de procuração, isso não quer dizer que a parte não esta devidamente representada, pois como já foi exposta a capacidade postulatória é a capacidade para agir em juízo, sendo assim não haverá ausência de aptidão, mas sim de representação, cabendo, portanto prazo para a devida regularização, onde na falta desta os atos se tornam inexistentes.

Devemos, portanto observar que a falta de capacidade postulatória, não implica numa situação de inexistência do processo, contudo é um requisito de validade do mesmo, podendo torná-lo ineficaz se não sanado a falta de representação.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que o indivíduo precisa ser possuidor das capacidades aqui expostas para exercer o direito de ação previsto na Constituição garantido a todos como instrumento de defesa dos direitos na solução dos litígios.

Ou seja, para que o sujeito possa arguir uma demanda frente a um órgão jurisdicional, tem que ter capacidade de ser parte, que é aptidão genérica conferida de forma integral a todas as pessoas, a partir do momento em que se adquire a personalidade jurídica.

E ainda ter capacidade processual, sendo esta específica para integrar-se como autor ou réu numa relação jurídica, possuindo, no entanto capacidade de direito e de fato.

Contudo, mesmo tendo capacidade para todos os atos da vida civil e conseqüentemente processual, para realmente figurar em uma relação jurídica o indivíduo também deve ser legitimado para tanto, e essa legitimidade irá ocorrer quando houver interesse, ou existir um direito ameaçado, ou ainda quando a própria lei determinar.

Teremos, por conseguinte constituído a capacidade civil plena garantido ao indivíduo a capacidade de ser parte e estar em juízo, no entanto para praticar os atos postulatórios, ou seja, requerer uma tutela jurisdicional o mesmo deve estar investido de capacidade postulatória.

Contudo, como vislumbrado há hipóteses em que a capacidade postulatória, função essencial da justiça com objetivo de preservar a isonomia e imparcialidade da prestação jurisdicional, poderá ser transferida do advogado para a pessoa nos casos previstos em lei.

Verificamos por fim, que uma capacidade se vincula a outra, pois não há que se falar em capacidade processual se não houver a capacidade de ser parte, que se origina com a aquisição da personalidade jurídica.

O mesmo há que se aferir quanto à capacidade postulatória, pois se o sujeito não possuir capacidade civil por lhe faltar discernimento para a compreensão dos atos, como poderá para delegar poderes ao advogado ou mesmo postular em juízo quando garantido pela lei.

Ou seja, a personalidade jurídica é marco inicial para aquisição de direitos e, por conseguinte da capacidade de ser parte, no qual alcançada a maioridade e sendo totalmente capaz, capacidade processual terá. No entanto para agir e requerer uma tutela jurisdicional deverá, ainda, estar legitimado para tanto, e estar revestido de capacidade postulatória, por meio de representação do advogado, exceto nos casos em que a lei permitir o indivíduo postular pessoalmente.

Vislumbramos que a capacidade de ser parte é pressuposto para a capacidade processual que por sua vez também é pressuposto da capacidade postulatória.

## 9 BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 3ª edição. Barueri, SP: Editora Manole, 2010.

ARRUDA, Alvim. **Manual de Direito Processual Civil**, v. 2: Processo de conhecimento. 12ª edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Natureza Jurídica e Função Constitucional**. 2001. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo – Faculdade de Direito de Presidente Prudente.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual**, v. 1. 5ª edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª edição – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova, CEDAM, 1938.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DIDIER Jr., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: O Juízo de Admissibilidade do Processo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, v. 1. 12ª edição – Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 28ª edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 1: Parte Geral. 13ª edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 1: Parte Geral. 9ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **A capacidade postulatória como uma situação jurídico processual simples**: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. 2008. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pró-reitoria acadêmica, Universidade Católica de Pernambuco. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp130134.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2013.

KELSEN, Hans. João Baptista Machado. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição – São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2ª edição – Campinas: Editora Millennium, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?**, São Paulo: Editora Paulinas, 1986.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10ª edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª edição – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 53<sup>o</sup> edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 11<sup>o</sup> edição – São Paulo: Editora Atlas, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11<sup>o</sup> edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.