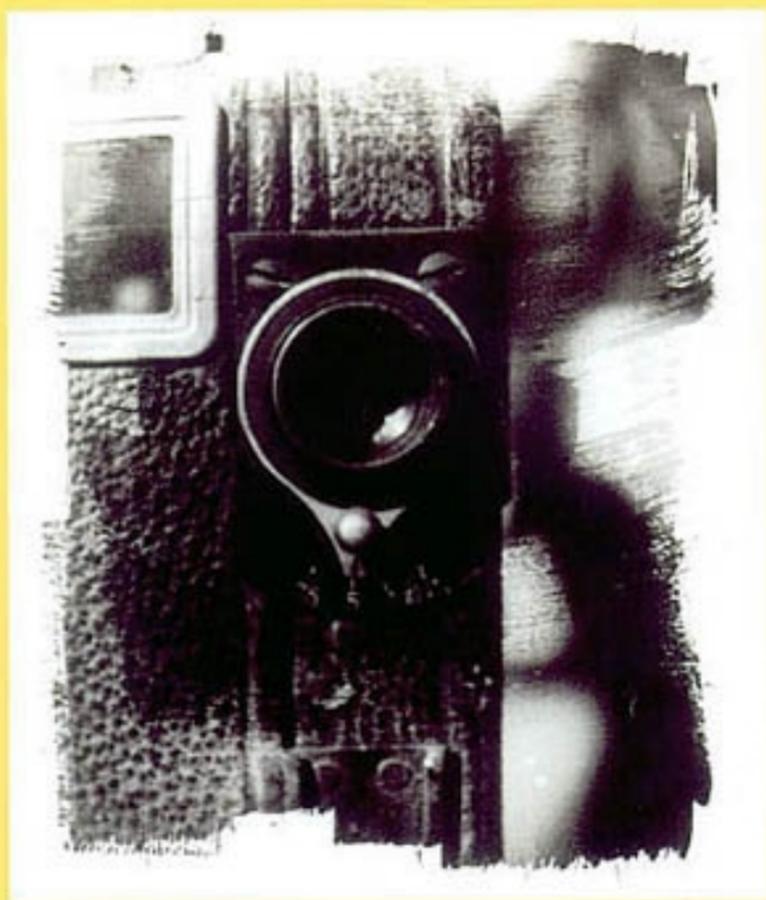


EDELMAN

LE DROIT SAISI
PAR

LA PHOTOGRAPHIE



Champs

Flammarion



**O DIREITO CAPTADO
PELA FOTOGRAFIA**

**4
PERSPECTIVA
JURÍDICA**

PERSPECTIVA JURÍDICA

1. — A Teoria Geral do Direito e o Marxismo

— *Pachukanis*

2. — Direito e Luta de Classes

— *Stucka*

3. — A Ordem Jurídica do Capitalismo

— *Vital Moreira*

4. — O Direito Captado pela Fotografia

— *Bernard Edelman*

BERNARD EDELMAN

O DIREITO CAPTADO PELA FOTOGRAFIA

(ELEMENTOS PARA UMA TEORIA MARXISTA DO DIREITO)



COIMBRA

1 9 7 6

oc. 30539

Tipo de Aquisição	Compra
Adquirido de	Liv. Advers. 17
Data Aquisição	7.10.80
Preço	890,00
Registro	116.513
Data Registro	19.10.82

49.439

FICHA

340.11
E21d

TÍTULO: *O direito captado pela fotografia*

AUTOR: Bernard Edelman

TRADUTORES: Soveral Martins e Pires de Carvalho

EDITOR: *Centelha — Promoção do Livro, SARL*

Apartado 241 — COIMBRA

APRESENTAÇÃO

A Ideologia encontra-se, actualmente, na ribalta de um discurso cénico proferido por personagens nem sempre necessariamente marxistas. Desafio teórico lançado à boca de cena por falas como a daqueles que referem a sociologia — uma das suas problemáticas — como «um discurso sobre as superestruturas devidamente articulado numa teoria da totalidade social (o materialismo histórico)»⁽¹⁾. Desafio teórico e, nem sempre encenação pretenciosa e passageira com que certos meios intelectuais pretendem distrair as atenções. Desafio teórico ante o reavivar de uma problemática sempre em cena, agudizando atenções sobre um objecto que nunca deixou de se impôr e que as exige cada vez mais atentas, críticas e elaboradas. A própria complexização crescente da luta de classes a nível internacional a implicação consequente da reacção e defesa «ideológica», consciente ou inconsciente, do status quo força o desafio, reforça a atenção crítica, o trabalho teórico, coloca na pantalha da consciência transformadora

(1) Vide art. «Ideologias: Inventário crítico de um conceito» de J. Madureira Pinto em *Análise Social* Vol. XIX (75) p. 127.

uma teoria da ideologia. Urgência e desafio que se potenciam nessa região da estrutura ideológica que se designa por Direito com um passado de abandono|teórico|marxista a reclamar novos, profundos e explícitos desenvolvimentos.

Edelman aceitou o desafio e pôs em cena a prática do direito que, surpreendido pela fotografia, se pôs a representar de tal modo que o espectador mais desprevenido se pôde aperceber de que a ideologia do direito é indispensável ao funcionamento do direito e tirar toda a moral da peça — a ideologia burguesa assenta sobre a ideologia jurídica. Em cena a elaboração de uma teoria da prática jurídica, uma concepção teórica do direito que o permite denunciar como lugar e trama, campo e jogo (lieu et enjeu) da luta de classes, uma denúncia do direito captada através da sua prática sancionadora das relações económicas.

Bernard Edelman construiu um texto na procura do rigor, um texto crítico capaz de funcionar como libelo de acusação. «O Direito captado pela Fotografia» é um discurso cruel: Um texto teórico que nem por isso deixa de usar da ironia e de um certo humor, essa arma materialista, muito do gosto e de tradição dos escritos marxistas: o Direito apanhado em flagrante delito, o Direito surpreendido em cuecas.

Nos finais do séc. XIX perante um facto novo a fotografia, o direito burguês deparou com questões a resolver como aquela de saber a quem pertence a imagem do rosto ou do corpo captado e registado por outrem. Simples questão de direito, resolvida em direito, através do trabalho teórico abstracto de um sistema de categorias

que constituem a ideologia-do-direito — pessoa, coisa, propriedade, sujeito de direito — a cobrir ou a encobrir o que lhe foi imposto pela realidade económica da fotografia que se vende porque dela se dispõe em propriedade. Edelman socorre-se de um vasto dossier de documentos históricos jurídicos e económicos para captar a denúncia da prática teórica do direito oferecendo-nos ainda em anexo algumas «Notas sobre o funcionamento da ideologia jurídica» em que discorre, apresentando casos concretos, sobre «direitos políticos» e «direitos privados» e as instituições representativas dos trabalhadores.

Por último, uma palavra sobre a tradução: queriamo-la bastante melhor — o rigor do discurso impôs a tradução literal; a urgência da divulgação impôs cedências que venceram as nossas angústias de rigor próprio. Cedendo aos compromissos de prazos editoriais e ao empenho da editora em apressar um desafio teórico, urgente e agressivo, ela aí vai — julgamos que aceitável...

Um livro para todos os juristas e práticos do direito lerem? Talvez não.

Pires de Carvalho e Soveral Martins

A Nicky
por este caminho
percorrido graças a ti

I

A PRÁTICA TEÓRICA
DO DIREITO

1 — As razões de uma lacuna

Vou desenvolver um discurso que nunca foi proferido e explicarei porque razão jamais foi mantido. É o discurso teórico da prática jurídica. Este discurso é uma aposta: terá a pretensão de dizer o que somos nós para o direito, isto é, o que *realmente* somos para esta instância jurídico-política que é o Direito.

«O que nos importa demonstrar, não é que os conceitos jurídicos gerais podem entrar a título de elementos constitutivos em processos e sistemas ideológicos mas que a realidade social, velada, em certa medida, por um véu místico, não pode ser descoberta através destes conceitos»⁽¹⁾.

A tarefa é complexa e não é inocente. Lenine na lei sobre as multas⁽²⁾ fazia *distinguos* de jurista: ele contrapunha a multa à indemnização. *Aquele* que causa um dano a *alguém* é obrigado a repará-lo: é uma *indemnização*, os *tribunais* assim julgam. É o que dispõe o nosso artigo 1382 do Código Civil. O *operário* que causa um dano ao *patrão* é *sancionado*: é uma *multa*.

(1) PACHUKANIS, *A teoria geral do direito e o marxismo*, E.D.I., 1970, p. 64. Há tradução portuguesa (Perspectiva Jurídica-Centelha).

(2) LENINE, *Explicação da lei sobre multas*, «Oeuvres», Ed. Sociales, 1958, t. II, p. 27 e sgs.

O patrão é o único juiz. Lenine fazia direito, isto é «animava» o direito, ou se se preferir, dava-lhe a sua verdadeira «alma». A fórmula genérica da responsabilidade civil ele contrapunha a luta de classes. O «aquele» do código de Napoleão torna-se «o operário» da lei de Junho de 1886; o «alguém» abstracto e geral torna-se o patrão; a indemnização, a multa; o tribunal, o capitalista.

Lenine dizia: toda a gente julga saber o que é uma multa e se perguntardes a um operário se sabe o que é uma multa ele admirar-se-á. Como não o saber, se é justamente ele que tem de pagá-la? Aí reside a *ilusão*. Porque é pagando a multa que o operário não é um homem *livre*. «Subjugam-no com uns viténs» (*). A lei substitui o Knout (N. T.).

Para nós, Lenine fazia direito; para os juristas, Lenine faz política; para os «políticos», Lenine faz política.

Eu não escondo o terreno onde me situo. É o terreno da «luta teórica». É o próprio terreno que me é imposto por aquilo de que eu falo mesmo que aquilo de que falo (o direito), deva ignorar que esse é o seu terreno. Quero dizer que esse é justamente aquele terreno que o direito circunscribe e que as fronteiras que ele se esforça por traçar são as «verdadeiras» fronteiras da sua ideologia.

Quero dizer que o direito apresenta este surpreendente «paradoxo» de sancionar, coactivamente, a sua própria ideologia.

(*) Ob. cit., p. 28.

N. T. KNOUT: instrumento de punição introduzido na Rússia na época de Ivan III (1462-1505). Espécie de chicote com argolas de metal.

Era preciso lançar mãos ao trabalho de decifrar os julgamentos e as sentenças; era necessário tomar a sério as categorias jurídicas, os raciocínios aberrantes dos juristas, as fórmulas técnicas dos tribunais, o falso rigor da Doutrina (4).

Tomá-los a sério não queria dizer tomá-los por aquilo que eles pretendiam ser, mas tomá-los por aquilo que eles eram no seu *funcionamento necessário*.

Esta seriedade era permitida pela teoria marxista, que nos oferecia os meios, e nos fazia tomar consciência do seu empenho: o direito apresenta esta *dupla função necessária*, por um lado, tornar eficaz as relações de produção, por outro, *reflectir* concretamente e *sancionar* as ideias que os homens fazem das suas relações sociais.

Isto nos ensinava o marxismo. Ensinava-nos também que as categorias jurídicas dizem, sem dizer, a realidade das relações das quais são a expressão. Ensinava-nos mais ainda: o *movimento necessário* pelo qual estas categorias se tornam *relativamente autónomas* e a razão pela qual são pensadas — no seu funcionamento, segundo entendo — como totalmente autónomas, à sua maneira.

(4) A «Doutrina», em direito, designa um *corpus* original, constituído simultaneamente pelos comentários das leis e decisões judiciais (anotações a sentenças) e por obras «teóricas» acerca do direito. Pode dizer-se que se trata do lugar privilegiado da ideologia jurídica onde se estrutura o discurso ideológico e onde se elabora a defesa e a ilustração do direito. Digo: lugar privilegiado, porque é também o lugar do *conluio* entre o ensino jurídico e a produção prática jurídica. O estudante de direito faz dela o seu pão quotidiano, o magistrado encontra aí a confirmação da sua jurisprudência, o professor a sua justificação.

Isto é, oferecia-nos a teoria do conteúdo concreto da ilusão antropológica do direito, que julga pronunciar um discurso eterno sobre o homem eterno.

Assim, o direito adquiria a sua verdadeira amplitude. Enchia o espaço político. Quero dizer que ele sancionava o poder político para santificar a propriedade privada. Como *contrapartida*, legitimava a «essência do homem». Digo, como *contrapartida*, já que o homem é o *preço*.

Não me alongarei sobre estes resultados adquiridos. Eles são adquiridos para nós, para todos nós que trabalhamos concretamente em descobrir quotidianamente o real para o transformar. Não me alongarei também sobre a necessidade da «crítica das armas». O gládio da lei desferiu bastantes e claros golpes na classe operária.

Mas a questão que ponho, presentemente, é uma questão *teórica*. Ela é também *política*. A teoria marxista do direito encontra-se ainda no seu início. Isto pode parecer inacreditável, impensável, e contudo assim é, pensável. Queria que me entendessem bem. Eu não digo: *a teoria do direito*, para nós marxistas, ainda se encontra no início; digo, mais modestamente — e, talvez, mais ambiciosamente — *a teoria marxista do direito* encontra-se ainda no início.

Esta proposição «enorme», devo, certamente, demonstrá-la. Marx deixou-nos obras sobre filosofia do direito; deixou-nos textos mais preciosos — mais preciosos para nós — de «jurista»: o roubo de madeira, a censura. Ele deixou-nos sobretudo indicações múltiplas sobre o *direito em geral*, desde a *Sagrada Família* ao *Capital*. Penso na célebre passagem da *Ideologia Alemã* onde nos demonstra que os caracteres jurídicos

da propriedade privada — *jus utendi et jus abutendi* — exprimem «por um lado, o facto de que a propriedade privada se tornou completamente independente da comunidade, e por outro lado, a ilusão de que a propriedade privada assenta ela própria sobre a simples vontade privada, sobre a livre disposição das coisas (5)».

Tais indicações são inestimáveis. Marx não cessa de no-lo dizer. As formas jurídicas não determinam o próprio conteúdo do que elas tornam eficaz. Mas ele não cessa de nos dizer também que o direito torna eficaz este conteúdo pelo constrangimento do Aparelho de Estado. E aquilo que de mais importante ele ainda nos diz, é que a relação entre a expressão do conteúdo e a eficácia do conteúdo é ideológica; e que é esta mesma relação que se torna um poder misterioso, «verdadeiro fundamento de todas as relações de propriedade reais» (6). Com efeito, no fim de contas, ela remete para a *vontade livre*, isto é, para a ilusão de que a propriedade privada, ela própria, assenta sobre a simples vontade privada. Em direito, o «eu quero» é um «eu posso»; o contrato é um acto hegeliano: um puro encontro de vontades.

Isto, repito-o, é inestimável, tanto quanto o é *A Origem da Família, da propriedade privada e do Estado* de Engels, os famosos capítulos IX, X, e XI do *Anti-Duhring*, as inúmeras indicações do *Capital*. Mas, o que é mais inestimável ainda, é que isso permita desenvolver uma *teoria marxista do direito*.

É tempo de me explicar.

(5) MARX-ENGELS, *A Ideologia Alemã*, «Ed. Sociales», p. 107.

(6) *Ibid.*, p. 400.

Nós não possuímos uma teoria da prática «teórica» interna do direito. Quero dizer que se sabemos — ou antes se julgamos saber — o que é o direito, não sabemos como ele funciona. Quero dizer ainda que o próprio conhecimento da ideologia remete para a produção dos efeitos que ela engendra; que a ideologia só é efectiva através do seu funcionamento, e que o conhecimento concreto do seu funcionamento é o próprio conhecimento teórico da ideologia. Mais precisamente: separar a teoria geral do direito da prática teórica do direito, produz efeitos teóricos e práticos incalculáveis: o abandono ao direito do próprio terreno que ele reivindica. A ignorância *política* do seu trabalho «teórico» deixa, no fim de contas, o direito livre de se perpetuar na sua própria ilusão que se torna a nossa.

«Porque razão os ideólogos inclinam inteiramente a cabeça (...). A propósito desta subdivisão ideológica no interior de uma classe 1.º) acessão da profissão à autonomia em consequência da divisão do trabalho, cada um toma o seu officio pelo verdadeiro. A propósito da relação da sua profissão com a realidade, fazem necessariamente tantas mais ilusões quanto a natureza do officio já o exige. Em jurisprudência, em política, etc. estas relações tornam-se — na consciência — conceitos; como eles não se elevam acima destas relações, os conceitos que têm delas são, na sua mente, conceitos fixos: o juiz, por exemplo, applica o Código, e eis a razão pela qual ele considera a legislação como o verdadeiro motor activo. Respeito de cada um pela sua mercadoria... (?)»

(?) *Ibid.*, p. 108.

Aos juristas, deixámo-lhes a «propriedade» da sua ordem, deixámo-los impunes. Penso que lhes damos o lugar. Este lugar, é também a *nossa ausência* que o perpetua no seu ser, isto é, inocente. O jurista, o «filósofo do direito», tem a alma inocente do bom direito que ele legitima. Os *arquivos de filosofia do direito*, podem publicar o seu volume anual de 1971 sob o título «O direito investido pela política», nós outros, marxistas, nós não temos cura já que organizamos colóquios aos quais não vem ninguém. Nós, marxistas, preferimos consagrar-nos à tarefa urgente de assassinar os nossos aliados; Pachukanis — de quem urge reconhecer o génio — é acusado friamente do crime de «abstração», «o que o inscreve inevitavelmente em contradição com todos os dados da batalha contemporânea onde as análises ideológicas têm a sua referência e a sua problemática muito concretas»^(*). Esta empresa sem precedentes é rebaixada para o nível de uma «ilusão infantil»^(*). Eis os nossos textos «teóricos» contemporâneos. É pouco e é muito se considerarmos como importante o «sintoma».

A tarefa que me atribuí vem a ser a seguinte. A consciência do jurista é uma má consciência, a sua moralidade, uma imoralidade, a sua ordem pública, a ordem da propriedade privada, a sua «alma», isto é a sua ilusão de tomar as relações jurídicas por relações humanas é a alma de um proprietário e de um rentista, os seus conceitos, a expressão necessária do capital. E já que falei da sua alma acrescento que falo dela

(*) M. e R. Weyl, *Ideologie juridique e lutte de classes*, «La Nouvelle Critique», jan. 1972, n.º 49.

(*) *Ibid.*

para não mais voltar a falar: «O facto de a alma e a consciência intervirem no direito é, para o «crítico» uma razão bastante para falar da alma e da consciência, onde o que está em questão é direito, e da dogmática teológica, onde o que importa é a dogmática jurídica»⁽¹⁰⁾. Ou antes, diria que é necessário devolver a alma ao direito e que a sua «alma» é a *sua prática*.

«A teologia que dá constantemente às ideias religiosas uma interpretação humana (...) peca assim constantemente contra a sua hipótese de base; o carácter sobre-humano da religião»⁽¹¹⁾. O direito peca constantemente contra a sua hipótese de base: a propriedade privada. A pretensão à justiça torna-se prática da injustiça, a pretensão a dizer o homem, prática do proprietário.

Compreende-se melhor o que em cima avancei: a teoria marxista do direito nada mais é do que o conhecimento concreto do funcionamento do direito. A prática deve restituir aquilo de que se apoderou ilicitamente.

Ora, esta prestação de contas, para nós que somos os seus responsáveis, não pode estabelecer-se, ser «dada a balanço», sem negligenciar a formalidade desta prática, sem negligenciar a análise desta prática que é indissociável de certas formas de raciocínio, que não podem compreender-se elas próprias fora de certos constrangimentos teóricos, ideológicos. Esta prática nós só a

(10) MARX-ENGELS, *La Sainte Famille*, «Ed. Sociaux», p. 120.

(11) *Ibid.*, p. 43.

tomamos em conta na exacta medida da *necessidade* da sua produção de certas formas abstractas e modeladoras-coactivas que lhe permitem a sua própria prática.

Com efeito, as categorias jurídicas, tal como as categorias da economia burguesa, «são formas do intellecto que têm uma verdade objectiva enquanto reflectem relações sociais reais, mas estas relações não pertencem senão a esta época histórica determinada em que a produção mercantil é o modo de produção social» (12).

A prática constitui o seu funcionamento como o seu funcionamento constitui esta prática. Isto *basta* para o direito. A economia política clássica bastava-se com Smith e Ricardo. Se eles se debatiam contra a propriedade privada, era «em uma qualquer das suas formas parciais» (13).

Mas o que basta à prática de uma ideologia — isto é as fronteiras que ela se traça — constitui precisamente a sua função e o seu funcionamento. A ideologia jurídica define-se pelas suas fronteiras, pelos seus «tabus». Cerca-se de um cordão sanitário. Ela teme a poluição do político; pior do que isso, da economia.

O seu receio designa a sua função.

Ela é o índice da sua censura, já que a sua censura é ela própria. Ela denuncia a política no seu «a-politicismo» (14), o económico na própria abstracção

(12) MARX, *Le Capital*, «Ed. Sociais», liv. I cap. I, p. 88.

(13) MARX-ENGELS, *La Sainte Famille*, *op. cit.*, p. 43.

(14) Cfr. em anexo o artigo publicado em *La Pensée* (Abril 1971 n.º 156) onde demonstrei que o próprio processo da ideologia jurídica nesta matéria muito privilegiada do direito do trabalho, consiste em «despolitizar» os problemas políticos.

da lei, o teórico no seu empirismo. Ela denuncia-se nas próprias formas que é obrigada a adoptar. Penso na forma sujeito de direito. Voltaremos a este ponto.

Resta afirmar o nosso último projecto teórico: fazer um discurso científico acerca do direito é também fazer o discurso das condições da produção necessárias das categorias jurídicas na prática do direito.

2 — O acto de nascimento da ideologia jurídica: o sujeito de direito

Disse, há momentos que a negação implicava a presença negada. Quero agora precisar o essencial.

A ideologia jurídica denuncia-se delineando o seu acto de nascimento. E o seu acto de nascimento é o postular que o homem é naturalmente um sujeito de direito, isto é, um proprietário em potência, visto que é de sua essência apropriar-se da natureza.

A «ilusão» é universal na filosofia especulativa. Tratar-se-á, então, de formular o *discurso da apropriação privada* ⁽¹⁾ da natureza, na sua combinação histórico-social. Os dois «homens-bons» de que fala Engels fixam a relação ideal da troca, do direito e da política.

(1) A liberdade do homem realiza-se pela apropriação «privada» de qualquer objecto. É este postulado «inatacável» que funciona simultaneamente na prática jurídica e, na sua expressão abstrata, nas filosofias idealistas do direito. Toda a extraordinária tentativa hegeliana dos *Princípios de filosofia do direito* se resolve neste dado muito simples: a propriedade é uma determinação do sujeito. Assim, para Hegel, «a pessoa tem o direito de colocar a sua vontade numa qualquer coisa que então se torna própria e recebe como fim substancial (que ela não tem em si mesma), como destino e como alma, a minha vontade. É o direito de apropriação do homem sobre todas as coisas» (§ 44).

A Robinsonada é o «lugar comum» da economia política clássica e da teoria do direito. Uma única diferença: os juristas ainda acreditam nela.

Não farei a «história» do «simples conceito de homem» no direito, a teoria da passagem do direito romano ao direito moderno, isto é, da passagem dum direito que pode ser «qualidade da coisa», como dizia Ihering, a um direito que é o próprio sujeito. E contudo, esta «história», será mesmo necessário retomá-la, mas num terreno diferente da «evolução histórica» do direito subjectivo; num terreno diferente daquele em que se situa Occam, ou Puffendorf ou Kant^(*) ou Hegel; num terreno diferente ainda daquele em que se situa Loyseau, no seu *Traité des Seigneuries*; e diferente daquele em que se situa Dumoulin ou os *Grands Coutumiers*.

A *reprise* efectuar-se-á num lugar «insólito», o da *circulação*: o lugar onde se desenvolve a troca mercantil e onde se realiza a exploração do homem pelo homem sob a forma de «livre contrato».

Ver-se-á, então, que a própria função da ideologia jurídica é a necessidade da sua ficção, que lhe permite, como, magnificamente o diz K. Marx, «uma prática *in abstracto*». E veremos que a luta de classes fez voar em estilhaços esta ficção da função.

Mas o caminho até à teoria é longo, e é bom interrogar primeiro a prática, na elaboração oculta da

(*) Cfr. sobre este assunto o nosso artigo *La Transition dans la Doctrine du Droit de Kant*, «La Pensée», n.º 167 Fev. 1973

(*) ZDE WEK-KRYSTUFEK, *Signification historique de la fiction du droit naturel*, «Archives de philosophie du droit» Lib. Sirey, 1969, p. 309.

jurisprudência quotidiana. É neste laboratório da prática que veremos animarem-se as categorias que vestem a roupagem mais banal do contrato, da vontade, do consentimento.

Veremos, sobretudo, nesta prática, evoluir um ser bem conhecido, e apesar de tudo mal conhecido, o sujeito de direito.

E é por ele que começarei, já que «a categoria de sujeito surgiu antes de tudo com o aparecimento da ideologia jurídica, que toma a categoria jurídica de «sujeito de direito» para fazer dela uma noção ideológica: o homem é, por natureza, um sujeito»⁽⁴⁾.

E é lendo-vos o sujeito de direito na prática dos juristas, que compreendereis melhor aquilo de que vamos falar e como vamos falar. A via do meu propósito mais directo estará assim aberta.

Secção I. — A vida «doutrinal» do sujeito de direito

Vou pois ler-vos duas séries de textos. A primeira série constituirá uma introdução jurídica à categoria de sujeito de direito.

A segunda série constituirá uma explicação jurídica desta categoria. Constatarei uma categoria na primeira série, e fá-la-ei viver na segunda série. Tratarei de decifrar esta vida perante vós.

I. A INTRODUÇÃO JURÍDICA

Para o direito, o direito começa pela pessoa: «a personalidade jurídica do homem existe por si

(4) L. ALTHUSSER, *Apareil d'Etat et appareils idéologiques d'Etat*, «La Pensée», Junho 1970, p. 29.

mesmo e independentemente da possibilidade para o ser humano considerado de formar uma vontade⁽⁵⁾. «Chama-se pessoa, na linguagem jurídica, aos seres capazes de terem direitos e obrigações. De forma mais sucinta diz-se que pessoa é todo o sujeito de direito. A ideia de personalidade, necessária para dar um suporte aos direitos e às obrigações (...) é indispensável na concepção tradicional do direito»⁽⁶⁾.

«Desde a abolição da escravatura que todo o ser humano é uma pessoa. Não é necessário que ele tenha plena consciência de si próprio e seja dotado de inteligência e vontade. As crianças e os loucos são pessoas ainda que não tenham vontade consciente; eles são pois titulares de direitos e de obrigações»⁽⁷⁾.

Eis a minha primeira série de textos, extraída de dois grandes clássicos contemporâneos do direito civil francês. Teria podido acrescentar muitos outros mas eles mais não fazem do que dizer esta simples e única coisa: a pessoa humana é juridicamente constituída em sujeito de direito, em «sempre — já sujeito» independentemente da sua própria vontade.

Estudarei mais adiante o conteúdo concreto desta forma sujeito. Neste momento queria simplesmente decompor a postulação jurídica do sujeito de direito.

Os textos dizem: o sujeito de direito é a expressão geral e abstracta da pessoa humana. Eles dizem também: o que torna esta expressão eficaz é a *capacidade geral* do homem de ser senhor de si e logo de adquirir.

(5) MARTY, RAYNAUD, *Traité de droit civil*, «Librairie générale de droit e de jurisprudences», t. I, n.º 141.

(6) PLANIOL, RIPERT, *Traité de droit civil*, t. I, n.º 6

(7) *Ibid.*, n.º 7.

Finalmente dizem: se esta capacidade é o modo de ser do sujeito, é porque o sujeito pode / quer / consente / / é livre de poder dispor de si e de adquirir.

Deste modo posso avançar com todo o rigor esta proposição: a liberdade é a capacidade jurídica de se pertencer a si mesmo, isto é, de ser proprietário de si (por essência). Posso precisar: a liberdade de adquirir é a consequência jurídica da livre propriedade de si próprio. O escravo «objecto de propriedade não pode, de modo algum, ser concebido como sujeito de direito»⁽⁸⁾; a pessoa, sujeito de propriedade, pode ser concebida como sujeito de direito.

Chegado a este ponto ponho a questão: e que é que é interpelado no sujeito de direito pela ideologia jurídica? Deixo provisoriamente a questão em suspenso.

Ficamos assim, nesta primeira leitura.

II. A EXPLICAÇÃO JURÍDICA

Apresento a minha segunda série de textos. Eles vão de Savigny a Carbonnier, de 1840 a 1972. Estudam «as aventuras da vontade».

Savigny. — O direito subjectivo⁽⁹⁾ é um poder que é reconhecido ao indivíduo «pelo direito objectivo»

(8) *Ibid.*, n.º 7, nota 1.

(9) Dado que vai estar constantemente em questão o direito subjectivo, importa indicar, sucintamente, o que está em causa nesta categoria.

A questão: todo o direito tendo a sua origem na pessoa (direito subjectivo) constitui o terreno privilegiado de toda a filosofia idealista do direito.

O que está em causa, nesta categoria é simultaneamente a *ideologia jurídica* — enquanto apreende toda a produção jurídica como a produção de um sujeito (de direito) — e a *prática*

afim de lhe garantir «um domínio onde a sua vontade reine independentemente de qualquer vontade alheia e para que assim, o desenvolvimento paralelo dos indivíduos encontre independência e segurança»⁽¹⁰⁾.

A vontade humana pode exercer-se sobre as coisas do mundo externo — é o direito de propriedade — ela pode exercer-se sobre uma pessoa que passa sob o império da vontade — são os direitos ditos «pessoais» —, todos os direitos de crédito.

O mistério deste direito objectivo mantém-se integralmente. Tudo o que se sabe acerca dele é que dá à pessoa o poder de ser proprietário ou patrão. É este conceito de direito que determina para o Direito, o domínio do direito. É o Sujeito que determina o o sujeito. Traduzamos: o Comércio prova-se pelo comércio. É uma tautologia mistificadora.

Ihering — «Os direitos de modo algum existem para realizar a ideia da vontade abstracta, eles servem para garantir os interesses da vida»⁽¹¹⁾. Ihering previne-nos contra um erro trivial: importa que não se julgue que «os interesses da vida» consistem apenas em

jurídica enquanto funciona sobre esta «forma acabada, dada a priori» Pachukanis, (ob. cit., p. 101).

Tal como a riqueza das sociedades capitalistas se anuncia como uma imensa acumulação de mercadorias (e que) a análise da mercadoria, forma elementar desta riqueza» constituiu, para Marx, o ponto de partida, de igual modo o imenso edificio legislativo e jurisprudencial destas mesmas sociedades se apresenta, na sua maior parte, como um prodigioso desenvolvimento do sujeito de direito, o elemento mais simples e mais acabado da relação jurídica.

(10) *Traité de droit romain*, 1840, t. I, pp. 326-327.

(11) *L'Esprit du droit romain*, 1878, t. IV, p. 319.

delícias materiais. «Acima da fortuna colocam-se bens de natureza moral cujo valor é, de certo modo, grande: a personalidade, a liberdade, a honra, os laços familiares. Sem estes bens as riquezas exteriores e visíveis não teriam qualquer preço» (12).

Deus seja louvado, eis-nos tranquilizados!

A quem pergunte o que protege a minha liberdade? Ihering responde: o interesse. A quem pergunte: donde vem o meu interesse? Ihering responde: da tua liberdade. Ao proletário que mostra a sua bolsa vazia Ihering responde: «tu tens tanto quanto o rico, já que o preço da riqueza é a liberdade».

Passo a *Michoux* (13). Este autor levanta uma grave questão: não é realista dizer que o direito subjectivo é um poder concedido a uma vontade pelo direito objectivo, já que, então, «a ordem jurídica não tem outro objecto que não seja proteger as manifestações desta vontade». O que é realista é dizer que a *vontade* só deve ser protegida em razão do seu *objecto*; isto é, por causa do interesse que ela tem por fim satisfazer. Desta profunda meditação que fez dar à ciência jurídica um grande passo em frente, Michoux extrai, tal como um prestidigitador tira um coelho do seu chapéu, esta definição: o direito subjectivo «é o interesse de um homem ou de um grupo de homens juridicamente protegido por meio do poder reconhecido a uma vontade de o representar ou de o defender» (14).

(12) *Ibid.*, p. 326.

(13) *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, «Librairie générale de droit et de jurisprudence», t. I, p. 70.

(14) *Ibid.*

Fez-se descer a vontade do céu do Direito Romano à terra do Código Napoleónico e, sobre esta terra, a terra dos homens, interrogam-na «concretamente». Que quer a vontade? E a vontade, boa menina, responde: eu quero o que sou, o teu interesse. E se a sociedade anónima a interroga, ela responde também serenamente: eu quero o vosso interesse que é o meu.

Ripert. — O direito subjectivo é um poder reconhecido pelo direito objectivo ao sujeito. «Quem tem um direito face a uma outra pessoa tem sobre esta um poder privado, uma vez que o devedor é obrigado a dar um bem ou a executar um trabalho para o credor» (16).

Descida à terra do Código Civil, a vontade humanizou-se: o seu poder prova-se pela exploração do homem pelo homem.

Terminarei com *Carbonnier* que se entronizou sociólogo de um direito «sem rigor» (16).

Para este sociólogo «sem rigor», o direito subjectivo nota-se e fundamenta-se na actividade dos *animais*, das *crianças* e nas *visceras*. Sabe-se que se produzem «nas sociedades animais fenómenos jurídicos ou, pelo menos, sub-jurídicos» (17), que quando o leão defende o seu território de caça, nós, os humanos, conceptualizá-riamos esta reacção «como um direito subjectivo». É «na profundidade destes instintos» que o nosso sociólogo não hesitaria em procurar a raiz natural (natural,

(16) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, ed. 1965, t. I, n.º 4, 648.

(16) *Flexible Droit Pour une sociologie du droit sans rigueur*, «Libr. gen. de droit et de jurisprudences», 1969.

(17) *Ibid.*, p. 107.

aqui, é animal) do direito subjectivo»⁽¹⁸⁾. São Sancho é vencido: o cão tem um direito subjectivo sobre o seu osso⁽¹⁹⁾. Na criança, «desde o segundo ano, manifesta-se gradualmente o instinto de conservar um objecto e de o defender, assim como a reacção correlativa de irritação logo que este lhe é tirado. Esta irritabilidade, esta retractibilidade, como a dum tecido, não será a substância biológica do direito subjectivo?»⁽²⁰⁾. Não nos enganemos: o guiso da criança é já a renda fundiária. A propriedade privada está inscrita nas nossas células, ela é cromossómica. Das células às vísceras a passagem faz-se rapidamente: a noção de direito subjectivo «traduz um fenómeno psico-sociológico elementar e, por assim dizer, visceral»⁽²¹⁾. Eis-nos regressados ao ponto de partida.

Não irei mais longe. Quero agora interrogar-me acerca do que foi dito, do que foi occultado, e da relação entre o dito e o occulto nestes textos.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 108).

⁽¹⁹⁾ «Um cão, escrevia Stirner, que vê um osso em poder de um outro somente se afasta se se sentir demasiado fraco. O homem, esse, respeita o direito doutrém sobre o seu osso». (*A Ideologia Alemã, ob. cit.*, p. 398). Marx ironisa: «Certamente, um cão jamais transformou um osso em fósforo, em pó de osso, nem em cal, tal como jamais lhe passou pela cabeça» algo acerca do «direito» que tem sobre um osso. De igual modo, São Sancho também jamais «se lhe meteu na cabeça» analisar se o direito que os homens reivindicam sobre um osso, e que os cães não reivindicam, depende do partido que os homens tiram desse osso na produção e que os cães não tiram» (*Ibid.*, p. 399). O nosso santo nacional pulveriza São Sancho, após mais de um século de reflexão: ao cão tinha-lhe mesmo «passado pela cabeça» que tinha um direito sobre o seu osso... como o lobo sobre o cordeiro».

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, p. 108.

⁽²¹⁾ *Ibid.*

Secção II. — Ideologia e sujeito de direito

1. *O que se disse*, é que o homem tem um poder que lhe é dado pelo conceito de direito: o direito objectivo. No que se disse, i. e., no que foi explícito, podemos ler já o funcionamento da ideologia, considerando como adquiridas as teses de Althusser⁽²²⁾.

Os «individuos» são interpelados como sujeitos pelo direito. Esta interpelação é constitutiva do seu próprio ser jurídico, no sentido de que é esta interpelação «tu és um sujeito de direito», que lhes dá o poder concreto, que lhes permite uma prática concreta. «Sendo sujeito de direito, tu és capaz de adquirir e de (te) vender». Esta interpelação é interpelação por meio do conceito, do direito, do sujeito. Demonstrei noutro lugar⁽²³⁾ que a ideologia jurídica no seu funcionamento postula a relação necessária entre dois sujeitos; e que uma relação de direito nada mais é do que uma relação entre «pares de sujeitos». Demonstrei também⁽²⁴⁾ que a regra de direito era pensada como uma relação entre o direito e os sujeitos de direito, e que é a existência de um Sujeito (que é o que faz o direito, isto é, o Estado) que dá coerência e unidade à norma de direito, que só tem existência pela mediação dos sujeitos de direito. A sujeição do sujeito de direito ao Sujeito permite-lhe simultaneamente legitimar o seu poder fora de si, e operar o regresso ao poder. Esta

(22) ALTHUSSER, *ob. cit.*

(23) Cf. o nosso artigo citado em anexo.

(24) *Ibid.*

dupla «estrutura especular da ideologia»⁽²⁵⁾ isto é, esta estrutura de espelho duplo, assegura o funcionamento da ideologia jurídica de um lado, o sujeito de direito existe em nome do direito, isto é, o Direito dá-lhe o seu poder; ainda melhor: ele dá ao direito o poder de lhe dar um poder; por outro lado, o poder que ele deu ao direito regressa a ele: o poder do direito não é senão o poder dos sujeitos de direito: o Sujeito reconhece-se a si próprio nos sujeitos. O poder (a propriedade) no Poder (o Estado). O Estado ocupa, ideologicamente, este lugar, atribuído na Idade Média à Igreja. A Constituição de um Estado sujeito de direito assegura o funcionamento da ideologia jurídica.

2. *O que está oculto é o próprio funcionamento da ideologia jurídica.* Com isto pretendo dizer que este funcionamento bastando-se a si próprio, esta *suficiência* é ocultação no próprio funcionamento da sua *suficiência*. Dito de outro modo, o funcionamento da ideologia jurídica torna «inútil» a questão do seu funcionamento. Um pouco como o Deus de Descartes, o impulso ideológico faz avançar a máquina. A um Relógio apenas se pede que indique as horas e à Justiça que seja justa. *Basta* ao direito dizer que o Homem tem um Poder, que este Poder protege o seu Interesse, e que a sua vontade livre é uma vontade que quer o seu Interesse para «pôr em andamento» a ideologia jurídica. *A tautologia* é o processo último que permite agir sobre o real sem o denunciar, tanto «na consciência comum (...)» como entre os políticos e os juristas que, encarregados, pela divisão do trabalho, do culto deste conceito,

(25) ALTHUSSER, *ob. cit.*, p. 35.

vêm nele e não nas relações de produção, o verdadeiro fundamento de todas as relações de propriedade reais» (26).

3. *A relação do que é dito e do que está oculto é a própria prática que a designa.* Foi o que já antecipei. O direito ocupa este lugar único donde pode sancionar pelo constringimento a sua própria ideologia; isto é, tornar também *directamente* eficazes as relações de produção. Que estas relações de produção sejam tornadas juridicamente eficazes pela categoria primeira do sujeito de direito, revela bem a ligação imaginária dos indivíduos nas relações de produção; e a prática jurídica remete para a ideologia a sua própria prática; a do Código Civil, a do Código Penal, a dos Tribunais.

(26) MARX, na *Ideologia Alemã*, mostra-nos o movimento pelo qual os conceitos jurídicos «adquirem valor de potência misteriosa». «As anteriores relações de produção dos indivíduos entre si», escreve ele, «exprimem-se necessariamente também sob a forma de relações políticas e jurídicas. No quadro da divisão do trabalho, estas relações tornam-se autónomas em face dos indivíduos. Na linguagem qualquer relação exprime-se sob a forma de conceito. Se estes conceitos gerais adquirem o valor de potência misteriosa, tal é a consequência necessária do facto de que as relações reais, de que eles são a expressão, se tornaram autónomas. Além do valor que eles adquirem na consciência comum, estes conceitos gerais são afectados por um valor especial e desenvolvidos pelos políticos e pelos juristas, que encarregados, pela divisão do trabalho, do culto destes conceitos, vêm neles, e não nas relações de produção, o verdadeiro fundamento de todas as relações de propriedade reais. É esta ilusão que Sancho adopta de olhos fechados, conseguindo assim fazer da propriedade jurídica a base da propriedade privada e do conceito do direito a base da propriedade jurídica: pode logo, para qualquer crítica, limitar-se a denunciar o conceito de direito como conceito, como fantasma (...).» (p. 399-400).

Veremos então *animarem-se* estas categorias, vê-las-emos celebrar contratos de trabalho, vê-las-emos justificar condenações por greve ilícita, vê-las-emos aplicar as regras necessárias das relações de produção. Mais não direi: apenas que tratarei de mostrar o que as anima e não animá-las. O que move as marionettes encontra-se sempre nos bastidores.

II

A PRODUÇÃO JURÍDICA DO REAL

3 — A forma mercantil da criação

Terminei com o sujeito de direito. Serviu-me para abrir a via, isto é, para precisar o conceito fundamental da prática jurídica.

Presentemente, aquilo de que vou falar parecerá ser uma questão ínfima, minúscula, sem relação com a ambição que pretendia ter. Vai tratar-se, com efeito, do *direito da fotografia e do cinema*, isto é, duma questão mais do que modesta: a dos problemas jurídicos postos, levantados pela irrupção técnica e económica do cinema e da fotografia. Ora, acabaremos por descobrir que, nesta ínfima questão, se encontra *todo o direito condensado*, todas as formas que o governam, as visíveis e as invisíveis. Há também questões de estética, de economia e de filosofia. Mas tudo aquilo que estará em questão se revelará, se formará nos conceitos jurídicos. Quer dizer que nos contentaremos com fazer proferir ao direito o discurso que é o seu. Melhor: procuraremos «surpreendê-lo» no seu discurso, «surpreendido» pela fotografia e pelo cinema. Surpreendê-lo-emos na sua própria formação, na sua decomposição / re-composição, no seu processo de absorção destes novos modos de apreensão do real.

Com efeito aquilo que fundamentalmente estará em questão é a *produção jurídica do real*. Entendamo-nos bem: utilizarei presentemente noções jurídicas. Quando escrever *sujeito* será necessário entender *sujeito* de direito; quando escrever *objecto* ou *real* deve entender-se o real enquanto designa qualquer coisa que pode subsumir-se em categorias jurídicas, portanto, também, a categoria jurídica do real, isto é, o real como *objecto* de direito, susceptível de apropriação, de venda, de contratos. De igual modo, quando digo que se vai tratar da *produção jurídica do real*, entendo por tal que se tratará da *constituição do real* — ou da *re-constituição do real* — no direito e para o direito. Mais precisamente do processo que vai fazer do real um *objecto* de direito.

E já que falei do processo que constitui o real em *objecto* de direito segue-se tratar de pôr as condições jurídicas que permitem a um fotógrafo ou a um cineasta proferir o seu discurso de proprietário sobre um real que está «sempre-já» investido pela propriedade. Com efeito, e tal é este «paradoxo» espantoso, a «realidade» de que o cliché reproduz a imagem pertence sempre a alguém. E o paradoxo do paradoxo é o seguinte: se aquilo que eu reproduzo «pertence» a toda a gente, isto é, à comunidade nacional, por outras palavras se aquilo que eu reproduzo faz parte do domínio público (as ruas, os rios, os mares territoriais...) isso só se tornará minha propriedade sob a condição de que eu me reaproprie dela.

Se pois, de um lado, toda a *produção jurídica* é *produção* de um *sujeito* cuja essência é a propriedade e cuja actividade só pode ser a de um proprietário

privado⁽¹⁾, de outro lado, a actividade específica do cineasta ou do fotógrafo exerce-se sobre um real já investido pela propriedade comum privada (domínio público)⁽²⁾. O direito deve assim levar a cabo este «golpe de força» de criar uma categoria que permita a apropriação do que já está apropriado.

Adiantamos então o conceito de *sobre-apropriação do real*.

(1) Convém precisar duas coisas. Por um lado, todo o criador pode encontrar, na mesma ocasião, este «real» já investido pela propriedade. Penso em toda a jurisprudência relativa ao romance, onde os tribunais condenam o autor que apresentou, sob uma luz desfavorável, uma personagem «real». Contudo, a especificidade da fotografia e do cinema consiste numa re-produção «mecânica» do «real» e o que estava somente *latente* torna-se explícito. É assim, e tal é o segundo ponto, que a simples visão de uma rua faz «surgir» nela o carácter de propriedade privada comum, isto é, de uma propriedade que pertence a toda a gente... na determinação da propriedade privada.

(2) Este processo é ilustrado por Maihofer que, aplicando o conceito de *Gesellschaftliche Materie* de Ernst Bloch (isto é, que a uma estrutura concreta de existência social corresponde uma superestrutura de consciência social) escreve que: «A existência social do homem, nesta matéria social do mundo, «produz-se» como um processo permanente da objectivação do sujeito comprometido pela sua existência no mundo social exterior e da subjectivação dos objectos da matéria social na consciência social interior dos sujeitos assim comprometidos» («Direito e natureza das coisas na filosofia alemã do direito» *Ann. Fac. Dri*, Toulouse 1964 t XII fase I p. 130). Vê-se que o processo total é pensado como processo de um sujeito, isto é, na própria determinação do sujeito. Nem a articulação do sujeito sobre a infra-estrutura nem, por conseguinte, o conteúdo do sujeito são analisáveis. Vogamos no mar eterno do direito natural embarcados na nau do sujeito.

Secção I. — A sobre-apropriação do real

Este conceito designa o *conteúdo contraditório* da propriedade literária e artística que apresenta este carácter estranho, único, original de ser uma propriedade adquirida por sobreposição sobre uma propriedade já estabelecida. Este conceito designa, para nós, o nosso projecto concreto: o sujeito deve fazer «seu» o real, o fotógrafo deve poder ser proprietário deste «reflexo do real» (a sua fotografia) tal como o cineasta deve fazer sua aquela «ficção do real» que a sua máquina de filmar «produz» (o seu filme).

Mas, ao mesmo tempo, o que é «meu» opõe-se ao que é «teu»; o sujeito faz «seu» um real que é também de «outrem». O fotógrafo e o cineasta no mesmo momento em que investem o real da sua personalidade captam na sua «objectiva» a propriedade do outro: a sua imagem, o seu movimento, por vezes «a sua vida» privada.

Tal é o conteúdo concreto deste conceito. Ele constitui o lugar onde se elabora «o desconhecido» do direito; designa a criação como uma propriedade, o criador como um sujeito de direito, a «sociedade civil» como um domínio de trocas entre sujeitos proprietários. E torna «verdadeira» — isto é, pressupõe uma verdade impensada — uma prática que é real, quero dizer, uma prática jurídica. Ele é a própria eficácia da «crença» de que o homem é um sujeito de direito e torna esta eficácia eficaz.

A ideologia jurídica tem a existência material da prática jurídica.

Vou, deste modo, provar, como questão prévia, a validade deste conceito, estudando nos textos a constituição ideológica desta sobre-apropriação.

É necessário demonstrar *dois teoremas*: a propriedade literária e artística... é uma propriedade. A sua natureza de sobre-apropriação do real pressupõe que ela é produção de um sujeito de direito.

TEOREMA I. — A PROPRIEDADE LITERÁRIA E ARTÍSTICA É UMA PROPRIEDADE

Escólio 1: a propriedade literária e artística é imaterial

«Habitados a ver a propriedade apenas sob uma forma mais ou menos material e sempre tangível, dificilmente nos acostumamos a reconhecê-la sob esta forma nova e totalmente imaterial; estamos mesmo dispostos a negá-la porque já não lhe encontramos as suas características, a sua aparência normal»^(*).

O material da obra é «uma ideia essencialmente imaterial que, sempre distinta da matéria, continua a residir na inteligência do autor»^(*). O que permite a Balzac exclamar: «Quem pode pois impedir o reconhecimento da única propriedade que o homem criou, sem terra e sem pedra, uma propriedade que se acha constituída entre o céu e a terra, com a ajuda de

(*) PUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1894, p. 9.

(*) MORILLON, *Traité de législation comparée*, Paris, 1877, p. 454.

refugos, o negro de fumo tomado aos ossos, e os trapos deixados na via pública»⁽⁶⁾.

A ficção jurídica — a propriedade é um conceito de direito, «os caminhos de ferro não pertencem verdadeiramente aos accionistas mas aos estatutos»⁽⁶⁾ — permite, pelo funcionamento desta mesma ficção, franquear a *passagem* do invisível — a «inteligência», a «criação», o «génio» — ao visível — o imóvel, o «tangível», o «verdadeiro» — do imaterial ao material. O funcionamento da ficção denuncia o seu papel: trata-se de dar ao *invisível* — o pensamento do homem — o *carácter do visível* — a propriedade privada; já se sabia isso, sem o saber, não se podia deixar de saber que o invisível era o que é o visível, já que ele aparece no visível. Tal é, portanto, a eficácia da ficção.

Voltarei a este ponto.

Escólio 2: o que não impede de modo algum que ela seja propriedade

O coro dos proprietários:

O legislador: «De todas as propriedades, a menos susceptível de contestação é, sem dúvida alguma, a das produções do génio»⁽⁷⁾. «A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e, se me é permitido falar assim, a mais pessoal de todas as propriedades, é a obra, fruto do pensamento de um escritor»⁽⁸⁾.

(6) BALZAC, *Nota de 3 de Março de 1841, na Comm. Parlam. acerca da Revisão da lei sobre a propriedade literária*, citado por POTU, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910.

(7) MARX-ENGELS, *A ideologia alemã*, ob. cit., p. 399.

(7) LAKANAL, *redactor da lei de 1973*.

(8) LE CHAPPELLIER, *redactor da lei de 1971*.

Os escritores:

Lamartine: a ideia geral. «A propriedade e a sociedade identificaram-se de tal maneira uma com a outra que (...) o filósofo reconhece através de certos sinais que a ausência, a imperfeição ou a decadência da propriedade no seio dum povo, são por toda a parte a medida exacta da ausência, da imperfeição ou da decadência da sociedade» (*).

Victor Hugo: a aliança sagrada de todos os proprietários (incluso ele próprio). «Sentis actualmente a importância e a necessidade de defender a propriedade. Pois bem, começai pois por reconhecer a primeira e mais sagrada de todas, aquela que não é nem uma transmissão, nem uma aquisição, mas uma criação: a propriedade literária (...), reconciliai os artistas com a sociedade através da propriedade» (10).

Balzac: a ameaça revolucionária. «Deserdar a família dos autores em nome do interesse público, não seria isso preparar a ruína das outras propriedades» (11).

A passagem do invisível ao visível é demonstrada pela identificação de direito de toda a produção humana. *A ficção da igualdade de direito*, que remete fundamentalmente para o conceito jurídico de propriedade, permite a demonstração rigorosa: todo o «fruto» do homem amadurece na árvore da propriedade (liberdade).

A identificação jurídica é ao mesmo tempo, retorno à fonte jurídica do sagrado e do eterno.

(*) Discurso à Câmara, 1841.

(10) Ao Conselho de Estado, 30 de Setembro de 1849.

(11) Ob. Cit..

Escólio 3: pois ela tem a mesma origem de direito natural

Já se tinham pronunciado as palavras sagrado e legitimidade. O Tribunal de Paris vai pronunciar a *palavra mestra*. «A criação literária ou artística constitui em benefício do seu autor uma propriedade cujo fundamento se encontra no direito natural ou das gentes, mas cuja *exploração* é regulada pelo direito civil»⁽¹²⁾.

Eis o alicerce, o elemento original, o granito sobre o qual, em última instância, assenta toda a propriedade. E se o alicerce é o trabalho («(...) se procurarmos a propriedade nas suas origens depressa descobriremos que o direito de autor procede da mesma fonte: o trabalho») ⁽¹³⁾ é que o próprio trabalho se limita a objectivar a essência do homem, isto é, a propriedade.

Este primeiro teorema está encerrado na sua perenidade: a Propriedade demonstrou a propriedade. É preciso provar que esta propriedade pode, sem custo, já que tal é o seu ser, sobre-apropriar-se da Propriedade.

TEOREMA II. — DO QUE O REAL É PRODUÇÃO DO SUJEITO

O direito tem horror ao vazio: a terra chama pela propriedade. Ela tem sede de um senhor. Kant e Hegel demonstraram-no: o estatuto da vontade postula a apropriação privada de toda a natureza.

⁽¹²⁾ Paris, 8 de Dezembro de 1853, *Sirey*, 1954, II Parte p. 109.

⁽¹³⁾ *POUILLET, Ibid.*

Escólio 1: o domínio público é propriedade comum

Não pode contestar-se «o direito de visão que tem todo o indivíduo sobre tudo o que existe na rua: fachadas que a marginam, personagens e viaturas que nela circulam, numa palavra, sobre todas as cenas que aí se desenrolam e, por consequência, o direito de retratar tudo o que vê para reproduzir em postais ilustrados ou em bandas cinematográficas (...) (1^o bis)» porquanto, «as ruas, as cidades, as regiões, os locais pitorescos, são de direito público no que respeita à sua reprodução pela indústria fotográfica (...) (1^o ter.)».

A dedução jurídica é perfeita: eu tenho o direito de fotografar o que está à minha vista, sob a condição, é claro, de que recrie aquilo que fotografo. De outro modo a minha fotografia mais não revelaria do que esta coisa: a natureza está já apropriada.

Escólio 2: a propriedade pode inscrever-se aí sem custo

Tratar-se-ia com efeito de uma «apropriação pessoal que não prejudica ninguém»⁽¹⁴⁾. Esta vocação do Domínio Público torna eficaz a articulação da criação sobre o real.

(1^o bis) Trib. Paix, Narbonne, Março 1905, D 1905, 2 389,

(1^o ter) Tribunal do Comércio, Seine 7 de Março 1861 DP. 3.32.

(14) PATAILLE, *Code international de propriété industrielle artistique et littéraire*, 66 135, Paris, 1865.

Escólio 3: sob a condição de ser «criação» e não «reprodução»

Eis a *chave jurídica* da criação. Se eu me limitar a reproduzir o domínio público não terei direito à protecção da lei «porque um produto natural que não é estilizado (entendamos por isso que não é investido pela personalidade) pertence ao domínio público»⁽¹⁶⁾. O mesmo é dizer que «a reprodução de aspectos naturais» ou, melhor a «reprodução da obra da natureza»⁽¹⁶⁾ é antinómica de uma apropriação.

O domínio público revela assim a sua verdadeira natureza de expressão geral abstracta da propriedade⁽¹⁷⁾.

Eu explico-me. O direito diz-nos: as ruas pertencem a toda a gente tal como os locais, as paisagens... Para me apropriar «intelectualmente» daquilo que pertence a toda a gente devo, não reproduzi-lo porque mais não faria do que expor o que pertence a toda a gente

⁽¹⁶⁾ Tribunal de Grand Instance, Paris, 6 de Janeiro de 1969, *Revue internationale des droits d'auteur*, Julho 1970, p. 148.

⁽¹⁶⁾ Chambéry, 18 de Maio 1962, *Dalloz* 1962, p. 599.

⁽¹⁷⁾ Consideremos um único exemplo: os juizes que recusam atribuir um bem a uma ou outra das pessoas que o reivindicam, cometem a denegação da justiça (art. 4.º Cod. Civ.) mesmo se o pretexto invocado consiste em dizer que nenhuma das partes provou a superioridade do seu direito (Cass. civ. 16 de Abril 70 D 70 474 nota Contamine-Raynaud). Como nota o comentador, parte-se do postulado de «que o bem pertence necessariamente a alguém» e «que o direito de propriedade não pode perder-se mas apenas transmitir-se». Esta sentença lembra Pachukanis: «O direito de propriedade é um direito absoluto, estável, que segue a coisa por toda a parte onde o acaso a lance e que, desde que a civilização burguesa estendeu o seu domínio a todo o globo, é protegido no mundo inteiro por leis, pela policia e pelos tribunais» (Pachukanis, *ob. cit.*, p. 105).

— mas produzi-lo. Isto foi maravilhosamente expresso por Portalis. No caso da propriedade literária e artística, disse ele, «não existe somente propriedade por apropriação como dizem os filósofos, mas propriedade por natureza, por essência, por indivisão, por indivisibilidade do objecto e do sujeito». Propriedade por «indivisibilidade do objecto e do sujeito». Considero esta formulação exemplar. O objecto, o real, deve tornar-se, para ser «apropriado», o próprio sujeito. O real deve tornar-se a produção do sujeito para ser protegido pela lei.

Equacionei tudo o que queria equacionar. Entrei na prática como um aventureiro: tomando a sério os conceitos do direito. Posso presentemente fazer proferir à prática o seu mais prosaico discurso: o dos tribunais.

Secção II. — O homem e a máquina

Já anunciei o meu *projecto*: a descrição do processo que constitui o real em objecto de direito. Já anunciei a *contradição*: o fotógrafo, o cineasta produzem o real. Mas nesta produção encontram um real que pertence já a outrem. O fotógrafo pode muito bem fotografar um rosto, mas este rosto pertence a alguém, o fotografado, que é seu proprietário. A produção do sujeito encontra assim a sua necessária limitação no próprio sujeito. Esta tese exigirá o seu conceito: a *forma sujeito de direito*. Trataremos de construí-lo, sem perder de vista o movimento que anima a nossa cena: o sujeito de direito põe em causa aquilo que ele tinha necessariamente consentido à «objectividade» do real: a sua própria negação.

Queria estudar mais de perto «a história» jurídica da criação fotográfica e cinematográfica. *Esta história decorre em dois actos.* O direito apenas conhecia a arte «manual», o pincel, o cinzel..., ou a arte «abstracta», a escrita. A erupção das técnicas modernas de (re)produção do real, (aparelhos fotográficos, máquinas de filmar) vão surpreendê-lo na quietude das suas categorias. Um fotógrafo que não faz mais do que premir um botão, um cineasta que dá voltas a uma manivela, são criadores? A sua (re)produção significa sobre-apropriação do real?

O direito, surpreendido pela questão, dá a sua primeira resposta «resistindo». O homem que mexe uma manivela ou o que acciona um manípulo não são criadores: são máquinas. A resistência do direito passa em primeiro lugar pela *denegação* do sujeito de direito. O trabalho deste indivíduo é um *trabalho sem alma*. *Tal é o primeiro acto.*

O segundo acto é a passagem do trabalho sem alma à alma do trabalho. O tempo da resistência não era economicamente neutro. Era o tempo do artesanato. A tomada em consideração das técnicas cinematográficas e fotográficas pela indústria vai produzir uma reviravolta radical: o fotógrafo e o cineasta devem tornar-se criadores sob pena de fazer perder à indústria o benefício da protecção legal.

Esta «evolução» estudá-la-ei no próprio trabalho das categorias jurídicas, isto é, no visível do direito e chamarei — em meu socorro — o invisível do direito, para fazer compreender a intriga da nossa peça.

I. DO HOMEM-MÁQUINA...

O que vou analisar é, pois, uma *etapa histórica*: a do *nascimento jurídico da fotografia e do cinema*. Há, neste nascer, a forma da relação entre o homem e a máquina, a forma da relação do trabalhador com a máquina. Esta forma dá-no-la o direito naquele lugar privilegiado da alma burguesa a que se convencionou chamar: a criação. Já antes se disse: está-se no tempo do trabalho sem alma, e é um tempo *economicamente morto*: o do artesenato. O direito vai revelar esse escândalo, que para ele não o é: o sujeito pode desaparecer na máquina, pode desintegrar-se na «mecânica». Tal como o proletário «servindo a máquina» se esvazia da sua liberdade pelo uso da sua força de trabalho, do mesmo modo o fotógrafo deixa a sua liberdade criadora pondo-se «ao serviço» do seu aparelho. O fotógrafo de 1860 é o *proletário da criação*: ele faz corpo com o seu instrumento.

Ao subir do pano de boca, o cântico do espírito ilustrado: « Um pintor não é somente um copista, é um criador. Assim como um músico não seria um artista se se limitasse a imitar, com a ajuda de uma orquestra, o barulho de um caldeirão ao lume ou dum martelo sobre a bigorna, de igual modo um pintor não seria um criador se se limitasse a decalcar a natureza, sem escolher, sem sentir, sem embelezar. É este servilismo da fotografia que me faz desprezar profundamente tal invenção do acaso, que jamais será uma arte, mas um plágio da natureza pela óptica. Será arte a reflexão dum copo num papel? Não, é uma exposição ao sol apanhada em flagrante por um

trabalhador manual qualquer. Mas onde está a concepção do homem? Onde está a escolha? No cristal, talvez. Mas não, de certo, no Homem (...)»⁽¹⁸⁾. E Lamartine tem esta frase soberba: «O fotógrafo jamais distituirá o pintor; um é um Homem, o outro é uma máquina. Não os comparemos»⁽¹⁹⁾.

Os juristas não podem satisfazer-se com o sentimento: eles têm necessidade de rigor⁽²⁰⁾, mesmo se este rigor demonstra o seu sentimento. Como se prova juridicamente um trabalho sem alma? Pela análise dos seus produtos: a um produto sem alma, trabalho sem alma.

O produto (a chapa fotográfica) é *sem alma*, dado que só a máquina age e o fotógrafo «somente aprendeu a pô-la convenientemente em acção (...) e a preparar as operações químicas que devem reproduzir (...). A sua arte reduz-se a um processo puramente mecânico, no qual pode mostrar mais ou menos habilidade, mas sem que possa ser equiparado aos que professam as belas-artes, nas quais operam o espírito e a imagi-

(18) LAMARTINE, *Cours familier de littérature. Entretiens sur Léopold Robert*, t. VI, p. 140, ed. 1848.

(19) *Ibid.*. Cfr. também a declaração escrita, na época por membros do Instituto: «(...) considerando que a fotografia se resume a uma série de operações, todas elas manuais, que necessitam sem dúvida de um certo hábito nas manipulações que implicam, mas que as operações que daí resultam não podem, em nenhuma circunstância, ser assimiladas às obras, fruto da inteligência e do estudo da arte (...)».

(20) «Num estado moderno, o direito não deve corresponder somente à situação económica geral e ser sua expressão, ele deve ser uma expressão coerente em si próprio que, não se ridicularize a si próprio por contradições internas». (Engels, Carta a Conrad Schmidt, 27 de Outubro 1890).

nação, e algumas vezes o génio formado pelos preceitos da arte»⁽²¹⁾. Com efeito, «a arte do fotógrafo não consiste na criação de sujeitos da sua própria criação, mas na obtenção de clichés e, conseqüentemente, na tiragem de provas reproduzindo servilmente, por meios mecânicos, a imagem de objectos de qualquer natureza»⁽²²⁾.

O esforço dos juristas vai incidir sobre a própria análise do processo da criação. O que importa é que o sujeito esteja sempre presente na criação. Que ele desapareça, *o espaço de um relâmpago* e a sua ausência designará a sua natureza: era «maquinal».

«Todo o trabalho intelectual e artístico do fotógrafo é anterior à execução material (...). Quando a ideia se traduz num produto, qualquer equiparação (à arte) torna-se impossível (...). A luz fez a sua obra, um agente esplêndido mas independente realizou tudo (...), a personalidade terá faltado ao produto no momento exacto em que, essa personalidade lhe podia conceder protecção»⁽²³⁾.

O trabalho do homem é «desqualificado» num trabalho mecânico. Ainda melhor: não se podendo realizar a obra senão através de *meios artísticos*; a utilização em si de uma máquina não pode veicular o pensamento do artista⁽²⁴⁾. Por outras palavras, o *fim*

(21) Tribunal de commerce, Turin, 25 de Outubro 1861, citado por POTU, *La Protection des œuvres photographiques en droit français*. Revue trimestrielle de droit civil 1910, p. 723 sq.

(22) Tribunal de commerce, Seine, 7 de Março de 1861, «Dalloz-périodiques», 1861, III part., p. 32.

(23) *Conclusões do advogado imperial Thomas*, em «Annales de la prop. ind.», 1855, p. 405.

(24) COPPER, *L'Art et la Loi*, n.º 23, p. 45.

(produção do sujeito) reenvia para os *meios* (produção do sujeito) e os meios para o fim. O raciocínio recursivo é simultaneamente justificação e teologia.

Segue-se que um tal «trabalho mecânico não pode, desde logo, dar origem a produtos que possam justamente ser colocados entre as produções do espírito humano»⁽²⁵⁾. A consequência jurídica é radical uma vez que «esta indústria não poderia ser equiparada à arte do pintor ou do desenhador que cria, apenas com os recursos da sua imaginação, composições e temas, ou então, que interpreta, segundo o seu sentimento pessoal, os pontos de vista que a natureza lhe oferece e que, em seu interesse, constituem uma propriedade», o fotógrafo «que fixa um cliché, para a representação dos lugares ou dos monumentos públicos, constitui apenas um *instrumento industrial* que não implica qualquer privilégio (...)»⁽²⁶⁾.

Faltava aí o Belo e o Verdadeiro. O professor Savatier não frustra a nossa expectativa: pois que, por um lado, «o verdadeiro não se confunde necessariamente com a arte» e que, por outro lado, a fotografia é «em si um processo mecânico de reprodução que não tem outro interesse senão a verdade fisicamente exacta da impressão que ela toma das formas reais»⁽²⁷⁾, a reprodução exclui o sujeito criador do belo.

(25) *Tribunal de commerce*, Turim, já citado.

(26) *Tribunal de Commerce*, Seine, 7 de Março de 1861, já citado; *ibid.*, 29 de Janeiro de 1862, «Dalloz-periodiques», 1962, III parte, p. 8; Paris, 10 de Abril de 1862, Sirey, 1863, I parte, p. 41.

(27) SAVATIER, *Le Droit de l'art et des lettres*, «Lib. gen. de droit e de jurisprudences», 1953, n.º 96-99.

Pensava-se que todo o homem era sujeito de direito; tal era-nos afirmado nos textos sacramentais, as suas causas eram-nos explicadas. A prática jurídica, nesses tempos heróicos, diz-nos, preto no branco: a actividade de um homem pode ser a simples actividade de uma máquina e a sua própria actividade o transforma em máquina. O direito, repito-o, disse-o apenas naquele momento do nascimento da fotografia, quando ele ainda não «sabia» que a fotografia podia ser uma arte, quando ele não sabia ainda que o cinema podia, graças à indústria, ter assento na Academia francesa.

Porque, para os tribunais, *fotografia e cinema são então da mesma natureza*. A única diferença é que este «mexe». Mas, precisamente, a própria análise do movimento será remetida para a máquina e o cinema surgirá conseqüentemente como produção da máquina. «Se é exacto pretender que a montagem e a composição de quadros podem oferecer um carácter artístico, o movimento de que são dotadas as próprias projecções não é devido ao autor nem aos executantes, mas antes à máquina especial por meio da qual este movimento é obtido e à ilusão óptica ocasionada pela sucessão ininterrupta de quadros diante da objectiva e pela sua projecção sobre uma pantalha»⁽²²⁾.

Dito de outro modo, por um lado, o cinema é assimilado a uma série de fotografias — sendo o autor «aquele que dispôs em primeiro lugar o seu tema (...), que se certificou da colocação, isto é, se o ponto

(22) PAU, 18 de Novembro de 1904, *Dalloz*, 1910, II part., p. 81.

importante da cena a reproduzir se encontrava bem no centro do vidro fumado»⁽²⁹⁾ — e, por outro lado, o movimento de que são animadas as fotografias não é devido a nada que seja diferente de uma máquina.

Daí resultará não só que a re-produção do real não será, de modo algum, criação artística — o cinema sendo então juridicamente assimilado aos «espectáculos de curiosidades», as bobines vendendo-se ao metro⁽³⁰⁾ — mas ainda que a reprodução de uma produção — tal como uma representação teatral — na medida em que é realizada graças «a meios de processos industriais, entra (também) na definição dos espectáculos de curiosidades»⁽³¹⁾.

O corpo sem alma da máquina, a frieza da objectiva reproduzem o que se quis que eles sejam e que se tinha medo que fossem: a multidão, a turba, o povo.

O que é isso senão opor «a mecânica à inteligência (...), a impersonalidade do técnico à personalidade do artesão, o anonimato ao individualismo do talento»?⁽³²⁾. Numa palavra o que é isso senão opor «a matéria ao espírito»?⁽³³⁾.

(29) Tribunal civil, Seine, 10 de Fevereiro de 1905, *Dalloz*, 1905, II part., p. 389; cfr. também MRIGNEN, DUMOURET, *Code du cinéma* 1924: «A fotografia encontra-se na origem do cinema, e um filme é em suma apenas a reunião de fotografias cuja sucessão na pantalha dá a ilusão do movimento e da vida».

(30) P. LEGLISE, *Histoire de la politique du cinéma français*, «Lib. gen. de droit et de jurisprudences», 1970, p. 9 sq..

(31) Tribunal de simples polícia, Marselha 30 de Janeiro 1913 *Dalloz*, Sommaire 23.

(32) ELIE FAURE, *Fontion du cinéma*, «Méditations», p. 123.

(33) *Ibid.*, p. 124.

«Na verdade», diz o tribunal de polícia de Hyères em 1912⁽²⁴⁾, «os espectáculos cinematográficos (...) não são feitos para o *mesmo público* dos teatros (...); eles propõem-se antes excitar, e por vezes espantar a *curiosidade* pública, muito mais do que despertar e desenvolver o sentimento *estético* dos espectadores». E a primeira decisão da censura interditava os filmes com quatro cortes capitais, nestes termos: «É indispensável interditar radicalmente todos os espectáculos deste género, susceptíveis de provocar manifestações que perturbem a ordem e tranquilidade pública»⁽²⁵⁾.

Todo o problema da censura reside assim na ilusão de realidade que a máquina «re-produz», «bem ou mal». O jurista, sancionador e «teórico» da ordem, por seu turno, mais não vê aí do que *necessidade*. «Por um lado, com efeito, o cinema não poderia passar sem censura porque constitui uma representação visual exacta da *realidade* e se destina a um *público ilimitado*. Ora é bem evidente que existem realidades que não podem ser mostradas a *qualquer pessoa* e que existem outras que não se poriam em *imagens*. Também uma liberdade absoluta não é *tecnicamente* concebível»⁽²⁶⁾.

O medo não tem fronteiras e mostra-se com profundezas teológicas. É o caso daquele processo assombroso que correu entre um produtor e um empresário que se recusava a projectar um filme sobre a Paixão

(24) 18 out. 1912, «Bull. Spec. des Just. de Paix», 1913, p. 27.

(25) Telegrama do ministro do Interior citado por LEGLISE, *ob. cit.*, p. 60.

(26) DEMICHEL, *Des Pouvoirs du maire en matière de police du cinéma*, «Ann. Université Lyon, Etudes économiques et politiques», 1960, fasc. 20, p. 8.

de Jesus Cristo, pois via nele um crime perpetrado por ordem das autoridades da época! (37).

A máquina é o lugar do combate entre o anjo e a besta e, pior do que tudo, ela reproduz esse próprio combate. O mesmo é dizer, então, que da máquina re-produção à «máquina de embrutecimento e de dissolução que não passa de um passatempo de iletrados ignorantes e de criaturas miseráveis embrutecidas pela dura necessidade» (38), não há solução de continuidade.

É assim esta primeira fotografia do direito, esta fotografia da sua resistência, fixada na sua pose eterna. Mas, e é o segundo acto, antecipo já que a tomada em consideração da fotografia e do cinema pela indústria vai produzir os mais inesperados efeitos jurídicos: o fotógrafo sem alma vai ser entronizado como artista, o cineasta como criador, *logo que as relações de produção o exigirem.*

Poder-se-á então concretamente pôr a questão «insólita» por excelência: o que é pois essa alma — quer dizer: a criação — que depende em última instância das relações de produção?

II. ...AO SUJEITO CRIADOR

A importância económica da fotografia e do cinema acabaria por levar a uma revisão fundamental. O que nos propomos demonstrar, e descrever, não é o processo económico enquanto tal, mas, ao mesmo tempo, a maneira como *este processo é reproduzido no direito*, e a maneira como o *direito o torna eficaz.*

(37) LEGLISE, *ob. cit.*, p. 65.

(38) DUHAMEL, *Scènes de la vie future*, p. 58.

Em 1910, já se podia escrever que a fotografia «faz viver milhares de pessoas: fotógrafos profissionais, fabricantes, operários, que seriam profundamente lesados se a lei não os protegesse contra concorrentes desprovidos de escrúpulos. Finalmente e sobretudo, a fotografia deu origem a uma multidão de processos e de aplicações químicas, mecânicas e industriais que hoje alimentam uma indústria florescente»⁽³⁹⁾. Desde 1880 que se notava um aumento considerável dos processos, paralelamente a «uma extensão considerável do número de fotógrafos, amadores ou profissionais, e da aplicação da fotografia nas diferentes indústrias»⁽⁴⁰⁾. Isso levava, por exemplo, ao voto emitido, em 1898, pela Sociedade Alemã para protecção legal da fotografia: «É desejável (...) 2. que a reprodução das fotografias seja igualmente proibida, quando ela é utilizada em obras de indústria, de fábricas artesanais, ou de manufacturas».

Bulloz, que escrevia mais ou menos pela mesma época, depois de ter notado «que em França há mais de 50 000 pessoas que vivem da fotografia e que a exportação dos seus produtos é da ordem dos milhões», acrescentava, com ingénua astúcia que recusar-lhes a protecção da lei equivaleria a «colocar os fotógrafos à mercê de todos os contrafactores e precisamente a destruir entre eles todos aqueles que têm sentido artístico (...)»⁽⁴¹⁾.

Vê-se que o reconhecimento artístico da fotografia e, conseqüentemente, o reconhecimento da qualidade de

(39) POTU, *ob. cit.*, n.º 2.

(40) *Ibid.*, n.º 10.

(41) *La Propriété photographique et la loi française.*

criador ao fotógrafo se tornava uma *necessidade* da indústria. Estas novas forças produtivas tinham de encontrar os meios da sua eficácia. Essa eficácia disfarçava-se, precisamente aqui, de «estética».

Paralelamente, punha-se o problema da duração da protecção (monopólio) fazendo valer que «compete ao legislador verificar se a duração do privilégio de reprodução é suficiente para encorajar os artistas e, ao mesmo tempo, verificar se esta duração não é, pelo contrário, demasiado considerável tanto em relação ao esforço pessoal do autor como em relação à perturbação que essas restrições exorbitantes do direito comum vão trazer ao comércio geral»⁽⁴²⁾.

Vemos assim subtilmente misturadas considerações pseudo-estéticas com considerações francamente mercantis. Melhor ainda: *a estética é subordinada ao comércio*.

Por outras palavras, o «comércio» impunha as suas leis sob um duplo título: ao nível do necessário reconhecimento do *direito de autor*, e ao nível da *necessária limitação* deste reconhecimento.

Com efeito, se não há dúvida de que são os capitais investidos na indústria cinematográfica e fotográfica que levaram a esta reviravolta radical, é também evidente que a *reviravolta jurídica* — a que eufemisticamente se chama «mudança de orientação jurisprudencial» — deu à indústria os «meios» da sua produção. Estas exigências não excluem certamente a arte fotográfica como tal, mas explicam a sua eficácia jurídica e portanto económica.

Lembrando-se «bruscamente», de que a lei não defenia «os caracteres que constituem, para um produto

(42) COPPER, *L'art et la loi*, p. 45.

artístico, uma criação do espírito ou do génio»⁽⁴³⁾, os tribunais vão utilizar o conceito de «marca da personalidade», para arrancar a fotografia à máquina, e fazê-la entrar no âmbito do sujeito.

A emergência deste conceito far-se-á a um duplo preço: através da substituição da máquina pela *técnica*, suporte da actividade do sujeito, e portanto pela intervenção do sujeito, como tal, no processo de reprodução. É assim que a *técnica*, como meio e já não como fim em si, permite ao sujeito afirmar-se, e que o sujeito só pode afirmar-se pela *mediação de uma técnica* que lhe permite investir o real e fazer dele o seu domínio privado. A *subjectivação da máquina* inverte a relação fim-meio. O trabalho da máquina torna-se trabalho do sujeito, e esse trabalho é apenas um meio da própria criação. A criação já não está subordinada aos «meios» da criação, são os meios que estão subordinados à finalidade da criação. Tal equivale a dizer que a máquina perde o seu «ser» e que se torna o meio de ser do sujeito. É sob esta condição, que ela se torna digna de protecção «como produto utilizável do trabalho»⁽⁴⁴⁾. E o inefável Lamartine podia, mudando de montagem,

(43) *Tribunal de Cassação*, 28 Nov. 1862, «Anais da propriedade industrial», 1862, p. 420.

(44) BRUNO MEYER, *Das Neue Photographische Schutzgesetz nach dem Regierungsentwurfe*, 1903; cf. também POUILLET *De la protection des oeuvres photographiques en France*, t. II, p. 55: «Pouco importa que a execução seja resultado de um trabalho puramente material, mecânico, visto que este trabalho é apenas o meio de tornar perceptível a criação, a produção do espírito etc.». Para FERRARA, *La Conoscione economica dei diritti su beni immateriali*, Nápoles, 1910, «qualquer produção artística constitui sempre um trabalho que tem a mesma natureza e dá origem aos mesmos direitos».

exclamar sem vergonha que a fotografia, «é mais do que uma arte, é um fenómeno solar em que o artista colabora com o sol»⁽⁴⁵⁾. Nada menos!

A máquina torna-se assim o lugar de um trabalho humano; ela é mediação «técnica» da produção do sujeito. Mas não é o lugar de um trabalho qualquer, é ainda necessário que, tornada pura mediação, ela deixe o sujeito «investir» o real.

Por outras palavras, a fotografia apenas beneficia da protecção legal sob a «condição de trazer a marca intelectual do seu autor, cunho indispensável para dar à obra o carácter de individualidade necessário para que haja criação»⁽⁴⁶⁾. Melhor ainda: a obra deve reflectir a personalidade do seu autor e revelar «o esforço e o trabalho pessoal daquele susceptível de o individualizar»⁽⁴⁷⁾.

O mesmo é dizer que, se o aparelho fotográfico entrou claramente no âmbito do sujeito, é, por seu turno, dominado por ele: aqui como lá o real só pertence ao sujeito desde que este o invista: (se *apodere* dele).

O processo é significativo: a máquina só regressa ao sujeito dentro dos *limites* da relação fundamental sujeito / criação do real. De tal maneira que, tão

(45) *Cours familier de littérature*, «Entretien 37», p. 25, 4; Lyon, 5 de Fevereiro de 1954, *Juris-Classeur périodique*, 1955, II parte, 8564. O autor tem direito à protecção desde que «graças aos seus conhecimentos técnicos e profissionais (...) soube criar uma obra original nova».

(46) Cour de cassation, chambre civile, I, 23 de Junho de 1959, *Daloz*, 1959, p. 384.

(47) Cour de Cassation, chambre criminelle, 7 de Dezembro de 1961, *Daloz*, 1962, p. 550.

depressa o real deixa de aparecer como «criado» pelo sujeito, a máquina volta a encontrar magicamente a sua função inicial de reprodução. Se eu utilizar, sobre uma nota de banco, uma fotografia aérea da cidade integrando-a num novo conjunto, não posso ser censurado por isso, pois não houve apenas uma re-produção de um sítio natural⁽⁴⁸⁾; se me contentar em tirar a fotografia de um lago em que voguem por acaso, seis barcos à vela, é certo que há aí uma escolha feliz, mas é mais um produto da complacência do acaso do que da criação artística⁽⁴⁹⁾. Em resumo, mesmo a reprodução fotográfica de uma graciosa rapariga não é suficiente para caracterizar a apropriação intelectual, pois «os simples traços de um rosto (...) não são susceptíveis de apropriação»⁽⁵⁰⁾.

(48) Sena, 31 de Maio de 1944, *Dalloz*, 1946, p. 117.

(49) Cour de Cassation, chambre civile, 23 de Junho de 1959, já citado.

(50) Sena, 3 de Março de 1943, *Dalloz*, 1946, p. 117. Convém dizer que a própria lei oscila na ambiguidade do conceito de tomar posse do real pela personalidade declarando que «nomeadamente são consideradas como obras de espírito (...) as obras fotográficas de carácter artístico ou documental (...) (art. 3.º, lei de 11 de Março de 1957). Isso implica uma «dupla» ligação (artística ou documental) ao real. Inútil será dizer que é viva a disputa jurídica acerca do que deve entender-se por «artístico» ou «documental». Consideremos dois exemplos: tratando-se da fotografia, do aparelho Morane-Saulnier, que tinha sido utilizada num selo de correio, o tribunal administrativo de Paris julgava em 20-2-1962 que esta obra fotográfica «em razão da habilidade técnica necessária para a sua execução, da maneira como os traços principais do objecto reproduzido estão postos em evidência e do valor informação que resultou destas operações, possui o cunho pessoal do autor a cujo saber é devida e assume um carácter documental». O que significa que o

A marcha das forças produtivas capitalistas realiza-se concretamente neste lugar, o do sujeito de direito. E esta realização toma a própria forma do sujeito: toda a produção é produção de um sujeito. Um sujeito, melhor dizendo, essa categoria em que o trabalho qualifica qualquer produção do homem como produção de propriedade privada.

A vontade do homem é a alma da natureza exterior, e esta alma é a propriedade privada, pois é próprio do destino do homem, como sujeito de direito, «tomar posse desta natureza como sua propriedade privada»⁽⁵¹⁾.

Desde o momento em que as forças produtivas exigiram, para o seu bom funcionamento, que esses produtos fossem protegidos pela lei sobre a propriedade literária e artística, bastou-lhe dizer: a máquina

carácter documental existe apenas em virtude da personalidade do criador. O Conselho de Estado iria estatuir em sentido contrário depois de o ministro ter feito observar que o carácter documental só existe na medida em que é um «prolongamento» do carácter artístico e onde não se trate de simples reprodução «impessoal» de um objecto, considerando que o cliché «que não apresenta qualquer carácter artístico não poderia, por maioria de razão, ser olhado como uma obra de carácter documental» (26 de Abril de 1963, Conclusões Chardeau, nota de Desbois, Dalloz, 1964, p. 124). A indústria e o comércio vêm a misturar-se, já que o Tribunal de Paris, numa sentença de 26 de Abril de 1969 (*Juris-Classeur periodique*, fasc. 4) reconheceu carácter documental a uma fotografia de manómetro na medida em que ela ilustra o texto, e que além disso, «o cliché foi utilizado para uma publicação com fins comerciais, o que demonstra o interesse atribuído ao documento». A anomalia é ainda aqui flagrante: a prova do carácter documental em nada mais residiria do que na sua utilização comercial.

⁽⁵¹⁾ K. MARX, *O Capital*, ob. cit., t. III, p. 8, n.º 4.

transmite a alma do sujeito. Quer dizer que lhe basta trocar os termos numa mesma estrutura: a máquina sem alma torna-se a alma da máquina.

Tais são os «imperceptíveis processos sociais que (...) estão sempre sub-jacentes (aos processos do Palácio de Justiça) e que constituem a prática burguesa» (59).

Secção III. — Processo do capital e processo criador

O fotógrafo é um homem solitário, a sua produção é a de um sujeito. É certo que a indústria fotográfica tomou em conta a criação, e isso foi já suficiente para dizer que o fotógrafo era um criador, mas ela deixou-lhe o seu instrumento de trabalho, o aparelho fotográfico. *O fotógrafo é um artesão.*

O que vou estudar presentemente, são os efeitos inteiramente extraordinários de uma produção artística industrializada, ou seja, de uma produção em que se realiza ao mesmo tempo a socialização da produção, da troca e do consumo. O que me proponho estudar, no processo prodigioso de um *produto artístico* submetido de uma ponta à outra — e de parte a parte — à *lei do capital*, em que o processo do capital se torna o próprio processo da criação intelectual, em que a forma mercantil deste produto se torna a produção do próprio produto, o que me proponho estudar, é o destino da nossa eterna categoria de sujeito (de direito). E, também e ao mesmo tempo, o destino do nosso real (de direito). Este duplo destino é prodigioso. É o da economia e do cinema. O meu projecto torna-se, neste ponto, ambicioso e devo fundamentar

(59) BRECHT, *Sur le Cinéma*, «L'Arche», p. 220-221.

a minha demonstração. Ela assenta sobre uma *tese fundamental*: a socialização da indústria cinematográfica produz a socialização do sujeito criador, um *sujeito colectivo*. Ela produz uma socialização do real: o desenrolar do acontecimento.

Repito-o: o meu propósito confessado é jurídico. Mas esta confissão nasce noutro lado que não no direito: nas relações de produção.

É por aí que começarei.

I. ECONOMIA E CINEMA

O cinema, que assenta numa base técnica industrializável, «concedia aos homens de negócios o que o teatro sempre lhes tinha recusado: uma indústria dos espectáculos, e não havia razão já que, tecnicamente, tal era possível, para que produção e mercado não fossem concentrados»⁽⁵³⁾.

Nos Estados Unidos: o controle dos industriais e dos banqueiros sobre a indústria nascente fez-se em três etapas: controle pelo *competitive small business*, de 1896 a 1908; conflito entre trustes, cada empresa querendo adquirir o controle absoluto (de 1909 a 1929); de 1929 aos nossos dias «graças à invenção do som, que ela controla, a grande banca toma posição»⁽⁵⁴⁾.

O capitalismo teve de adaptar os seus métodos de produção-distribuição-consumo a este produto «intelectual» que é o filme. Esta adaptação teve de ter em conta a especificidade do consumo que faz correr grandes riscos. Isso já fora notado pelos juristas. Dou dois exemplos: um francês outro estrangeiro.

(53) MERCILLON, *Le Cinéma américain*, p. 51.

(54) *Ibid.*, p. 3.

França: «Os problemas jurídicos nascidos do fenómeno «cinema» são problemas novos cuja solução deve ter em conta as exigências modernas da vida dos negócios, a necessidade de andar rápido e de simplificar, pelo facto de o cinema ser uma indústria poderosa empregando dezenas de milhares de empregados. As subtilezas jurídicas devem ceder o passo às considerações práticas da flexibilidade das instituições, da simplicidade das regras, da comodidade dos processos e dos métodos (...)»⁽⁵⁵⁾.

Alemanha: o autor do filme «fabrica em grande quantidade uma mercadoria que importa escoar pelo mundo inteiro. Deste facto e do facto do risco comercial que isso engendra, pesa sobre ele um maior encargo económico (...) a sua produção encontra-se inteiramente centrada sobre o fabrico de uma mercadoria que é necessário escoar (...) deve prever reservas. Ele é bem mais tributário da época, dos gostos do público, da actualidade do assunto e da concorrência mundial do que um director de teatro na sua cidade»⁽⁵⁶⁾.

A apropriação do capital industrial e financeiro sobre os *meios materiais de produção* (instrumentos, máquinas...) foi necessariamente acompanhada por umá *monopolização do «material humano»*, enquanto elemento original da produção cinematográfica. No que respeita ao cinema americano, ela inflectiu em duas direcções: monopolização da *matéria prima intelectual* — compra de livros, de novelas, de *best sellers* — e fundamentalmente monopolização da *mão de obra intelectual por*

(55) HURET, *Droits d'auteur et cinéma*, These Paris, 1945.

(56) *Première Chambre Civile, Cour de cassation allemande*, 16 de Junho de 1923, «citado por Brecht», *ob. cit.*, p. 197.

contrato. «As companhias constituíram um verdadeiro *pool* do talento e muniram-se de vedetas, de realizadores, de cenaristas, de técnicos»⁽⁵⁷⁾. O contrato surge como o instrumento privilegiado da dominação capitalista. Ele designa a mercantilização do homem enquanto objecto de direito. O *star system* é disso uma ilustração perfeita. Os contratos são draconianos: a vedeta contratada perde uma grande parte da sua liberdade; ai está previsto não só a organização da sua vida pública mas também da sua vida privada. A ruptura do contrato origina a inscrição numa lista negra...⁽⁵⁸⁾... Quanto aos salários extravagantes eles são apenas uma peça ideológica deste sistema.

Em suma, o filme é uma mercadoria submetida à «lei do lucro» e todos os que nele participam encontram-se sujeitos à estrutura monopolista do cinema. «O filme não é um produto para si próprio, não é um meio de expressão artística. A sua produção permite aos financeiros uma colocação útil para os seus capitais, ela é, o mais possível, industrial e a estandardização do produto mostra que um critério comercial preside a todos os estádios da indústria»⁽⁵⁹⁾.

O que saliento desta análise, para o meu propósito particular, é o seguinte processo fundamental: a estrutura monopolista do capital financeiro e industrial origina a monopolização da matéria prima intelectual. Pretendo ir mais longe e descortinar a relação entre esta estrutura monopolista e a categoria do sujeito

(57) MERCILLON, *ob. cit.*, p. 197.

(58) Cfr. para maiores pormenores, *Ibid.*, p. 133.

(59) *Ibid.*, p. 163.

criador colectivo, mas antes, devo travar uma rápida controvérsia.

P. Lebel, na sua obra *Cinéma et Ideologie* pretende que a «produção do cinema é apenas uma produção de espectáculo e esta produção, apesar da matéria que ela utiliza e da matéria sobre a qual ela se inscreve, não entra no processo de apropriação material do mundo pelos homens»⁽⁶⁰⁾. Com efeito, na sua opinião, «a infra-estrutura complexa do cinema» pertenceria à «esfera das super-estruturas»⁽⁶¹⁾. Se Marx tivesse lido este texto, os olhos ter-lhe-iam saído das órbitas. O que é isto de uma infra-estrutura que faz parte da super-estrutura? A ideologia faz estragos mesmo entre aqueles que se empenham em denunciá-la. Sejamos honestos. A *monopolização* dos meios de produção cinematográfica (técnicos e intelectuais) põe em jogo uma nova forma jurídica que exprime as relações de produção no estágio do imperialismo: a de um sujeito colectivo.

A classe operária não se tinha enganado acerca do carácter monopolista da protecção cinematográfica. A C. G. T. elaborou em 1937 um plano de nacionalização dos meios de produção cinematográfica (laboratórios e estúdios) e das grandes empresas de distribuição⁽⁶²⁾.

II. O CAPITAL-AUTOR

Volto ao meu propósito. Ele assenta em duas proposições que reflectem a própria dialéctica do processo

(60) *Cinéma et Ideologie*. «Ed. Sociales», p. 89.

(61) *Ibid.*

(62) L'ÉGLISE, *ob. cit.*, p. 140.

de socialização do sujeito criador. De início, os tribunais reconheciam o produtor como único autor do filme, tendo em conta as responsabilidades financeiras que lhe incumbiam. Porém, a luta travada pelos autores para obterem o reconhecimento dos seus «direitos» de criadores intelectuais trouxe à luz a *combinação da produção intelectual e da produção industrial*. Ela fez «surgir» um sujeito colectivo comprometido «no processo da técnica, considerado como um processo de produção de mercadoria»⁽⁸³⁾ e cujos interesses morais estão subordinados em última instância ao lucro máximo do produto filme. Este aparecimento-revelação que fazia entrar na «esfera da criação» o argumentista, o autor dos diálogos, o realizador, etc., produziu para o direito um *efeito estético* revolucionário: tomar em consideração a «essência social» do cinema.

Não ignoro que os desvios por mim descritos são profundos. Mas, tais desvios, são justamente aqueles que o direito tomou de empréstimo e são significativos. Eles provam a perpétua contradição entre as representações ideológicas que veícula o discurso jurídico e a prática desse mesmo discurso. E provam o próprio funcionamento da ideologia jurídica que Brecht descrevia genialmente: «O que é divertido é que eles (justamente eles!) não poderiam mais exercer a sua prática nem abandonando a sua ideologia nem concretizando-a»⁽⁸⁴⁾.

(83) BRECHT, *ob. cit.*, p. 205.

(84) *Ob. cit.*, p. 207.

1. *O capital, a alma danada do cinema*

Nos anos trinta os tribunais tomam posição: «não pode negar-se às produções cinematográficas o carácter de produções literárias, artísticas, científicas»⁽⁶⁵⁾.

As condições materiais desta criação designam *o autor*, isto é, aquele que realiza o processo capitalista no filme. O autor/produtor faz parte do aparelho de produção, participa, na sua própria qualidade de autor, no processo de produção. «O produtor é, de toda a maneira, uma máquina de produção intelectual da qual cada peça possui um cérebro e um talento particular, mas da qual todas se confundem no produto do conjunto»⁽⁶⁶⁾. Este texto de jurista é, indubitavelmente, um texto materialista. A descrição metafórica é, ao mesmo tempo, descrição do processo real da criação cinematográfica.

O processo de produção é a essência (burguesa) do filme. A arte é simultaneamente «produto» e «momento» do capital. «O filme não é produto para si próprio. Não é um meio de expressão artística. A sua produção permite aos financeiros uma colocação útil para os seus capitais»⁽⁶⁷⁾.

Com efeito, o produtor «dirige todos os elementos, sucessivos, donde resulta a produção completa de uma obra cinematográfica, de que ele é responsável»⁽⁶⁸⁾.

(65) DOUAI, 3 de Abril de 1930, citado por Daburon, *Le Réalisateur de l'oeuvre cinématographique*, thèse, Paris, 1961, p. 381. H

(66) HURET, *ob. cit.*, p. 10.

(67) MERCILLON, *ob. cit.*, p. 163.

(68) DULLAC. *Rapport au comité directeur de la chambre syndicale cinématographique française*, 29 Junho 1927.

Entenda-se, a inteira responsabilidade financeira. As categorias jurídicas tornam-se *parte sustentadora* do processo do capital, já que o capital se realiza também através delas, quer seja a categoria do sujeito, quer seja a da criação. A obra cinematográfica tem o seu «autor» *mesmo se o autor não é já um sujeito mas um processo*. Os documentos são irrefutáveis e são de uma importância extraordinária: o direito vai confessar o que jamais julgaríamos que ele pudesse confessar: *o verdadeiro sujeito criador é o capital*. Esta confissão vai ele incarná-la na própria ideologia do sujeito: o capital torna-se a própria pessoa que ele interpela* e adopta a máscara do sujeito, anima-se, fala e subscreve contratos. O capital não pode prescindir do seu querido sujeito de direito, já que o sujeito de direito é o seu sujeito.

Afirmo-o, os documentos são irrefutáveis.

O Tribunal de Paris, a 16 de Março de 1939, estatua nestes termos: «considerando que a protecção legal da propriedade artística pode, através da categoria muito especial e ainda nova da criação cinematográfica, ser plenamente, assegurada aos produtores já que, sem o seu trabalho intelectual a obra não existiria (...), que o *produtor*, isto é, a pessoa física ou moral cuja profissão é a de realizar obras cinematográficas, se manifesta incontestavelmente através de uma *actividade criadora* de ordem intelectual, conforme a que se exige a todo o autor; que imagina ou exprime as ideias que constituirão o guião, que exerce sobre toda a realização e execução uma *influência determinante* e que é sob a sua *direcção criadora*, quer pessoal, quer por delegação que ele exerce sobre os múltiplos

* a quem ele se dirige: que ele suscita, motiva (N. T.).

auxiliares especializados, devidamente pagos por remuneração certa ou à tarefa, e além disso substituíveis por outros empregados da mesma especialidade, que vão processar a *tarefa mais ou menos intelectual ou mecânica* que lhes cabe; que a *repartição* pelo produtor do trabalho intelectual (...) não poderia ter por consequência dar a todos, os que contribuem para fazer percorrer à obra as suas etapas sucessivas, um direito pessoal sobre a exploração do filme (...)»⁽⁶⁹⁾.

O produtor é o proprietário da «criação» que ele produz. O sujeito capital reveste-se com a máscara da criação em todas as etapas industriais. A *influência determinante do capital* torna-se, para o direito, a *influência criadora*; a *direcção financeira*, uma *direcção criadora*; os *autores, proletários* pagos à tarefa que levam a cabo uma obra — «tarefa» e não uma actividade criadora, a meio caminho entre o homem e a máquina e que se podem pôr na rua se não satisfazem. O capital toma o rosto da Arte, mas guarda os necessários métodos do capital: os dos compradores da força de trabalho, os de guarda-forçados, os dos contratantes privilegiados. «Os autores do filme são todos os que, na sua participação na elaboração da obra cinematográfica, manifestam uma *actividade criadora*, sob a condição, contudo, de não estarem subordinados ao produtor por contratos de aluguer de obras ou de serviços»⁽⁷⁰⁾. A revelação é espantosa: a actividade criadora — i. é. o que exprime «a personalidade do homem» — pode ser sujeita a um contrato. Dito por outras palavras,

(69) Paris, 16 de Março de 1939, *Dalloz hebdomadaire* na *dairé* 1939, p. 263.

(70) PARENT, *Le film*, 17 Janeiro, 1942.

bastam cláusulas contratuais para transformar uma actividade criadora em dispêndio puro e simples de força de trabalho. O *contrato* não é já um acto de vontade puro e simples, ele permite, no seu funcionamento, esta extraordinária mutação: *fazer de um artista um proletário*. O autor é o «mandatário da sociedade (comprometido) para dirigir a produção e não para a criar (...); ele é o executante (tal como) o chefe de orquestra que dirige a execução de um programa musical ou os artistas que o interpretam no palco (...)»⁽⁷¹⁾.

É a grande partitura do capital, sob a batuta do capitalista. E se, para o tribunal de apelação alemão, o realizador pode desempenhar um certo papel em face do público, este papel «traduz-se na importância e na reputação da sociedade que deu um emprego fixo ao realizador e confirmou as suas capacidades intelectuais»⁽⁷²⁾. É o capital que dá o nome a fim de que o nome se ligue ao capital. A subordinação jurídica dos «auxiliares» aos capitais empregues, o disfarce do capital em sujeito criador, a necessária «intermutabilidade» dos operários do filme traduzem-se numa formulação estética necessária: o trabalho dos auxiliares não é essencial ao processo artistico cinematográfico.

«Em caso de ausência ou de falta às suas obrigações, o realizador mantém-se essencialmente substituível sem que a obra por isso se modifique no que quer que seja»⁽⁷³⁾.

(71) Seine, 24 de Maio de 1938, *Gazette du Palais*, 1938, II part. p. 509.

(72) Tribunal de Apelação alemão, já citado.

(73) Seine, 24 de Maio de 1938, já citado.

É o capital que se torna o essencial da obra. «Torna-se indispensável reconhecer ao produtor o direito de representação; chegar-se-ia, com efeito, a consequências absurdas se se pretendesse privá-lo de tal direito em benefício dos outros autores do filme, cada um poderia então dizer-se com direito a dispor da sua própria parte na obra comum, não obstante *indivisível*, ou poderia unir-se para dispor desta obra independentemente dele (...)» (74).

O que é *indivisível*, isto é, o que constitui a essência da obra cinematográfica é o *capital* cujo representante, o produtor, é o autor único. E o perigo pressentido pelo tribunal é real: é a colectivização do produto artístico. Deixe-se os «outros» declararem-se autores e vê-los-emos bem depressa «expulsar» o produtor; deixem-se aos operários os meios legais de se apropriarem dos meios de produção e eles verão que podem dispor da produção «independentemente de nós»: traduzamos: independentemente do capital.

2. Retórica e propriedade privada

O produtor e os juristas vão bater-se *neste terreno*. As coisas passar-se-ão como se o cinema fosse uma espécie de teatro filmado, onde o que prima é o «litterário». Poder-se-á assim expulsar daí «esteticamente» os auxiliares. «Se se muda de realizador não se terá mudado o tema, nem a sucessão das cenas, nem o diálogo (...); a essência da obra não terá sido modificada» (75). O realizador, diz o tribunal de apelação

(74) Seine, 19 de Março de 1935, *Gazette du Palais*, 1925 II part., p. 62.

(75) OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, 1934.

de Paris, não pode ser um autor dado que permanece «essencialmente substituível sem que a essência da obra seja modificada com isso»⁽⁷⁶⁾. *A categoria estética do teatro — isto é, a ideologia da palavra — vai servir contra os auxiliares. O Capital vai tornar-se o Verbo. O essencial, a língua. «O verbo prima sobre a imagem e o argumentista faz esquecer o realizador»*⁽⁷⁷⁾.

Importa recordar *este facto económico capital*: que é graças à invenção do som que a alta finança tomou posição na indústria cinematográfica. Isso quer dizer que, se no tempo do mudo o cinema era remetido para o gestual do teatro, no tempo do sonoro ele é remetido para o verbo do teatro. Quero dizer com isto que a ideologia da palavra, mesmo se esta palavra era muda, perseguia o cinema e que esta obsessão se fez carne quando incarnou a evolução das forças produtivas.

Esta «obsessão» estética, esta mania retórica, articula-se sobre a «obsessão» do produtor. O verbo cinema-

⁽⁷⁶⁾ Paris, 10 de Fevereiro de 1936, *Gazette du Palais*, 1936, I.º part, p. 691.

⁽⁷⁷⁾ DABURON, *Le Réalisateur de l'oeuvre cinématographique*, these, Paris, 1961, p. 41. «Um inventário dos escritos teóricos desta época faria facilmente surgir uma surpreendente convergência de concepções: a imagem é como uma palavra, a sequência é como uma frase, uma sequência constrói-se de imagens como uma frase de palavras etc.. Colocando-se neste terreno, o cinema, proclamando a sua superioridade, condenava-se a uma eterna inferioridade. Em face de uma linguagem subtil (a linguagem verbal) defenia-se a si próprio, sem o saber, como um duplo mais grosseiro. Mais não lhe restava do que arvorar orgulhosamente a sua qualidade de plebeu... no terror secreto de um irmão mais velho, de melhor casta». CHRISTIAN METZ, *Le cinema: Langue ou language. Communications*, IV, 1964, p. 66.

tográfico é a propriedade dos bancos. O processo do capital fecha-se sobre si mesmo na sua própria palavra: o Sujeito que fala. O capital tornou-se o seu próprio retórico: o arauto do seu próprio processo (78).

III. CRIAÇÃO E SUJEITO COLECTIVO

Mas o triunfo da «plebe» das imagens sobre a nobreza do verbo caracterizava o tempo do cinema. O crescimento das forças produtivas na indústria cinematográfica socializava o sujeito criador. *E o sujeito colectivo capitalista indicava o que era o cinema.* Não quero dizer que o produtor será eliminado nesta dialéctica, pois tal seria expulsar o capital, quero dizer que a luta pelo reconhecimento de um sujeito criador põe a nu a verdade dialéctica do processo cinematográfico a coexistência forçada da arte e da indústria, que não pode existir senão sob a forma sujeito. E poderia acrescentar que esta *consciência* necessária da coexistência nada mais é do que o pôr a nu o objectivo da socialização objectiva das forças produtivas.

O modo de produção capitalista destrói perpectivamente a ideologia burguesa. O que destrói o cinema «burguês» é simultaneamente a categoria do sujeito de direito criador pelo aparecimento do sujeito colectivo e o desenvolvimento estético desta categoria pelo aparecimento da «essência» do cinema.

(78) Em Brecht a retórica do sujeito é eliminada pela própria evacuação da palavra sujeito. «Não são as palavras que, em última análise, efectuam a crítica, são as relações e as não-relações internas de força entre os elementos da estrutura da peça». ALTHUSSER, *Pour Marx*, Mas. pero, 1965, p. 143

* A fase industrial da produção cinematográfica produz a sua contradição: *a obra (confessada) colectiva*. O sujeito de direito criador é pulverizado em sujeitos de direito criadores de um processo artístico: o filme. A lei francesa de 11 de Março de 1957 toma em atenção este assunto. Se, com efeito, ela admite no seu artigo 14 que têm «a qualidade de autor de uma obra cinematográfica» a ou as pessoas físicas que realizam a criação intelectual desta obra, e que «se presumem salvo prova em contrário, coautores de uma obra cinematográfica realizada em colaboração: 1.º o autor do argumento, 2.º o autor da adaptação, 3.º o autor do texto falado, 4.º o autor das composições musicais (...), 5.º o realizador (...)», ela *subordina duplamente* os autores à produção. O lugar desta subordinação indica a articulação essencial do processo. De um lado, «(...) os autores da obra cinematográfica (...) estão ligados aos produtores por um contrato que, salvo cláusula em contrário, implica cessão em seu benefício do direito exclusivo de exploração cinematográfica (...)» (artigo 17.º); por outro lado «se um dos autores recusa terminar a sua contribuição para a obra cinematográfica (...) ele não poderá opor-se à utilização, em vista do acabamento da obra, da parte desta contribuição já realizada (...)» (artigo 15.º).

É a linguagem própria — «noblesse oblige» — de um *advogado comum*. «A obra cinematográfica faz apelo ao trabalho, à imaginação, ao sentido artístico de um grande número de pessoas, ao mesmo tempo que à ciência e finalmente ao poderio financeiro. É o «factor económico» que exerce por necessidade uma influência que o legislador não pode ignorar. Surgem então na

linguagem dos comentadores as palavras: investimento, rentabilidade, compromisso (...)»⁽⁷⁹⁾.

E o tribunal de apelação de Paris pode precisar o papel da indústria no cinema através de uma confissão de monta: «*O produtor não é um autor (...) mas participa directamente, com o realizador, na elaboração do filme, pela entrega dos meios materiais necessários a esta elaboração; pertence-lhe, além disso, garantir a comercialização da obra e a rentabilidade dos fundos investidos (...)*»⁽⁸⁰⁾. A confissão, disse-o, é de monta, pois é uma *confissão dialéctica*: a da contradição entre uma ideologia artística, que mede «o valor de uma personalidade pelo modo como ela se exprime numa obra e o resultado de uma obra pela quantidade de personalidade que nela se encontra expressa»⁽⁸¹⁾, e uma produção que está ameaçada por esta própria ideologia. A confissão é de monta, *porque se o produtor não é já um autor, ele é o autor por excelência do filme mercadoria*. Ver-se-á até onde pode ir o *direito moral* dos autores.

Um tribunal pode anular a seguinte cláusula de um contrato entre produtor e realizador. «Nós reservamo-nos o direito de proceder a qualquer modificação ou corte que julgemos necessários (...); salvo impossibilidade, sereis consultado acerca destas modificações; contudo, se um desacordo de qualquer natureza persistir antes, durante ou após a produção, permaneceremos os únicos juizes da decisão final. Ainda neste caso, compro-

(79) Conclusões Lecourtier, Paris, 20 de Janeiro de 1971, *Daloz* 1971, p. 307.

(80) *Ibid.*

(81) BRECHT, *ob. cit.*, p. 216.

metemo-nos, a vosso pedido eventual, a retirar o vosso nome do genérico e da publicidade». Pode, na sua lógica, condenar o produtor a indemnização por perdas e danos e a uma compensação por dano «moral»; porém, na sua lógica que é a de assegurar o bom funcionamento da produção, pode deixar ao produtor a exploração do seu filme. O direito moral desaparece no próprio momento em que ele pode constituir um obstáculo para a produção. E quando o tribunal de apelação, ocupando-se por seu turno do assunto, teve de encarar a angustiante questão de saber qual dos dois, realizador ou produtor, deve prevalecer — qual das duas, arte ou indústria — não temeu resolver o problema na contradição absoluta da denegação de justiça (pois a recusa de estatuir analisa-se numa demissão das próprias funções da justiça) remetendo «as partes (...) a porem-se de acordo»⁽⁸²⁾.

«Se a contradição entre os interesses materiais e os interesses imateriais recebesse uma solução (...) todo este aparelho unificado e racionalizado com tanta arte teria também ele interesses morais e imateriais. Em resumo, se tudo não conduzisse exclusivamente à protecção do lucro, nós teríamos pelo nosso lado pouca coisa a propor-lhes»⁽⁸³⁾.

A categoria do sujeito — e da criação — é salvaguardada na exacta medida da produção, mas o desenvolvimento das forças produtivas criou este sujeito colectivo que anuncia «a incoerência ideológica» das relações de produção.

(82) Paris, 20 de Janeiro de 1971, já citado.

(83) BRECHT, *o. cit.*, pp. 205-206.

É o tempo humano, «esta dissolução do processo dramático em tantas imagens individuais, que resultam (...) do facto de que tudo é reunido em curtas cenas filmadas independentes (...) o trabalho do realizador não é somente pôr formalmente em cena, mas transpor na realidade todas estas coisas indispensáveis»⁽⁸⁴⁾. Ele dá «a vida cinematográfica»⁽⁸⁵⁾ ele leva a cabo «o acto criador essencial: a transformação de um texto em imagens»⁽⁸⁶⁾, ele «vela pelo ritmo da sucessão das cenas, como pela escolha dos ângulos de vista, ele participa essencialmente na criação artística do filme»⁽⁸⁷⁾. Melhor: ele «cria o movimento e as imagens que são a própria essência da arte cinematográfica»⁽⁸⁸⁾.

E, ao mesmo tempo que o produtor não é já o autor artístico, a essência do cinema, numa reviravolta impressionante, é analisada como «reprodução» ideológica do real.

1. *Da ideologia como sujeito de direito*

Aqui mesmo, a ideologia vem em socorro da produção: a máquina de filmar reproduz a estrutura do sujeito e o efeito desta reprodução é transformar a ideologia do sujeito em sujeito da ideologia.

Não exagero. «O aparelho cinematográfico é um aparelho puramente ideológico. Ele produz um código

(84) Tribunal de apelação alemão, já citado.

(85) BÉCQUET, *Le droit d'auteur en matière de cinéma*, 1947, n.º 49.

(86) LYON-CAEN, LAVIGNE, *Traité du cinéma*, 1947, n.º 49.

(87) Paris, 14 de Junho de 1950, *Dalloz*, 1951, p. 9.

(88) Paris, 13 de Maio de 1964, *Juris-Classeur périodique*, 1964, II part. 13.932; Tribunal de apelação, secção civil, 1.º, 22 nov. 1966, *Dalloz*, p. 485.

perspectivo directamente herdado, construído sobre o modelo da perspectiva científica do Quatrocentos»⁽⁸⁹⁾. Não pode falar-se de cinema «antes de ter desmontado a produção ideológica do aparelho (máquina de filmar) que, pela sua estrutura, se encontra na impossibilidade de manter qualquer relação objectiva com o real»⁽⁹⁰⁾.

«Deste modo o cinema foi apanhado de surpresa (...) por esta fatalidade da reprodução não das coisas na sua realidade concreta, mas como que refractada pela ideologia (...); deste modo a ideologia representa-se ela própria através do cinema. Ela mostra-se, fala, ensina-se nesta representação de si própria»⁽⁹¹⁾.

M. Pleynet, «rectificando» a sua posição, acrescenta: «as questões postas pelo código perspectivo da «câmara monocular» forneciam-nos uma prova decisiva da cumplicidade fundamental existente entre o dispositivo de base do cinema e um aspecto importante da ideologia burguesa (o centrar metafísico sobre o sujeito) (...). Dizer que a máquina de filmar é um aparelho ideológico não significa que lhe seja reconhecida uma essência ideológica (nem que seja confundida com um aparelho ideológico do Estado!), isso significa que a título de aparelho votado a uma representação do espaço ela é uma parte da base material de uma prática ideológica: as práticas cinematográficas (...)»⁽⁹²⁾.

Dito por outras palavras, assiste-se a um *retorno da Câmara/Sujeito*; já não é o sujeito que é absor-

(89) PLEYNET, *Le Point aveugle*, «Cinétique», n.º 3.

(90) *Ibid.*

(91) COMOLLI, NARBONI, in «Cahiers du Cinéma», n.º 216.

(92) M. PLEYNET, in «Cinétique», n.º 9-10, pp. 55 sq.

vido pela máquina, é a máquina que se faz sujeito. Ela tornou-se o próprio lugar da criação, ela tornou-se, em si, criadora. A máquina/sujeito apenas pode reproduzir o sujeito, já que ela o «encerra» num espaço que «reforça o envólucro hegeliano (...) (sic)»⁽⁸²⁾.

O que está em causa, de maneira latente, M. Pleynet exprime-o — de uma vez — sem ambiguidade. Sendo o código perspectivo humanista «garantido institucionalmente» pelos A. I. E. (de classe), se uma classe pode servir-se provisoriamente deste tipo de representação que «serve fundamentalmente uma outra classe (...) o comprometimento da luta de classes neste ponto não incide em primeiro lugar tanto sobre a representação como sobre os aparelhos do Estado que a garantem como única válida e fora dos quais ela não existe»⁽⁸³⁾.

Por outras palavras, a ideologia burguesa sancionaria a máquina de filmar, como aparelho, já que a máquina de filmar reproduz a sua própria essência. E, se se faz um filme sobre uma greve operária, esta greve na medida em que ela estaria reproduzida no «código perspectivo humanista», na medida em que reforçaria o «envólucro hegeliano», seria garantida pelos aparelhos ideológicos do Estado, salvo se tivesse por objectivo criticar esses mesmos aparelhos de Estado! Como? Ignora-mo-lo.

Esta algaraviada pretenciosa e pseudo-científica que ousa reclamar-se do marxismo revela *um sintoma*: o imperialismo do sujeito entre aqueles mesmos que pretendem liquidá-lo, em nome do marxismo. É a

(82) COMOLLI in Cahiers du Cinéma, n.º 211.

(83) M. PLEYNET, art. cit.

reprise ideológica do marxismo que se encontra aqui em causa.

Mas o que está em jogo é mais grave: a *eliminação da luta de classes no terreno da ideologia*, a impossibilidade «mecânica» da tomada de consciência. Visto que a ideologia (o sujeito) imprime às leis da óptica a sua necessária reprodução, o *capital é absolvido* na fatalidade do seu processo.

O *fatalismo ideológico* é a «última jogada» estética; ele apresenta esta vantagem política: a eliminação «de nature» da luta política.

O que reproduz a máquina, não é já a ideologia; é antes a ideologia que produz a máquina. Deste modo a ideologia torna-se, ela, o sujeito, e o real, o predicado: levou a cabo este golpe de força «estético» de aparecer como o sujeito criador do filme.

2. *História e criação*

O nosso sujeito executou todas as figuras, tomou todas as poses. Resta-lhe tornar-se «proprietário» do acontecimento, sobre-apropriar-se da história. A aventura está nisso, de forma muito exacta, e reside nesta contradição: os «factos» para se tornarem propriedade de um autor devem ser «criados» por ele. Ora como se pode «criar» ou «produzir» qualquer coisa que verdadeiramente acontece? Se isso não constitui problema para o filme «artístico», para a «filmagem» em directo é já problema.

A contradança jurídica vai ser prodigiosa. Com efeito se «a criação visual deve, reflectindo a personalidade do seu autor, através da escolha e da composição das imagens, exprimir no seu desenvolvimento

o seu pensamento original»⁽⁹⁵⁾, opor-se-á a criação (o espírito) ao «acaso histórico» (a matéria). Ir-se-á perseguir a realidade nos seus recantos os mais escondidos. Dir-se-á: existe a realidade e existe o «coração» da realidade. «É quando se transporta ao próprio coração da realidade que a arte televisual se desenvolve num domínio que apenas ela pode explorar perfeitamente»⁽⁹⁶⁾. Dir-se-á: mostrar a realidade tal como ela é, é ainda «criá-la». Um tribunal vai ter essa experiência amarga e ingénuo. Tendo de julgar se uma emissão de televisão poderia ser legalmente protegida pela legislação sobre direitos de autor, ele exprime-se nestes termos. «Basta, diz ele, assistir a algumas cenas de montanhas, captadas em paisagens sugestivas e bem escolhidas, onde se vê camponeses na sua cabana, ou ainda no mercado dos queijos trocando estes por dinheiro com um feirante típico, muito vivo e captado ao vivo, etc. para ficarmos convencidos de que se trata mesmo de uma criação»⁽⁹⁷⁾. Tudo aquilo de que se está «convencido» é que tal tem o ar de verdadeiro!

Mas eu queria dar um exemplo mais espantoso ainda da prática jurídica. Este exemplo vai permitir-me articular o conceito de sobre-apropriação sobre o que pareceria ser o menos susceptível de apropriação privada: a história.

O problema concreto pôs-se nestes termos: um cineasta amador tinha filmado, por acaso, o assassinato

(95) GAUDEL-JRUYER, *La Réalité, source spécifique de la création télévisuelle*, «Revue internationale des droits d'auteur», Abril, 1970.

(96) *Ibid.*

(97) Tribunal de grande instance, 28 de Abril 1971, *Revue internationale des droits d'auteur*, Julho, pág. 95.

de Kennedy, filme de 480 imagens em 8 mm que se apressou a vender ao editor da *Life Magazine*. Ulteriormente, um livro foi escrito sobre este acontecimento (Seis Segundos em Dallas, por Josuah Thompson) que reproduzia ilicitamente 22 imagens do filme. Um processo foi instaurado e Thompson sustentou como defesa três espécies de argumentos: 1. tratava-se de um acontecimento da actualidade; 2. sobre o qual nenhuma criação se tinha operado; 3. e que não podia ser apropriado como tal sob pena de criar um verdadeiro «oligopolio» da informação (**).

Se resumirmos esta argumentação, podemos dizer que o acontecimento, na medida em que, por um lado, fazia parte do domínio público e em que, por outro lado, era re-produzido tal qual, não podia ser apropriado, já que o sujeito mais não tinha feito do que seguir-lhe o curso objectivo.

Ora, o juiz Wyatt recusou esta defesa utilizando uma estrutura do real que distingue o *fundo* e a *forma*. Se é verdade, observa ele, que «um acontecimento da actualidade não pode ser protegido pelo direito de autor» não o é menos que a *Life* não reivindica qualquer direito de autor sobre o elemento de actualidade do acontecimento, mas unicamente sobre a *forma particular do seu registo*. Quanto à acusação de oligopólio, contenta-se em observar que a *Life* não reivindica qualquer direito de autor sobre os acontecimentos de Dallas, mas sobre a forma particular de expressão materializada pelo filme. «Se se trata aí de oligopólio,

(**) *Aff. Times incorporated*. Cit. B. RINGER, *Evolução da jurisprudência nos Estados Unidos em matéria de direitos de autor*, «Revue internationale des droits d'auteurs», Janeiro, 1971.

este é especificamente conferido pela lei sobre o direito de autor, e qualquer reclamação a este propósito deve ser apresentada ao Congresso». E sobre a criatividade, ele invoca que cada fotografia «reflecte a influência pessoal do autor e que jamais existem duas que sejam idênticas» (**).

A dialéctica do juiz americano é espantosa. A história é o fundo, o domínio público, a expressão abstracta de toda a propriedade e o autor dá-lhe forma, isto é, dá forma de propriedade privada a um fundo considerado como propriedade privada.

(**) É interessante aproximar esta decisão de uma outra decisão proferida pela secção de recurso do Supremo Tribunal de New York e incidindo sobre a utilização da linguagem. «Isolado do seu sujeito, qualquer que possa ser este, um título ou um nome, composto de palavras ordinárias, não pode tornar-se propriedade de quem quer que seja. Dissociado da obra, este título ou este nome não constitui senão simples palavras e todas as palavras da nossa língua pertencem ao domínio público (in the public domain); quem quer que fale ou escreva tem o direito natural (inherent rights) de utilizar todas as palavras que a língua inglesa comporta, assim como todas as combinações que ela permite por pouco que esta utilização seja legítima». (O'Hara c. Gardner Advertising). A própria língua surge estruturada sobre a propriedade privada. A interrogação linguística deveria tomar em conta a dimensão jurídica da língua, isto é, a sua efectividade social. Propomo-nos aprofundar este dado em trabalhos posteriores. O problema põe-se também quanto à apropriação da informação. Trata-se, por sua vez, de factos também pertencendo a todos e que contudo são «propriedade» das agências noticiosas. A jurisprudência decidiu, subtilmente, que a apropriação podia ser efectiva antes da divulgação, mas que após esta divulgação «cada um tem o direito de daí tirar proveito». (Req., 8 de Agosto de 1961, *Daloz*, 1962, I parte, p. 136; Supremo Tribunal, 17 de Dezembro de 1968, «Revue internationale des droits d'auteur», 1970, p. 91).

A sobre-apropriação do real constitui-se pelo simples registo do real. Não se poderia ter ido mais longe ⁽¹⁰⁰⁾.

Eu «mobilizei» as contradições «no seio das coisas e dos acontecimentos» e mantive «os acontecimentos, eles próprios, em movimento durante toda a duração das investigações»⁽¹⁰¹⁾. A ideologia do sujeito foi tomada à letra, para lhe assinalar a falência; mas é uma falência «ambígua». Quero dizer que é *esta própria falência que a faz viver*. Com efeito, o sujeito, longe de temer a contradição, faz dela o seu pão quotidiano. Voltando contra o sujeito as suas próprias armas, impõe-se saber que estas armas perecerão com ele.

⁽¹⁰⁰⁾ Para a «pequena» história, acrescento que esse mesmo juiz recusou sancionar o roubo dessas fotografias porque o não tinha cometido de má-fé, tendo em conta «o interesse que tinha o público de dispor das maiores quantidades possíveis de informações sobre o assassinato», e sobretudo pelo facto de que ele não era um concorrente sério pois em nada tinha afectado a difusão comercial da obra protegida. Ah! em que termos galantes são ditas estas coisas!

⁽¹⁰¹⁾ BRECHT, ob. cit., p. 220.

4 — A forma mercantil do sujeito

Acabei com o sujeito criador e posso avançar presentemente o que permitirá fechar o processo da criação ou mais precisamente o que concluirá a dialéctica do real jurídico. O sujeito que reproduz vai produzir *o seu próprio concorrente*: o sujeito que é reproduzido. Digamos, para simplificar, que *o direito do fotógrafo sobre a sua foto produz o direito do fotografado sobre a sua imagem*.

Quando digo que se impõe fechar agora o processo, quero dizer simplesmente que o homem, na sua descrição do homem, não encontra mais de que uma essência privativa a qual o reflecte a ele próprio, que a propriedade privada do fotógrafo não encontra mais que a propriedade privada do fotografado; quero dizer que, neste real pré-constituído em propriedade privada, a propriedade privada se incorporou «no próprio homem». Quero dizer ainda que a reprodução do real re-produz a propriedade privada como «essência» do homem e que a objectividade histórica da propriedade está radicalmente suprimida.

A jurisdição do real é levada a cabo como produção do real na determinação da própria propriedade.

Disse que o processo criador é o processo da própria propriedade privada. Queria precisar mais adiante. Este processo não se torna *total* senão produzindo a sua *concorrência*. Direi mais: esta concorrência é a própria condição do seu movimento; o que faz que ele se encerre a ele próprio. E se se estuda o movimento do movimento, trata-se de um movimento que se quer imobilizado, que gira sobre si próprio. Dito de outro modo, o concorrente do sujeito de direito reproduzidor é o sujeito de direito reproduzido, isto é, uma *decomposição mercantil da categoria do sujeito de direito* ou, se se prefere, uma decomposição mercantil da «essência» do homem. A forma mercantil da criação produz a forma mercantil do sujeito de direito e reciprocamente.

O nosso primeiro momento descrevia a *forma mercantil da criação*. Foi o conceito de sobre-apropriação do real que se tomou em conta. Ele designava esta vocação jurídica do real a poder ser sobre-decomposto em propriedade privada. O nosso segundo momento — aquele a que chego agora — significa o *modo da reapropriação do real pelo sujeito de direito*, o momento do retomar pelo sujeito de direito da sua «essência» de proprietário. Este segundo momento é a postulação de um real sempre-já-privado, isto é, o real que designa o homem como proprietário da sua produção.

Este momento exige o seu conceito: avançamos o de *Forma Sujeito de Direito*.

Por aí continuo o trabalho ensaiado por Pachukanis: «Eu afirmo apenas», dizia ele, «que a propriedade só se torna o fundamento da forma jurídica enquanto livre disposição de bens no mercado. A categoria de

sujeito serve então, precisamente, de expressão geral a esta liberdade»⁽¹⁾.

Devo precisar o meu propósito. O que quero demonstrar é que o sujeito de direito, na sua própria estrutura, é constituído sobre o conceito de livre propriedade de si próprio; é que esta Forma, que é a forma-mercadoria da pessoa — o conteúdo concreto da interpelação ideológica da pessoa como sujeito de direito —, apresenta este carácter, inteiramente extraordinário, de produzir em si, isto é, na sua própria Forma, a relação da pessoa com ela própria, a relação do sujeito que se toma ele próprio como objecto. Este carácter, de facto espantoso, designa a relação jurídica de si consigo; indica que o homem investe a sua própria vontade no objecto que ele se constitui, que ele é para ele próprio um produto das relações sociais. O que vou pois descrever, definitivamente, é a necessidade para a pessoa humana de tomar a *Forma Sujeito de Direito*, isto é, em última instância, de tomar a *Forma geral da mercadoria*⁽²⁾.

Ocupar-me-ei, como jurista, das condições jurídicas desta Forma e ocupar-me-ei ainda das contradições que aí se desenvolvem.

(1) PACHUKANIS *Ob. cit.*, p. 100.

(2) A forma mercantil «tornou-se a forma geral dos produtos do trabalho em que, conseqüentemente, a relação dos homens entre si, como produtores e permutadores de mercadorias, se tornou a relação social dominante» («O Capital», L. I, t. I, p. 73). Marx *precisa* nestes termos «o que caracteriza a época capitalista é, pois, que a força de trabalho adquire para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence (...), por outro lado, é apenas a partir deste momento que a forma mercadoria dos produtos se torna a forma social dominante». (*Ob. cit.*, p. 173, nota 1).

Com efeito, se o discurso do sujeito de direito sobre a história tal como ela pode «produzir-se» — e entendo por isso as condições jurídicas do discurso histórico — se confessa como o mesmo discurso do processo da propriedade privada, ele desdobra-se na *contradição* mais crucial. Numa única proposição, poderia dizer que, ao mesmo tempo que o homem é proprietário da sua história, a história do homem acaba e ultrapassa a propriedade privada. A prática jurídica regista a contradição. Ver-se-á como ela a resolve.

Secção I. — A forma sujeito de direito

A Forma sujeito de direito é aporética, isto é, põe um problema que não pode resolver. Se o homem é para ele mesmo o seu próprio capital, a *circulação* deste capital supõe que ele possa dispôr dele em nome (ao preço) dele próprio, isto é, em nome do mesmo capital que o constitui. Podemos resumir esta aporia: o homem deve ser simultaneamente *sujeito e objecto de direito*. O sujeito deve realizar-se no objecto e o objecto no sujeito. A estrutura da forma sujeito de direito analisa-se então como a *decomposição mercantil do homem em sujeito/atributos*. Vou explicar-me. Sendo o homem reconhecido «como essência» da propriedade^(*), qualquer produção do homem é a produção de um proprietário: melhor, de uma propriedade que frutifica e produz a renda e o lucro. A valorização dele próprio constitui o seu capital; não um vulgar capital-dinheiro, mas um capital digno da essência humana: um capital «moral».

(*) K. MARX, *Manuscritos de 1844*. Ed. Socials, p. 80.

Já não se discute mesmo, em direito, que qualquer expressão da personalidade — vida privada ou imagem de si próprio — «pertence ao património moral de toda a pessoa física e constitui o prolongamento moral da sua pessoa»⁽⁴⁾. Não se discute mais que «o fotografado possui, sobre a sua imagem e sobre o uso que dela é feito, um direito de propriedade absoluto do qual ninguém pode dispôr sem o seu consentimento»⁽⁵⁾. Não se discute, definitivamente, este facto fundamental: que o sujeito é proprietário de si próprio e que se se lhe «rouba» o seu reflexo ou a sua «vida», rouba-se-lhe uma parte de si próprio pela qual lhe é devida reparação. De facto, o direito diz-nos a seguinte coisa: o sujeito existe apenas a título de representante da mercadoria que ele possui, isto é, a título de representante de si próprio enquanto mercadoria⁽⁶⁾.

(4) Paris, 6 de Julho de 1965, «Gazette du Palais», 1965, Parte, p. 39. A fórmula é repetida sem cessar.

(5) Tribunal do comércio, Seine, 26 de Fevereiro de 1963. Dalloz, 1963, «Sommaires», p. 85.

(6) «É necessário afirmar (...) que o património é o que contém todos os direitos pecuniários ou não pecuniários que acabam por se fundir nele; a sua influência recíproca é demasiado grande para que se possa dissociar aí certos elementos», MAZEUAD, de Juglard, *Leçons de droit civil*, 4.º ed., 1970, t. I n.º 622). E estes autores têm esta frase magnífica: «O direito francês repara o dano moral e esta reparação, em quase todos os casos, é fixada em dinheiro; como se conceberia que um valor pecuniário fosse assim introduzido, a título de reparação, no património, se ele não viesse aí substituir um outro valor pecuniário ou moral que desapareceu (...)»! (*Ibid.*). É genial, mas honesto! Com efeito, se o dano moral é reparável em dinheiro, isto quer dizer que a perda moral é uma perda de dinheiro do mesmo modo que uma perda de dinheiro é uma perda moral!

Pela constituição de um *património moral* em que o homem é para si próprio o seu próprio objecto, a história do sujeito define o seu terreno: um «verdadeiro édem dos direitos naturais do homem e do cidadão» (?), o lugar de uma verdadeira circulação de mercadorias.

«Para pôr estas coisas em relação umas com as outras, os seus guardiães devem eles próprios pôr-se em relação entre si a título de pessoas cuja vontade habita nessas mesmas coisas, de tal modo que a vontade de um é também a vontade de outro e que cada um se apropria da mercadoria alheia abandonando a sua, por meio de um acto voluntário comum. Eles devem pois reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados» (2).

Aí está, uma vez mais, a aventura. a aposta. O sujeito de direito deve pôr-se em relação consigo próprio: ele deve vender-se no seu «foro íntimo», que é também o seu próprio mercado. Ele deve ser ao mesmo tempo mercador e mercadoria na feira da ladra da liberdade. Numa palavra, o sujeito deve poder levar ao mercado os seus atributos.

O capital/sujeito é assim constituído pelos «atributos» da sua personalidade, isto é, o que dá ao sujeito de direito existência social: o seu nome, o seu direito moral, a sua honra, a sua imagem, a sua vida privada... e no mesmo momento em que este *capital está formado*, ele *produz as condições da sua circulação*. A pessoa humana é proprietária dela própria e portanto dos seus atributos. Também, logo que um destes

(?) MARX, *O Capital*, *ob. cit.*, liv. I, t. I, p. 178.

(2) *Ibid.*, p. 95.

atributos lhe é arrancado sem o seu consentimento, isto é, logo que um terceiro se apropria deles como objecto, o sujeito descobre-se esbulhado da utilização que é feita de si próprio: foi «roubado».

E se ele foi «roubado», é porque ele é livre de si próprio, permitindo-lhe a sua liberdade simultaneamente alienar os seus atributos e reivindicá-los.

Porém, queria aqui precisar o conceito. Ele só adquire a sua eficácia real pondo também *em circulação mercantil a liberdade do homem*. E é necessário introduzir a exigência ideológica que duplica e encerra a forma sujeito de direito: o sujeito é ele próprio objecto de direito permanecendo «livre» de si-próprio. A liberdade prova-se pela alienação de si, e a alienação de si pela liberdade. Quero com isto dizer que a exigência ideológica da liberdade do homem se desdobra na estrutura do sujeito de direito constituído em objecto de direito, ou ainda, se desdobra na essência do homem «que se encontra ele próprio colocado na determinação da propriedade» (*). É precisamente porque a *propriedade surge no direito como essência do homem*, que o homem, objecto de contrato, vai tomar a forma jurídica desse mesmo contrato que ele é olhado como produzindo livremente⁽¹⁰⁾. Por outras palavras o homem, patrimonializando-se, oferecendo-se sob a forma sujeito/atributos, longe de se dizer escravo da sua patrimonialização,

(*) MARX, Manuscritos de 1844, ob. cit., p. 80.

(10) «O comprador e o vendedor celebram contrato em conjunto na qualidade de pessoas livres e possuindo os mesmos direitos. Este contrato é o produto livre no qual a sua vontade se reveste de uma expressão jurídica comum» (KARL MARX. *O Capital*, ob. cit., liv. I, pp. 178-179).

encontra aí a sua verdadeira liberdade jurídica: a sua *capacidade*. E direi melhor: o homem não é verdadeiramente livre senão na sua actividade de vendedor; a sua liberdade é vender-se, vender-se realiza a sua liberdade⁽¹¹⁾.

A liberdade articula-se com base na vontade (consentimento). Eu explico-me. Se me «roubam» o meu reflexo ou a minha vida privada, nada mais me fazem do que «roubarem-me» o meu consentimento para divulgar o meu reflexo ou minha vida privada. Roubaram-me a minha vontade de querer vender-me ou, o que vem a dar no mesmo, o meu consentimento a querer vender-me. Esta articulação é crucial: a relação sujeito/atributos é subsumida juridicamente no conceito de vontade. O direito pode então dizer, numa linguagem humanista e abstracta, que o sujeito de direito é um sujeito que quer⁽¹²⁾.

E o conceito fecha-se: tornando-se a liberdade vontade — de divulgar ou não a minha vida privada

⁽¹¹⁾ O produto da reprodução «é a mercadoria dotada de consciência de si e de actividade própria (...) a mercadoria humana (...)». MARX, *Manuscritos* de 1844, «ob. cit.», p. 72. Podemos aproximar o pensamento jurídico do que diz Marx acerca do comunismo primitivo, que enquanto acabamento realizado da propriedade privada (na medida da generalização da propriedade privada) «negando em tudo a personalidade do homem, é, apenas, precisamente a expressão consequente da propriedade privada, que é esta negação». *Ibid.*, p. 85.

⁽¹²⁾ «A vontade é o elemento activo do direito subjectivo». (MARTIN, *Le Secret de la vie privée*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1959, n.º 10). «A ofensa à vida privada só pode ser justificada pelo consentimento da vítima» (BADINTER, *Le Droit au respect de la vie privée*, «Juris-Classeur périodique», 1968, I Parte, 2 136, n.º 16).

ou a minha imagem —, e nada mais sendo esta vontade do que a de contratar sobre e comigo mesmo — eu devo, nas minhas relações com outrem, surgir como proprietário de mim mesmo. Se não o fosse eu seria para outrem incapaz, i. é., apenas objecto de direito, da mesma maneira não poderia tornar-me proprietário. «É necessário que o proprietário da força de trabalho a venda só por um tempo determinado, porque se ele a vende em bloco, uma vez por todas, vende-se a si próprio e de livre que era faz-se escravo, de mercador mercadoria» (13).

Volto por momentos a este ponto: a minha capacidade reside na minha liberdade de me produzir como objecto de direito. O incapaz — o escravo — é um objecto de direito. O sujeito de direito permite esta espantosa revelação: a produção jurídica da liberdade é a *produção de si-próprio como escravo*. O sujeito de direito aliena-se na sua própria liberdade. E queria acrescentar que a forma sujeito realiza, no seu conceito, as «duas formas absurdas do vínculo social» de que fala Pachukanis, que se apresentam simultaneamente «de um lado como valor mercantil e do outro como capacidade do homem, de ser sujeito de direito» (14). O sujeito de direito realiza a interpelação ideológica do direito, na sua própria forma de sujeito de direito.

Termino: a livre troca de propriedade de si postula uma reprodução da liberdade de si e uma compra livre desta produção (15). É assim que a liberdade só encontra

(13) MARX, *Le Capital*, «ob. cit.», p. 171.

(14) PACHUKANIS, *ob. cit.*, p. 103.

(15) HEGEL: «Através da alienação de todo o meu tempo de trabalho e da totalidade da minha produção eu tornar-me-ia

a sua efectividade jurídica face à capacidade de alienar, capacidade que assenta ela própria sobre a liberdade. Um notável julgamento equacionou a relação fundamental vontade-liberdade. Um tribunal julgou com efeito que não se poderia fazer derivar a interdição do direito à imagem «seja do direito de propriedade que cada um possui sobre a sua pessoa, seja da noção de liberdade individual ou humana (...); que nesta matéria não se pode invocar *um direito de propriedade* nos termos do artigo 544.º do Código Civil, não estando a pessoa no comércio e não podendo constituir o objecto de um direito real. Não se poderia além do mais conseguir apoio na *noção de liberdade individual ou humana*, que não é em definitivo senão a expressão correcta da mesma ideia de propriedade, tendente a afirmar efectivamente apenas que o indivíduo é senhor do seu corpo e da sua imagem» (16).

Em última análise, a forma sujeito na sua constituição sujeito-objecto (de si) remete para um modo de produção que determina a própria forma de um sujeito que pode vender-se e cuja liberdade apenas se produz na determinação da propriedade. Esta análise teórica

um outro proprietário do que há aí de substancial, de toda a actividade e realidade, da minha personalidade». (*Princípios* minha da filosofia do direito, § 67). Um autor jurídico que por certo não leu nem Marx nem Hegel encontra espontaneamente a mesma relação: «(...) abandonar para sempre a sua vida privada (...) seria tão contrário à liberdade do indivíduo como ceder por toda a vida o seu trabalho» (BADINTER, *Le Droit au respect de la vie privée*, *ob. cit.*).

(16) Tribunal Civil, Yuetot, 2 de Março de 1932, «Gazette du Palais», 1932, I parte, p. 855.

do sujeito de direito permite a descrição concreta e acabada do real: ele é ao mesmo tempo criação de um sujeito e vivido por um sujeito.

Secção II. — A cruzada dos cavaleiros do direito ou a história de uma doutrina jurídica

É tempo de «fazer um pouco de direitos». Vamos penetrar juntos nos arcanos — ia dizer nas entranhas — da *doutrina*. Queria mostrar-vos como se raciocina na «teoria pura do direito», ou antes como *não se raciocina* neste *espaço universitário* que é também o *espaço político* de um certo saber. E vereis então manifestar-se a extraordinária subtileza «ineficaz» dos juristas, que tomam os seus raciocínios... por dinheiro em caixa!

O que diz a doutrina define o que é a doutrina: o apêndice professoral do capital. Impõe-se extrair deste corpo doente a sua própria indigência.

A doutrina, justificando o sujeito de direito, defende o seu bife. Não importa que ele esteja putrefacto: ela alimenta-se do seu cadáver. O que ela quer é legitimar um sujeito que seja simultaneamente livre da sua alma e do seu corpo, isto é, que possa vender o seu corpo conservando a sua alma. Compreendeu-se sem custo que é também dela que se trata.

Voltamos a encontrar, em bom lugar, o nosso Du Guesclin do Direito, o nosso «sociólogo sem rigor», o nosso cavaleiro Carbornier, sem medo e sem mancha, que se revestiu com a armadura cintilante da dogmática. O Cavaleiro escreve, sem pestanejar e sem ceder um palmo de terreno, que o nosso Direito repudiou desde há longo tempo a ideia de que o ser humano fosse

proprietário do seu corpo, porque esta ideia implicava uma confusão absurda entre o objecto e o sujeito de direito⁽¹⁷⁾. Este rigor no não-rigor teria com que surpreender um soldado menos aguerrido do que o nosso Du Guesclin. Se não sou proprietário dos meus «atributos», como posso colocá-los no comércio? Du Guesclin não cura disso! Sejamos honestos. Ele não se importa com isso: ele descobriu, depois, nos campos de batalha, abrindo o inimigo de alto a baixo, que o direito está nas nossas vísceras.

Um outro cavaleiro entrou na liça. Confessou esta grave fórmula: «Mesmo no direito de propriedade «desmaterializado», o valor sobre o qual ele incide é patrimonial e exterior ao sujeito, ao passo que a defesa da personalidade diz respeito aos «valores humanos», que não são distintos do sujeito de direito»⁽¹⁸⁾. A contravérsia é séria e vou tentar deslindar esta algaraviada. Que nos dizem? Existem dois tipos de valores. O valor patrimonial, o valor humano. O que não nos dizem é que os «valores humanos» se vendem. Dito de outro modo, dividiram-se os valores em «humanos» e «patrimoniais» e desta divisão moralizadora «deduziu-se» que a alma não se vende.

Porque, para os nossos soldados, a alma é o último lugar onde se disputa.

Foi o que descobriu ultimamente um jurista que «faz filosofia». Num arrebatado voo lírico, o nosso filósofo traça em quinze linhas a ideia de Pessoa, de

⁽¹⁷⁾ Anotação do Tribunal correctionnel, Erasse, 8 Fev., 1950, *Dalloz*, 1950, p. 712.

⁽¹⁸⁾ NERSON, «Revue trimestrielle de droit civil», Jan., Março 1971, p. 119.

Platão até... E. Mounier. Leio-vos as últimas linhas: «O liberalismo, ele próprio, com as suas tendências em primeiro lugar individualistas, fez muito para valorizar a ideia de Pessoa». Notem bem: «Esta noção põe grandes problemas filosóficos». Vêde as suas referências: Huisman e Vergez, *Métaphisique* (F. Nathan, p. 130-136). Continuo: «Entretanto, o personalismo, cujo verdadeiro fundador é E. Mounier, sintetizando todas as ideias proferidas (*nada mais!*), vê na pessoa uma liberdade comprometida num mundo e entre outros homens, para incarnar valores eternos em situações particulares»⁽¹⁹⁾, etc.! E todo este delírio de classe terminal para acabar nesta genial «dedução» ideológica: ignorar a «esfera íntima» da vida privada «é tornar inúteis, humanamente falando, os direitos ditos do património»⁽²⁰⁾. Reencontramos a velha antífona tanto melhor quanto mais ruminada é: proletários de todo o mundo a vossa exploração prova que vós tendes uma alma. E esta alma, todo o mundo sabe que ela é «um absoluto diante do qual tudo se deve inclinar»⁽²¹⁾. O resto é vulgaridade porque, duma maneira ou doutra, isto «toca por qualquer lado na matéria»⁽²²⁾. E o nosso *vicarius dei* acrescenta esta feliz fórmula: «Substituir a uma reunião de pessoas espiritualmente livres uma amálgama de indivíduos sem constrangimentos, o que é isso, com efeito, senão

(19) MARTIN *Le Secret de la vie privée*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1959, p. 231, n.º 7.

(20) *Ibid.*, p. 232.

(21) VIENNE, *Preuves et Atteintes à la personne*, «Juris-Classeur périodique», 1949, I parte, p. 758.

(22) *Ibid.*

substituir a sociedade pelo rebanho?» São Panurge, protegei-nos!

É verdade que São Panurge não perde completamente a cabeça quando se refere a um outro «grande jurista». F. Geny, com uma alma de banqueiro preocupado em não misturar os géneros, preconizava «substituir a consideração reflectida dos interesses sérios, por sugestões enganosas de um sentimentalismo cheio de perigos» (23).

Termino esta cruzada. Ela não podia acabar senão no Santo Sepulcro do *Direito Romano*. Um professor lembrou-se oportunamente do *Digesto* que, como todos sabem, tudo disse, e sobretudo previu o que teria podido dizer. *Dominus membrorum suorum nemo videtur* (24). Fazendo isto, e passando do latim do Baixo-Império para o francês de baixo nível, M. Kayser revela-nos o seu pensamento: deve resolver-se a questão «reconhecendo ao poder do homem sobre o seu corpo o carácter de um direito da personalidade tendo por fim assegurar a protecção dos interesses morais e materiais do homem relativamente ao seu corpo» (25). O que quer dizer em bom francês: o homem pode vender-se sob condição de que o faça em nome... de um direito de personalidade! A montanha pariu um rato.

Não irei mais longe porque o leitor deve estar fatigado destas exumações, e deixarei o resto — que

(23) *Des Droits sur les lettres messives*, t. II, n.º 209.

(24) *Digesto*, 9,2, Ad, leg. aquil., 13, p. 2: «não poderá ser-se senhor dos seus próprios membros».

(25) *Les Droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, «Revue trimestrielle de droit civil», Julho-Setembro, 1971, p. 461.

é imenso — à «crítica roedora dos ratos». Acrescentarei simplesmente duas coisas.

Estas tomadas de posição que se pretendem *teóricas* são contrariadas *pela prática* mais vulgar do direito. Com efeito, se me «roubam», digamos, a minha imagem, tenho o direito de reivindicá-la, porque me utilizam sem o meu consentimento. O prejuízo que sofro analisa-se juridicamente numa violação do meu consentimento. O direito instaura assim uma relação necessária consentimento/prejuízo. Pois, se o homem não é proprietário dele próprio, em nome de quê poderia ele sofrer um prejuízo que o lesa na sua representação de si próprio? A prática conduz a esta análise jurídica inevitável: todos os «atributos» da pessoa são direitos contratualmente protegidos.

Quanto à «má consciência» da Doutrina, posso situá-la no seu discurso latente, que enuncia a *adequação* «de direito natural» da pessoa humana e do sujeito de direito. A interpelação ideológica — toda a pessoa é sujeito de direito — tornando-se categoria eterna — o sujeito de direito é qualquer pessoa — mergulha a doutrina num terrível embaraço. Porque, se a Forma Sujeito é bem a forma necessária do homem que participa nas trocas e na produção, ela é além disso esta Forma na qual se deve também realizar a liberdade e a igualdade. E, para «eles», o dilema vem a ser o seguinte: o sujeito de direito realiza a sua liberdade pela venda dele próprio. Estes professores não compreenderam que a categoria de sujeito de direito é um produto da história, e que a evolução do processo capitalista realiza aí todas as determinações: o sujeito de direito torna-se o seu último produto: objecto de direito.

Por este facto, toda a ciência do direito se lhes torna impossível. Voltarei a este ponto.

Secção III. — As figuras do sujeito de direito

A forma Sujeito de Direito vai produzir, se posso dizê-lo, a sua própria história. Falo, neste momento, de uma Forma Sujeito que é um produto da história, mas que, ao mesmo tempo, pretende produzir a sua própria história.

Esta pretensão é a pretensão última de toda a ideologia: sustentar um discurso antropológico, isto é, manter o discurso do homem eterno enquanto indivíduo. É, por outras palavras, confessar a pretensão de que o processo da história nada mais é do que o seu próprio processo, e que a história é a história acabada e encerrada da propriedade privada.

É neste lugar privilegiado da «autoprodução histórica» da Forma Sujeito que a ideologia jurídica assume a sua última função. Posso retomar aqui o que tinha já enunciado no acto de nascimento da ideologia jurídica: a essência — e acrescento aqui «histórica» — do homem é ser proprietário privado da sua história, e esta «essência» redobra-se: a História é a propriedade privada dos sujeitos de direito. Reencontro então essa «estrutura especular redobrada da ideologia», mas reencontro-a na sua pretensão ontológica.

A História legitima a existência do sujeito, na exacta medida em que ela regressa ao Sujeito. O Sujeito é a propriedade privada historicizando-se que se distribui nos sujeitos da história. E se dou o conteúdo concreto deste processo, posso dizer então que na

medida em que o sujeito de direito é proprietário da sua história, a História é necessariamente a propriedade dos sujeitos de direito. Através deste mesmo processo, o direito simultaneamente sanciona as relações de produção no próprio seio do indivíduo — e reencontramos a forma mercantil do sujeito — e revela a relação imaginária dos indivíduos com as relações de produção — a propriedade privada é «realmente» a «essência histórica» do homem. Mas esta relação imaginária torna-se por seu turno eficaz na própria prática: o indivíduo vive-se e age realmente como se a propriedade privada fosse a sua «essência histórica», e os tribunais «demonstram-lhe» que ele tem razão, já que ele tem «o direito».

O que vou, pois, abordar agora, é a pretensão histórica da Forma Sujeito. Desvendá-la-ei triplamente, isto é, nas três figuras em que pude surpreendê-la. A primeira figura do bailado é um carrocel, o dos Cadets de Saumur. Ele vai designar este facto espantoso: a apropriação privada de um acontecimento histórico. A segunda figura é mais sinistra: uma dança de morte em Haiti. Ela designará este facto mais espantoso ainda: um sujeito proprietário da sua política. A terceira figura enfeita-se de um véu místico para esconder a sua nudez. É a dança dos véus, mas aí reside a sua própria contradição: se com efeito, o Homem é proprietário da História, a história do homem realiza e ultrapassa a propriedade privada. Ver-se-á então que o véu místico com que o sujeito se enfeita, pudicamente e juridicamente, mais não é, precisamente, do que o véu da moral. Será o último acto do «nosso drama», a última metamorfose da nossa Forma. E restará, para encerrar

definitivamente o processo, demonstrar que em última instância não é mais o homem que significa a propriedade mas a propriedade que significa o homem.

I. O CARROCEL

A Associação dos Cadets de Saumur tinha pedido a interdição da projecção de uma emissão de televisão consagrada aos combates travados pelos oficiais e subalternos da escola de cavalaria de Saumur. Era necessário, dizia ela, proceder a profundos arranjos na composição e sequência das cenas, e não induzir o público em erro. Era necessário que os Franceses soubessem que este episódio tinha sido um «alto feito de armas» e que se tinha morrido no campo de batalha; que os oficiais tinham sido exemplares, isto é, nem filósofos, nem amorosos, nem perversos, e que, como consequência, era inadmissível descrever um deles a aplicar uma chicotada a um jovem aluno oficial, assim como mostrar este mesmo aluno como parecendo preferir o seu amor ao seu glorioso uniforme; que o comandante, finalmente, era um chefe, do qual não se tinha o direito de alterar a figura. Dizendo tudo, a França, isto é a Associação dos Cadets de Saumur, devia proteger a sua história.

O tribunal de Paris, que julga «em nome do povo francês», prestou justiça à história francesa, revista e corrigida pela sua Associação. Este tribunal escreveu, para a nossa escola primária, uma página de história *que é também um «alto feito de armas»*. Eu tinha-anunciado: é um carrocel, onde não se sabe se são os cavalos que levam os homens ou os homens que levam os cavalos.

«A cena da chicotada é inadmissível e deve ser suprimida» diz o tribunal. «A atitude do jovem Patrice que, durante a primeira parte do filme, afirma diversos propósitos filosófico-políticos e parece preferir o seu amor ao seu uniforme, ao ponto de dar a impressão de que está pronto a desertar, faria correr o risco, na ausência de precauções apropriadas, de deixar aos espectadores uma impressão falsa e pernicioso; que com efeito, os combatentes de Junho de 1940 atestam a proeminência absoluta e unânime, entre todos os Cadets, do espírito de sacrifício, com exclusão de toda a futilidade ou veleidade de abandono; que no que diz respeito à figura do comandante da Escola (...) a personagem permanece heróica e altamente exemplar, as suas dificuldades físicas ou excessos verbais não fazendo mais do que pôr em relevo o valor dos actos importantes que realizou (...). E o tribunal ordena que o filme seja precedido de um aviso assim concebido: «O filme que ides ver é uma mistura de verdade e ficção. No quadro de um alto feito de armas excepcional e autêntico os autores introduziram uma aventura amorosa puramente imaginária e criaram diversas personagens cujos traços físicos ou intelectuais não reproduzem os dos combatentes vivos ou mortos que participaram no acontecimento. Assim sucede, muito particularmente, com o comandante da Escola que apenas lembra o verdadeiro comandante pelo que o papel fixou das qualidades de coragem, de autoridade, de decisão, de lucidez e de competência na arte militar, que foram as do oficial de 1940» (20).

(20) Tribunal de grande instance, 15 de Junho de 1970, *Juris-Classeur periodique*, 1970, II part., 16.550. M. Lindon, se

A vida privada «atributo» do sujeito encontra uma espantosa prática: *fazer julgar a história por um tribunal*, representando-a como propriedade privada. Já que o sujeito é proprietário da sua história, ele é, consequentemente, *proprietário do acontecimento* no qual participou. Tal é o *redobramento* da Forma Sujeito: na medida em que, para o bom funcionamento da ideologia, a História é este Sujeito que se distribui em sujeitos, o próprio movimento da História não é senão o perpétuo «ir-voltar» dos sujeitos ao Sujeito e do Sujeito aos sujeitos. Vamos mais longe. Este «ir-voltar» especular é aquele mesmo da «essência» do homem, isto é, da propriedade privada. Por outras palavras, o que funciona aqui é o movimento da propriedade privada na esfera da ideologia. E eu diria mais: se afirmo — o que demonstrarei mais abaixo — que a ideologia jurídica nada mais é do que a eternização da esfera da circulação, posso deduzir que o direito, fazendo da história o lugar da circulação de mercadorias (apropriação privada dos acontecimentos), constitui-a em teleologia da propriedade privada.

Aqui se encerra a primeira figura do sujeito.

bemque *premier avocat général* junto da *Cour de Cassation*, perturbou-se como uma tal consequência. «Dado que não se trata do respeito pela vida privada, dado que se trata do carácter de um acontecimento histórico, pode perguntar-se se, no direito francês, cabe aos juizes dizer o que é «chocante» e o que não o é (...).»

II. A DANÇA DA MORTE

Um filme rodado sobre o Haiti descrevia as condições de vida, e o cineasta punha directamente em causa o regime policial de Duvallier. Este último melindrou-se com estes ataques e nomeadamente com certas tiradas do género de: «Papa Doc é real e o horror é sempre real» «Papa Doc e os seus gangsters». Melindrou-se também, virtuosamente, com uma sequência do filme onde se viam cândidas rapariguinhas ir ao cemitério entoando cânticos de glória do Presidente, para assistir às execuções capitais.

Os tribunais foram chamados a julgar o delito de ofensa aos chefes de Estado estrangeiros (art. 36.º da lei de 29 de Julho de 1881) e deram razão a Duvallier, julgando que «as cenas precedentemente invocadas e as tiradas pré-citadas punham em causa não só os actos do chefe de Estado, mas ainda lesavam a sua própria pessoa»⁽²⁷⁾.

O sujeito de direito revela directamente a sua *dimensão política*. O sujeito da história incarnou-se directamente na Política, isto é, no chefe de Estado, isto é, no próprio Estado. A Cour de Cassation dá-nos a regra. «Se é conforme à Constituição estender o exercício da liberdade pública do direito de discussão à discussão dos actos políticos do Presidente da República, esta liberdade cessa onde começa a ofensa ao chefe de Estado»⁽²⁸⁾. E este mesmo tribunal precisa

(27) Tribunal de grande instance, 20 de Março de 1970, *Dallos*, 1970, p. 487.

(28) Cour de Cassation, Câmara Criminal, 21 de Dezembro de 1966, «Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation», n.º 33, p. 699.

esta fórmula magnificamente sibilina: «A ofensa proferida por ocasião dos actos políticos atinge necessariamente a pessoa» (20).

A crítica política volve-se em crítica da pessoa e a crítica da pessoa em censura da crítica política. O Estado é proprietário da sua política, já que o seu representante supremo é proprietário da sua vida privada. O Estado tornou-se o próprio Sujeito da Política e, ao mesmo tempo, proprietário privado da Política.

Dito de outro modo, a adequação *vida privada do chefe de Estado/actos políticos* permite, em nome da violação da vida privada, expulsar a crítica dos actos políticos.

Tal é esta segunda figura.

III. A DANÇA DOS VÉUS

Na sua terceira figura o sujeito reveste-se do véu místico; ele subsume-se sob o seu duplo: o *sujeito moral*. E ponho imediatamente a questão: qual é o *sentido ideológico* desta subsunção? Não posso aqui mesmo aprofundar o debate que, para nós, outro não seria senão o debate teórico e prático das condições teóricas da luta ideológica, isto é, o retomar da *reflexão engelsiana da ideia de igualdade*, e queria limitar-me a este estudo preciso e circunstanciado do sujeito moral como justificação e revelação do sujeito de direito. De maneira mais concisa ainda: a utilização ideológica da moral como justificação do sujeito de direito, isto é, a pretensão universal da moral ao serviço

(20) *Ibid.*

e em auxílio duma certa falência do sujeito de direito. E não é inocentemente, com certeza, que este auxílio é dado ao sujeito de direito, no lugar do discurso histórico, nesse lugar que contradiz a sua própria existência. Por aí verifica-se o que dizia Engels: «Os homens baseiam, em última análise, as suas concepções morais nas relações práticas sobre as quais constroem a sua situação de classe»⁽²⁰⁾.

Pode-se então tomar como ponto assente que o sujeito de direito se subsume no sujeito moral, e, melhor ainda, que o *Sujeito do sujeito de direito é a Moral*. E posso então dizer que a Moral é o Deus dos juristas. E é um Deus que usa também, no «céu estrelado» Kantiano, na moralidade realizada hegeliana e nos negócios da «alta» banca, um outro Nome: o de Estado.

Então, o que queria provar, com meios de prova à mão, é esta *transferência* que permite salvar com a mão direita o que se mata com a mão esquerda.

A esposa de Lambrakis propõe uma acção contra Costa Gravas, realizador do filme «Z», e contra Vassilikos, autor do romance donde o filme foi extraído. Ela sustenta que, posta directamente em causa nestas duas obras, a sua vida privada foi violada. Tal é o lugar jurídico. Ele é também um lugar histórico: pode-se interditar em nome de um direito de propriedade, um discurso histórico? Dou-vos os motivos do julgamento do tribunal de Paris, comentá-los-ei seguidamente.

Os motivos do tribunal são de duas espécies. Numa primeira série, ele *canta a morte do sujeito de direito*. «A vida e a morte de Lambrakis pertencem à

(20) ENGELS, *Anti-During*, «Ed. Sociales», pp. 125-126.

história política da Grécia (...); trata-se de acontecimentos que de ora em diante pertencem à história e dos quais ninguém poderia interditar a descrição⁽²¹⁾. Eu traduzo. O homem, ao mesmo tempo que se pertence como sujeito, pertence ao «património público», isto é, à história. Esta pertença já não se constrói sobre o conceito de propriedade mas sobre o de história objectiva. A história já não é o processo da propriedade privada, isto é, processo de um indivíduo que é apenas o representante da sua mercadoria, mas, muito pelo contrário, o processo contraditório da Forma mercantil do sujeito.

E dou a minha segunda série de motivos.

«O herói do filme manifesta na realidade por sua esposa um amor profundo e duradouro; a sua imagem segue-o nas suas viagens e os seus pensamentos vão para ela nos momentos que precedem a sua morte, enquanto a mulher de Lambrakis, sob os traços de uma actriz grega, Iréne Papas, impõe admiração e respeito». «De qualquer maneira», diz o tribunal, «não somente a personagem de «Z», inspirada em Lambrakis, é evocada com simpatia, respeito e admiração, mas ainda a sua companheira é descrita como um modelo de ternura e dignidade».

E o tribunal faz-nos esta confissão: a lei para o caso comporta «necessariamente uma parte de interpretação subjectiva».

Vou tentar «captar ao vivo» a passagem do sujeito de direito à moral, sobre o próprio terreno onde ela se produz. O tribunal diz-nos: já que o homem per-

(21) Tribunal de grande instance, Paris, 30 de Junho de 1971, *Dalloz*, 1971, p. 678.

tence à história, pode utilizar-se a sua vida prescindindo do seu consentimento ou do consentimento daqueles que hajam sido implicados na sua vida. Porém, diz-nos, num mesmo movimento: prescinde-se deste consentimento sob a condição de que as coisas sejam apresentadas dignamente, respeitosamente..., senão tanto o livro como o filme poderiam ver-se atingidos pela interdição.

Por outras palavras, o tribunal reserva-se um direito em nome da moralidade.

A moralidade torna-se fonte do direito mas o direito de que ela pretende ser fonte é o próprio direito da moralidade. A Forma mercantil do sujeito é bicéfala: a primeira cabeça leva um boné branco, a segunda cabeça um branco boné. E quando uma se cobre a outra se descobre. A ordem suprema do sujeito é a moralidade, mas esta moralidade regressa ao homem, constituído em objecto de direito, isto é, ela sanciona, em última análise, a Forma mercantil do sujeito. Ao mesmo tempo que ela o nega, neste lugar universal da moral, ela justifica-o na sua Forma Sujeito. A liberdade do homem, posta como produto e produtora da história, reencontra o terreno que pretendia fazer-nos esquecer: o das relações de produção.

«Que ilusão colossal» exclamava Marx, a de «ser obrigado a reconhecer e a sancionar, nos direitos do homem, a sociedade burguesa moderna, a sociedade da indústria, da concorrência universal, dos interesses privados que prosseguem livremente os seus fins, este regime da anarquia, do individualismo natural e espiritual tornado estranho a ele próprio»⁽³²⁾.

(32) MARX, *A Sagrada Família*, «ob. cit.», p. 148.

Não posso dizer mais, salvo que esta «ilusão colossal» não é ilusão para toda a gente e que ela é necessária.

As nossas três figuras faziam, certamente, uma só: a história da «essência» do sujeito, e esta essência impõe e realiza toda a apreensão do real. Para o direito, a constituição do real fendeu-se em dois polos, que respondem um ao outro. De um lado, a sobre-apropriação permite tornar-se proprietário «pelo espírito» da matéria, de outro lado, esta matéria humana ou natural possui a mesma estrutura que esta sobre-apropriação. Trata-se assim de uma bi-polarização de um real constituído em objecto de direito e de que cada termo é condição de outro.

Para terminar, e é um fim que será retorno às fontes, queria fazer-vos assistir ao último avatar da nossa personagem. Sabia-se que o homem significava a propriedade, vamos aprender, preto no branco, que a propriedade significa o homem, que os «atributos» do homem, as suas «emanações», podem ser um imóvel, uma casa, muros. Isto quererá dizer, concretamente, que não somente o homem se representa na coisa, mas que a coisa é, concretamente, a essência do homem.

IV. A PROPRIEDADE CONDUZ À DANÇA

Um pintor reproduz um castelo classificado como monumento histórico. O proprietário reclama a apreensão da obra. O pintor replica que o seu quadro «se apresenta como sua visão pessoal». Isto queria dizer que a sua criação se analisava como uma sobre-apropriação. Num primeiro tempo, num processo sumário,

o tribunal de Paris dá-lhe razão⁽³³⁾. Num segundo tempo, revê a sua posição.

Ides ver a sua argumentação.

O proprietário invoca em primeiro lugar um argumento de peso. Ele diz que mandou efectuar reparações, melhor ainda, que restaurou o seu castelo e que esta restauração constitui uma criação. A consequência disso seria radical: a coisa, já investida pela criação, não poderia ser re-produzida, sob pena de re-produzir uma criação artística. É a contrafacção. O tribunal rejeita este argumento: houve apenas refazimento.

O proprietário invoca um segundo meio que o fará triunfar. O castelo é sua propriedade privada; ele pode usá-lo, fruí-lo, «abusar» dele. Como consequência pode encerrá-lo e recusar a entrada nele. Quem pode o mais pode o menos, diz-nos um adágio jurídico. Se ele pode o mais — recusar a entrada nele — pode o menos — proporcionar a visita do castelo em certas condições.

Ora, estas condições existem, elas estão até materializadas no bilhete de entrada. Leia-mo-lo. Aí se interdita «a fotografia do imóvel assim como os croquis e pinturas que tomem este imóvel por *tema*» com vista à comercialização dos produtos obtidos.

O pintor crê poder ganhar a causa. Se se fala de «reproduções», tal não pode dizer respeito a «uma pintura onde o imóvel é apenas um tema transformado, pela inspiração artística». E se se fala de comercialização, isso não poderá aplicar-se à «venda de obras de arte».

(33) Tribunal de grande instance, 17 de Março de 1970, «Revue internationale des droits d'auteur», Jan. 1971, p. 182.

A resposta do tribunal é espantosa. O proprietário reservou «a sua autorização, para terceiros, quanto à imagem do seu castelo»⁽³⁴⁾. Isto quer dizer, em boa prosa jurídica, que assim como um pintor ou um fotógrafo não podem reproduzir os traços duma pessoa sem a sua autorização, assim também não podem re-produzir a imagem de uma propriedade. Dito de outro modo, a coisa é tratada como a pessoa. Há um consentimento da coisa, porque a coisa tem o seu pudor e a sua honra.

Quanto à comercialização, o tribunal responde vigorosamente, no mais puro estilo civilista, que a palavra comercialização «deve ser entendida no seu sentido vulgar, isto é, a utilização de documentos criados a partir da imagem do castelo com vista a obter pela sua venda, pela sua locação ou por qualquer outro contrato a título oneroso, uma contrapartida, e, particularmente, o pagamento de uma quantia de dinheiro». Em resumo, não devemos fazer de inocentes: a pintura é um objecto de comércio.

V. O AMOR CONDUZ À DANÇA

A coisa tornou-se a pessoa, e a estrutura do sujeito, a da coisa. A propriedade devolve ao proprietário o seu próprio reflexo. O significante e o significado permutam-se no espaço abstracto da propriedade eterna.

Vamos vê-lo ainda melhor.

⁽³⁴⁾ Tribunal de grande instance, 10 de Fevereiro de 1971, Abril 1971, p. 237.

Uma professora do Instituto Notre-Dame, membro do conselho municipal e educadora infantil, teve a surpresa de se aperceber de que o seu domínio servira de quadro a uma «foto-novela» intitulada suavemente *o amor conduz a dança*. Virtuosa indignada, ela reclama a interdição da obra. Foi-lhe dada razão, porque «não carece de dúvida que os leitores vizinhos não podem deixar de identificar os lugares e de considerar com surpresa que a senhora Lemoiner permitiu que a sua propriedade sirva de cenário à rodagem de um romance em forma de filme, cujo espírito é dificilmente compatível com a sua personalidade»⁽³⁵⁾.

Aí os juristas ficam de igual maneira emocionados. «Sob reserva dos direitos procedentes da noção de propriedade artística», diz um, «o que está à vista de todos e de cada um, não está de qualquer maneira no domínio público?»⁽³⁶⁾. «Não existe qualquer falta em fotografar uma casa privada que se apresenta aos olhos de todos», diz outro, «e de modo nenhum também em publicar esta foto, pelo menos se nenhuma interdição aparente o proíbe e se nenhum direito de autor está em causa»⁽³⁷⁾.

Um terceiro é mais profundo, mas também inteiramente mistificado. «Na verdade», diz ele, «eis que o direito à imagem faz novas e singulares conquistas! Reconhecido e defendido como um direito de personalidade, ei-lo que se insinua entre as prerrogativas do

(35) Tribunal Seine, 1 Abril 1965, *Juris-Classeur périodique*, 1966, II part. 14.572, nota R. L.

(36) Nota R. L. pré-citada.

(37) «Revue trimestrielle de droit civil», 1966, p. 293, observações Rodière.

direito de propriedade e acaba por defender as coisas e não já apenas as pessoas...»⁽³⁸⁾. Está muito bem visto, mas os juristas são decididamente incorrigíveis. «Atendo-se» à justificação jurídica, o nosso autor faz então apelo à noção de exercício abusivo de um direito de reprodução que desacreditaria o proprietário. Pode-se pois abusar de uma casa como se abusaria... de uma mulher!

Em suma, equacionámos a adequação homem/ / coisa, de tal modo que a coisa significa tanto a «essência» do homem quanto a «essência» do homem significa a coisa.

Cheguei ao termo da minha análise «jurídica». Neste momento parece-me necessário retomar os resultados para os levar mais longe, isto é, para os situar no seu verdadeiro lugar.

A introdução das técnicas modernas de reprodução do real permitiu-me determinar o funcionamento do direito *num terreno virgem*, isto é, descrever como um continente novo passava pelo corte jurídico. O que quis demonstrar foi que a constituição deste novo objecto de direito, o real, se efectuou na categoria jurídica predeterminada do sujeito. Dito por outras palavras, o processo descrito «surgiu» como o processo de um sujeito (de direito). Certamente, se fiz surgir a necessidade económica de um tal processo, este aparecimento dissolveu-se, de certa maneira, nas categorias jurídicas. Era necessário mostrar esta *dissolução*, porque ela significava também o papel do funcionamento da ideologia jurídica. Era necessário

(38) «Revue trimestrielle de droit civil», 1966, p. 317, observações Bredin.

mostrar que tudo se tinha «sempre-já» passado, e que este «sempre-já», que é também de uma certa maneira um «ir e voltar», é o «sempre-já» do sujeito, isto é, da propriedade privada. Uma teleologia do sujeito, assim, se desenhou, e o direito «se» funciona como a realização das determinações do sujeito. Reconhece-se aqui a tese hegeliana dos *Princípios da filosofia do Direito*.

Mas, além disso, este primeiro trabalho era necessário para mim próprio. Elè fornecia-me a base concreta de uma análise mais ambiciosa: articular concretamente a instância jurídico-política sobre a infra-estrutura. Ele fornecia-me, e regressarei aqui num ápice, as «leis imanentes do direito», e entendo aqui, por «leis imanentes», as formas necessárias através das quais o real, enquanto objecto de direito, foi posto em circulação.

Ora, no decurso de uma análise objectiva da jurisprudência e da Doutrina, «revelou-se» que o pôr em circulação deste novo objecto de direito desvendava esta lei fundamental: para o Direito, todo o processo económico é processo de um Sujeito. E esta lei «imaneente» pareceu bastar-se a si própria. Quero dizer que, tal como para o Direito basta regulamentar o contrato de trabalho com auxilio das categorias de empresário «livre», de trabalhador «livre» e de «livre» salário «livremente» negociado, afim de «julgar» o trabalho, assim lhe bastou, para «produzir» um direito do cinema e da fotografia, pôr a funcionar as categorias de propriedade (literária) e de atributos da personalidade, que remetem em última análise para a categoria do sujeito de direito.

Esta «continuidade» jurídica, *era necessário fazê-la funcionar no seu próprio terreno, para abstrair dela as leis do seu funcionamento*. Porém, não basta constatar

estas mesmas leis; é ainda necessário explicar a *última instância do seu funcionamento*. É necessário partir daí para aí regressar. Também aqui termino anunciando já o terreno da continuação: a teoria do valor.

Careço de precisar, à partida, que, sobre este terreno novo, falarei e não falarei mais da minha demonstração jurídica, ou antes, falarei dela «em silêncio». Não retomarei, enquanto tal, a minha análise, mas supô-la-ei presente ao longo do discurso que anuncio aqui. Peço ao leitor este «esforço», que será o último.

III

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA
MARXISTA DO DIREITO**

Anunciei-o: trata-se para mim de localizar a minha demonstração no campo teórico que a tornou possível. Concretamente: de articular, no processo de conjunto do Capital, o funcionamento das categorias jurídicas.

Quando Marx explica que «a metamorfose do homem com dinheiro em capitalista deve passar-se na esfera da circulação e ao mesmo tempo não deve passar-se a»⁽¹⁾ ele fornece-nos o nosso ponto de partida: a esfera da circulação. E quando ele acrescenta, na mesma passagem, que «a transformação do dinheiro em capital deve ser explicada tomando por base as leis imanentes da circulação das mercadorias, de tal modo que a troca de equivalentes serve de ponto de partida»⁽²⁾ ele fornece-nos o método científico: o estudo das leis imanentes da circulação oculta e revela a esfera da produção, i. é., o processo global do Capital.

Ora, na minha descrição «apareceu» que tudo se passava no Direito, e que, contudo, não se passava tudo aí. Aí reside, precisamente, o «mistério» do nosso Direito que, para além de todas as coisas iguais, é da mesma «natureza» que o «mistério» do dinheiro.

O Direito fixando o conjunto das relações sociais tais como elas surgem na esfera da circulação, torna possível, ao mesmo tempo, a produção.

(1) MARX, *O Capital*, «ob. cit.», liv. I, t. I, p. 169,

(2) *Ibid.*

A produção aparece e não aparece no Direito da mesma maneira que ela aparece e não aparece na circulação. E, tal como a circulação «é, sob todos os aspectos, uma realização da liberdade individual»⁽³⁾, assim o Direito, realizando a propriedade, pretende realizar a liberdade e a igualdade. Com efeito é necessário fazer aqui uma distinção fundamental sobre a qual terei ocasião de me debruçar de novo: o Direito, que fixa as formas de funcionamento do conjunto das relações sociais, torna eficaz, no mesmo momento, a Ideologia Jurídica, que é a relação imaginária dos indivíduos com as relações sociais em geral.

É assim que o Direito assume esta dupla função de fixar concretamente e «imaginariamente» — e valeria mais dizer que a fixação concreta jurídica é ao mesmo tempo ideológica — o conjunto das relações sociais. Se fosse necessário precisar poderia dizer-se que, no Direito, a produção surge sob um duplo título: por um lado, nas formas necessárias pelas quais são fixadas as relações sociais, por outro lado, no facto de que estas Formas apenas funcionam para a produção. E ela não aparece também a um duplo título: por um lado, porque estas Formas necessárias podem formalmente pretender a suficiência delas próprias, e por outro lado, porque o seu funcionamento oculta, se posso dizer, no seu próprio funcionamento, a razão pela qual elas funcionam.

E se «concretizo» rapidamente estas determinações, direi por um lado que é a Forma sujeito de direito que fixa as relações sociais e permite pôr em circulação

(3) MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique*, Ed. Sociales, p. 220.

o «real» enquanto objecto de direito, e, por outro lado, que esta Forma «aparece» como categoria autónoma, independentemente de qualquer «história».

Isto leva-me a formular duas teses: o Direito fixa e assegura a realização, como dado natural, da esfera da circulação (tese I); no mesmo momento torna possível a produção (tese II). O Direito vive desta contradição: ao tornar possível a produção capitalista, em nome das determinações da propriedade (liberdade/igualdade), esta propriedade desenvolve a sua própria contradição ela, confessa a sua natureza: é o produto da exploração do homem pelo homem.

5 — Tese I: O direito fixa e assegura a realização, como dado natural, da esfera da circulação.

A esfera da circulação constitui o lugar onde se manifesta esta relação social dominante: todos os indivíduos são (produtores) cambistas de mercadorias. É o lugar onde reina o valor de troca; melhor ainda: este lugar é, em si, «o movimento do valor de troca»⁽¹⁾. Aqui os indivíduos, agentes da troca, são todos proprietários privados, isto é, seres livres que trazem para o mercado a mercadoria de que são possuidores.

Com efeito o mercado já não é um mercado de escravos. Pelo contrário é o lugar onde o homem realiza a sua natureza trinitária; ele afirma-se proprietário, portanto livre, portanto igual a qualquer outro proprietário. E esta tripla afirmação, a esfera da circulação admite-a com estrépito, organiza-a, pondo-a em movimento: o produto do trabalho pertence ao trabalhador (melhor ainda: o trabalho pessoal é o título de propriedade original) e este produto é univer-

⁽¹⁾ MARX, *Contribuição à crítica da economia política*, «ob. cit.», p. 212.

salmente susceptível de troca por qualquer outro produto. Mais simplesmente: o produto do trabalho tornado mercadoria — isto é, valor de troca, e mais longe ainda, dinheiro — pode trocar-se universalmente por qualquer outra mercadoria.

Esta esfera descobre-nos assim as suas leis imanentes: cada indivíduo é proprietário (do fruto do seu trabalho ou do seu trabalho em potência) e o seu trabalho é um trabalho social ainda que isolado, isto é, um trabalho que, embora sendo particular, participa do universal. «Daí que, produzindo para a sociedade, na qual cada um trabalha por seu turno para mim numa outra esfera, eu afinal produzo para mim»⁽²⁾. Hegel não diz outra coisa: o sistema das necessidades realiza, apesar do egoísmo individual, a *universalidade* da sociedade civil.

Então, pode afirmar-se na ideologia do direito, que tudo se passa nesta esfera; que o essencial são as trocas e que as trocas realizam o Homem; que as formas jurídicas que são impostas pela circulação são as mesmas formas da liberdade e da igualdade; que a Forma Sujeito desvenda a realidade das suas determinações numa prática concreta: o contrato; que a circulação é um processo de sujeitos.

O que me proponho demonstrar deixando voluntariamente de lado o que se passa «em qualquer parte» no «laboratório secreto da produção» é que o Direito toma a esfera da circulação como dado natural; que esta esfera, tomada em si como absoluto não é outra coisa senão a noção ideológica que recebe o nome hobbesiano, rousseauiano, kantiano ou hegeliano, de

(2) *Ibid.*, p. 214.

sociedade civil; e que o Direito ao fixar a circulação mais não faz do que promulgar os decretos dos direitos do homem e do cidadão; que ele escreve sobre o frontispício do valor de troca os sinais da propriedade, da liberdade e da igualdade, mas que estes sinais, no secreto «em qualquer parte», se leem como exploração, escravatura, desigualdade, egoísmo sagrado.

O que, portanto, vou abordar agora são as determinações da esfera da circulação, isto é, o «estatuto» concreto/ideológico da propriedade, da liberdade e da igualdade. E veremos que o direito fixa este estatuto numa realização concreta/ideológica; e aproveito para lembrar ao leitor o esforço que eu exigia dele: de não fazer qualquer tenção de esquecer a sorte da nossa minúscula questão de direito.

Na esfera da circulação, os indivíduos «não se enfrentam senão enquanto valores de troca subjectivados, isto é, equivalentes vivos, valores iguais»⁽²⁾. Dito de outro modo, eles não fazem mais do que incarnar e reproduzir o próprio movimento do valor de troca. O valor de troca representa-os e eles representam o valor de troca.

Mas, ao mesmo tempo que o indivíduo, agente da circulação, reveste os mesmos caracteres do valor de troca que ele representa, que a «sua vontade», habitando nas coisas, toma os mesmos caracteres das coisas que habita, isto é, ao mesmo tempo que o indivíduo é encarado como um proprietário livre e igual aos outros proprietários, ele encara-se como um proprietário livre e igual aos outros proprietários. Por outras palavras, ele toma como «dinheiro em caixa» o facto de que o

(2) MARX, *Contribution...*, «ob. cit.», p. 221.

valor, expressão social do produto do seu trabalho, realiza verdadeiramente a liberdade e a igualdade, neste lugar onde reina o valor de troca, à «superfície» do processo e onde esta «superfície» ignora os fundos marinhos que ela cobre.

Queria citar aqui o que me parece ser um texto fundamental para a teoria da ideologia. Penso que um comentário deste texto permitir-me-á localizar suficientemente a relação entre a teoria do valor e a teoria da ideologia, afim de que possa ir mais além e tentar abordar directamente o Direito.

Estudando, no «Fragmento da versão primitiva» da *Contribuição para a crítica da economia política*, as manifestações da lei de apropriação na circulação simples, e, mais precisamente as, determinações da liberdade e da igualdade, Marx escreve esta coisa essencial:

«Deste modo, portanto, o processo do valor de troca que desenvolve a circulação não respeita apenas a liberdade e a igualdade, cria-as, é a sua base real. Enquanto que ideias puras, elas são as expressões idealizadas destas diversas fases; os seus desenvolvimentos jurídicos, políticos e sociais mais não são do que a reprodução noutros planos» (4).

E Marx acrescenta mais adiante: «O sistema do valor de troca e, mais ainda, o sistema monetário é na realidade o sistema da liberdade e da igualdade. Mas as contradições que surgem no seu desenvolvimento, são contradições imanentes, implicações desta propriedade, desta liberdade e desta igualdade que,

(4) *Ibid.*, p. 224.

no momento próprio, se transmudam no seu contrário (...)» (*).

Dito de outro modo, a afirmação das determinações da propriedade (liberdade/igualdade) na esfera da circulação é posta ao mesmo tempo que a sua necessária ignorância na esfera da produção, aí onde o homem é concretamente explorado pelo homem, aí onde o capital, no próprio seio da produção expolia o operário da mais valia.

O processo do valor de troca, criando a liberdade e a igualdade produz assim, num mesmo movimento, a ilusão necessária de que a liberdade e a igualdade são realmente efectivas. E melhor ainda: esta «ilusão» nada mais é do que o reflexo das contradições reais do sistema do valor de troca: ele não pode realmente «produzir» uma verdadeira liberdade nem uma verdadeira igualdade.

«No facto de que o valor é a expressão do trabalho social contido nos produtos privados reside já a possibilidade da diferença entre este trabalho e o trabalho individual contido no mesmo produto. Se portanto um produtor privado continua a produzir segundo o modo antigo, enquanto que o modo de produção social progride, esta diferença torna-se para ele bem sensível. A mesma coisa se passa desde que o conjunto dos fabricantes privados de um determinado género de mercadorias produza um quantum que ultrapasse as necessidades sociais. No facto de que o valor de uma mercadoria não pode exprimir-se senão numa outra mercadoria, e só pode realizar-se através da troca desta, reside já a possibilidade de que a troca não chegue de

(*) *Ibid.*, p. 225.

modo algum a fazer-se, ou pelo menos que não realize o valor exacto. Finalmente, quando a mercadoria específica força de trabalho surge no mercado, o seu valor determina-se, como o de qualquer outra mercadoria, segundo o tempo de trabalho socialmente necessário à sua produção. Eis a razão pela qual a forma do valor dos produtos contém já em germe toda a forma capitalista de produção, o antagonismo entre o capitalista e os assalariados, o exército industrial de reserva, as crises. Por consequência, querer abolir a forma de produção capitalista instaurando o «verdadeiro valor», é querer abolir o catolicismo instaurando o «verdadeiro papa», ou instaurar uma sociedade na qual os produtores acabem finalmente por dominar um dia o seu produto, através dum consequente recurso a uma categoria económica que é a mais ampla expressão da sujeição do produtor ao seu próprio produto» (6).

O pôr em movimento a propriedade privada cria certamente uma liberdade e uma igualdade, mas esta liberdade e esta igualdade são as mesmas da propriedade privada. Em última instância, toda a ideologia burguesa consiste em ocultar a contradição imanente desta liberdade e desta igualdade, que se transmudam no seu contrário: a escravidão e a exploração (7).

(6) ENGELS, «*Anti-Duhring* ob. cit.», p. 350.

(7) É assim que a reivindicação da igualdade pelo proletariado no domínio económico e social passa necessariamente pela abolição das classes, isto é, pela abolição da separação do homem e dos meios de produção (cfr. ENGELS, *ob. cit.*, p. 138). Retomarei este ponto na conclusão desta obra quando tratar da luta ideológica.

A circulação do valor de troca nada mais é do que a circulação da liberdade e da igualdade, enquanto determinações da propriedade, e toda a ideologia burguesa é uma idealização destas determinações.

Podemos dizer, então, que a função última da ideologia burguesa consiste em idealizar as determinações da propriedade (liberdade/igualdade), isto é, as determinações objectivas do valor de troca. A base concreta de toda a ideologia é o valor de troca. Que outra coisa fez Hegel, ao desenvolver a Ideia de direito, que não fosse dar a expressão pura do movimento do valor? E a «dialéctica» dos *Princípios da filosofia do direito* que coisa é senão a manifestação cada vez mais abstracta do valor? Com efeito, ao fim e ao cabo, a Ideia hegeliana de direito — ou, antes, o que é o Espírito no Direito — é o valor à espera dele próprio.

Desde que o processo do valor de troca é o mesmo processo da liberdade e da igualdade, desde que os indivíduos são apenas «equivalentes vivos», o processo do valor de troca torna-se o processo do sujeito e o processo do sujeito, o processo do valor de troca. Dito por outras palavras, na esfera da circulação, tudo se passa (e não se passa) entre sujeitos, que são também, sujeitos desse grande Sujeito que é o capital. E como, além disso, a circulação escamoteia (revelando-a) a produção, pode dizer-se então que toda a produção se manifesta como produção de um sujeito.

Posso responder então à questão aberta por Althusser: se é verdade que toda a ideologia interpela os indivíduos como sujeitos, o conteúdo concreto/ideológico da interpelação burguesa é o seguinte: o indivíduo é interpelado como encarnação das determinações do valor de troca. E posso acrescentar que o sujeito de

direito constitui a forma privilegiada desta interpelação, na exacta medida em que o Direito assegura e assume a eficácia da circulação.

Mas como, além disso, a circulação só pode pretender a sua reprodução através dos sujeitos, o valor de troca, e a sua forma mais acabada o Capital, afirma-se como Sujeito absoluto que se assegura e se legitima em nome da sua própria redistribuição em sujeitos.

Aqui é necessário precisar bem. Falo da circulação e da sua ideologia, e da manifestação concreta/ideológica do capital nesta esfera. É nesta perspectiva que posso avançar que pouco importa, para a circulação, que o capital no seu processo, afirme o trabalho, esse «não-capital real»⁽⁸⁾, esse valor de uso que constitui «o oposto e o complemento do dinheiro na sua qualidade de capital»⁽⁹⁾. O que aparece nesta esfera, e o que lhe importa, é que o capital, este valor que se põe ele próprio em valor, pareça não só engendrado por ele próprio mas pareça ainda engendrar o seu próprio processo⁽¹⁰⁾.

(8) MARX, *Contribuição...*, «ob. cit.», p. 251.

(9) *Ibid.*

(10) Que ele, realmente, o gera também produzindo não só Capital mas ainda reproduzindo aí, de maneira cada vez mais alargada, a matéria do capital (a massa crescente de trabalho), tal foi exposto por Marx nomeadamente num capítulo inédito do Capital («La Pensée», Abril, 1971). O que diferencia «a autonomia do dinheiro, (que) deve aparecer como processo (e que é) ao mesmo tempo condição prévia e resultado da circulação» («Contrib.», p. 245), da autonomia do Capital, é que o processo do Capital é processo total. Dito de outro modo, o seu processo é ao mesmo tempo processo do valor de uso (o trabalho, o não-capital) e do valor de troca, isto é, o próprio processo da trans-

Para caracterizar este auto-engendrar Marx utiliza uma metáfora que não é inocente. O valor «distingue em si o seu valor primitivo da sua mais valia, da mesma maneira que Deus distingue na sua pessoa o Pai e o Filho, e que ambos fazem apenas um e são da mesma idade, porquanto é apenas através da mais valia de 10 libras esterlinas que as 100 primeiras libras esterlinas adiantadas se tornam capital, e desde que isso se conclui, desde que o filho foi engendrado pelo pai e reciprocamente, esta diferença esvai-se e não existe mais do que um ser: 110 libras esterlinas»⁽¹¹⁾ «Deus desdobra-se nele próprio e envia o seu filho à terra como simples sujeito «abandonado» (...), sujeito mas Sujeito, homem mas Deus, para levar a cabo aquilo que a redenção final prepara, a Ressurreição de Cristo. Deus tem pois necessidade de «se fazer» ele próprio homem, o Sujeito tem necessidade de se tornar sujeito (...)»⁽¹²⁾. O Julgamento Final, onde o sujeito

formação real do valor de uso em valor de troca. «O trabalho produz as suas condições de produção enquanto capital — e o capital, o trabalho que lhe permite realizar-se como capital — o trabalhador assalariado» (*La Pensée*, *ob. cit.*). Então como o dinheiro só toma em conta a autonomia do valor no processo fechado da circulação, o Capital é o valor tornado processo total. Eis porque razão o Capital aparece não só a auto-engendrar-se, mas ainda a gerar realmente as condições da sua produção. O homem está realmente submetido ao Capital, já que o Capital o produz realmente. Ao mesmo tempo ele vive as leis do Capital como «leis naturais». O Capital torna-se um «ser forte, místico; todas as forças produtivas sociais do trabalho parecem com efeito ser devidas ao Capital e não ao trabalho» («O Capital», L. III, p. 205).

⁽¹¹⁾ MARX, *O Capital*, *ob. cit.*, liv. I, t. I, p. 158.

⁽¹²⁾ ALTHUSSER, *Ideologie e appareils ideologiques d'Etat*, *ob. cit.*.

entra no seio do Sujeito, são as 110 libras esterlinas o A' da fórmula A'-M-A'. O filho do Capital é a mais valia que se contempla no Capital, é o Sujeito que se desdobra em sujeitos, e os indivíduos, agentes da circulação, são os sujeitos que asseguram o funcionamento do Sujeito.

Neste ponto convém reagrupar estes diferentes enunciados para fazer deles a base concreta/teórica da minha demonstração.

1. A ideologia burguesa idealiza (ideias puras) as determinações da propriedade (liberdade-igualdade).

O que a leva a equacionar:

a) que a *sociedade* (= «sociedade civil» enquanto totalidade das relações sociais) manifesta, nas suas leis imanentes, a totalidade do processo social;

b) que os membros desta sociedade são *livres e iguais* entre eles;

c) que toda a produção é produção de um sujeito livre;

d) que as *leis* que permitem assegurar o funcionamento desta sociedade (democracia) são as leis naturais da liberdade e da igualdade, isto é, as leis dum processo que se fecha sobre si próprio.

2. O Direito assegura as formas da circulação e fixa-a como dado natural.

O que o leva a equacionar:

a) que a interpelação jurídica do indivíduo, agente da troca (= membro «sociedade civil») cons-

titui-o em *sujeito de direito proprietário*, isto é, em pessoa capaz de adquirir e de vender;

b) que a *troca* do equivalente entre dois sujeitos de direito é a *relação jurídica fundamental*;

c) que toda a *produção social* do homem é produção de um sujeito de direito;

d) que o Direito manifesta como *compulsivas* as leis «naturais» da liberdade e da igualdade, isto é, também as leis de um processo que se fecha sobre ele próprio, no funcionamento das suas categorias.

Este «quadro» exige um comentário. O que eu quiz significar foi a relação entre a Ideologia burguesa em geral e a Ideologia jurídica. Ora, parece que o seu terreno de encontro mais não é do que a circulação, isto é, o terreno da realização do valor de troca e das suas determinações.

Se a ideologia burguesa em geral pensa o processo social no seu conjunto através da noção de «democracia política e económica» (que mais não é do que um plágio da velha noção de sociedade civil) é sobre esta mesma noção que se constitui a ideologia jurídica.

Compreende-se todo o valor que pode assumir, no próprio itinerário de Marx, a definição do lugar desta noção.

No Prefácio à *Contribuição para a crítica da economia política* Marx recorda o seu caminho:

«As minhas investigações conduziram a este resultado de que as relações jurídicas — assim como as formas do Estado — não podem ser compreendidas nem por elas próprias nem pela pretensa evolução geral do espírito humano, mas que elas vão buscar pelo

contrário as suas raízes às condições materiais de existência, de que Hegel, a exemplo dos Ingleses e dos Franceses do séc. XVIII, engloba o conjunto sob o nome de «sociedade civil», e que a anatomia da sociedade civil deve ser procurada por seu turno na economia política».

Marx na *Ideologia Alemã* dava dela esta definição:

«A sociedade civil abarca o conjunto das relações materiais dos indivíduos no interior de um determinado estágio de desenvolvimento das forças produtivas. Ela abarca o conjunto da vida comercial e industrial de uma etapa e, por isso mesmo transborda o Estado e a nação ainda que ela deva, além disso, afirmar-se no exterior como nacionalidade e organizar-se no interior como Estado. O termo sociedade civil apareceu no séc. XVIII a partir do momento em que as relações de propriedade se foram destacando da comunidade antiga e medieval. A sociedade civil enquanto tal apenas se desenvolve com a burguesia; contudo a organização social saída directamente da produção e do comércio e que forma sempre a base do Estado e do resto da superestrutura idealista foi constantemente designada sob o mesmo nome»⁽¹³⁾.

Este dois textos permitem especificar a noção de sociedade civil que, contrariamente às primeiras aparências, nada mais designa do que a esfera da circulação.

Desde a *Ideologia Alemã* Marx descreve a «sociedade civil» como uma *noção ideológica*. Com efeito, por um lado, este termo engloba «o conjunto das relações materiais dos indivíduos no interior de um determinado estágio de desenvolvimento das forças produtivas»; por

(13) MARX-ENGELS, *A ideologia alemã*, «ob. cit.», p. 104.

outro lado, ele engloba também «toda a organização social saída directamente da produção e do comércio».

Dito de outro modo, *sob uma única categoria*, estão reunidas a produção e a circulação.

Mas, ao mesmo tempo — e Marx dá-se conta disso no Prefácio à *Contribuição para a crítica da economia política* —, esta noção é um «progresso»: ela formula que as relações jurídicas e o Estado vão buscar as suas raízes «às condições materiais de existência».

A noção de «sociedade civil» é ao mesmo tempo falsa e verdadeira. Ela é verdadeira na sua visão totalizadora do processo social, ela é falsa na medida em que reduz o processo social à sua aparência: a circulação.

Com efeito, a sociedade civil é ela própria a superfície da relação do Capital. Tomar a superfície da relação — a sociedade civil nas suas leis imanentes — pela totalidade do processo social (económico, jurídico, político) equivale a afirmar que, tal como ela «aparece», ela é a realidade do próprio processo social. A melhor ilustração disso é ainda o «sistema das necessidades» tal como Hegel o desenvolve nos *Princípios da filosofia do direito*.

A «sociedade civil», enquanto noção ideológica que pretende assim dar conta da totalidade do processo social, constitui o lugar de encontro da ideologia burguesa em geral e da ideologia jurídica. Mas este lugar, lugar de encontro é, ao mesmo tempo, um lugar de passagem.

Com efeito, todas as categorias que fundamentam a noção de «sociedade civil» — propriedade privada, sujeito, vontade, liberdade igualdade, — são «especificadas» pela ideologia jurídica. O sujeito é especificado em sujeito de direito; a produção do sujeito

em produção do sujeito de direito; a liberdade e a igualdade em liberdade e igualdade de todo o sujeito de direito. Mas, no mesmo momento, esta especificação é coactiva. O que quer dizer que, se a ideologia jurídica mais não faz do que especificar «juridicamente» a ideologia burguesa, no mesmo movimento esta especificação é realizada concretamente pela coacção do aparelho de Estado.

É assim que o aparelho de Estado, impondo o «jurídico» — enquanto manifestação real da ideologia jurídica — coactivamente, impõe a ideologia jurídica, e que a ideologia jurídica, em retorno, justifica a coacção.

O reagrupamento destes enunciados permite especificar a função do Direito. O Direito manifesta realmente/ideologicamente, pela coacção do aparelho de Estado, as determinações do valor de troca (propriedade/liberdade-igualdade). À manifestação real, nós chamamos o jurídico, à manifestação ideológica, a ideologia jurídica, o conjunto do processo, ao Direito.

Ora, o que apareceu na minha demonstração jurídica, foi que a «construção» de um novo objecto de direito — o «real» — se efectuou inteiramente nas categorias predeterminadas da circulação; que o colocar em circulação jurídica de novas indústrias — as indústrias fotográficas e cinematográficas — se produziu nas determinações do valor, isto é, nas determinações da propriedade, e que estas próprias determinações apareceram como determinações do sujeito de direito. Reciprocamente, o pôr em circulação o real, pela necessária mediação do sujeito de direito, constitui o próprio sujeito de direito. Condição e resultado do processo da circulação, o sujeito de direito tomou a mesma

Forma do processo que manifestou; ao tomar esta Forma ele torna eficaz o próprio processo.

É assim que toda a produção (do real) apareceu como a produção de um sujeito (conceito de «sobre-apropriação») que é a incarnação do valor de troca (Forma Sujeito). E, se se reexamina a Forma sujeito de direito, esta mercadoria que se põe ela própria em movimento, que se leva a si mesma ao mercado, esta mercadoria na qual se incarna, fundamentalmente, o trabalhador, ela aparece constituída em dois polos: de uma lado, o polo sujeito (o consentimento, vontade...) de outro lado, o polo objecto de direito (ele próprio enquanto mercadoria). A Forma sujeito, esta Forma abstracta produzida realmente pela circulação, «contém já em germe toda a forma capitalista de produção» como o dizia Engels da «forma do valor»⁽¹⁴⁾.

Porque, em última análise, o trabalhador é esse específico ser que se leva a si próprio ao mercado, numa forma jurídica que lhe permite vender-se em nome da liberdade e da igualdade. Esta Forma realiza assim, «sobre o terreno», a propriedade. Pois, a partir do momento em que o indivíduo é juridicamente cons-

(14) Engels precisa a *relação* entre a lei do valor e a ideia de igualdade: «Finalmente, a igualdade e o valor igual de todos os trabalhos humanos, dado que e enquanto são trabalho humano em geral, encontraram a sua expressão inconsciente mas a mais vigorosa, na lei do valor da economia burguesa moderna, que quer que o valor de uma mercadoria seja medido pelo trabalho socialmente necessário que ela contém» (*Anti-Duhring*, «ob. cit.», p. 137). E acrescenta: «Esta dedução das ideias modernas de igualdade a partir das condições económicas da sociedade burguesa foi exposta pela primeira vez por MARX em *O Capital*, «id.», n.º 1.

tituido em sujeito do processo de troca, não só é livre, já que possui «em propriedade plena» os produtos e, melhor, a energia do seu trabalho, e que pode à sua maneira trocá-los («Donde, no direito romano, esta definição correcta do *seruus* (escravo): alguém que nada pode procurar obter por troca»)⁽¹⁵⁾, mas ainda é igual a todo o sujeito de direito pois que um sujeito é igual; socialmente, a um outro sujeito. O comprador torna-se vendedor, o vendedor comprador e esta permutação é o próprio sentido da troca.

«À saída do acto de troca, cada um dos dois sujeitos reentra em si próprio enquanto objectivo final de todo o processo, enquanto sujeito que tem preferência sobre tudo. Assim se realiza pois a completa liberdade do sujeito. Transacção livre; nenhuma violência nem de um lado nem do outro; não se tornam um meio para outrem senão para serem um meio para si ou o seu próprio fim; finalmente, consciência de que o interesse geral ou comum é justamente apenas a universalidade do interesse egoístico»⁽¹⁶⁾.

Não me alongarei mais, mas posso acrescentar que a Forma sujeito de direito, enquanto a mais desenvolvida e a mais abstracta das formas jurídicas, desenvolve as leis imanes do Direito.

É-me, pois, possível presentemente expôr a minha segunda tese.

(15) MARX, *Contribuição...*, «ob. cit.», p. 220.

(16) *Ibid.*

6 — Tese II: O direito, garantindo e fixando como dado natural a esfera da circulação, torna possível a produção.

Resta-me agora demonstrar o seguinte: como é que a fixação (jurídica) das leis da circulação torna possível a produção? Por outras palavras, qual é, no processo do Capital, a relação que a circulação entretém com a produção?

Na relação capitalista produziu-se esta revolução: a mercadoria específica força de trabalho aparece no mercado. A circulação já não é esta região relativamente autónoma onde os indivíduos levavam ao mercado o excedente da sua produção, mas o lugar onde o capitalista vem em pessoa comprar o que lhe permitirá aumentar o seu capital: o trabalho humano⁽¹⁾.

(1) Queria, acerca deste ponto, fornecer algumas indicações. O problema do papel do direito num determinado modo de produção remete para a relação circulação produção. Eu explico-me. Historicamente, o valor de troca só aparece primeiro apenas na esfera da circulação e, enquanto não se torna a base real da produção, ela aparece como uma esfera relativamente autónoma e relativamente desenvolvida. Dito de outro modo, ela aparece «em avanço» sobre as relações de produção. O Direito, que fixa as determinações do valor de troca, adquire assim

A circulação não só aparece assim como o lugar de encontro do capital e do trabalho como ainda se tornou a mediação essencial da reprodução do capital.

uma «autonomia relativa» em relação à base real de produção. Isto explica já o «milagre» do direito romano. «Tendo-se desenvolvido no mundo antigo, pelo menos entre os homens livres, as diversas fases da circulação simples, explica-se que em Roma, e especialmente na Roma imperial, cuja história é precisamente a da dissolução da comunidade antiga, se tenham desenvolvido as determinações da pessoa jurídica, sujeito do processo de troca; assim se explica que o direito da sociedade burguesa aí tenha sido elaborado nas suas determinações essenciais e que fosse defendido, sobretudo em face da Idade Média, como o direito da sociedade industrial nascente» (MARX, *Contribuição...*, p. 224). Este «avanço» da circulação permite ao mesmo tempo a análise da filosofia política dos séculos XVI, XVII e XVIII e do papel que desempenha o Direito num determinado modo de produção. Estes filósofos do Direito postulam dois pressupostos naturais: de um lado, que a circulação é o processo total (que o direito fixa o processo total), de outro lado, que a troca é regida pelas «leis naturais» da propriedade, da liberdade e da igualdade. Em última instância estes dois pressupostos formam apenas um: «A relação do «homem» consigo próprio e eis a razão pela qual todas as relações reais se tornam para eles ideias». (MARX-ENGELS, *A Ideologia Alemã*, «ob. cit.», p. 107, n.º 3).

Com efeito, foi porque o direito romano já tinha desenvolvido as determinações da pessoa, sujeito jurídico, que a burguesia nascente pôde apoiar-se nele. Mas esta «reposição» do direito romano foi necessariamente acompanhada por uma ideologia do sujeito. Com efeito, ao mesmo tempo que a burguesia o utilizava, os filósofos punham a questão do «sentido» desta utilização e davam esta resposta: sempre, em toda a eternidade civilizada, existiu propriedade privada, existiu contrato, existiu sujeito de direito. A reposição das categorias do direito romano justificava teoricamente a categoria do sujeito, que aparecia assim como *categoria eternitária*.

Vê-se como a ideologia de uma prática necessária — o direito romano retomado em suas noções — «se transforma» em base

Dai que «a forma original da relação (dos produtores de mercadorias iguais em direito que se enfrentam no mercado) não subsista doravante senão como

teórica desta prática. A reposição do direito romano prova o estatuto do sujeito. Vê-se também *em que* o direito romano pôde tornar-se o lugar da justificação teórica de uma prática necessária.

Consideremos Hegel. Ele abstrai da prática do direito romano as determinações essenciais do sujeito, que ele volta contra o direito romano. O que opera esta reviravolta é o ponto de vista da «vontade livre», isto é, o ponto de vista mais abstracto do sujeito. Contra Kant, Hegel formula este principio fundamental :não existem direitos reais e direitos pessoais não existem direitos que não sejam do Sujeito. O direito romano tornou-se em Hegel esta razão nascente do sujeito, sempre ultrapassável mas sempre conservada, e que se perpetua até ao Estado, este Sujeito que chama de novo a si o sujeito. A prática do direito tornou-se ideia pura isto é relação do sujeito com o sujeito. A pretensão de provar na prática «absoluta» (o direito, a política, o Estado) a existência do sujeito, transforma esta prática em «relação do «homem» consigo próprio». O sujeito prova-se pela prática do sujeito.

O processo do valor de troca aparece assim transfigurado — na perenidade das suas formas jurídicas — em perenidade do sujeito. O «avanço» da circulação manifesta-se então como lei natural/eterna do sujeito.

Isto leva-me ao papel concreto/ideológico que o direito desempenha. O papel principal que ele assume actualmente remete, já o disse, para a relação circulação/produção. No processo do capital a circulação mais não é do que mediação essencial. Marx di-lo incessantemente: a circulação é aparência da relação, ela é aparência do processo total. O direito fixa assim a marcha do processo total. Eu não digo, com certeza, que o direito cria a marcha do processo mas que o processo produz o direito do seu processo. É assim que a força de trabalho, ao chegar ao mercado, se encontra regida pelo direito comum dos contratos. «Sob o ponto de vista do direito, não se reconhece pois, no contrato de trabalho, outras diferenças com

aparência da relação que constitui o seu fundamento, a relação Capital (os possuidores da sua força de trabalho enfrentam no mercado os possuidores dos meios de produção)* (2).

Dito de outro modo, para a circulação, o processo do capital nada mais fez que fornecer-lhe mais uma mercadoria: a força de trabalho, mas, sempre para a circulação, esta mercadoria nova em nada altera as suas próprias leis. O que lhe importa, agora como antes, é o movimento do valor de troca, isto é, o movimento abstracto da propriedade. Ela não aparece afectada em nada, pois trata-se sempre (para ela) estabelecer a relação entre um comprador e um vendedor proprietário da sua mercadoria.

As leis do mercado podem assim ter pretensões à liberdade e à igualdade. Que importa que o trabalhador seja proprietário apenas da sua força de trabalho! Ele é proprietário. Que importa que ele seja

qualquer outro género de contrato que não sejam as contidas nas fórmulas juridicamente equivalentes: *Do ut des, do ut facias, do ut des et facio ut facias*. (Dou para que dê, dou para que faça, faço para que dê, faço para que faça). (*O Capital*, liv. I, t. II, p. 211). E Marx, na mesma passagem, mostra como o salário, na exacta medida em que toma a forma da relação monetária, «torna invisível a relação real entre capital e trabalho e mostra precisamente o contrário» (*Ibid.*).

Na medida em que o valor de troca se tornou a base real da produção o Direito pode desempenhar então o papel primordial de sancionar as relações económicas do próprio processo.

O papel do direito, num determinado modo de produção, remete portanto para a relação circulação/produção, isto é, em última instância, para a relação que o valor de troca entretém com a base real da produção.

(2) MARX, *Um capítulo inédito do Capital, La pensée*, 40b. cit.a.

obrigado a vendê-la! Ele é vendedor e comprador... das subsistências necessárias para a reproduzir. Que importa finalmente que esta venda e esta compra sejam o resultado do próprio capital! É a liberdade que está em jogo.

A circulação abole as diferenças: todo o sujeito de direito é igual a qualquer sujeito de direito. Se um contrata é porque o outro quis contratar. A causa última do contrato é a própria vontade de contratar.

O sujeito de direito possui-se a si próprio enquanto objecto de direito: ele realiza assim a mais desenvolvida Forma do sujeito: a propriedade de si próprio. Ele realiza a sua liberdade no próprio poder que lhe é reconhecido de se vender.

Voltei ao meu ponto de partida: a Forma sujeito de direito, mas é um regresso que se enriqueceu. Esta categoria, a mais abstracta do direito, pode presentemente revelar a sua verdade: o pôr em circulação o homem. Isto quer dizer, para nós marxistas, o pôr em circulação a força de trabalho. E este pôr em circulação fez-se em nome da propriedade e das suas determinações, a liberdade e a igualdade. O contrato vai permitir a exploração do homem pelo homem em nome destas determinações. O contrato, isto é, o meio de ser do direito, esta razão pela qual ele existe.

Terei necessidade de o lembrar? O sujeito de direito «permitiu» que o próprio «real» entrasse no comércio; ele «permitiu» que as indústrias fotográficas e cinematográficas explorem os trabalhadores artísticos em nome dos seus próprios contratos; ele «permitiu» que o homem seja objecto de contratos.

Então, posso concluir neste terreno, isto é, no campo dos limites que a teoria burguesa do direito

não franqueará. Este limite é aquele mesmo que lhe traça a categoria do sujeito de direito, enquanto a mais desenvolvida Forma jurídica da propriedade. Este limite é o campo fechado da propriedade privada, onde jamais se passa algo que não seja o processo da propriedade privada. A apropriação da natureza pelo homem é uma apropriação do sujeito de direito: assim, em Hegel, a humanização da natureza passa necessariamente pelas determinações da propriedade; assim, a totalidade da Forma Sujeito pode confessar as suas determinações: elas nunca serão mais do que a realização da propriedade privada.

O ponto de partida da ciência burguesa do direito é o homem, isto é, o homem constituído em sujeito de direito. O ponto de chegada da ciência burguesa do direito é o homem. O movimento desta ciência burguesa é imóvel: parte-se do sujeito para reencontrar sujeito. Do mesmo modo o método exegetico: parte-se da lei para regressar à lei. A teleologia do sujeito é a teleologia da propriedade privada, que produz a teleologia do método.

Em última instância ideológica, jamais se passa algo no direito; isto é, jamais se passa algo fora do sujeito. Abole-se além disso (a produção) pela própria Forma do sujeito. E esta abolição encontra a sua expressão perfeita na técnica do direito: constata-se que isto é para que isto seja.

Assim seja.

Conclusão: direito e luta ideológica

Não queria acabar sem ter posto o que pode ser, aqui, a luta ideológica.

Quando Engels nos conta a «verdadeira história» da igualdade, ele escreve o seguinte:

«Ou (esta reivindicação) é — e é nomeadamente o caso inicialmente, por exemplo, na Guerra dos Camponezes — a reacção espontânea contra as gritantes desigualdades sociais, contra o contraste entre ricos e pobres, senhores e escravos, dissipadores e esfomeados; como tal, ela é simplesmente a expressão do instinto revolucionário, e é aí — e aí somente — que ela encontra a sua justificação. Ou então, nascida da reivindicação burguesa de igualdade, de que ela extrai reivindicações mais ou menos justas e que vão mais longe, ela serve de meio de agitação para erguer os operários contra os capitalistas com a ajuda das próprias afirmações dos capitalistas e, neste caso, ela mantém-se e cai com a própria igualdade burguesa. Em ambos os casos, o conteúdo real da reivindicação proletária é a reivindicação da abolição das classes. Qualquer reivindicação de igualdade que vá além disso cai necessariamente no absurdo»⁽¹⁾.

(1) ENGELS, *Anti-Duhring*, «ob. cit.», p. 139.

E é necessário não esquecer que Engels nos fala de igualdade a propósito da desigualdade «moral» de Duhring.

Ora, que pretende exactamente dizer Engels com «reivindicações mais ou menos justas e que vão mais longe», e sobretudo com «o conteúdo real» da reivindicação proletária? Vejo, neste texto, a relação entre a luta ideológica e a luta de classes, a relação entre o funcionamento da luta ideológica e a luta de classes; o sentido desta estratégia que consiste em tomar a burguesia à letra, isto é, na armadilha da sua própria ideologia. Porque é exactamente este «tomar à letra» que vai «mais longe», que revela a contradição da ideologia burguesa.

Este «tomar à letra» — que é uma tomada de partido — tinha um sentido, um «conteúdo real» um, «outro» conteúdo, que não aparecia à primeira vista, que estava oculto na sombra: a abolição das classes.

Havia portanto, na luta ideológica, um conteúdo explícito e um conteúdo latente; havia pois um conteúdo explícito que apenas existia pelo seu conteúdo latente, que o exprimia sem o saber. Melhor ainda: um conteúdo explícito — a ideologia burguesa, *voltada contra* ela própria, «tomada à letra» — que era verdadeiramente revolucionária apenas porque este *voltar-se contra* ia necessariamente mais longe do que um simples *virar-se* (incidir sobre si), mesmo se ele ainda o ignorava. E este saber na ignorância existia apenas porque se apoiava «sobre as relações práticas sobre as quais se funda a situação de classe: nas relações económicas nas quais (os indivíduos) produzem e trocam» (*).

(*) *Ibid.*, p. 125.

Mas, no mesmo momento em que Engels nos dá o sentido da luta ideológica, ele dá-nos a sua teoria, o seu «conteúdo real»: a abolição das classes. Toda a reivindicação proletária da ideia burguesa da igualdade visa, em última instância, a abolição das classes.

E é aqui que alcanço finalmente a falência da «ciência burguesa» do direito, e a teoria de uma prática teórica do direito: o direito, voltado contra ele próprio, fornece-nos as contradições da sua prática e, conjuntamente, os limites da sua «ciência».

Estudando a «história» da economia burguesa clássica, Marx traça a sua *dupla fronteira*.

A fronteira «científica»:

«(...) Na medida em que ela é burguesa, isto é, que vê na ordem capitalista não uma fase transitória do progresso histórico, mas antes a forma absoluta e definitiva da produção social (...) ela só pode subsistir como ciência sob a condição de que a luta de classes permaneça latente ou não se manifeste senão por fenómenos isolados»^(*).

A fronteira ideológica:

Quando, em França e em Inglaterra, «a burguesia conquista o *poder político*, desde então, na teoria e na prática a luta de classes reveste formas cada vez mais pronunciadas, cada vez mais ameaçadoras. Assiste-se ao toque de finados da economia burguesa científica. Doravante, já não se trata de saber se tal ou tal teorema é verdadeiro, mas se ele é bem ou mal

(*) MARX, *O Capital*, *ob. cit.*, Liv. I, t. I, p. 24.

sonante, agradável ou não à polícia, útil ou prejudicial ao capital. A investigação desinteressada dá lugar ao pugilato pago, a investigação conscienciosa à má consciência, aos miseráveis subterfúgios da apologética» (4).

Se a ciência burguesa do direito preenche todo o espaço político, este mesmo espaço político é o da luta das classes. O Direito reproduz este espaço na serenidade nunca perturbada das suas categorias.

A ciência burguesa do direito viveu. Filosoficamente ela morreu com Kant e Hegel; ela é enterrada quotidianamente no caixão da sua prática, pois «a prática vela à cabeceira de todas as ideologias, ao pé do seu berço e do seu caixão» (5).

Eu queria acabar com a lição que Brecht tirou da sua experiência com os tribunais.

«Tentando defender os nossos «direitos» num negócio real e bem preciso, tomámos à *letra* uma ideologia burguesa bem precisa e fizemo-la apanhar em falso pela prática burguesa dos tribunais. Conduzimos um processo prevalecendo-nos ruidosamente de representações que não são as nossas, mas das quais devíamos supôr que eram as dos tribunais. É perdendo este processo que descobrimos nestes tribunais representações de um tipo novo que não estão em contradição com a prática burguesa em geral. Elas só estão em contradição com as velhas representações (aquelas precisamente cuja totalidade constitui a grande ideologia burguesa clássica» (6).

(4) *Ibid.*, pág. 25.

(5) BRECHT, *ob. cit.*, p. 206.

(6) *Ibid.*

E ele precisa que é necessário entender por isso «esta construção ideológica a que se chama o homem»⁽⁷⁾.

A prática teórica dá-nos a própria historicidade do nosso combate: a crítica das noções ideológicas do direito traz em si a morte da ciência burguesa do direito. Para esse tempo a vir e que se anuncia hoje, os intelectuais militantes, «esses verdadeiros sábios armados da cultura científica e teórica mais autêntica, instruídos pela realidade esmagadora e pelos mecanismos de todas as formas da ideologia dominante, constantemente alerta contra elas e capazes de seguir na sua prática teórica — na conta-corrente de todas as «verdades oficiais» — as vias fecundas abertas por Marx, mas interditas e obstruídas por todos os preconceitos reinantes», armados «de uma confiança invencível e lúcida na classe operária» e fortalecidos «por uma participação directa no seu combate»⁽⁸⁾ devem estar na primeira fila, cada qual no seu sector, cada qual na sua disciplina.

Eles devem denunciar a miserável apologética deste sistema que faz do homem uma mercadoria, fazendo-lhe crer que é livre.

A liberdade tem este preço.

(7) *Ibid.*, p. 215.

(8) ALTHUSSER, pour *Marx*, *ob. cit.*, p. 14, n.º 1.

ANEXO

Notas sobre o funcionamento da ideologia jurídica¹

AS ELEIÇÕES DOS ARGELINOS

AS INSTITUIÇÕES REPRESENTATIVAS DO PESSOAL

Se afirmamos que o Direito é não só um empreendimento arriscado (uma *jogada*) mas também um campo da luta de classes⁽²⁾, somos levados a formular a seguinte questão: como é que o Direito, no seu funcionamento, resolve os problemas políticos que a ele se põem? Porque se, por um lado, o Direito é também o lugar da luta de classes, por outro lado, a sua própria ideologia deve fazer-lhe ignorar aquilo de que ele é empenho ou aposta (aleatória). A expressão jurídica da relação do direito ao político implica, assim, necessariamente a dialéctica desta contradição.

Atribuímo-nos por tarefa elucidar o funcionamento da instância jurídico-política, isto é, determinar a

(1) Artigo publicado na revista «La Pensée», n.º 156, Abril, 1971.

(2) LOUIS ALTHUSSER, *Ideologie et Appareils Idéologiques d'Etat*, Notas para uma investigação, «La Pensée», n.º 151, Junho 1970.

relação do político e do jurídico no seio desta instância. Esta elucidação nós não a quizemos abstracta, mas concreta, no sentido de que analisaremos as «incarnações sucessivas» de uma «questão de direito» com que os nossos tribunais estão actualmente ocupados: nos termos do artigo 7.º da Declaração de Princípios dos Acordos de Evian «os emigrantes argelinos, residentes em França, e, nomeadamente, os trabalhadores terão os mesmos direitos que os nacionais franceses *com excepção dos direitos políticos*». Um certo número de Argelinos, tendo apresentado a sua candidatura às eleições das comissões de empresa, os tribunais foram encurralados com a questão: «qual é a distinção *jurídica* entre direitos políticos e direitos privados (sociais)? «Se para o Estado é *política* o que participa do seu funcionamento, esta ideologia, transportada para a ideologia jurídica, não só é «trabalhada» pela luta de classes mas ainda só pode resolver *em direito* os problemas políticos que lhe são postos. É esta contradição da ideologia do Estado, a quem é remetida a ideologia jurídica assim «trabalhada», que queríamos seguir e perseguir na marcha da «questão de direitos».

Numa formulação «ingénua», tal como ela é dada pela doutrina jurídica (ortodoxa) e pela jurisprudência, a questão de direito não encontra a sua solução de direito. Dito por outras palavras, a reflexão jurídica «pura», ao nível dos seus próprios títulos, vai revelar-se insuficiente: não podemos saber como e em nome de quê poderíamos distinguir bem os direitos políticos dos direitos privados (sociais).

Esta insuficiência remete para a questão da sua insuficiência. A passagem à teoria torna-se necessária: não poderemos compreender o sentido desta distinção

senão em face de uma teoria real do *Estado*. Melhor ainda. Esta teoria na qual aparecerá a dialéctica da contradição secundária entre ideologia do Estado e ideologia jurídica vai permitir-nos explicar o funcionamento necessário e o sentido da própria ideologia jurídica. Desde logo, poderemos avançar como certo que para o Estado é político o que participa no aparelho do Estado. Como as Instituições Representativas do Pessoal (I.R.P.) não fazem, evidentemente, parte deste aparelho enquanto representam apenas pessoas privadas numa actividade privada (privada para o Estado), pode dizer-se que os direitos que aí se exercem não são direitos políticos.

Porque, vê-lo-emos, em última instância não se trata de outra coisa senão de determinar o estatuto jurídico do trabalho na instância jurídico-política. Na sua última formulação, a questão de direito leva à seguinte resposta: a expressão jurídica do trabalho (= elegibilidade para as I. R. P.) só pode apresentar-se *em direito* sob a forma jurídica do exercício de direitos profissionais, os quais são «por natureza» apolíticos face à própria ideologia jurídica.

Tal é o funcionamento desta instância que queríamos mostrar em acção, sem perder de vista a extrema importância da questão concreta a resolver.

Apreensão da distinção direitos políticos e direitos privados (direitos sociais) pela doutrina e pela jurisprudência

Dissemos que o artigo 7.º da Declaração de Princípios relativa à cooperação económica e financeira dos Acordos de Evian dispõe que os emigrantes arge-

linos terão os mesmos direitos que os franceses «com excepção dos direitos políticos». Este texto evoca duas ordens de dificuldades nascidas de contestações relativas à eleição dos trabalhadores argelinos para as comissões de empresa. A primeira dificuldade liga-se à natureza jurídica deste texto, a segunda à definição do conceito de «direitos políticos».

Se o primeiro ponto suscita poucos comentários, o segundo, em contrapartida, exige uma análise pormenorizada.

NATUREZA JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIO RELATIVA A COOPERAÇÃO ECONÓMICA E FINANCEIRA DOS ACORDOS DE EVIAN

Se se tem podido criticar o valor de *tratado* dos Acordos de Evian, esta crítica deixa de ter lugar na medida em que a questão foi regulamentada em direito positivo. Contentar-nos-emos em lembrar que os Acordos de Evian, concretizados pela publicação de oito declarações governamentais, adquiriram valor de tratado em face de: por um lado, a *lei referendária* de 14 de Janeiro de 1961 (*) que reconheceu aos argelinos o direito de escolher por via de consulta, ao sufrágio directo e universal, o seu destino político em virtude do artigo 55.º da Constituição de 1958 e, por outro lado, o referendo que teve lugar em França a 8 de Abril de 1962, assim como o escrutínio de autodeterminação efectuado na Argélia no dia 1 de Julho de 1962.

A ratificação era desde logo perfeita e o particular processo seguido (declarações governamentais aprova-

(*) Jornal Oficial, 15 de Janeiro; «Gazette du Palais, 1961, I. L., pág. 108.

das ao mesmo tempo pelo povo francês e pelo povo argelino) permitiu dizer que a simetria destas aprovações lhe tinha conferido valor de acordo internacional (4).

Tal foi a posição do Ministro dos Negócios Estrangeiros (5), do Conselho de Estado e do *Cour de Cassation* (6).

A natureza jurídica da declaração de princípios litigiosa não parece que se possa voltar a pôr.

PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS POLÍTICOS E DE DIREITOS PRIVADOS (SOCIAIS)

A doutrina, posta em confronto com a distinção jurídica dos direitos políticos e dos direitos privados vai, de qualquer maneira, esvaziá-la de todo o sentido, fornecendo, pura e simplesmente, uma *distinção em si*. Ora o expressar duma distinção deste tipo explica que ela não possa ser legitimada.

Se, com efeito, nos recusarmos a encarar que esta distinção deveria remeter para a questão do seu sentido e da sua realidade — porque só um tal reenvio permitiria «descobrir» o conceito que preside a esta distinção e seria suficientemente operatório para dar conta da sua natureza que é *de direito* — somos levados a pôr que, analisá-la como uma distinção em si, equivale a tornar indeterminados os dois termos que a compõem.

(4) SILVERA, in *Dalloz*, 1968, pág. 678 sob Conselho de Estado, 27 de Março de 1968.

(5) Cfr. o parecer ministerial sobre a questão prejudicial do Conselho de Estado, 31 de Janeiro de 1969, *Dalloz* 1969, pág. 326.

(6) C.-E. Moraly, 31 de Janeiro de 1969, *Cour de Cassation*, Câmara Civil, 23 de Abril de 1969, «*Gazette du Palais*», 20 de Maio de 1969.

Dito de outro modo, poderá dizer-se indiferentemente que tal direito é político ou social (privado).

Esta «habilidade» que impede que seja encontrada uma solução de direito para o problema revela, *correlativamente*, a contradição da ideologia jurídica que só pode resolver *em direito* os problemas políticos que lhe são postos, permite, assim, fundar uma oposição (direitos políticos — direitos sociais), declará-la imediatamente falaciosa e, no fim de contas, ter «dividido para melhor reinar».

Partindo daí, as consequências práticas (jurídicas) que se podem tirar são as seguintes: de uma maneira ou de outra, toda a oposição entre estes dois direitos é arbitrária; o Direito exige, contudo, uma distinção que, desde logo, não pode deixar de ser arbitrária o que permite determinar de maneira *contingente* o conteúdo de cada um destes direitos.

Indo mesmo mais longe não seria impossível que se possa *em nome* da própria técnica jurídica entregar-se à instância política. Uma tal solução seria apenas o termo final «possível» de um jogo jurídico que se elabora sobre a base de um direito que não se «pode» confessar político.

O PÚBLICO E O PRIVADO NA DOUTRINA ORTODOXA

Digamos, desde já, que esta análise pretende apenas dar as grandes linhas teóricas da maneira como o problema foi pensado. Digamos ainda que a *unidade* desta doutrina consiste em não querer pôr o problema em termos ideológicos... em nome de uma ideologia espontânea.

a) *A doutrina da ciência política*

Para Freund, «por um lado, há a economia e, por outro, a política e estas duas essências tecem entre elas relações dialécticas de ordem antinómica que constituem a questão social em sentido próprio»⁽⁷⁾. Sem entrar numa controvérsia, podemos já perguntar como «uma dialéctica de ordem antinómica» se pode instaurar, implicando a dialéctica uma contradição que se ultrapassa!

Max Weber tentou encontrar critérios que legitimariam estas duas espécies de direitos: o *direito público* seria «o conjunto das normas que regulam a actividade respeitante à instituição estadual» e onde intervém a hierarquia da ordem e da obediência; «o *direito privado*, as normas que regulam qualquer outra actividade que não seja a do Estado e onde as partes estão juridicamente em pé de igualdade»⁽⁸⁾. Dito de outro modo, a distinção é toda descritiva sem que, aliás, esteja ligada a outro sentido que não seja o que dá a descrição.

Para M. Burdeau não existe entre direitos políticos e direitos sociais «nenhum princípio de distinção lógica nem nenhum critério material capaz de repartir o seu campo de aplicação»⁽⁹⁾. Finalmente, M. Vedel precisa, quanto a ele, que o termo «social» não nos diz nada etimologicamente «porque se «social» quer

(7) FREUND, *L'Essence du politique*, «Sirey», 1965, pág. 284.

(8) MAX WEBER, *Rechtssoziologie*, 1960, pág. 87; cfr. também J. M. VINCENT, *Remarques sur Marx et Weber comme théoriciens du droit de l'Etat*, «Archives de philosophie du droit», «Lib. Sirey», 1967, págs. 229 sq.

(9) BURDEAU, *Traité de science politique*, t. VI, págs. 350 e 354.

dizer que se liga à «sociedade», social deveria contrapor-se a «individual» e não a «político» ou «económico»⁽¹⁰⁾.

É ainda Kelsen quem no seu rigor positivista melhor mostrou a unidade do direito público e do direito privado e, por aí mesmo, a realidade de uma instância jurídico-política. Segundo ele, o Estado nada mais seria do que uma ordem jurídica, sem ser toda a ordem jurídica, e a *eficácia* do Estado consistiria em tornar eficaz a totalidade da ordem jurídica. Donde a significação relativa da oposição direito público — direito privado (direitos políticos — direitos privados⁽¹¹⁾). E ele precisa: «a distinção, entre um direito público que seria político e um direito privado que não o seria, não toma em conta o facto de que o direito privado, criado por contrato, pertence, tal como o direito público, ao domínio da *política*»⁽¹²⁾. Mas Kelsen não legitima com precisão o funcionamento da distinção, nem — por isso mesmo — a sua necessidade (o seu sentido).

Em definitivo, nenhum destes autores dá conta da *realidade da dialéctica* que se instaura entre o político e o social (privado), e, conseqüentemente, da *necessidade política* da sua oposição.

b) A doutrina jurídica

A posição da doutrina jurídica é fundamentalmente semelhante. Assim quando G. Lyon-Caen escreve «o facto é igualmente que o direito do trabalho

(10) VEDEL, *Démocratie politique, démocratie économique et sociale*, «Droit Social», Maio de 1947, págs. 46-47.

(11) KELSEN, *Teoria pura do direito*, cap. IX-X.

(12) *Op. cit.*, p. 152.

não pertence à esfera de aplicação (à «jurisdição») da distinção entre direito privado e direito público. Ele desenvolveu-se à parte desta distinção. É inteiramente dominado pela realidade das massas... (13)», nega, por isso mesmo, a realidade da ideologia política e também não legitima a distinção. E quando este mesmo autor opina que a distinção entre a acção sindical e a acção política é «metafísica» acaba assim por desconhecer a realidade da luta ideológica e da lei que é sua expressão (14).

R. Savatier tentou situar esta distinção num contexto filosófico-jurídico. Este autor parte da constatação duma «publicização» do direito privado (15). Para ele, a intervenção do Estado reporia em causa a *liberdade*, cujas determinações não seriam outra coisa senão as instituições fundamentais: Família, Propriedade, Contrato, Responsabilidade civil. O Direito público — domínio do comando e do imperativo — opôr-

(13) G. LYON-CAEN, *Manuel de Droit du travail et de sécurité sociale*, «L. G. D. J.», p. 27.

(14) G. LYON-CAEN, *Syndicats et Partis politiques*, «Droit social», Fev. 1970. Dever-se-ia antes dizer que o que é metafísica é pensar como se a luta sindical e a luta política se confundissem. Poder-se-ia também citar a posição de Maurice Cohen, que se contenta com o afirmar que a expressão «a excepção dos direitos políticos», empregada no texto, «só visa a participação nas eleições políticas. O legislador nunca empregou os termos «direitos políticos» para designar os direitos de voto e de elegibilidade nas eleições profissionais». M. COHEN, *Le Statut des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise*, «L. G. D. J.», 1968, págs. 192-193.

(15) R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civil*, «L. G. D. J.», Paris, 1950.

-se-ia, assim, ao Direito privado — domínio do livre consentimento — como o espírito se opõe à matéria (16).

Esta evolução não seria, ao fim e ao cabo, mais do que «a tradução no plano jurídico duma verdadeira alteração radical dos valores político-jurídicos, mais precisamente da concepção da relação sociedade indivíduo (17)». Assim, do reino da sociedade para o homem passaríamos ao reino do homem para a sociedade.

Não nos vamos demorar com a crítica «jurídica» duma tal concepção (18), pois o que aqui nos interessa mais particularmente é a conclusão que se pode tirar quanto à determinação respectiva do conteúdo do direito público e do direito privado. Com efeito, o desfazimento desta tese com a realidade é «de tal modo imenso que, por fim, não se sabe que objectos concretos ele (o autor) coloca sob os dois termos direito público e

(16) *Op. cit.*, «Vive la liberté ou, en d'autres termes, vive le droit civil», págs. 103, 130 e 143. Cf. também Rivero, D. 1947, chr. 69, «O direito privado na sua essência aparece como um direito do livre consentimento e toda a análise do século XIX o desenvolveu no sentido da autonomia da vontade.» Em contrapartida, o direito público é o domínio do *constrangimento*, «cujo procedimento-tipo é o da decisão executória pela qual a Administração força a decisão do administrado e o comanda». Cfr. sobre a questão, de modo geral: R. SAVATIER, *Droit public et droit privé*, D. 1946, chr. 25; MAZZAUD, *Defense du droit privé*, D. 1946, cad. 17; RIPERT, *Le Déclin du droit*, e nomeadamente o seu capítulo II, *Tout devient droit public*, «Librairie Générale, 1949. Trabalhos da Associação Henri-Capitain para a cultura jurídica francesa, t. II, 1946. Dalloz, 1948.

(17) Cfr. EISENMANN, *Droit public, droit privé*, «Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Out.-Dez. 1952, págs. 903 sgs., n.º 16.

(18) Cfr. EISENMANN, *op. cit.*

direito privado e, conseqüentemente, a que objectos se referem exactamente as proposições que enuncia (19).

Em última instância, quanto à determinação do conteúdo respectivo destes dois direitos, é a *continência* que reina (20).

Eisenmann (21) desenvolve, por seu lado, uma *teoria positivista* da distinção, o que o aparenta a Kelsen. Propomo-nos analisá-la extensamente, pois ela é a dois títulos interessante: quanto às críticas positivistas que podem ser formuladas, por um lado, quanto aos limites do próprio positivismo, por outro.

Nesta matéria é preciso partir de dois «factos»: 1.º) que a classificação direito público direito privado designa «antes de mais, conjuntos de «ramos», sistemas de normas e disciplinas;» 2.º) que se trata de uma «repartição tradicional» de que se conhece «da maneira mais vasta, segundo as ideias tradicionais, o conteúdo concreto assinalado a uma e a outra das noções (22).

O que equivale a dizer que tal classificação apresenta «um carácter essencialmente prático: é uma divisão de objecto de estudo ou de ensino (23), cuja justificação reside na evidência da própria classificação (24).

(19) *Ibid.*, n.º 53; cfr. também J. FLOUR, *Rapport préparatoire sur l'influence du droit public sur le droit privé*, «Ass. H. C.»

(20) Cfr. supra. Ademais, pode notar-se que todos estes estudos andam por volta dos anos 50, quer dizer depois da Libertação numa altura em que se poderia «tudo esperar e temer» do legislador e do Estado.

(21) *Ibid.*, n.º 20.

(22) *Op. cit.*, n.º 53.

(23) *Ibid.*, n.º 54. «Assim, portanto, uma divisão — ou antes, um agrupamento — perfeitamente *normais, naturels*, mas

Desta análise duas conclusões devem ser tiradas.

Em primeiro lugar, não se pode dar uma defenição *política* destes dois direitos, porque isso levaria a dizer «que o «direito do Estado» e o «direito dos particulares» teriam fins, tendências, ideias políticas próprias, inerentes à sua essência; que haveria um espírito, um génio do direito público e um espírito, um génio do direito privado, distintos e até opostos (25)».

Em segundo lugar, é preciso afastar a ideia radicalmente falsa de que a *intervenção do Estado*, «aparelho governante na sua totalidade, quer dizer, em qualquer dos seus elementos (26)», é criadora do Direito público. Esta fórmula «certamente que não vale para a intervenção legislativa, nem para a intervenção jurisdicional contenciosa; nem o Estado-legislador, nem o Estado-juiz criam, enquanto tais, um direito público, isto é, só criam algum direito público (certos *direitos públicos*) (27)».

sem grande alcance nem importância, sobre os quais não havia motivo para demorar, para meditar mais longamente» (*Ibid.*). O erro dos juristas foi ter querido fazer «de duas séries de regras de direito... dois tipos diferentes pelas suas características primordiais, de dois hemisférios dum mesmo mundo dois mundos contrários, senão mesmo antagónicos» (n.º 55).

(25) *Op. cit.*, n.º 56. Deste modo, Savatier ao aparentar o direito privado ao direito natural, caracterizaria assim uma ideologia do Código civil napoleónico. Eisenmann acrescenta que o erro dos juristas está em pretender descobrir um alcance profundo, nomeadamente uma significação ideológica, aquilo que só foi concebido e adoptado como uma simples divisão» (*Ibid.*). É raro ver os juristas acusados de fazer política!

(26) *Op. cit.*, n.º 40.

(27) *Ibid.* «É igualmente erro pensar o grau de intervenção do Estado como a medida e a extensão do direito público em relação ao direito privado» (n.º 47).

Não existe, pois, *um direito público e um direito privado*, mas antes *direitos públicos e direitos privados* que, longe de se caracterizarem por «um conteúdo político determinado⁽²⁸⁾», pertencem «a uma pluralidade de regulamentos das relações entre o Estado e os particulares e das relações entre os particulares⁽²⁹⁾». Dito de outra forma, estes direitos são, ao mesmo título e no mesmo grau, todos igualmente direitos públicos ou direitos privados⁽³⁰⁾.

Com efeito, fundamentalmente, a distinção das duas categorias de normas não *pode* dizer respeito às regras do direito sancionatório, «uma vez que o *Estado*, tendo decididamente o *monopólio* das sanções e sobretudo da coacção, está sempre e em toda a parte presente neste último, que tem sempre, neste sentido, carácter de direito público⁽³¹⁾».

Reagrupando as suas duas teses — impossibilidade de uma definição política e unicidade fundamental do direito público e do direito privado — Eisenmann constrói a «alternativa» seguinte: ou bem que é necessário renunciar à concepção duma distinção tradicional ou bem que é necessário renunciar a toda a teoria que «pretendesse, fora desta concepção clássica, consignar institui-

(28) *Op. cit.*, n.º 56.

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*

(31) *Op. cit.*, n.º 60. Parece haver para o autor um «direito determinador» cujo objectivo seria fixar o domínio de aplicação de cada norma, e um direito sancionador, em último lugar, dependente do Estado. Tal dicotomia remete para a distinção positivista direito público direito privado: unidade dos dois direitos e determinação prática — ou «jurídica» (?) — do seu domínio.

ções ou regras determinadas ao direito público e ao direito privado⁽³²⁾. Ora, como razoavelmente se não pode escolher contra a realidade, é, então, mesmo necessário regressar à teoria clássica que é o que há de mais simples: agrupar-se-à sob a etiqueta de direito privado «as normas relativas às relações entre particulares» e sob a etiqueta de direito público «as normas que instituem o aparelho estadual ou de governo, e que definem as relações entre ele, isto é, entre os agentes ou órgãos que o compõem e os membros da colectividade⁽³³⁾».

O *fundamento teórico* desta tese está em que nos encontramos, em última instância, na presença de um Direito único (um Sujeito), que rege de modo específico os sujeitos, tendo em atenção as suas qualidades determinadas.

Efectivamente, a relação entre «pares de sujeitos» é, para Eisenmann, a *relação jurídica* fundamental. Será regra de direito privado a regra que rege as relações entre sujeitos particulares; será regra de direito público a que «rege as relações de dois sujeitos, dos quais um não é particular⁽³⁴⁾». Por outras palavras pode adiantar-se que «o elemento-critério é uma qualidade da relação regulada, qualidade essa que toca aos seus sujeitos⁽³⁵⁾».

Do que se conclui que, por um lado, nenhuma exclusão pode ser pronunciada — visto que uma norma pode muito bem ser ao mesmo tempo de direito público e de direito privado — e que, por outro lado, conse-

(32) *Op. cit.*, n.º 56.

(33) *Ibid.*, n.º 57.

(34) *Ibid.*

(35) *Ibid.*, n.º 58.

N. T. — *Couples de sujets*, «Le rapport entre «couples de sujets».

quentemente é necessário afastar a ideia de um direito público original, dado que a qualificação de público e privado «depende unicamente daquilo que são os seus sujeitos no momento considerado»⁽²⁶⁾.

Sobre esta base «positiva», o problema da distinção direito público-direito privado é reduzido à sua expressão mais simples: trata-se então unicamente de formular um sistema coerente de comparação entre os dois domínios ou, se se preferir, de construir enunciados de relações.

É assim que a *relação* entre estas regras pode ser *qualitativa*, quer dizer que se estudará o seu «conteúdo objectivo»⁽²⁷⁾, *quantitativa* no sentido de que se estudará o domínio de aplicação das normas⁽²⁸⁾, tendo em conta que é necessário considerar as *variações* tanto

(26) *Ibid.*, n.º 59.H

(27) Três hipóteses são possíveis: 1.º) *identidade* da norma de direito público e de direito privado; as pessoas públicas e as pessoas privadas estarão sempre submetidas à mesma regra, relativamente à situação considerada; 2.º) serão sempre duas regras diferentes que regularão a situação relativa a dois particulares e a mesma situação respeitante a uma pessoa privada e a uma pessoa pública; 3.º) aplicação em parte da mesma regra e em parte de uma regra diferente.

(28) 1.º) Esta relação não funciona, por falta de interesse, se as duas normas são no fundo idênticas; 2.º) No caso de regras totalmente diferentes a relação quantitativa resultará da importância numérica relativa dos dois grupos de sujeitos; 3.º) No caso de norma em parte comum e em parte diferente, não se trata de um problema de comparação *stricto sensu*, pois que a norma é simultaneamente de direito público e de direito privado, mas geralmente apresenta-se como tal: investigaremos, por exemplo, em que medida se regula a Administração pelo direito privado (responsabilidade contratual) e que em medida se regula ela pelo direito público.

da relação qualitativa (39) como da relação quantitativa (40).

Tal é, nas suas grandes linhas, a tese de Eisenmann, que se pode qualificar de «modelo» do positivismo.

Ora, do positivismo tem ela as qualidades, mas sobretudo os limites.

Em primeiro lugar, é necessário notar que Eisenmann critica de modo decisivo a tese de dois direitos essencialmente diferentes. Dito de outro modo ele considera como um «facto» ser a nossa sociedade regida por *um* Direito. Este reenvio para uma unidade jurídica (41) é, por outro lado, caracterizado pela presença do *Estado* que detém o monopólio da sanção e da coacção e que «neste sentido (?) tem sempre o carácter de direito público (42)».

Que se poderia concluir senão que o Estado é garantia (e portanto condição) simultaneamente da unidade do direito e da sua distinção em direito público e privado?

Mas, Eisenmann recusa-se, precisamente, a analisar a *natureza do Estado*. Melhor ainda. A maneira como encara o seu *papel* não lhe permite estudá-lo enquanto tal. Depois de ter, efectivamente, considerado que o Estado não cria direito público, mas direito (43), sustenta que sob certos aspectos, o Estado possui, quanto a ele, o carácter de direito público (44). Quer dizer que em

(39) Aumento ou diminuição do grau de semelhança ou de diferença dos dois direitos.

(40) Transferência de categoria dos sujeitos, isto é, mudança de regime. Por exemplo, certa actividade assumida livremente é desempenhada pelo Estado.

(41) *Op. cit.*, n.º 40, 56, 61.

(42) *Ibid.*, n.º 60.

(43) *Ibid.*, n.º 40 e 47.

(44) *Ibid.*, n.º 60.

última análise o *Estado*, ainda que não crie direito público, é fundamentalmente (fundamentalmente enquanto detém o monopólio da sanção e da coacção, isto é, da *aplicação da norma de direito* — que, portanto, seria sempre público ?) direito público, ainda que, por outro lado, garanta o próprio funcionamento do direito (*público e privado*).

Mais precisamente, considerando que o Estado é direito público, isto é, que ele está *no* direito (e, de passagem, é bom notar a jurisprudência dos «actos de governo», que consiste em colocar o Estado, dadas certas circunstâncias, «para além» do direito), e que portanto, há um direito do Estado enquanto tal, não se pode considerar que este Estado é ao mesmo tempo a *condição* do direito, o que Eisenmann reconhece por outro lado.

Podemos retomar esta contradição colocando a seguinte questão: como pode haver *um* direito do Estado, quando o Estado detém um monopólio do funcionamento do direito (sanção e coacção)? Ou então, se se diz que o Estado é direito público «sob esta perspectiva» — da sanção e da coacção —, toda a norma de direito é de direito público o que torna «inútil» a distinção «real» direito público-direito privado.

Dito de outra forma, ao *caracterizar em direito* o monopólio estadual de sanção e do constrangimento, isto é, fazendo dele direito público, Eisenmann invalida toda a distinção real entre direito público e direito privado, ainda que cómoda e ainda que tradicional, por falta de se apoiar numa teoria que coloque e mantenha o Estado como «para além» do direito.

É assim que este autor pode muito singularmente escrever: «é, pois, necessário afirmar pura e simples-

mente e *em conformidade com o mais directo bom senso* que toda a norma que reja o Estado é uma norma de direito público, ainda que regulamente ao mesmo tempo relações de direito privado⁽⁴⁵⁾.

Ora, esta contradição não resolvida, que implica uma concepção não científica da política, remete em última análise para uma ideologia do sujeito.

Com efeito, para Eisenmann, o que prova a impossibilidade duma análise política da distinção, é, ao que parece, o fracasso de toda a concepção política para se aperceber dela. Este fracasso é o de Savatier, isto é, o de uma ideologia que acaba por se assemelhar a uma espécie de direito natural. Partindo daí, Eisenmann extrapola até afirmar que não é nada necessário «misturar a descrição e interpretação dos factos com a sua «tábua de valores» pessoal⁽⁴⁶⁾». Indo mais longe, afirma que dar uma definição política destes dois direitos redundaria no fundo em considerar que eles são antagónicos e a romper, por isso mesmo, a unidade do Direito⁽⁴⁷⁾.

Por um lado, esta teoria é a própria negação da *realidade* de toda a ideologia, ainda que fosse de direito natural, enquanto não pode explicar o *sentido* da sua existência e, por outro lado, ela própria releva da política inerente a todo o positivismo, enquanto conduz toda a política a um juízo de valor e recusa, mais precisamente, toda a relação entre a política e o funcionamento da ideologia jurídica⁽⁴⁸⁾.

(45) *Ibid.*, n.º 61.

(46) *Ibid.*, n.º 56.

(47) *Ibid.*

(48) *Ibid.* Direito e política constituem «materiais radicalmente heterogéneos». O positivismo, que só considera o que é

Em última instância, é então admitida a possibilidade teórica de fazer do direito um «objecto puro» de estudo, o que não só não encontra em si nada mais do que a justificação do que é por aquilo que é, mas também não pode expressar a realidade⁽⁴⁹⁾.

Este positivismo, que assenta numa filosofia geral do *sujeito* é, por isso mesmo, contradito pela realidade histórica, isto é, pela realidade da luta de classes.

Efectivamente, para Eisenmann, dado que o Direito só é compreendido como um sistema de relações *entre sujeitos*, a norma será de direito privado ou de direito público consoante *aquilo que o sujeito é* (privado ou público).

Assim, a ideologia jurídica, no seu funcionamento, implica que tudo deve passar-se em relações de sujeitos

sem querer compreender a existência — no sentido hegeliano — do que é, rompe deste modo com a História. O menor dos «paradoxos» é que Heisenmann pode considerar assim que o direito é um «facto» mas não a política!

(49) Hegel fez no seu tempo uma crítica definitiva do positivismo jurídico. A ciência positiva do direito, que só interroga a sua própria positividade — visto que ela não atribui a si os autênticos títulos de interrogação — não pode senão contactar a sua positividade e a sua constatação não é mais do que a constatação da sua constatação. Resultando daí que a fonte do conhecimento do direito positivo, sendo aquilo que é de direito, a ciência jurídica positiva é uma ciência que «tem por princípio a autoridade» (*Principes de philosophie du droit*, Gallimard, col. «Idées», § 212 R.). A consequência disto é que a positividade do direito não se apercebe do conceito naquilo em que ele não pode responder à questão; «Tal regra jurídica é ela racional?» Para nós a ciência positiva do direito não responde à questão: «em que é que tal regra jurídica constitui a expressão de um dado modo de produção?».

e que uma *relação de direito* não é mais do que uma relação entre «um par de sujeitos». Convém, então qualificar como privado ou público cada um desses dois sujeitos (os elementos do «par») para que, consequentemente, estejamos em presença duma regra de direito público ou de direito privado (a qual é, de modo mais geral, *regra de direito*, isto é, relação entre o Direito e os sujeitos de direito).

Quer dizer, é a existência dum Sujeito (que é quem faz o Direito, isto é, o Estado) que dá coerência e unidade à regra de direito, que não existe senão pela mediação dos sujeitos de direito.

Tudo se passa como se o Estado (que detém o monopólio da norma de direito) distribuisse aos seus sujeitos (ou a *pessoas* — admire-se o termo — públicas ou privadas) a norma jurídica, num espaço jurídico abstracto e com características de eternidade. E é, precisamente, a posição espacial destes sujeitos que conduz a qualificá-los como pessoa pública ou privada.

Sendo o Estado feito Sujeito, não é inútil — nem possível — examinar a sua natureza porque, por um lado, ele é por si mesmo e sua própria justificação e, por outro lado, é o «criador» de toda e qualquer norma, em definitivo, para toda a eternidade. A natureza do Estado é a natureza do Direito.

A categoria de Sujeito à qual Eisenmann é levado em nome do seu positivismo «realista», desemboca, tal como o historicismo, na metafísica. Justificar o que existe por aquilo que existe é dar àquilo que existe (no tempo) valor transcendente, na impossibilidade de perceber e explicar a dialéctica do que existe.

Concretamente, daqui resulta que, *para nós*, as distinções de Eisenmann de nada nos servem. Com

feito, o seu sistema de comparação implica que nos encontremos já em presença de sujeitos constituídos — de «sempre-já sujeitos» para empregarmos uma expressão de Althusser⁽⁵⁰⁾: sujeito de direito público ou sujeito de direito privado. Mas, precisamente, esta categoria não nos serve para nada, visto que não procuramos saber se as I.R.P. são ou não pessoas públicas ou privadas — pois à evidência elas não são pessoas públicas na medida em que o Estado, enquanto tal, não as constitui —, mas antes se há «algo» de público nelas, de modo a que se pudesse, duma certa maneira, considerá-las como públicas.

Dito de outro modo, a partir do momento em que a realidade nos põe questões, a categoria de sujeito rebenta e não é mais do que uma forma vazia. Decisivamente, a tese de Eisenmann não pode aplicar-se a situações que são a própria negação dela⁽⁵¹⁾.

(50) ALTHUSSER, *op. cit.* Cfr. os nossos artigos: *Esquisse d'une théorie du sujet: l'homme et son image*, Dalloz, 1970, «Chronique XXVI»; *Esquisse d'une théorie du sujet: liberté et création dans la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1970, «Chronique XLI».

(51) Tomemos como exemplo o famoso assento Monpeurt (Conseil d'Etat, 31 Jul. 1942, D. C. 41-1-38, conclusions Ségalat). Tendo ordenado uma organização provisória da produção industrial, a lei de 16 de Agosto de 1940 instituiria, para este efeito, comissões encarregadas de gerir o serviço. A questão que se pôs dizia respeito à natureza jurídica destas comissões. O conselho de Estado considerou que, em atenção às prerrogativas que lhes tinham sido conferidas (programas de produção e de fabricação, regras imperativas a impor às empresas, papel de autoridade e de direcção), estas comissões de organização, ainda que não sendo estabelecimentos públicos, estão encarregadas de patricipar na execução de um serviço público e que as decisões que têm de tomar na esfera das suas atribuições, seja através de

Em última análise, é ao substituir uma teoria real do Estado por uma teoria metafísica dum Estado Sujeito de Direito, que ele «falha» a realidade da dialéctica direito público/direito privado* e mais ainda, a realidade do funcionamento e do sentido da Ideologia jurídica.

regulamentos, seja através de disposições de ordem individual, constituem actos administrativos». Ora, o que há de surpreendente neste assento, é que se assiste à criação de um organismo profissional que se coloca «na fronteira do direito público com o direito privado, retendo do primeiro as suas prerrogativas de poder público, recebendo do segundo os seus modos de gestão». (Concl. Ségalat).

O que é, pois, na sua essência, um sujeito semi-público e semi-privado? E qual será a sorte de toda a tese de Eisenmann que consiste em dizer que é a relação pessoa público-pessoa privada que permite ver se se está num domínio público ou privado? Não se poderá certamente sustentar que há norma comum, norma diferente ou norma parcialmente diferente? Porque é a própria noção de sujeito público ou privado que voa em estilhaços. O que torna bem caduco um sistema estático *que não permite apreender* o que o Comissário do governo chamava «uma instituição inteiramente nova que não pode ser integrada nos quadros jurídicos antigos» (Concl. prec.).

A nosso ver, a verdadeira questão que este assento fundamental coloca é a seguinte: Qual é a natureza de um Estado que pode delegar a particulares alguns dos seus poderes, quando segundo a própria declaração do Comissário do governo, por um lado o Estado é «guiado na sua acção pelos únicos interesses da nação», e quando, por outro lado, os particulares a quem foram delegados estes poderes «personificavam interesses próprios distintos do Estado» (*Ibid.*).

É verdade que, como sublinhava o próprio Comissário do governo, «as encomendas rareavam, as matérias primas eram escassas e os capitais estavam desconfiados».

* N. T. — ...il «rate» la réalité de la dialectique droit public droit privé...

A Doutrina, no seu conjunto, deve pois confessar a sua *insuficiência*.

Mas, dissemos nós, o Direito exige para o seu (bom) funcionamento esta distinção. E acrescentámos que é grande a *tentação* para o abandonar-se a um entendimento arbitrário desta distinção.

Destas hesitações a jurisprudência dá-nos notícia, assim como a *instância política* pela voz autorizada dos monitros dos Negócios estrangeiros e dos Assuntos sociais.

O PÚBLICO E O PRIVADO E A INSTÂNCIA JURÍDICO-POLÍTICA

a) *A jurisprudência*

Confinada aos tóxtos não pôde a jurisprudência desprezar a *distinção legal*. É justo e evidente que se convém não distinguir onde a lei não distingue, «a fortori» convém distinguir onde a lei distingue, sob pena de tornar letra morta toda a *técnica jurídica*.

Os tribunais estão divididos. Alguns evitam pronunciar-se *sobre o fundo* recusando muito simplesmente valor legislativo ao artigo 7.º do Título II da declaração de princípio de 19 de Março de 1962⁽⁵²⁾. Em compensação, toda uma jurisprudência se pronuncia sobre a

(52) Tribunal d'instance *, Argenteuil, 1970, «Sommaire», p. 109; tribunal d'instance, Nancy, 23 de Out. 1969; tribunal d'instance, Gonesse, 22 de Out. 1969.

* *N. T.* — «Tribunal d'instance» — estes Tribunais são, por assim dizer, o degrau inferior da hierarquia judiciária francesa, existe, em princípio, um por cada *arrondissement* circunscrições administrativas em que se dividem os *départements*,

actividade real das comissões de empresa* e, em consequência, define a natureza dos direitos que os trabalhadores aí podem exercer.

É assim que um tribunal julgou que a actividade das comissões de empresa «é essencialmente económica e social (e que elas) só participam, portanto, na gestão de um serviço *privado*, a saber, o de uma empresa privada (53)».

Um outro tribunal considerou que a elegibilidade para as comissões de empresa constitui «um direito profissional, privado, social e não político, na medida em que elas têm por fim cooperar com a direcção no melhoramento das condições de trabalho e de vida do pessoal, controlar a gestão das obras sociais e associar os trabalhadores à gestão económica (54)».

A imprecisão é extremamente grande. Com efeito, não se vê porque é que uma actividade «essencialmente» económica e social implicaria a gestão de um serviço privado, quando nenhum critério nos é dado para distinguir o económico do social e o social e económico do político. Também não se vê porque é que, nomeadamente a associação dos trabalhadores à gestão

grandes divisões administrativas do território francês, que substituiriam as províncias em 1790.

Pela reforma judiciária de 1959 os *Tribunaux d'instance* vieram substituir e acabar com as *justices de paix* criadas em 1790, as quais existiam, em princípio, uma por Cantão (o que dava o número de 2092 — agora substituído por 455, número bastante inferior, de *Tribunaux d'instance*).

* *N. T.* — «Comités d'entreprise».

(53) Tribunal d'instance, Lyon, 20 de Jan. 1970, *Dalloz*, p. 420.

(54) Tribunal d'instance, Nanterre, 12 de Nov. 1969.

económica constituiria, *por natureza, um direito profissional.*

Mais profundamente, e para além da imprecisão conceitual, as concepções destes tribunais devolvem para uma ordem que diz que, *na empresa*, a actividade dos trabalhadores é profissional, sem que, a propósito nos seja dada uma definição do que é *político.*

b) *A instância política*

Muito diferente é a posição da *instância política.* Se, primeiramente, a Administração considerou que o artigo 7.º da declaração de princípios significava que os trabalhadores argelinos conservavam os mesmos direitos que os trabalhadores franceses em matéria de eleitorado e de elegibilidade para as eleições dos delegados do pessoal e dos membros das comissões de empresa⁽⁶⁵⁾, é necessário dizer que ela bem depressa reconsiderou.

Uma circular «confidencial» datada de 2 de Dezembro de 1966, lavrada pelo Ministro dos Assuntos Sociais de acordo com o Ministro dos Negócios Estrangeiros, estabelecia muito ingenuamente que os trabalhadores argelinos podiam ser eleitos como delegados do pessoal, mas que não poderiam pretender a elegibilidade quer para as comissões de empresa, quer para representantes sindicais.

Um despacho ministerial vinha — muito oportunamente — estabelecer as bases «teóricas» desta distinção à primeira vista surpreendente e que consistia em instituir um regime diferente no seio das I.R.P..

(65) M. COHEN, *ob. cit.*, pág. 102.

«Este texto, dizia o ministro dos Negócios Estrangeiros, deve interpretar-se como prescrevendo a assimilação dos emigrados argelinos aos nacionais franceses para o gozo de todos os direitos privados, mas não para os direitos de carácter político. Esta última expressão deve ser entendida num sentido lato: ela engloba o gozo e o exercício de todos os direitos cívicos e, de uma maneira geral, o exercício de todas as funções que, pela sua natureza ou objecto, comportem uma participação na gestão dum serviço público ou similar (56)».

Deve-se prestar homenagem a uma certa logomaquia administrativa. Dizer antes de mais que os direitos políticos englobam os direitos civicos só serve para atestar origem greco-latina da nossa língua; dizer que os direitos de carácter político devem, no caso, entender-se em sentido lato, extensivamente é nada menos nada mais do que ilustrar aquilo que dizíamos acima sobre a indeterminação do conteúdo destes dois direitos. Aliás, segundo o ministro, a esfera do exercício de todas as funções de participação no exercício dum serviço público ou similar, seria mais «larga» que a dos direitos cívicos. Porquê e em nome de que é que será política a participação em tais serviços? A imprecisão conceitual é total.

Todavia, ainda que a passagem do conceito de *gestão de serviço público* ao de *política* não esteja elaborada, a posição da instância política revela uma certa verdade: a conjunção entre a gestão da administração

(56) Citado pelo *tribunal d'instance*, Lyon, *Dalloz*, 1970, pág. 420.

em sentido lato (e poderíamos dizer do Estado) e o exercício de direitos políticos.

Mas, de toda a maneira, não só os conceitos expostos são totalmente imprecisos mas ainda, e por consequência, não permitem resolver a questão posta: não podemos saber em nome de quê e como é que poderíamos distinguir os direitos políticos dos direitos sociais (privados).

c) *Técnica jurídica e instância política*

Como indicámos, o Direito pode, assim, em nome do próprio Direito, entregar-se, à instância política.

Com efeito, nos termos de uma jurisprudência constante, se as jurisdições não estão de modo algum ligadas pela doutrina administrativa e conservam um poder soberano de interpretação perante os textos legislativos ou regulamentos submetidos à sua jurisdição⁽⁵⁷⁾, as coisas passam-se de outra forma quando a questão de interpretação levantada diz respeito a um tratado ou acordo internacional, ou ainda a uma questão respeitante à ordem pública internacional. Nesta hipótese, os tribunais devem declara-se incompetentes e remeter para a interpretação oficial do Ministro dos Negócios Estrangeiros⁽⁵⁸⁾.

Pelo contrário, é reconhecida competência aos tribunais da ordem judiciária para se pronunciarem

(57) Sobre o poder das jurisdições judiciárias relativamente às circulares ministeriais, Cour de cassation, Câmaras civil, 22 de Dez. de 1931, *Dalloz*, 1932, I parte, pág. 131; *Sirey*, 1932, I Parte, pág. 257; conclusões Mather.

(58) Cour de cassation, 9 de Jun. de 1966, «*Juris-Classeur périodique*», 1966, 11, 15814.

sobre a interpretação de um tratado, quando o litígio a que ele dá lugar tem por objecto interesses privados⁽⁵⁹⁾. É assim que o Cour de cassation, em decisões recentes, considerou que um tribunal de apelação (cour d'appel) «sem exceder a sua competência, podia fundar-se na declaração governamental de 19 de Março de 1952 (relativa à indemnização dos repatriados da Argélia), cuja aplicação não suscita, na ocasião do litígio, nenhuma questão de direito público nacional⁽⁶⁰⁾».

Deste modo se vê que a distinção direitos políticos-direitos privados reaparece numa outra instância: a da distinção direito internacional público-direito interno. Atentemos aqui apenas que o direito declina, em nome das suas próprias normas, a sua competência, para a remeter ao Estado, único juiz do que releva do direito internacional público.

Ora, naturalmente que se a Cour de cassation — que ainda não julgou sobre o assunto que nos interessa — remetesse para a instância política, tal significaria que a distinção direitos políticos-direitos privados é uma questão que diz respeito à ordem pública internacional. Melhor ainda. Pelo subterfúgio de tais regras

(59) Cour de cassation, Assembleia Plena 11 de Março de 1953, *Juris Classeur périodique*, 1953, 41, 7673.

(60) Cour de cassation Chambre civile), 23 de Abr. de 1969, «Gazette du Palais», 17-20 de Maio de 1969, pág. 6; *ibid.*, 19 de Març. de 1963, *Dalloz*, 1963, pág. 529, notas de Malaurie; Cour de cassation, Câmara comercial, 7 de Nov. de 1969, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, III, 274, pág. 547, que se pronunciou sobre uma sentença que fizera uma aplicação automática da interpretação dada pelo ministro dos Negócios estrangeiros a certas disposições dos Acordos de Evian, quando era da sua competência interpretá-los (sentença citada in *Rapport de la Cour de cassation*, 1969-1970, pág. 65).

jurisprudenciais, chegar-se-ia a dar à instância política (o Estado) o poder de decidir, no direito interno, tanto aquilo que é privado como aquilo que não o é. Numa tal hipótese, mostrar-se-ia que uma parte importante do Direito — e, nomeadamente, o direito do trabalho — escaparia à técnica (protectora quando adquirida por meio de dura luta) do direito⁽⁶¹⁾. No fim desta análise «concreta» não podemos saber como e em nome de quê poderíamos distinguir os direitos políticos dos direitos privados. Esta insuficiência remete para a questão da sua insuficiência. A passagem à teoria torna-se necessária.

A dialéctica do direito e da política na instância juridico-política

Como enunciámos, a questão da distinção direitos políticos-direitos privados deve remeter para a questão do sentido e da realidade de uma tal distinção.

«A distinção do público e do privado é uma distinção interior ao direito burguês e válida em todos os domínios (subordinados) onde o Direito «exerce os seus poderes». O domínio do Estado escapa-se-lhe, pois ele está «além do direito». O Estado, que é o Estado da classe dominante, não é nem público, nem privado, é, pelo contrário, a condição de toda a distinção entre público e privado⁽⁶²⁾».

(61) Uma tal consequência escapou totalmente a Cohen que justifica o facto de não pedir o parecer do ministro dos Negócios Estrangeiros unicamente pelo «carácter de urgência do contencioso eleitoral». (*ob. cit.*), p. 325.

(62) ALTHUSSER, *ob. cit.*, p. 13-14.

Podemos, assim, formular duas teses: por um lado, que a distinção direitos políticos-direitos privados é uma distinção *política*, na medida em que supõe a existência de um Estado que é a expressão da classe dominante; por outro lado, que o Direito transmite esta distinção por e «sob» uma ideologia (a ideologia jurídica) e que, *por consequência ele deve* «resolver em direitos» a distinção política direitos políticos-direitos privados (sociais).

Mas estas duas teses, por seu turno, devem elas próprias ser esclarecidas pela dialéctica da ideologia política e da ideologia jurídica.

Por um lado, o Estado pensa como político aquilo que participa do seu funcionamento; por outro lado, o Direito é lugar e empenho da luta de classes. Assim, se, por um lado, o Direito expressa as distinções do Estado (distinções de classe), regista, por outro, a luta de classes. Do que resulta que, pouco a pouco, se constitui *um direito* (direito do trabalho, por exemplo) que poderá *incomodar* o poder político, devolvendo-lhe a luta de classes nele inscrita; o que também faz com que o direito apareça como «protector» dos trabalhadores, por exemplo, contra o poder político (e é significativo ver que os juristas apresentam o Direito como «protegendo» os trabalhadores, enquanto são precisamente os trabalhadores que conseguem, por vezes, criar para si o seu direito); resulta enfim que se estabelece um hiato (ou contradição secundária) entre a ideologia do Estado e a ideologia jurídica.

A protecção do direito (do trabalho) não é mais do que as vitórias da classe operária registadas, codificadas e formalizadas, e que, no seu próprio funcionamento (técnica jurídica) se opõe ao poder político que

procura inventá-lo⁽⁶³⁾. Esta dialéctica parece-nos reflectir o problema concreto das eleições de trabalhadores argelinos para comissões de empresa, na medida em que, precisamente, a extensão do político é posta em questão. Que haverá de mais estranho para a instância política do que dizer que uma eleição profissional é política? Que haverá de mais revelador do que a resistência do direito a esta «usurpação».

O ESTADO, CONDIÇÃO DA DISTINÇÃO DIREITO POLITICO-DIREITO PRIVADO

Trata-se de encontrar, *em direito*, um critério que permita «separar» o que é direito político e o que é direito privado. Enunciámos que esta distinção é interior ao direito burguês, e supõe a existência de um Estado, expressão da classe dominante. Segue-se, portanto, que a análise a fazer é a da necessidade ideológica de uma tal distinção. Esta permitirá então compreender o *funcionamento* da própria ideologia jurídica, da qual se pode dizer que «ignora» o seu próprio fundamento, isto é, *aquilo que a legitima em última instância*. Tanto assim que a ideologia jurídica posta

(63) Certamente alguns direitos — direito comercial por exemplo ou direito civil em certa medida — podem aparecer só como protectores do seu próprio funcionamento, mas esse funcionamento remete ele próprio para um dado modo de produção. Tal é o problema da autonomia mais ou menos relativa de cada «ramo» de direito. Tal é a óptica real do que deveria ser o estudo das relações técnicas entre diferentes ramos de direito. (Assim quanto a problema que agita os especialistas do direito do trabalho: qual a relação entre a técnica do direito civil e a técnica do direito do trabalho).

perante um problema político não consegue mais do que resolvê-lo *em direito* (Cfr. mais adiante). Tal é a sua lógica própria.

Para os marxistas, «o Estado não representa de modo algum uma força imposta de fora à sociedade. O Estado não é «a realidade da ideia moral», «a imagem e a realidade da Razão», como Hegel pretende. O Estado é um produto da sociedade numa certa etapa do seu desenvolvimento⁽⁶⁴⁾. «O Estado é o produto e a manifestação, comenta Lenine, dos antagonismos de classes inconciliáveis. O Estado surge então, no momento e na medida em que, objectivamente, as contradições de classes não podem ser conciliadas. E, inversamente, a existência do Estado prova que os antagonismos de classe são inconciliáveis⁽⁶⁵⁾».

Esta constituição do Estado exprime a distinção entre Público e Privado a, qual remete para a distinção entre direito político e direito privado.

«A dominação de facto reveste um eminente carácter de direito público, a partir do momento em que nascem ao lado e independentemente dela, relações que estão ligadas ao acto da troca, quer dizer relações privadas por excelência. Na medida em que a autoridade aparece como garante destas relações, ela torna-se uma autoridade social, um poder público, que representa o interesse impessoal da ordem⁽⁶⁶⁾».

(64) ENGELS, *L'origine de la famille, de la propriété et de l'État*, Ed. Sociales p. 155-156.

(65) LENINE, *L'État et la Révolution*, Ed. Sociales, pág. 12;

(66) PACHUKANIS, *Marxisme et théorie générale du droit*, E. D. I., 1970, págs. 126 sgs.

Só a participação nesse «poder» pode pois ser pensada como *política*, enquanto pretende, precisamente, gerir o conjunto da sociedade. Qualquer outra participação será tão só social, profissional, económica... mas em caso algum será política.

Dito de outro modo, a própria ideologia do Estado leva este a só pensar como político o que participa do seu próprio funcionamento e a declarar como a-político o que não toma parte nele. Esse «apolitismo» que, se fosse confessado como político poria o Estado em questão (assim, a greve política é ilegal), é própria garantia de uma ordem que se quer impessoal.

Mas, por outro lado, esta ideologia do Estado é retransmitida pelas outras instâncias ideológicas (religiosa, escolar, sindical, cultural...) que apresentam, já o dissemos, a característica de também serem lugar de luta de classes.

É assim que podemos retomar, pela nossa parte, as teses de Althusser quanto à sua distinção entre aparelho de Estado (Governo, Administração, Polícia, Tribunais, Prisões) que «funciona com violência» e os aparelhos ideológicos de Estado que funcionam com ideologia, e que «encerram» a sociedade privada⁽⁶⁷⁾.

A distinção entre direitos políticos e direitos privados funda-se pois, em última instância, sobre a distinção entre aparelho de Estado e sociedade «privada», a qual é — ela mesmo — o lugar da luta ideológica.

Dito de outro modo: *para o Estado* é político tudo o que participa da sua gestão (aparelho de Estado) e escapa à qualificação de político tudo o que está

(67) ALTHUSSER, *ob. cit.*

fora desta gestão, isto é, o domínio das trocas económicas *expressas* em linguagem jurídica. Por outro lado, o Estado detendo o *poder* político está ele próprio fora do direito naquele espaço onde reina a razão de Estado, «que não permite interpretação jurídica (**)». Isso lhe permite ser o «garante» do direito.

Assim, o Estado necessariamente é levado a fazer a distinção entre público e privado, distinção transmitida ao direito, onde ela é «trabalhada» pela luta de classes.

Tal distinção é, aliás, recebida pelo nosso Código Civil cujo artigo 7.º dispõe que «o exercício dos direitos civis é independente do exercício dos direitos políticos, os quais se adquirem conforme às leis constitucionais e eleitorais (**)». Quanto ao artigo 2.º do mesmo Código, estatui o seguinte: «um estrangeiro gozará em França de direitos civis iguais àqueles que são ou serão reconhecidos aos franceses pelos tratados da nação à qual pertencer esse estrangeiro».

A concepção do Código Civil, o mesmo é dizer do princípio do século XIX, reflecte uma ideologia «ingénua», pelo facto de os direitos políticos só serem pensados em *termos de participação política* do Estado. (Critério formal fundamentado na «fonte» legislativa: leis constitucionais e eleitorais).

Mas, precisamente, esta concepção do Código foi pensada diferentemente atendendo à própria evolução do capitalismo. É assim que se assiste a uma «priva-

(**) PACHUKANIS, *op. cit.*, pág. 126.

(**) Pode-se já notar que este artigo contradiz a tese da instância política (Cfr. no texto).

tização» do Estado, o que é, afinal de contas, nada mais nada menos do que a expressão da própria natureza do Estado (70).

Para só tomar o exemplo do serviço público, fez-se já observar que o «neo-capitalismo tecnocrático vai até ao fim da lógica do sistema, até à concepção «americana» segundo a qual o serviço público é afinal de contas uma empresa como outra qualquer, sujeita à lei do mercado, da rentabilidade e do lucro (71)».

A partir do momento em que o aparelho de Estado se «privatiza», assiste-se a uma contradição cada vez mais aguda entre um aparelho que se diz ser somente *político* e que apesar disso se projecta no privado, — por definição «apolítico» para ele.

O que, nomeadamente, torna ainda mais ineficaz a noção de sujeito de direito público ou sujeito de direito privado, uma vez que a própria natureza do Estado infirma esta categoria (72).

(70) O duplo movimento de «privatização» do Estado e de «publicização» do privado expressa bem a natureza de classe do Estado. Os juristas só presentemente começam a tomar consciência desta «privatização» do Estado.

(71) DEMICHEL, *Vers le self-service public*, «Dalloz, 1970, cap. XVI.

(72) Veja-se o assento Montpeurt (já atrás referenciado) — que, como foi dito, faz estalar a noção de sujeito de direito — o Estado, ou mais propriamente o aparelho de Estado, é pensado como podendo delegar os seus poderes a pessoas privadas. O que, então, significa pessoas privadas — permanecendo como tais (como parte (sujeito) privada) — poderem gerir serviços de Estado. No fundo poderia dizer-se que a «privatização» do Estado não é mais do que o facto de o Estado devolver, de um certo modo, aquilo que ele recebeu, do mesmo modo.

Resulta então que a distinção direitos políticos — direitos privados é uma distinção política que é transmitida à ideologia jurídica onde ela perde, *para* o bom funcionamento do direito, o seu carácter político.

Resta agora estudar o funcionamento desta ideologia, que consiste em despolitizar os problemas, pelo menos formalmente, e a regulá-los *em direito*.

FUNCIONAMENTO DA IDEOLOGIA JURÍDICA:

A NECESSIDADE DE RESOLVER NO DIREITO

A DISTINÇÃO DIREITOS POLÍTICOS-DIREITOS PRIVADOS

Considera a relação entre ideologia do Estado e ideologia jurídica, o direito num movimento incessante «neutraliza» a luta de classes, de que é lugar, no sentido de que ele *deve* ser apolítico. Esta neutralização — que é o próprio funcionamento do direito — explica o facto de o direito funcionar «por formalização» (a formalização mais abstracta, na medida em que o capitalismo é a formulação mais abstracta da propriedade).

Ora esta formalização implica que o Direito *só pense sobre o que é direito*, que, em qualquer hipótese, uma qualquer distinção jurídica é sempre o pressuposto do seu funcionamento.

Dito de outra maneira, o direito, para funcionar, deve ser para si mesmo o seu próprio motor, é característico de um *critério legal* fornecer a si mesmo os próprios títulos (73).

(73) «A ciência positiva do direito (...) tende sobretudo a formular o que é de direito (...)\», HEGEL, *op. cit.*, § 2. Só

De onde se conclui ser necessário tomar o direito a sério, isto é, aceitar o seu funcionamento não só quanto ao como ele se apresenta mas ainda quanto ao que ele é, em última instância, espaço e empenho * da luta de classes (74).

E assim que, o Direito apresentando a distinção entre direitos públicos e direitos privados afinal não faz mais do que dar conta duma ideologia que *quer que o direito possa*, precisamente, *fazer* esta distinção (75). Por outras palavras, a própria necessidade de colocar a distinção *em direito* resulta da necessidade ideológica de a colocar como tal.

Em última análise a nossa ideologia jurídica, no seu funcionamento, deve levar necessariamente a que a questão *política* da distinção *legal* direitos políticos-direitos privados seja resolvida unicamente *no direito*, isto é, de modo «apolítico». Além disso tal distinção só pode fundar-se na análise marxista do Estado.

A questão concreta de saber se as eleições para as comissões de empresa e, mais geralmente, para

formulamos aqui teses gerais que pretendem tão só dar uma orientação real ao estudo da norma jurídica.

* *N. T.* — «Engeu»: partida, jogada, o que se arrisca. «Lieu et engeu»: lugar e empenho arriscado. *Larousse* — «engeu: ce qu'on expose dans une entreprise; fig. l'emprise du monde étât l'engeu de la bataille de Pharsale.

(74) Como toda a ideologia o direito tem por função mascarar as relações reais. Mas, por um lado a ocultação desta função é privilegiada na medida da formalidade do direito e, por outro lado a sua relação contraditória com o Estado revela a especificidade da instância jurídico-política que pertence ao mesmo tempo ao aparelho do Estado e ao sistema dos aparelhos ideológicos de Estado. Cfr. ALTHUSSER, *op. cit.*, p. 13, n.º 9.

(75) Na medida do «apolitismo» da sociedade privada.

as I.R.P., são ou não eleições de carácter político, reduz-se à questão de saber se as I.R.P. fazem ou não fazem parte do aparelho de Estado, questão que o direito deve resolver por si só.

O estatuto juridico-político das instituições representativas do pessoal

A lei considerando que as I.R.P. não são políticas, mas estritamente profissionais expressa afinal — já o sublinhámos — a ideologia do Estado. Mas como, por outro lado, esta lei é expressão de relações reais de classe, e como ela encontra, por hipótese, a sua finalidade na *empresa*, esta última aparece por sua vez como lugar da neutralidade política e lugar onde esta neutralidade é politicamente posta em questão (a greve «política»). O que quer dizer que a acção dos trabalhadores *pode*, enquanto tal, desenvolver no seio da empresa reivindicações políticas.

Assim se assiste à elaboração de um conceito de empresa «estranhamente» cruzificado. De um lado o que aí entra em jogo (a luta de classes) é *profissional* (apolítico); de outro lado o que aí se desenrola só *pode* ser profissional sob pena de se tornar *político* e então *ilegal*.

Se tomamos a lei ao pé da letra, devemos dizer que o direito nos *obriga* a considerar que as eleições para as I.R.P. são profissionais.

É o que o direito positivo nos revela. Mas, dito isto, resta levantar a questão fundamental: o que é que o direito positivo realmente prova? Ora, o direito positivo dá-nos justamente notícia do processo segundo o qual por um lado a luta de classes se desenvolve e

por outro é perpetuamente neutralizada. Assim, em última análise, a distinção direitos políticos-direitos privados remete para a realidade desse processo.

A empresa, que é exactamente o lugar deste processo, vai pois condicionar a um tempo o *nível da representatividade* das I.R.P. e a sua *missão*. A partir daqui podemos enunciar uma *equivalência política* das I.R.P. quer ao nível nacional quer a nível europeu.

O NÍVEL DE REPRESENTATIVIDADE DAS I. R. P.

Não nos cabe aqui desenvolver este ponto. O artigo 1.º da lei de 16 de Abril de 1946 dispõe que «se institui em todos os estabelecimentos industriais, comerciais, agrícolas (...) em que se empreguem habitualmente mais de dez assalariados, *delegados do pessoal*». O artigo 1.º do regulamento de 22 de Fevereiro de 1945 institui *comissões de empresa* nos mesmos estabelecimentos desde que empreguem habitualmente cinquenta assalariados.

Quanto à *Secção sindical de empresa* ela é instituída em todas as empresas empregando habitualmente pelo menos cinquenta assalariados, segundo a lei de 27 de Dezembro de 1968 no seu artigo 2.º⁽⁷⁶⁾.

A empresa condicionar assim o nível da representatividade só levanta problema no que concerne ao *próprio conceito* de empresa. Ora, precisamente, o aparelho de Estado tendo a privatizar-se, ou, se se prefere, a «comercializar-se», para retomar a expressão carregada de sentido de «serviço público de carácter indus-

(76) DESPAX, *L'Exercice du droit syndical dans les entreprises*, «Juris-Classeur périodique», 1969, I parte, 2276.

trial ou comercial». É o que explica também, por outro lado, a reacção da instância política à eleição de argelinos para as comissões de empresa de semelhantes estabelecimentos.

A doutrina dominante e os tribunais judiciais e administrativos tendem, com efeito, a considerar que aos serviços públicos industriais e comerciais se pode aplicar o artigo 1.º do regulamento de 22 de Fevereiro de 1945. O mesmo é dizer que, segundo este ponto de vista, esses serviços são equiparados a empresas privadas (77).

Quer dizer que se encontra a este nível a contradição entre a ideologia do Estado e a ideologia jurídica, na mesma medida da extensão do conceito de empresa.

(77) Parecer do Conselho de Estado de 17 de Jun. de 1947, n.º 241-249, citado por COHEN, *op. cit.*, pág. 85; Conselho de Estado, Toledo, 26 de Març. de 1958, Rec., pág. 200; Conselho de Estado, 2 de Maio de 1959; sindicato geral do pessoal da Air France; *Droit Social*, 1956, p. 25 conclusions Chardeau; Cour de Cassation, Câmara social, 18 de Fev. de 1949, *Bulletin des arrêts...*, n.º 153, p. 204; Tribunal civil, Sena 12 de Janeiro de 1959; *Droit ouvrier*, 1959, pág. 180; Paris, 3 de Nov. de 1955, *ibid.*, 1956, pág. 25, conclusões Rolland; Bréthe de la GRESSAYE, *La Réforme des comités d'entreprise*, «Juris-Classeur périodique», 1946, I part., pág. 570, onde se escreve nomeadamente que a situação dos serviços públicos industriais e comerciais «é análoga à das grandes empresas capitalistas, no sentido de que estão subordinadas a uma direcção impessoal e longínqua (sic)». Este autor prossegue acentuando o facto de que a nacionalização das empresas tem «por fim permitir aos trabalhadores participar na gestão (...)». Cfr. conclusões Chardeau prec. «A instituição das comissões de empresa no conjunto dos serviços públicos industriais e comerciais, qualquer que seja o seu modo de gestão, responde ao desejo do legislador e à

A MISSÃO DAS INSTITUIÇÕES REPRESENTATIVAS DO PESSOAL

O nível da representatividade (empresa) deveria condicionar *formalmente* o conteúdo da representação. Com efeito, todo o esforço jurisprudencial consiste em manter a missão das I.R.P. nos limites profissionais da empresa. Mas, precisamente, este contexto profissional da empresa é incessantemente posto em causa pela *prática* da luta de classes. O que tem a ver com o seguinte, se as classes exploradas encontram meio de se exprimirem nos aparelhos ideológicos, a luta de classes ultrapassa-os, pois ela tem raízes noutro lado que não na ideologia, está enraizada na infraestrutura que constitui a base das relações de classe (78).

Assiste-se assim na própria descrição do direito positivo a um afrontamento entre o funcionamento da ideologia jurídica e a prática da luta de classes.

Deste modo, no que respeita aos delegados do pessoal — cuja missão essencial é serem os porta-vozes do pessoal junto do empregador da Inspeção do trabalho e da comissão de empresa — formou-se toda uma jurisprudência que tende a encerrá-los no quadro da empresa entendida ideologicamente como terreno neutro (apolítico). E assim, se eles podem em princípio ausentar-se da empresa (79), e se o empre-

evolução da legislação social que, cada vez mais, tende a colocar sob um regime uniforme estes serviços e o conjunto dos estabelecimentos industriais privados.»

(78) ALTHUSSER, *op. cit.*, pág. 15, n.º 10 bis; MARX, *Introdução à Contribuição para a crítica da economia política*.

(79) Cour de Cassation, Câmara social, 4 de Dez. de 1952, *Juris-Classeur périodique*, 1954, 11, 7903.

gador que a tal se oponha pode ser condenado por entrave às funções dos delegados do pessoal⁽⁸⁰⁾, é ainda necessário que haja *uma ligação* entre a saída do delegado e as suas funções. Esta *ligação* é a estrita medida do profissional e do político, quer dizer afinal de contas, do trabalho considerado como valor de uso e como valor (produção de mais-valia)⁽⁸¹⁾. O que é profissional é o que está relacionado com o trabalho entendido como produção de valor (quantitativo) e portanto com a empresa como lugar de produção de valor, isto é, de subordinação do trabalho ao capital⁽⁸²⁾.

A partir do momento em que os trabalhadores queiram estabelecer a ligação entre a subordinação do trabalho ao capital e a política que é a expressão desta subordinação, os tribunais afirmam que essa relação é política.

É assim por exemplo que os representantes do pessoal só podem tomar contacto com as organizações sindicais se a ordem do dia for suficientemente precisa e circunstanciada para justificar a sua presença⁽⁸³⁾; é ainda assim que as comunicações ao pessoal só podem ter um carácter profissional⁽⁸⁴⁾ e não político⁽⁸⁵⁾, e que,

(80) Cour de Cassation, Câmara criminal, 2 de Março de 1961, *Dalloz*, 1961, pág. 476.

(81) MARX, *O Capital*, op. cit., liv. I, T. I, cap. VII.

(82) *Ibid.*, pág. 187.

(83) Cour de Cassation, Câmara social, 15 de Março de 1957, *Dalloz*, 1957, pág. 730; *ibid.*, 3 de Maio de 1962, *Dalloz*, 1962, pág. 491.

(84) Cour de Cassation, Câmara social, 5 de Abr. de 1954, «*Droit social*», 1954, pág. 408.

(85) Cour de Cassation, Câmara social, 2 de Março de 1960, «*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles*»,

se o controle do empregador não pode ser antecedente — pois constituiria então delito de entrave às funções dos delegados do pessoal⁽⁸⁶⁾ —, a recusa de um delegado de retirar uma comunicação política dos quadros destinados a afixação pode constituir, perante o empregador, lesão de interesses e correspectiva obrigação de indemnização e justificar a resolução judicial do contrato de trabalho⁽⁸⁷⁾.

Quanto à secção sindical de empresa, na medida em que, nos termos da lei, ela assume a representação dos interesses profissionais, basta que os delegados saiam desse domínio profissional, tal como o definimos, para serem sancionados. Nestas condições um cartaz no qual um sindicato C. G. T. tomava posição na campanha presidencial pôde ser julgado ilícito e ordenado o seu levantamento⁽⁸⁸⁾.

Pode-se assim compreender que a técnica da atribuição de *personalidade civil* às comissões de empresa se tenha acabado por «neutralizar» com a aplicação do princípio do controle da afectação do seu património. Com efeito a personalidade civil só lhe é reco-

IV part., pág. 184; COHEN, *op. cit.*, págs. 431 sgs.; P.-H. SURET, *Comités d'entreprise et délégués du personnel*, n.º 511 sgs.

(86) Cours de Cassation, Câmara criminal, 8 de Maio de 1968, Dalloz, 1968, pág. 564, nota de Verdier.

(87) Cour de Cassation, Câmara social, 2 de Març. de 1960, «Bulletin des arrêts...», IV part., pág. 184.

(88) Tribunal de grande instance, Lyon, 12 de Jun. de 1969, *Juris-Classeur périodique*, 1969, II part., 16028.

(N. T. — Depois da reforma de 1959 a organização francesa dos tribunais ficou assim ordenada, na sua linha normal: *Tribunaux d'instance*, *Tribunaux de grande instance* (em princípio, um por *Département*), *Cours d'appel*, *Cour de cassation*.

nhecida para *finis precisos*, e tanto o seu património como a sua capacidade jurídica são unicamente destinados a facilitar-lhes o estrito cumprimento da sua missão profissional. De onde a existência de um controle judicial sobre a afectação dos fundos⁽⁸⁹⁾; de onde a posição da Cour de Cassation que considerou que uma comissão de empresa desviava os fundos a ela confiados se os utilizava para socorrer grevistas estranhos à empresa⁽⁹⁰⁾. A jurisprudência nada mais faz do que expressar o próprio estatuto do trabalho no modo de produção capitalista, utilizando a distinção ideológica profissional-política.

Partindo de aqui pode-se agora enunciar a equivalência política das I. R. P..

A EQUIVALENCIA POLÍTICA DAS I. R. P.

Diga-se desde já que tal equivalência política responde à questão das eleições dos argelinos para as comissões de empresa. Com efeito, não se pode dissociar arbitrariamente o que representam as I. R. P., que têm todas como característica que as une o facto de serem a expressão jurídica (profissional) dos trabalhadores.

O que já anularia a tese — política — que consistiria em dizer que as comissões de empresa encarregadas de gerir um serviço público, seja industrial ou

(89) *Cour de Cassation*, Câmara social, 8 de Out. de 1953, *Droit social*, 1954, pág. 342.

(90) *Cour de Cassation*, Câmara criminal, 27 de Out. de 1955, «Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation», pág. 426.

comercial, seriam órgãos políticos⁽⁹¹⁾. Com efeito, aí onde se instituem tais comissões, não há dúvida nenhuma que estabelecer uma discriminação importaria violar o princípio da igualdade perante a lei. Ora o próprio funcionamento do Direito proíbe que se possa introduzir critérios qualitativos na lei, uma vez que esta não os preveja⁽⁹²⁾.

Ademais é bom sublinhar que esta equivalência política se aplica igualmente às secções sindicais de empresa, pondo assim em relevo o carácter de aparelho ideológico de Estado dos sindicatos. O artigo 10.º da lei de 27 de Dezembro de 1968 introduz uma compatibilidade entre as funções de delegado sindical e de representante nas comissões de empresa. O que equivale a dizer que a função sindical comporta, no caso, o mesmo nível de representatividade que os delegados do pessoal ou os representantes das comissões de empresa, e que todas essas instituições respondem à mesma missão

(91) Assim deveria ser quanto à *Régie Renault*, à da S. N. E. P., dos bancos nacionalizados. Deve-se notar a hesitação e a resistência da instância política quanto à aplicação da lei (Cfr. COHEN, *op. cit.*, págs. 76-83). Para só tomar um exemplo, um protocolo de acordo relativo às comissões de empresas nas *Huilleries de bassin* que tinha sido concluído em 11 de Jul. de 1947 e em virtude do qual se tinham instituído comissões de estabelecimento, foi exactamente eliminado a quando da greve de Nov.-Dez. de 1947 e substituído por uma decisão geral de 16 de Out. de 1950 que institui comissões de empresa em que os delegados nem sequer são eleitos, onde a ordem do dia é fixada pelo presidente que é o director do grupo, etc. (*ibid.*, págs. 79-80). Assim se vê que a «privatização» do aparelho de Estado é um processo contraditório, no sentido de que o Estado, privatizando alguns dos seus serviços, recusa-lhes a aplicação do direito comum do trabalho.

(92) Cfr. conclusões Chardeau, já citado.

profissional. O que mais uma vez contradiz a tese da instância política, para mais se se notar que o delegado sindical podendo ser um trabalhador estrangeiro, a compatibilidade entre as I. R. P. deveria, para o direito, implicar a unidade da capacidade electiva⁽⁹³⁾. Por fim é necessário focar a equivalência ideológica das I. R. P. ao nível europeu. Desde 16 de Agosto de 1961 que o artigo 8.º, alínea 2) do regulamento 15 do Conselho da Comunidade europeia previa para os trabalhadores provenientes de um estado membro, igualdade de tratamento em matéria de filiação nas organizações sindicais e direito de voto para os órgãos de representação dos trabalhadores na empresa. O ministro do trabalho interpretava este artigo como dando, aos trabalhadores vindos de países-membros, um direito de eleitorado para as comissões de empresa, sem exigência de qualquer condição de residência ou de posse de carta de residente privilegiado⁽⁹⁴⁾. O regulamento n.º 1612/68 de 15 de Outubro de 1968 no seu artigo 8.º retoma as mesmas disposições mas declara, acrescentando, que o trabalhador proveniente de um qualquer Estado-membro da Comunidade *«pode ser excluído da participação na gestão de organismo de direito público e do exercício de função de direito público. Não obstante, por outro lado beneficia de direito de elegibilidade para órgãos de representação dos trabalhadores na empresa»*⁽⁹⁵⁾.

(93) SINAY, *«L'Exercice du droit syndical dans les entreprises, «Dalloz», 1969, cap. 12.*

(94) Resposta do ministério do Trabalho, J. O. A. N., 17 de Maio de 1963, pág. 2955, n.º 1867.

(95) G. LYON-CAEN, *La Libre Circulation des Travailleurs, «Juris-Classeur périodique», 1969, p. 2222.*

Que quererá isto dizer senão que encontramos à escala europeia as mesmas relações ideológicas que em França? Que o trabalhador é diferentemente tratado consoante é europeu ou não é europeu? Tal «protecționismo jurídico» não é mais do que a recusa de reconhecer ao trabalho o seu valor universal, expressando exactamente o estatuto geral do trabalho na nossa ideologia.

Em última instância, sobre a questão fundamental da relação entre direitos políticos e direitos privados, fomos remetidos para a relação entre ideologia de Estado e ideologia jurídica, e, mais longe ainda, para o estatuto «jurídico-político» do *trabalho*. Só este percurso nos permitiu responder à questão concreta que de início colocámos. O direito só pode encarar as eleições para as I. R. P. como eleições profissionais; por consequência não se pode tratar do exercício de direitos políticos.

Mas, como já dissemos, este estudo permite-nos fazer aparecer o estatuto jurídico do trabalho. No nosso modo de produção o trabalho, considerado unicamente desde um ponto de vista de produção de valor, apresenta-se sob a forma de consumo de força de trabalho. Por um lado o operário trabalha sob o controle do capitalista, por outro lado «o produto é propriedade do capitalista (...). No seu ponto de vista o processo de trabalho não é mais do que o consumo da força de trabalho, da mercadoria que ele comprou (...). O processo de trabalho é uma operação entre coisas⁽⁹⁶⁾».

(96) MARX, *op. cit.*, pág. 187.

A subordinação do trabalho ao capital encontra a sua expressão ideológica no conceito jurídico de profissionalização; que ganha valor operatório no campo jurídico propriamente dito⁽⁹⁷⁾.

Mas, por outro lado, a luta de classes tende a romper a neutralidade política da ideologia jurídica, desenvolve uma contradição secundária entre o político e o jurídico, o qual apanha na «armadilha» da sua formalização as relações reais de classe⁽⁹⁸⁾.

(97) Sobre a importância das «Comissões de fábrica na U. R. S. S.», cfr. *Notas et Études documentaires*, 12 de Maio de 1969, n.º 26664; «Situation syndicale en U. R. S. S.», *B. I. T.*, 1960; ROMACHKINE, *Princípios do direito soviético*, Moscovo, 1964.

(98) Cfr. a noção de greve política «ilegal» que se torna «legal» quando é desencadeada por um apelo governamental: Cour de Cassation, Câmara social, 19 de Jun. de 1963, *Dalloz*, 1963, p. 686; *Juris-Classeur périodique*, 1963, 11, 13428, nota de Sinay, o que aconteceu aquando dos levantamentos de 1 de Fevereiro de 1960 e de 14 de Abril de 1961.

*

Posteriormente à redacção deste artigo o Cour de Cassation pronunciou-se no sentido que eu tinha indicado, por dois assentos com data de 18 de Maio de 1971 (cfr. «Revue critique de droit international privé, 1971, 669, nota de Lyon-Caen; «Journal de droit international», 1972, 578, nota de J.-M. Verdier) e a Câmara criminal seguiu-o (Crim. 5 de Out. de 1972. Dalloz, 1973, 12). Convém notar que esta jurisprudência foi confirmada pela lei n.º 72-517 de 27 de Jun. de 1972, relativa ao eleitorado e à elegibilidade dos estrangeiros em matéria de eleições dos membros das Comissões de empresa e dos delegados do pessoal.

Tornou-se assim de direito que as eleições profissionais constituem apenas o exercício de «direitos políticos». Mas essas coisas não são assim tão simples. Por um assento de 18 de Maio de 1971

É desta maneira que a descrição da dialéctica entre ideologia jurídica e ideologia de Estado, no seio da instância juridico-política, só pode surgir na sua coerência por meio de uma análise da relação capital-trabalho.

(cfr. as referências já citadas) o cour de Cassation julgou por outra via que os argelinos não podiam ser elegiveis para secções sindicais de empresa, em nome de uma subtil exegese que não interessa aqui discutir. O essencial a sublinhar é o seguinte: impedir aos trabalhadores estrangeiros conduzir uma acção concreta nacional, enquanto trabalhadores, na medida em que tal acção pode directamente contestar a politica do Estado. A A. I. E. sindical não surge assim com a sua verdadeira natureza: não como simples aparelho de reprodução da ideologia dominante, mas como um aparelho que permite também conduzir a luta de classes?

Í N D I C E

	Pág.
I. A prática teórica do direito	13
1. AS RAZÕES DE UMA LACUNA	15
2. O ACTO DE NASCIMENTO DA IDEOLOGIA JURÍDICA: O SUJEITO DE DIREITO	25
<i>Secção I. A vida «doutrinal do sujeito de direito</i>	27
I. A Introdução jurídica	27
II. A Explicação jurídica	29
<i>Secção II. Ideologia e sujeito de direito</i>	<i>34</i>
II. A produção jurídica do real	40
3. A FORMA MERCANTIL DA CRIAÇÃO	41
<i>Secção I. A «sobre-apropriação» do real</i>	<i>44</i>
<i>Secção II. O homem e a máquina</i>	<i>51</i>
I. Do homem-máquina...	53
II. ...ao sujeito criador	60
<i>Secção III. Processo do capital e processo criador</i>	<i>67</i>
I. Economia e Cinema	68
II. O Capital-autor	71
III. Criação e sujeito colectivo	79
4. A FORMA MERCANTIL DO SUJEITO	91
<i>Secção I. A forma sujeito de direito</i>	<i>94</i>
<i>Secção II. A cruzada dos cavaleiros do direito ou a história de uma doutrina jurídica</i>	<i>101</i>
<i>Secção III. As figuras do sujeito de direito</i>	<i>106</i>
I. O carrossel	108
II. A dança da morte	111

	Pág.
III. A dança dos véus	112
IV. A propriedade conduz à dança. . . .	116
V. O amor conduz à dança	118
III. Elementos para uma teoria marxista do direito . .	123
5. TESE I: O DIREITO FIXA E ASSEGURA A REALI- ZAÇÃO, COMO DADO NATURAL, DA ESFERA DA CIRCULAÇÃO	129
6. TESE II: O DIREITO GARANTINDO E FIXANDO COMO DADO NATURAL A ESFERA DA CIRCULAÇÃO, TORNA POSSÍVEL A PRO- DUÇÃO	144
Conclusão: Direito e luta ideológica . . .	151
Anexo: Notas sobre o funcionamento da ideologia jurídica	159

**Este livro foi composto na
Tipografia da Gráfica de Coimbra
em Setembro de 1976**