

O DIREITO CAPTADO
PELA FOTOGRAFIA

4
PERSPECTIVA
JURÍDICA

BERNARD EDELMAN

TEORIA DA JURISPRUDÊNCIA

1. — A Teoria Geral do Direito e o Marxismo
— *Pachukonis*
2. — Direito e Luta de Classes
— *Stucka*
3. — A Ordem Jurídica do Capitalismo
— *Vital Moreira*
4. — O Direito Captado pela Fotografia
— *Bernard Edelman*

O DIREITO CAPTADO PELA FOTOGRAFIA

(ELEMENTOS PARA UMA TEORIA MARXISTA DO DIREITO)




centelha

COIMBRA

1976



FICHA

TÍTULO: *O direito captado pela fotografia*

AUTOR: Bernard Edelman

TRADUTORES: Soveral Martins e Pires de Carvalho

EDITOR: *Centelha — Promoção do Livro, S.A.R.L.*

Apartado 241 — COIMBRA

APRESENTAÇÃO

A Ideologia encontrase, 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 põem em nossa região da estrutura ideológica que se designa por Direito com um passado de abandono/teoricojurista e eclatantes notas, profundas e complexas desenvolvimentos

Edelman acentua o desafio e põe em cena a prática do direito que, surpreendente pela fotografia, se põe a representá-la de tal modo que o copulador nunca desgrana-se pôde apreender 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 revela porque dela se dispõe em propriedade. Edelman sobre-se de um estilo dessoro de documentos históricos jurídicos e económicos para expor a dominância da posição teórica do direito oferecendo-nos ainda em anexo algumas «Notas sobre o funcionamento da ideologia jurídica» em que discute, apresentando casos concretos, sobre «direitos políticos» e «direitos privados» e as instituições representativas dos trabalhadores.

Por último, uma palavra sobre a tradução: queríamos-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

I — 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 *distinctions* de jurista: ele contrapunha a multa à indemnização. *Aquele* que causa um dano a *alguém* é obrigado a repará-lo: é uma *indemnização*, os *tribunaux* assim julgam. É o que dispõe o nosso artigo 1382 do Código Civil. O *opérário* que causa um dano ao *patrão* é *sancionado*: é uma multa.

⁽¹⁾ ПАЧУКАНИС, *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»⁽³⁾. 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 circunscreve 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.

⁽³⁾ 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 *conflito* 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 produzir um discurso eterno sobre o homem eterno.

Assim, o direito adquiria a sua verdadeira amplitude. Efecto o espaço político (basta dizer que ele sancionava o poder político para sedimentar o poder da 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 «juristas»: 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 mundi et jus abutendi* — exprimem que, em todo, 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 na própria sobre a simples vontade privada, sobre a livre disposição das coisas.⁽⁹⁾

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»⁽⁹⁾. 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-Dühring*, 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.

⁽⁹⁾ MARX-ENGELS, *A Ideologia Alemã*, «Ed. Sociales», p. 107.

⁽⁹⁾ *Ibid.*, p. 400.

Nos 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 reveste 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 e 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) accessão da profissão à autonomia em consequência da divisão do trabalho, cada um toma o seu ofício pelo verdadeiro. A propósito da relação da sua profissão com a realidade, fazem necessariamente tantas mais ilusões quanto a natureza do ofício 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, aplica o Código, e eis a razão pela qual ele considerava a legislação como o verdadeiro motor activo. Respeito de cada um pela sua mercadoria...⁽⁷⁾»

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 108.

Aos juristas, deixamos lhes a «propriedade» da sua ordem, deixamo-los impunes. Penso que lhes damos o lugar. Este lugar, é também a *nostra 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. *Us archives de philosophie du droit*, podem publicar o seu volume anual de 1971 sob o título «O direito invocado pela política», nos 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 «abstracção», «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»⁽⁸⁾. Esta empresa sem precedentes é rebaixada para o nível de uma «ilusão infantil»⁽⁹⁾. Eis os nossos textos «teóricos» contemporâneos. É pouco e é muito se considerarmos como importante o «sintoma».

A tarefa que me atribui 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 renista, os seus conceitos, a expressão necessária do capital. E já que falei da sua alma acrescento que falo dela

⁽⁸⁾ M. e R. WEYL, *Ideologie juridique e lutte de classes*,

«La Nouvelle Critique», jan. 1972, n.º 49.

⁽⁹⁾ *Ibid.*

para não mais voltar a falar: «O facto de a alma e a consciência interverem 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

tomamos em conta na exatidão melinda 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 intelecto 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. Socials», 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.

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

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, p. 43.

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 «inatável» 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 Illeging, 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⁽²⁾ 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

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, e 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, *Appareil d'Etat et appareils idéologiques d'Etat*, «La Pensée», junho 1970, p. 29.

⁽²⁾ Cfr. sobre este assunto o nosso artigo *La Transition dans la Doctrine du Droit de Kant*, «La Pensée», n.º 167 Fev. 1973
⁽³⁾ ZDE WEK-KRYSTUFER, *Signification historique de la fiction du droit naturel*, «Archives de philosophie du droit» Lib. Sirey, 1969, p. 309.

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⁾ MARRY, RAYNAUD, *Traité de droit civil*, «Librairie générale de droit e de jurisprudence», 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 e 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 aprende 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»⁽¹⁹⁾.

A vontade humana pode exercer-se sobre as coisas do mundo eterno — 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⁽²⁰⁾. Ihering prevê-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» constitui, para Marx, o ponto de partida, de igual modo o imenso edifício 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.

⁽¹⁹⁾ *Traité de droit romain*, 1840, t. I, pp. 326-327.

⁽²⁰⁾ *L'Esprit du droit romain*, 1878, t. IV, p. 349.

delícias materiais. «Acima da fortuna collocam-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 anonima 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»⁽¹⁵⁾.

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 sociológico 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-los esta reacção «como um direito subjectivo». É «na profundidade destes instintos» que o nosso sociólogo não hesitaria em procurar a raiz natural (natural,

aquí, 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 retracibilidade, 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 ocultado, e da relação entre o dito e o oculto 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 «direitos 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.*

⁽¹⁵⁾ 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.

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 «indivíduos» 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

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 *tantologia* 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,

⁽²²⁾ ALTHUSSER, *ob. cit.*.

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

⁽²⁴⁾ *Ibid.*

⁽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 constrangimento 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).

Vemos 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. Mas não direi, apenas que tratarei de mostrar o que as anima e não animá-las. O que move as marionetes 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 *tudo 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 Maïhofer 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. Dr.*, 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 consequente, 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 contratatório* 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 desde «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

Escolho I: 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»⁽³⁾.

O material da obra é «uma ideia essencialmente imaterial que, sempre distinta da matéria, continua a residir na inteligência do autor»⁽⁴⁾. O que permite a Balzac exclaimar: «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

⁽³⁾ POUILLER, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1894, p. 9.

⁽⁴⁾ MORILLON, *Traité de législation comparée*, Paris, 1877, p. 454.

refugos, o negro de fumo tomado aos ossos, e os trapos deixados na via pública»⁽⁵⁾.

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, franguear 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⁾.

⁽⁵⁾ BALZAC, *Nota de 3 de Março de 1841, na Comm. Parliam. acerca da Revisão da lei sobre a propriedade litteraria*, citado por Potu, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910.

⁽⁶⁾ MARX-ENGELS, *A ideologia alemã*, ob. cit., p. 399.

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

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

Os escritores:

Lamarine: 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»⁽⁹⁾.

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 litterária (...), 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.

⁽⁹⁾ 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 objetivar a essência do homem, isto é, a propriedade.

Este primeiro teorema está encerrado na sua perennidade: a Propriedade demonstrou a propriedade. É preciso provar que esta propriedade pode, sem custo, já que tal é o seu ser, sobre-appropriar-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 marginaam, 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 (...)»^(13 bis) porquanto, «as ruas, as cidades, as regiões, os locais pitorescos, são de direito público no que respeita à sua reprodução pela indústria fotográfica (...)»^(13 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 recree aquilo que fotografar. 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.

^(13 bis) Trib. Paix, Narbonne, Março 1905, D 1905, 2 389.

^(13 ter) Tribunal do Comércio, Seine 7 de Março 1861 DP. 3.32.

⁽¹⁴⁾ PATAULE, *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 nãoerei 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»⁽¹⁵⁾. 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

⁽¹⁵⁾ 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 profereir 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 *concelto*: 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 artesanato. 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 substituirá 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-artistas, 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 preconceitos 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, consequentemente, na tragem 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 «máquina».

«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 *fin*

⁽²¹⁾ Tribunal de commerce, Turin, 25 de Outubro 1861, citado por Poru, *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-périodique», 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 física — exactamente 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-periodique*», 1862, 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.ºs 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 «mexer». Mas, precisamente, a própria análise do movimento será remetida para a máquina e o cinema surgirá consequentemente 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 pantalla»⁽²⁸⁾.

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

⁽²⁸⁾ 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 «spectáculos 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 MEIGNEN, DUMOURT, *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 police, Marselha 30 de Janeiro 1913 *Dalloz*, Sommaire 23.

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

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 124.

«Na verdade», diz o tribunal de polícia de Hyères em 1912⁽³⁴⁾, «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»⁽³⁵⁾.

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 iludido. 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»⁽³⁶⁾.

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

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

⁽³⁵⁾ Telegrama do ministro do Interior citado por LEGLISE, *ob. cit.*, p. 60.

⁽³⁶⁾ ДЕМСОНЕЛ, *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 tetrados 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 ingênua 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, consequentemente, o reconhecimento da qualidade de

⁽³⁹⁾ PORU, *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 *subjecção 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⁾ BAUNO MEYER, *Das Neue Photographische Schutzgesetz nach dem Regierungsentwurfe*, 1903; cf. também POUTLIER *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 Concezione 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 «grças aos seus conhecimentos técnicos e profissionais (...) soube criar uma obra original nova».

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

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

depressa o real deixe 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 espirito (...) as obras fotográficas de carácter artístico ou documental (...)» (art. 3.º, lei de 11 de Março de 1957). Isso implica uma «dúpla» 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