

UM OLHAR SOBRE A CONSTRUÇÃO DO «SUJEITO DE DIREITO»

Mário Alberto Pedrosa Reis Marques¹

1. Ao invés do que hoje sucede, o Antigo Regime não perfilha o princípio da igualdade. Dada a manifesta desigualdade dos sujeitos perante a lei, não se divisa no sistema jurídico que sustenta este regime a categoria geral e unitária de *sujeito jurídico*.

Os juristas positivistas de oitocentos fizeram circular a expressão *particularismo jurídico* para caracterizarem o que consideram ser um período infausto. Pretendem com ela sublinhar duas evidências: por um lado, a falta de unidade e de coerência de um edifício jurídico marcado pela sobreposição de fontes jurídicas concorrentes; por outro, a ausência de um direito igual para todos os membros da comunidade.

Sirva-nos de exemplo a França pré-revolucionária. No que respeita à primeira evidência encontramos neste país dois sistemas jurídicos. Um, no norte (*Pays de droit coutumier*), de matriz germânica; e outro, no sul (*Pays de droit écrit*) de matriz romanista. A imagem de bloco homogêneo é inservível para caracterizar cada um destes sistemas. Naquele, que não desconhece o direito romano, vigoram costumes que recobrem as grandes unidades políticas da idade feudal (Normandia, Bretanha, etc.) e outros que vinculam apenas um conjunto de cidades ou unidades políticas de menor importância. De todos eles, pela normatividade que irradia, merece referência o *Costume de Paris*, reformado em 1580. É certo que existem famílias de costumes, todavia cada um dos cerca de sessenta e cinco costumes gerais possui uma personalidade própria e distinta. Num contexto tão complexo e dinâmico², agravado pela crescente mobilidade das pessoas, prolifera, no seio desta experiência consuetudinária, uma conflitualidade muito semelhante àquela a que hoje responde o direito internacional privado.

Nos *Pays de droit écrit* vigora um direito romano condicionado pela jurisprudência dos parlamentos (Bordeaux, Pau, Toulouse, Grenoble e Aix) e adaptado pelos

¹ Doutor em ciências jurídico-filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da mesma Universidade. Investigador do Centro de Estudos Interdisciplinares do século XX (Ceis29) da Universidade de Coimbra. mrm@fd.uc.pt

² No que respeita às tentativas de disciplinar e de reduzir a escrito os costumes, cfr. Louis Assier-Andrieu, *Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation*, in *idem (direc.), Une France coutumière. Enquête sur les 'usages locaux' et leur codification (XIXe-XXe siècles)*, Paris, 1990, 198 ss, e Jean-Louis Gazzaniga, *Le code avant le code*, in Bernard Beignier (direc.), *La codification*, Paris, 1996, 22 ss.

juristas, ao qual se acrescentam alguns costumes, como o de Bourdeaux. De carácter geral, com representatividade nos dois sistemas, importa considerar ainda o direito canónico, sobretudo em matéria de casamento, e as «Grandes Ordonnances» no que respeita ao processo civil (1667), às águas e florestas (1669), ao processo criminal (1670) ao comércio (1673) e à marinha (1681)³. Acrescentando-se a este mosaico o vasto cortejo dos privilégios de natureza fiscal, de carácter processual (privilégios de foro) e outros, logo se entrevê a complexidade e o carácter desordenado do direito francês do Antigo Regime. Voltaire (*Dict. Philo., «Coutumes»*), pronunciando-se sobre este quadro, afirma com ironia que «un homme qui voyage dans ce pays change de loi presqu'autant de fois qu'il change de chevaux de poste»⁴.

A segunda evidência, a multiplicidade subjectiva, faz transparecer a ausência de unificação do sujeito de direito. Assim, ao invés de tratar todos de forma idêntica, a ordem jurídica distingue, diferenciando as regras do agir jurídico de acordo com o *status* dos diversos sujeitos jurídicos. De facto, permanecendo no mesmo exemplo, o velho direito francês pré-revolucionário divide a sociedade em classes: nobreza, clero e terceiro estado, não esquecendo os servos. Esta desigualdade vê-se consagrada quer no direito público, quer no direito privado. A divisão em classes é complementada por uma hierarquia de pessoas interligada a uma hierarquia de terras. A dependência do vassalo perante o seu suserano advém da posse da terra que lhe foi conferida em troca de um predefinido conjunto de obrigações. É este apenas um exemplo.

Um sistema, como o que analisamos, no qual os sujeitos são desiguais, no qual existe uma pluralidade de *status* subjectivos, o número de regras multiplica-se pelo número das diversas categorias de titulares⁵. Assim, um mesmo tipo de delito é punido com penas diversas, consoante a categoria dos sujeitos. São igualmente plurais os direitos do proprietário, do credor, do devedor, etc.

As compilações do Antigo Regime são o melhor testemunho desta multiplicidade quase microbiótica. Divisam-se nelas as diversas categorias de sujeitos, os diversos regimes jurídicos que o ordenamento confere a cada categoria e as regras relativas á passagem dos sujeitos de uma para outra categoria. As compilações e a restante legislação do

³ Cfr. Walter Wilhelm, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, in *Ius commune*, 1967, 243 ss.

⁴ Para um percurso mais aprofundado, cfr. Jean-Louis Halpérin, *L'impossible code civil*, Paris, 1992, 19 ss.

⁵ Cfr. Pio Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, 23 ss.

Antigo Regime manifestam assim uma sinceridade desconhecida no direito contemporâneo. Neste período, as normas reflectem as estruturas e a lógica da sociedade. Ao invés de ignorar as desigualdades a ponto de as perder de vista, a legislação pré-revolucionária reenvia continuamente para elas, é construída sobre o levantamento sistemático das diferenças⁶.

A ideia de superação de um sistema pejado de incertezas como o que acabamos de descrever, no seio do qual os franceses se sentiam estrangeiros no seu próprio país, está bem presente na cultura jurídica do século XVIII. No que respeita, à unificação do sujeito de direito, é esta a problemática que nos preocupará doravante, para além da desvalorização do valor da tradição, começa a fazer vencimento a crença iluminista numa fundamental igualdade de todos os homens, transversal a todas as fronteiras⁷. Do mesmo modo, a intensificação das relações sociais provocada pelo desenvolvimento económico e o projecto de unificação político-administrativo do Estado absoluto torna premente a reacção contra a falta de uniformidade em matéria civil. Todavia, o *status quo*, como sempre acontece, não se oferece como realidade facilmente moldável. As reformas confrontam-se fatalmente com poderosos obstáculos de natureza política. Estruturar o sistema jurídico em redor da figura simples e abstracta de um sujeito jurídico que pode ser credor, devedor, proprietário, usufrutuário é algo que colide com a complexa hierarquização de sujeitos a que há pouco nos referíamos, é algo que só poderia realizar-se através de uma revolução política de sentido liberal.

O pensamento crítico moderno, ao discutir os fundamentos ideológicos e a dinâmica socio-institucional assente na dialéctica entre *status*⁸, não deixa de pôr em causa a coesão do velho edifício jurídico-político do Antigo Regime. A unificação do sujeito de direito é incompatível com os princípios em que assenta uma sociedade de essência aristocrática fundada sobre os privilégios do nascimento e sobre a riqueza territorial, isto é, com uma sociedade organizada por ordens.

⁶ Cfr. O nosso estudo *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003, 450 ss.

⁷ Sobre a ideia de igualdade presente no século XVIII, cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*, in *Historia de los derechos fundamentales*, Dir. Gregorio Peces-Barba Martínez/ Eusebio Fernández García/ Rafael de Asís Roig, Madrid, 2001, Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I, 194 ss. Como sublinham os autores, «A ideia de igualdade mais presente no séc. XVIII será a igualdade formal (...). É a igualdade como não discriminação que trata igualmente os desiguais» (*Idem*, 194).

⁸ Com isto, importa não perder de vista o sentido hodierno do poliédrico conceito de *status*. Nesta linha, cfr. Guido Alpa, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII, n° 2 (1992), 435 ss.

Na Escola humanista, juristas há que, ao exporem o *ius commune* contemplam já um conjunto de faculdades ou de direitos subjectivos. Todavia, não se divisa ainda, nos seus sistemas, uma causa ou princípio único em torno do qual gravite a ordem jurídica. Como exemplo, podem invocar-se os comentários do direito civil de Hughes Doneau (Donellus, 1527-1590)⁹. Posteriormente, o racionalismo subjectivo da Escola do direito natural mostrar-se-á muito relevante na construção da nova concepção. A afirmação dos direitos inatos do homem eleva a noção de direito individual a princípio da sociedade civil e entroniza o indivíduo no vértice do sistema jurídico¹⁰. No centro está o sujeito de direito. Importa, no entanto, desde já acentuar que a expressão *subiectum* antecede a Escola do jusnaturalismo racionalista. Ela é utilizada pelos neo-escolásticos, ainda que num sentido bastante amplo. Para os teólogos desta Escola, *subiectum* excede a dimensão estrita da pessoa, aplica-se a qualquer ente (Deus, etc.)¹¹.

A identificação entre «sujeito» e «pessoa», embora «pessoa» em sentido teológico, só surgirá no século seguinte pela mão de Leibniz (1646-1716). Relembra-se o pequeno escrito *Ad elementa juris civilis* (1668-1671?)¹². Uma avaliação da obra deste multifacetado intelectual mostra, no entanto, que não houve a intenção de fazer do indivíduo o «suporte ontológico da sua doutrina», nem do direito subjectivo a fonte de sistematização do direito natural¹³. Com Domat (1625-1696), o homem, interiorizando o direito a ponto «de o descobrir em si próprio»¹⁴, é inserido no centro do sistema jurídico. Para o jurista de Clermont, é o amor-próprio, algo que mais tarde, fora de uma concepção religiosa, adquirirá a denominação de *interesse*, que é mobilizado pela providência divina para solidificar os elos sociais. Para Domat, «o homem será constituído em sujeito de direito, quer dizer, em ser

⁹ Cfr. Manuel Jesús Rodríguez Puerto, *Derechos subjectivos y sistema en la primera modernidad*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVI (2004), *per totum*.

¹⁰ No que respeita à conjugação do individualismo com o subjectivismo jurídico, cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez / Javier Dorado Porras, *Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII*, in *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I, Madrid, 2001, 120 ss.

¹¹ Cfr. Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjectivo"*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXV, 2003, 426 ss.

¹² Cfr. *Ad elementa juris civilis*, in G. W. Leibniz, *Textes Inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre, publiés et annotés par Gaston Grua*, Paris, 1948, T. II, 706: «Subjectum qualitatis moralis est Persona, seu substantia rationalis».

¹³ Cfr. Yves Charles Zarka, *L'altra via della soggettività. La questione del soggetto e il diritto naturale nel XVII secolo*, Milano, 2002, 71 ss.

¹⁴ Cfr. Bernard Edelman, *La persona en danger*, Paris, 1999, 45. Referimo-nos à obra central de Domat *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694.

capaz de querer pelo direito e para o direito (...)»¹⁵. A solidificação definitiva deste passo, o estabelecimento da equação *homo (pessoa) = subiectum*, o ser humano como o único sujeito, será dado na emblemática obra de Christian Wolff (1679-1754) *Institutiones juris naturae et gentium* (1750).

É justamente esta linha que importa aprofundar. A doutrina de Wolff marcou, em termos terminológicos e metodológicos, o pensamento jurídico germânico, abrindo o caminho para os códigos jusnaturalistas. Ora, na arquitectura do direito natural que se intui na obra deste professor de Halle, a ideia de pessoa, ao invés de se impor como um *prius* do seu sistema, é antes uma noção reflexa do conceito de *status*, concebido como ponto de coexistência e de intersecção entre a essência de um ente e um conjunto dinâmico de condições de existência¹⁶. Só enquanto membro de um determinado *status* o homem adquire a qualidade de pessoa. Verdadeiro efeito de superfície de uma rede existencial, constituída pela multiplicidade das determinações (fluxo de relações) de *status*, o homem só enquanto determinado por estas adquire consistência e se torna pessoa. A capacidade jurídica (*potentia agendi*) só é concebível a partir daquela rede de relações existenciais; a pessoa só emerge quando o «homem se qualifica como *homo in actu*»¹⁷. Do exposto, pode partir-se para a decomposição do discurso numa sequência conceptual: *status (existentia) – capacidade (potentia) – pessoa*¹⁸. Pode, assim, concluir-se que a ideia de pessoa-indivíduo, em sentido moderno, não irrompe na filosofia de Wolff. Mais do que marcada pelo indivíduo, esta filosofia procura conjugar o jurídico com o social. A *philosophia practica* de Wolff procura ainda preservar as estruturas plurais da sociedade tradicional.

Serão os continuadores da linha wolffiana Nettelbladt, Darjes e Svarez que irão introduzir a esfera da pessoa na órbita do Estado: surge a «pessoa do Estado». Na

¹⁵ Cfr. Bernard Edelman, *La persone cit.*, 54.

¹⁶ A teoria da acção de Wolff funda-se no conceito de *status*. Este é assumido como um *prius* em relação ao conceito de pessoa. É a esta luz que deve ler-se um texto muito incisivo: «*homo persona moralis est, quatenus spectatur tamquam subjectum certarum obligationum atque jurium certorum. Atque hinc status ejus moralis dicitur, qui per obligationes et jura determinatur*» (Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium. In quibus ex ipsa Hominis Natura continuo nexu omnes obligationes et iura omnia deducuntur*, Venetiis, 1748, § 96).

¹⁷ Cfr. Damiano Canale, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, Torino, 2000, 47. Veja-se, igualmente, do mesmo autor, *Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell' Algemeines Landrecht prussiano del 1794*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII, n° 1(1998), 139 ss.

¹⁸ Damiano Canale, *La costituzione delle differenze cit.*, 249 e 250.

primeira parte do *Allgemeines Landrecht* (1794)¹⁹ pode ler-se que «O homem define-se pessoa enquanto goza de certos direitos no Estado» (§ 1, I, 1). São os direitos e obrigações impostos pela autoridade soberana que atribuem existência à pessoa. No *Allgemeines Landrecht* não existe ainda um igualitarismo. É certo que as «leis do Estado vinculam todos os seus membros sem distinção (...)» (§ 22 *Einleitung*). No entanto, nem todos os indivíduos possuem os mesmos direitos e deveres. Os direitos de cada membro da sociedade dependem de fontes diversas (nascimento, profissão, acções específicas, etc.). Dada a existência de direitos particulares próprios, devido ao reconhecimento dos diversos estratos sociais e à crença iluminista na possibilidade de tudo regular, existe no código uma excessiva casuística e uma multiplicação de normas pelos diversos *status* predefinidos. Esta desigualdade instituída pelo *Allgemeines Landrecht* reproduz-se na capacidade jurídica de cada indivíduo. Esta espelha a posição em que cada um se encontra perante o quadro legal estabelecido (marido, cidadão, funcionário, comerciante, servo, etc.). Assim, a capacidade jurídica depende da constelação de *status* configurada pela vontade soberana.

Neste contexto, uma vez que a pessoa se constitui em personalidade, a sequência conceptual do discurso codificado decompõe-se de outra forma: *personalidade – status – capacidade*. Do já dito, fica patente que o código prussiano, apesar de avanços significativos, não abraça ainda a figura do burguês, não deixando de dar corpo a uma imagem perimida da sociedade. A emancipação da classe burguesa não está no espírito do código prussiano. Esta, tal como os restantes estratos sociais, é integrada nas estruturas administrativas do Estado. O código que analisamos não rompe ainda com o sistema plurisubjectivo característico do Antigo Regime.

2. Entretanto, com a aproximação do fim do século, com a acentuação da ideia de que o indivíduo é o *prius* de todo o direito, o conceito de personalidade vai ganhando autonomia e independência²⁰. Para os modernos, se é o sujeito que constrói a realidade, esta só tem sentido com referência ao novo «dono e senhor da Natureza» (Descartes). Aquela noção clássica do mundo assente na noção teleológica da natureza dissipa-se perante a exaltação da

¹⁹ Sobre este Código, cfr. *Allgemeines Landrecht, in Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, hrsg.v. Adalbert Erler/ Ekkehard Kaufmann/Wolfgang Stammerl, Berlin, 1971, I. Band, 99 ss.*

²⁰ Sobre «a sociedade tradicional e os direitos da personalidade», cfr. Diogo Leite de Campos, *O Direito e os Direitos da Personalidade, in idem, Nós. Estudos sobre o direito das pessoas, Coimbra, 2004, 110 ss.*

pessoa humana como ser autónomo e racional²¹. O jusnaturalismo racionalista, ao conceber o direito em função do indivíduo, contribui decisivamente para o robustecimento do conceito de sujeito de direito. É este um período marcado por uma clara acentuação da tendência «para a subjectivação dos direitos e para o reforço dos direitos individuais face ao Estado»²². O espírito burguês manifesta-se através de um individualismo anticorporativo que postula o cidadão como célula autónoma da humanidade, como centro de imputação de direitos subjectivos.

O sujeito da relação jurídica é o indivíduo isolado. De resto, é na linha de um racionalismo subjectivo que os modernos irão influenciar o desenvolvimento do direito privado. O *ius naturale* identifica-se com os direitos de personalidade individual. Ao invés do que sucede com o Código prussiano de 1794, não é a lei que confere ao homem direitos civis; ela apenas reconhece o que preexiste à sua positividade. Assim, de objecto, de simples destinatário das normas do Estado, o homem, como verdadeiro princípio, fim e motor do direito é elevado à posição de *subiectum*, termo que adquire um renovado sentido²³. Se a personalidade é agora igual para todos os cidadãos, a capacidade jurídica, emancipando-se da órbita do *status*, transforma-se em medida daquela. O conceito de *status* perde assim toda a vitalidade que possuía no âmbito da dogmática do direito privado. A sequência conceptual do discurso altera-se mais uma vez: *personalidade – capacidade – status*²⁴.

Esta evolução positiva-se com o *Code civil* (1804) e com o *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (1812)²⁵. Em França, é a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 1789, que oferece um fundamento jurídico à igualdade das pessoas, inovação não menos importante do que a proclamação da liberdade²⁶. O *Droit intermédiaire*, embora de carácter sectorial, é já inspirado nos princípios de liberdade e de igualdade perante a lei, tal como o mostram as leis que aboliram a escravatura, que suprimiram os privilégios e vínculos

²¹ Daí que se invoque uma «juridicização» da teologia». Cfr. Henrique da Silva Seixas Meireles, *Marx e o direito civil (para a crítica histórica do «paradigma civilístico»)*, Coimbra, 1990, 214 ss.

²² Cfr. Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, 69.

²³ Cfr. Christophe Grzegorzczak, *Le sujet de droit: trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit*, Tome 34(1989),13, e Salvatore Amato, *El universo del sujeto y la universalidad de los derechos*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 31 (1994), 174 ss.

²⁴ Cfr. Damiano Canale, *La costituzione delle differenze* cit., 250 e 251.

²⁵ Sobre estes códigos, cfr. Ettore Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 2000, 49 ss, e 141 ss.

²⁶ Cfr. Philippe Ardant, *L'égalité des personnes en droit public ou a la poursuite de l'insaisissable égalité réelle*, in *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, 1994, 135 ss.

feudais, que eliminaram as desigualdades provenientes do *status* social, etc. Mas será o *Code civil* que, ao entronizar o *homo juridicus* no centro do sistema, conduz à unidade do sujeito jurídico²⁷. Como já se apontou, este «*homo juridicus* do Código de Napoleão era, não tanto o homem abstracto dos enciclopedistas, quanto o burguês já devorado pelas suas possessões»²⁸. Este homem, a «pessoa», é concebido como uma vontade isolada, como *homo clausus*, como um ser calculador à imagem do *homo economicus*. O direito codificado cria as condições para que cada um trate de si. A conservação do património ou a sua amplificação dependerão apenas da livre iniciativa de cada indivíduo.

No imaginário dos autores do *Code civil*, a força motriz do «ser humano» é o egoísmo²⁹. O século XIX dá início à era do «egoísmo civilizado»³⁰. A base sobre a qual cada um se relaciona com o outro é o contrato entre iguais. Ora, uma vez que todos são iguais, uma vez que toda a pessoa natural é pessoa jurídica, a todas as pessoas jurídicas devem ser atribuídos os mesmos direitos civis. Verdadeiro titular de direitos individuais inalienáveis, o sujeito de direito, que agora deixa de estar submetido a um soberano e à hierarquia de ordens e de corpos, é um sujeito de vontade. A vontade soberana e livre cria direito: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» (art. 1134). Porventura o verdadeiro sentido desta regra, mais do que na consagração do princípio da autonomia contratual, encontra-se num pessimismo antropológico, na ideia de que só a elevação do contrato ao patamar da lei permite restringir («cristalizar») a vontade humana, tendencialmente «evanescente» e permissiva ao «joguete das paixões»³¹.

Não admira assim que o contrato ocupe mais de metade do código. Os privilégios e as incapacidades particulares são afastados do horizonte do direito civil. As distinções de categorias sociais, de castas e de classes não são compatíveis com os princípios

²⁷ Como tem sido frequentemente sublinhado, o sistema que antecedeu a codificação não só instituiu uma discriminação entre ricos e pobres, como era disfuncional em relação ao comércio e «à constituição de uma identidade nacional», cfr. Basil Markesinis, *Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre. Réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Jan/Mars, 2004, n° 1.

²⁸ Cfr. Philippe Ardant, *L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle*, in *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, 1994., 33.

²⁹ Cfr. Stefano Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998, 135.

³⁰ Cfr. J. Vallès, *Oeuvres*, Paris, 1969, I, 11.

³¹ Esta tese, baseada na leitura dos trabalhos preparatórios do *Code*, é recentemente sustentada por diversos autores (X. Martin; J.M. Poughon; J. F. Niort, e J. L. Halpérin). Cfr. Stefano Solimano, *Verso il Code Napoléon cit.*, 136 e 137.

iluministas da igualdade e da autonomia, isto é, com a projecção da figura unitária e racional do sujeito jurídico. O individualismo liberal, ao defender a supremacia da lei e a necessidade de definir através dela os direitos e os deveres dos particulares, num contexto de liberdade e de igualdade formal, isto é, num quadro de superação dos princípios do velho direito, cria as condições para a projecção da «imagem de um direito civil "comum" para todos os sujeitos»³².

Entretanto, o igualitarismo jurídico que estrutura o direito codificado não deixa de conviver com as diferenças de sexo, de estado familiar e outras. A doutrina invoca o «paternalismo do *Code*», a protecção dos «desarmados da vida» ou dos «naturalmente fracos», compreendendo-se neste âmbito os menores de 21 anos, a mulher casada, os dementes, os pródigos e os fracos de espírito. Deve, no entanto, reconhecer-se que os códigos modernos, edificados sobre a figura do sujeito unificado, ao invés de assumirem, de forma transparente, as diferenças subjectivas tentam sobrevoa-las, transportando-as «do elemento subjectivo para os predicados». É certo que como seres humanos todos têm personalidade. Neste sentido, nem poderiam ser inteiramente desprovidos de capacidade³³. Todavia, nem todos possuem a mesma capacidade de agir. Segundo os novos princípios, os verdadeiros protagonistas do jogo jurídico não são os estrangeiros, a mulher, as crianças ou os vagabundos. O sujeito jurídico pressuposto é o homem adulto proprietário. De resto, ao tratar das pessoas, o *Code* fá-lo, as mais das vezes, no pressuposto de uma qualquer propriedade que lhes pertence ou poderá vir a pertencer³⁴. Como exemplo, tenha-se em atenção a sobrevalorização que a problemática dos bens adquire na *tutela* (arts. 450 ss), na *emancipação* (arts. 481 ss), na *interdição* (arts. 489 ss), etc. Na maior parte dos 515 artigos que tratam do direito das pessoas, estas são perspectivadas pelo ângulo de reais ou de potenciais sujeitos do direito de propriedade. Todo o código se desenvolve em redor do eixo da propriedade privada. Esta é considerada como a consagração e o efeito do trabalho, e é assumida como o direito mais absoluto. Não admira assim que o exercício do direito de

³² Cfr. Giovanni Cazzetta, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell' incontro di studio Firenze, 26-28 Ottobre 2000, a cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi, Milano, 2002, 313.

³³ Cfr. art. 8 do *Code Civil*: «Tout Français jouira des droits civils».

³⁴ Cfr. Jean-François Niort, «Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature...». *Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français*, in *Jus et le Code civil, Droit et Cultures*, 48 (2004/2), 86 ss.

propriedade condicione estrategicamente todos os institutos. Na luminosa expressão de Gioele Solari, a propriedade é concebida como «a condição física da liberdade».

Como já foi acentuado, ao pressupor «a consciência da própria personalidade» e a existência de um património, o *Code* não responde às aspirações de todos aqueles que possuem uma débil consciência da sua individualidade (trabalhadores manuais, etc.)³⁵. Da mesma forma, o direito codificado, devido à ideologia liberal-igualitária que lhe serve de substrato, é hostil às associações e a todas as manifestações que tenham na base um espírito de grupo (direitos de grupos humanos). Segundo o espírito do novo direito, que mais não traduz do que a convicção revolucionária de que a associação compromete a liberdade individual, a actividade jurídica é exercida por pessoas individuais. Daí o silêncio do *Code* sobre as associações sem fins lucrativos e fundações. O único agrupamento humano que merece consideração legal é a família. No entanto, esta, ao invés de provida de um papel autónomo, é perspectivada como a «mais segura garantia da boa ordem da sociedade» (Demolombe). Considerada como uma pequena república dirigida por um poder forte («uma espécie de magistratura»)³⁶, a família é perspectivada fundamentalmente pela óptica dos interesses do Estado.

No que respeita ao Código civil austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), deve sublinhar-se, na secção denominada *Do direito das pessoas* (§§ 15-284), o § 16. Afirma-se nele, num quadro abertamente jusnaturalista, que «todo o homem tem direitos inatos» devendo, por isso, ser considerado «como uma pessoa»³⁷. Neste sentido a subjectividade jurídica, ao invés do que sucedia com o Código prussiano, não está dependente de um juízo jurídico-político; sendo inata não depende da vontade do legislador.

3. No direito português é o movimento liberal que cria as condições para a edificação do *sujeito unificado*. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), não é despendendo recordá-lo, abre o seu articulado com a afirmação de que «os homens nascem e são livres e iguais em direitos» (art. 1º). Consagrar os princípios da liberdade e da igualdade significa destruir a estrutura hierárquica da sociedade do Antigo Regime e criar as

³⁵ Cfr. Gioele Solari, *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, 198.

³⁶ Cfr. Jean Etienne Marie Portalis, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Madrid, 1997, 59.

³⁷ Como consequência, o § 16 condena a escravatura.

condições para a abertura do processo da unificação do sujeito de direito. Vai neste sentido a constituição de 1822 ao afirmar no art. 21º «que todos os portugueses são cidadãos» e ao sustentar no art. 9º, inserido no título «Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses», que «A lei é igual para todos» não se devendo «tolerar privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiais» (...)»³⁸. Da mesma forma, dispõe a Carta Constitucional de 1826 que «A lei será igual para todos quer proteja, quer castigue (...)» (art. 145, § 2), igualdade que é da mesma forma sustentada pelo art. 10º da Constituição de 1838. Como já de referiu, «o ideal de igualdade invocado pelos legisladores e pelos políticos liberais tinha o significado de igualdade de direitos, isto é, de igualdade jurídica, e não de igualdade social e política, nem muito menos de igualdade económica»³⁹.

Importa salientar que, apesar do seu carácter conservador, a Carta Constitucional de 1826, um diploma que usufruiu de uma prolongada vigência, «encerra grandes progressos em matéria de subjectivação de direitos»⁴⁰. Importa acentuar, neste momento, que em consequência da natureza particularista do Antigo Regime, o sistema das garantias, ao invés de se estruturar em redor dos direitos individuais, assenta no complexo dos direitos corporativos. A partir do momento em que são concedidos, os «privilégios corporativos» transformam-se em «direitos adquiridos (*iura quesita*)»⁴¹. A superação deste sistema joga-se na imposição dos direitos naturais do indivíduo ao vetusto mundo dos direitos particulares (estatutos, privilégios, etc.). Todavia, dada a lentidão do processo de codificação, a transposição em termos inequívocos dos novos princípios para o direito privado não é linear. Os princípios a que nos referimos, entendidos «quase como meramente programáticos»⁴², confrontam-se com o quadro disperso e instável das fontes de direito provenientes ainda quer do período do *ius commune* (Ordenações, etc.), quer do período de influência do jusnaturalismo racionalista. A acrescer, a doutrina portuguesa, chamada a compensar a ausência do legislador na tarefa de reconstrução do direito nacional, não

³⁸ Sobre as Constituições de 1822 e de 1838 e a Carta Constitucional de 1826, cfr. J. Joaquim Gomes Canotilho, *As Constituições*, in *História de Portugal*. Direcção de José Mattoso, Vol. V, 150 ss.

³⁹ Cfr. Zília Osório de Castro, *Cultura e Política. Manuel Borges Carneiro e o Vintismo*, Lisboa, 1990, Vol. II, 515.

⁴⁰ Cfr. Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade cit.*, 73.

⁴¹ Cfr. António Manuel Hespanha, *La revolucion y los mecanismos del poder (1820-1851)*, in *Carlos Petit (coordenador), Derecho privado y revolucion burguesa*, Madrid, 1990, 44 ss.

⁴² Cfr. Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade cit.*, 74.

conhece, nesta fase, uma orientação filosófica unívoca e consistente. De facto, até à publicação do Código Civil de 1867 são os juristas que, com os seus instrumentos tradicionais (regras de interpretação e de integração das lacunas) e o exemplo dos novos códigos, vão extraíndo do antigo direito renovados sentidos compagináveis com os princípios do individualismo liberal.

Neste complexo contexto, dada a barreira da imutabilidade dos textos, não tem que nos surpreender que muitos dos velhos quadros conceituais ainda sobrevivam nas obras doutrinárias do período liberal. Por exemplo, Borges Carneiro, depois de afirmar que «Pessoa é o homem considerado em seus direitos, qualquer que seja a sua idade sexo e condição»⁴³, ainda classifica as pessoas em «livres, escravos, nobres e peões». Muitos anos mais tarde, Coelho da Rocha supera, de alguma forma, este quadro, invocando um conjunto de direitos naturais, entre os quais se encontram o da *liberdade natural* e o da *igualdade* (formal)⁴⁴. Para o ilustre civilista, «Todo o homem é capaz de ter direitos, e portanto todo o homem é pessoa»⁴⁵. Dado que «todos são livres», a distinção entre homens livres e escravos é desvitalizada⁴⁶. Nas *Instituições* de Coelho da Rocha emergem as figuras do *Cidadão português*, aquele que goza dos direitos civis e políticos, e do *Português*, todo aquele que apenas goza dos direitos civis⁴⁷. É no direito da família que as diferentes graduações tradicionais se fazem sentir⁴⁸.

Por seu turno, num diverso enquadramento filosófico, Vicente Ferrer Neto Paiva, nos seus *Elementos de direito natural*, extrai do *direito de personalidade* o *direito de liberdade* e um conjunto de outros direitos naturais e sustenta que «Os *direitos absolutos* são *iguais* em todos os homens (...) porque nascem do título geral da *natureza humana* (...)»⁴⁹. Ao tratar da igualdade, que divide em *material* (repartição de bens) e *formal* (igualdade perante a lei), o introdutor do krausismo em Portugal afirma que esta última «exige que qualquer

⁴³ Cfr. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal contendo tres livros I. Das pessoas; II. Das cousas; III Das obrigações e Acções*, Lisboa, 1826, 65.

⁴⁴ M. A. Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil portuguez*, Coimbra, 1867, quarta edição, 6 e 8.

⁴⁵ Cfr. M. A. Coelho da Rocha, *Instituições cit.*, 34.

⁴⁶ Cfr. M. A. Coelho da Rocha, *Instituições cit.*, 35.

⁴⁷ Cfr. M. A. Coelho da Rocha, *Instituições cit.*, 137. Esta distinção, que o autor introduz, não encontra apoio nos diversos textos constitucionais.

⁴⁸ Cfr. M. A. Coelho da Rocha, *Instituições cit.*, 38 e 39.

⁴⁹ Cfr. Vicente Ferrer Neto Paiva, *Elementos de direito natural, ou de philosophia de direito*, Coimbra, 1844, 48 ss, e 56.

homem, por mais humilde que seja a sua condição, seja reconhecido como pessoa moral e jurídica, como uma personalidade inviolável»⁵⁰. A desigualdade prende-se com os «*direitos hypotheticos*», isto é, com a «diversidade de desenvolvimento» que cada um imprime às suas faculdades e relações⁵¹. Ora, para o filósofo, «Os *direitos absolutos* do homem são *inalienaveis*»⁵². Privado destes, o homem deixaria de ser um fim para si próprio para passar a ser um meio, não podendo adquirir os *hypotheticos*.

Embora fora dos quadros da Carta Constitucional e numa perspectiva metapositiva, Ferrer, nos seus *Elementos de direito natural*, procura desenhar a esfera do sujeito de direito. Baseia-se esta tentativa nas concepções filosóficas de Martini, de Kant e de Krause e não em textos de direito positivo. É a partir desta conjugação que sustenta que o homem, «Todo o homem (...), só porque é homem tem *capacidade* de direitos (...)»⁵³.

Será, finalmente, o Código Civil de 1867 a estabelecer «a tutela civil dos direitos fundamentais consagrados na Carta» e a definir, em termos legislativos, quem pode ter direitos e obrigações. Inserido numa linhagem «antropocêntrica» ou «individuocêntrica»⁵⁴, o Código de Seabra, distinguindo-se dos outros códigos pela sua originalidade, é edificado em torno do eixo do *sujeito de direito*. O legislador português, assumindo de uma forma *sui generis* as máximas do racionalismo e do individualismo, parte de uma «biografia» do sujeito activo da relação jurídica. Como é ponto assente que para haver relação jurídica o sujeito deve possuir capacidade de direitos e obrigações, o Código começa justamente por estabelecer, com ênfase, logo no art. 1º que «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações»⁵⁵. Por

⁵⁰ Cfr. Vicente Ferrer Neto Paiva, *Elementos de direito natural cit.*, 58. Ainda que com a excepção do mundo dos «negócios exteriores», Ferrer defende «A igualdade do marido e da mulher na sociedade matrimonial», extraindo daí «a igualdade do pai e da mãe no imperio parental» (cfr. *idem*, 157).

⁵¹ Cfr. Vicente Ferrer Neto Paiva, *Elementos de direito natural cit.*, 56 e 57.

⁵² Cfr. Vicente Ferrer Neto Paiva, *Elementos de direito natural cit.*, 58.

⁵³ Cfr. Vicente Ferrer Neto Paiva, *Elementos de direito natural cit.*, 27. Toda esta problemática já havia sido considerada por Ferrer no seu *Curso de direito natural* (Coimbra, 1843, 71 ss), em comentário à obra de Martini. Para este, a unificação do sujeito de direito sempre foi uma exigência (Cfr. Aldo Andrea Cassi, *Il "bravo funzionario" absburgico tra Absolutismus e Aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800)*, Milano, 1999, 282 ss). O filósofo austríaco salienta a igualdade como um direito absoluto. Utilizando a expressão de Ferrer, os homens estariam «n' um estado d' absoluta igualdade de Direitos» (cfr. *Curso de direito natural cit.*, 73 e 74).

⁵⁴ Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Lições de direito civil*, Coimbra, 1995, 120.

⁵⁵ Em comentário a este artigo, escreve José Dias Ferreira (*Código civil português anotado*, Coimbra, 1894, 2ª ed., Vol. I, 6): «Distinguiu-se durante muito tempo entre homem e pessoa, reconhecendo-se unicamente à pessoa a faculdade jurídica, e ainda hoje no estado presente do direito philosophico se emprega mais particularmente a palavra *pessoa*, na designação do homem pelo lado jurídico, ou na referencia propriamente á sua capacidade jurídica, porque durante seculos só se reconheceu personalidade jurídica á raça branca (...). Actualmente porém

sua vez, no art. 7º, na sequência da Carta Constitucional (art. 145º, § 12) proclama-se que «a lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos em que forem especialmente declarados»⁵⁶.

O sistema adoptado por Seabra deriva da natureza das coisas, da própria vida jurídica do sujeito de direito. Este, logo que capaz juridicamente, adquire «elementos externos necessarios á sua existencia»⁵⁷ e, posteriormente, frui-os, conserva-os e defende-os. Daí a divisão do código em quatro partes: *Da capacidade civil; Da aquisição de direitos; Do direito de propriedade e Da ofensa dos direitos e da sua reparação*. No sentido de preservar a «dignidade moral do homem», o código invoca, no âmbito da *aquisição de direitos*, o direito natural: um conjunto de direitos originários (naturais) que nascem com o indivíduo. Segundo o art. 359º «Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem». De facto, os direitos de *existência*, de *liberdade*, de *associação*, de *apropriação* e de *defesa*, são alheios à vontade do legislador. A este apenas incumbe reconhecê-los como fonte de todos os outros. Para Seabra, «o Direito não é meramente obra da lei»⁵⁸. O «essencial» não reside na *voluntas legislatoris*. O que dá o *tonus* ao verdadeiro direito está «nos fins racionais do ser humano, nos princípios da equidade e do justo»⁵⁹.

Perante esta posição não tem que nos surpreender que a produção jurídica seja fundamentalmente a produção de um sujeito de direito prefigurado como sujeito absoluto de direitos, como um ser cuja actividade é, num contexto de uma sociedade predominantemente rural e de cunho patriarcal, a de um proprietário privado. Daí o fundo proprietarista do Código Civil de 1867. A faculdade de adquirir é tratada em função da «conservação» e do

a civilização jurídica não reconhece homens sem personalidade, isto é, sem possuírem direitos absolutos, e a faculdade jurídica de adquirirem os hypotheticos. Nem os inibidos do exercicio pleno das facultades intellectuales, quer por menoridade quer por demencia, deixam de ter direitos, posto que por si não possam exercel-os. Hoje é corrente que todo o homem gosa de personalidade jurídica, sem distincção de raça nem de sexo, qualquer que seja o seu estado intellectual ou physico».

⁵⁶ Comenta José Dias Ferreira (*Idem*, 13), «Este preceito que é da constituição fundamental, promulgada no periodo de transição do privilegio de classes para uma epocha de egualdade, tem hoje a sua sancção na consciencia publica. A lei porém é igual para todos os que estão nas *mesmas* circunstancias, porque a verdadeira egualdade está em serem tractados desegualmente seres em posições deseguaes». Posteriormente, o autor refere-se às desigualdades entre o homem e a mulher.

⁵⁷ Cfr. António Luis de Seabra, *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do projecto de codigo civil*, Coimbra, 1858, 13 e 14.

⁵⁸ Cfr. António Luis de Seabra, *Apostilla cit.*, 33. Sobre o âmbito de cada um destes direitos originários, cfr. Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade cit.*, 77 ss.

⁵⁹ Cfr. António Luis de Seabra, *Apostilla cit.*, 33.

melhoramento da existência, surgindo a propriedade como um reflexo da personalidade no âmbito material⁶⁰.

Numa obra emblemática no que respeita à construção do sujeito de direito, Seabra começa por afirmar que «A nossa existencia, a nossa liberdade, o nosso passado, o nosso futuro, a industria, a sciencia, as artes, a moral, e a mesma religião, tudo se liga e se prende á questão de Propriedade, unico principio e fim da sociedade»⁶¹. Compreende-se a esta luz a preocupação em oferecer, sem quebras de harmonia com o art. 366, uma justificação filosófica da propriedade (art. 2167º): «Diz-se direito de propriedade a faculdade, que o homem tem de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente».

Para o legislador, que não faz mais do que consagrar as aspirações e as tendências do seu tempo, numa pressuposta harmonia das liberdades o único elemento a ter em conta é o indivíduo e a sua realização. A este, como sujeito absoluto, é-lhe inclusivamente reconhecida a possibilidade de abusar dos seus direitos e propriedade. Leia-se o kantiano art. 13º: «Quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício». A acção do sujeito do direito (proprietário) apenas encontra por limite a natureza das coisas, a sua própria vontade ou o obstáculo de uma disposição expressa (art. 2170º).

BIBLIOGRAFIA

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo"*, in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXV, 2003.

ANTÓNIO LUIS DE SEABRA, *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do projecto de codigo civil*, Coimbra, 1858.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *La revolucion y los mecanismos del poder (1820-1851)*, in Carlos Petit (coordenador), *Derecho privado y revolucion burguesa*, Madrid, 1990.

BERNARD EDELMAN, *La persone en danger*, Paris, 1999.

⁶⁰ Cfr. o nosso estudo, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, 1987, 216 ss.

⁶¹ Cfr. Antonio Luis de Seabra, *A propriedade. Philosophia do direito...*, Coimbra, 1850, 1.

CHRISTOPHE GRZEGORCZYK, *Le sujet de droit: trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit*, Tome 34(1989).

DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O Direito e os Direitos da Personalidade*, in *idem*, *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra, 2004.

G. W. LEIBNIZ, *Textes Inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre, publiés et annotés par Gaston Grua*, Paris, 1948.

GIOELE SOLARI, *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959.

GIOVANNI CAZZETTA, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell' incontro di studio Firenze, 26-28 Ottobre 2000, a cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi, Milano, 2002.

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, JAVIER DORADO PORRAS, *Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII*, in *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I, Madrid, 2001

HENRIQUE DA SILVA SEIXAS MEIRELES, *Marx e o direito civil (para a crítica histórica do «paradigma civilístico»)*, Coimbra, 1990.

JEAN ETIENNE MARIE PORTALIS, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Madrid, 1997.

Manuel Jesús Rodríguez Puerto, *Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVI (2004).

PIO CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995.

SALVATORE AMATO, *El universo del sujeto y la universalidad de los derechos*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 31 (1994).

STEFANO SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998.

VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Elementos de direito natural, ou de philosophia de direito*, Coimbra, 1844.

YVES CHARLES ZARKA, *L'altra via della soggettività. La questione del soggetto e il diritto naturale nel XVII secolo*, Milano, 2002.

ZÍLIA OSÓRIO DE CASTRO, *Cultura e Política. Manuel Borges Carneiro e o Vintismo*, Lisboa, 1990, Vol. II.

Artigo recebido em 02 de setembro de 2011 e aceito em 27 de novembro de 2011.