

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 nascentes (Marx, *Contribuição...*, p. 224). Este «avanço» da circulação permite ao mesmo tempo a análise da sociedade 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 pelos «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 ideais». (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 «seniudo» 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 eterna*.

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

Daí 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 abstrato do sujeito. Contra Kant, Hegel formula este princípio 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 «batalha» (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 diz-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)⁽⁹⁾.

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 des, dou para que faças, faço para que des, faço para que faças). (*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.

⁽⁹⁾ Marx, *Um capítulo inédito do Capital, La pensée*, «ob. cit.».

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! E 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 contrato 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 «permitted» que o próprio «real» entrasse no comércio; ele «permitted» que as indústrias fotográficas e cinematográficas explorem os trabalhadores artísticos em nome dos seus próprios contratos; ele «permitted» 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 traga 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 realidade 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 exegético: 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 Camponeses — 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-Dühring*, «ob. cit.», p. 139.

É necessário não esquecer que Engels nos fala de igualdade a propósito da designação «moral» de Dühring.

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? Vejamos, 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»⁽²⁾.

⁽²⁾ *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»⁽³⁾.

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

⁽³⁾ 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. E 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 prego.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 215.

⁽⁸⁾ ALTHUSSER, *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 Apparais Ideologiques 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 quizermos 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 encorralados 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 direito».

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 Povoal (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» políticos 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

Dizemos 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 referendaria* 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 en 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 operativo 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, poderia dizer-se indiferentemente que tal direito é político ou social (privado).

Esta «habilitade» 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), declara-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 entre-gar-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 espécies de direitos: o *direito público* seria «o conjunto das normas que regulam a actividade respeitante à instituição estadual» e onde intervem 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, *Rechtsoziologie*, 1960, pág. 87; cf. 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 contra-
por-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⁾ VEDÉL, *Democratie 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 «à 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 (76).

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 elle (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 administrador e o commanda». Cf. sobre a questão, de modo geral: R. SAVATIER, *Droit public et droit privé*, D. 1946, chr. 25; MAZEAUD, *Défense 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) Cf. EISENMANN, *Droit public, droit privé*, «Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger», Out.-Dec. 1952, págs. 903 sgs., n.º 16.

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

direito privado e, consequentemente, 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 *consciência* 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 ella 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; cf. também J. FROUR, *Rapport préparatoire sur l'influence du droit public sur le droit privé*, «Ass. H. C.».

(20) Cf. 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, naturais*, mas

Desta análise duas conclusões devem ser tiradas. Em primeiro lugar, não se pode dar uma definição *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 gênio do direito público e um espírito, um gênio do direito privado, distintos e até opostos»⁽²⁵⁾.

Em segundo lugar, é preciso afastar a ideia radicalmente falsa de que a *intervenção do Estado*, «aparentemente 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-á 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»⁽³⁶⁾.

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»⁽³⁷⁾, *quantitativa* no sentido de que se estudará o domínio de aplicação das normas⁽³⁸⁾, tendo em conta que é necessário considerar as *variações* tanto

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, n.º 59. H

⁽³⁷⁾ 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.

⁽³⁸⁾ 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 considerava 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 condicção) simultaneamente da unidade do direito e da sua distincção 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

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 condicção do direito, o que Eisenmann reconhece por outro lado.

Podemos retomar esta contradicção 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 distincção «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 distincção 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-

⁽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 despenhado 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.

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 regularmente 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 heterogêneos». 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, contraditório 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*, Gallmard, 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) distribuísse aos seus sujeitos (ou a *personas* — 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

efeito, 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⁽⁵⁹⁾: 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 L.R.P. são ou não pessoas públicas ou privadas — pois a evidência delas 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).

(59) 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 XLII».

(51) Tomemos como exemplo o famoso assento Monpeurt (Conseil d'État, 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 instituiu, 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 participar 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 norme 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 aprender* 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 monitores dos Negócios estrangeiros e dos Assuntos sociais.

O PÚBLICO E O PRIVADO E A INSTÂNCIA JURÍDICO-POLÍTICA

a) A *jurisprudência*

Confinada aos textos não pôde a jurisprudência desprezar a *distinção legal*. É justo e evidente que se convém não distinguir onde a lei não distingue, «a *fortiori*» 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⁽¹²⁾. Em compen-sação, toda uma jurisprudência se pronuncia sobre a

⁽¹²⁾ Tribunal d'instance *, Argenteuil, 1970, «Sommaire», p. 109; tribunal d'instance, Nancy, 23 de Out. 1969; tribunal d'instance, Conesse, 22 de Out. 1969.

* *N. T.* — «Tribunal d'instance» — estes Tribunaux 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 substituíam 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 principio, 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 conceptual, 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⁽⁵⁵⁾, 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..

⁽⁵⁵⁾ M. COHEN, *ob. cit.*, pág. 102.

«Este texto, dizia o ministro dos Negócios Estrangeiros, deve interpretar-se como preservando 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 civicos e, de uma maneira geral, o exercicio de todas as funções que, pela sua natureza ou objecto, comportem uma participação na gestão dum serviço público ou similar⁽⁵⁹⁾».

Deve-se prestar homenagem a uma certa logomacina administrativa. Dizer antes de mais que os direitos políticos englobam os direitos civicos só serve para atestar origem greco-latina da nossa lingua; 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 diziamos acima sobre a indeterminação do conteúdo destes dois direitos. Aliás, segundo o ministro, a esfera do exercicio de todas as funções de participação no exercicio dum serviço público ou similar, seria mais «larga» que a dos direitos civicos. Porque é em nome de que é que será política a participação em tais serviços? A imprecisão conceptual 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 conjugação entre a gestão da administração

⁽⁵⁹⁾ Citado pelo *tribunal d'instance*, Lyon, *Dalloz*, 1970, pág. 420.

em sentido lato (e poderíamos dizer do Estado) e o exercicio de direitos politicos.

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 que é como é que poderíamos distinguir os direitos politicos dos digetos 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 alguma ligadas pela doutrina administrativa e conservam um poder soberano de interpretação perante os textos legislativos ou regulamentos submetidos à sua jurisdição⁽⁶⁰⁾, 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⁽⁶¹⁾.

Pelo contrário, é reconhecida competência aos tribunais da ordem judiciária para se pronunciarem

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ Cour de cassation, 9 de Jun. de 1966, «Juris-Classeur périodiques», 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. Atenemos 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 — remettesse 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 Classer périodique*, 1953, 11, 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 Malaunier; Cour de cassation, Câmara comercial, 7 de Nov. de 1969, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, III, 274, pág. 517, 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 jurídico-política

Como enunciamos, 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 «protector» 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⁽⁴²⁾. 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

⁽⁴²⁾ 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 idreito. (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⁾ ПАЧУКАНИС, *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.

E 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»⁽⁶⁸⁾. 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»⁽⁶⁹⁾. 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-

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 assenteo Montpourt (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.

(68) ПАЧУКАНИС, *op. cit.*, pág. 126.

(69) Pode-se já notar que este artigo contradiz a tese da instância política (Cfr. no texto).

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 despoliticizar 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 (...)», HEGL, *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. — «Engen»: partida, jogada, o que se arrisca. «Lieu et engue»: lugar e empenho arriscado. *Larousse* — «engen»: ce qu'on expose dans une entreprise; fig. l'emprise du monde étai l'engueu 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 jurídico-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» cruixificado. 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 (79).

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 preferir, a «comercializar-se», para retomar a expressão carregada de sentido de «serviço público de carácter indus-

(79) DESPAX, *L'Exercice du droit syndical dans les entreprises*, Juris-Classeur périodiques, 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 semelhanes 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, conclusions Rolland; Brêthe de la Gressave, *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 pessoal 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. conclusions 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 noutra lado que não na ideologia, está enraizada na infra-estrutura 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 opunha 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 relatar uma comunicação política dos quadros destituídos a divulgação pode constituir, perante o empregador, lesão de interesses e respectiva 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 delinimos, 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; *СОНЕВ, 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 Março 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 precises*, 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⁽⁸⁸⁾: 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 estrangeiros à empresa⁽⁸⁹⁾. 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 POLITICA 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

comercial, seriam órgãos políticos⁽⁹⁰⁾. 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⁽⁹¹⁾.

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

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. conclusões Chardeau, já citado.

⁽⁸⁸⁾ *Cour de Cassation*, Câmara social, 8 de Out. de 1953, *Droit social*, 1954, pág. 342.

⁽⁸⁹⁾ *Cour de Cassation*, Câmara criminal, 27 de Out. de 1955, «*Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*», pág. 426.

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 «protecçãoismo 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 encerrar 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 permitenos 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 operatorio 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 Etudes documentaires*, 12 de Maio de 1969, n.º 26664; «Situation syndicale en U. R. S. S.», *B. I. T.*, 1960; ROMACHKINE, *Principios 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 jurídico-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 elegíveis para secções sindicais de empresa, em nome de uma subtil cegueira 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 política 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?

ÍNDICE

	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
Secção I. A vida «doutринаl» do sujeito de direito	27
I. A Introdução jurídica	27
II. A Explicação jurídica	29
Secção II. Ideologia e sujeito de direito	34
II. A produção jurídica do real	40
3. A FORMA MERCANTIL DA CRIAÇÃO	44
Secção I. A «sobre-appropriação» do real	44
Secção II. O homem e a máquina	51
I. Do homem-máquina	53
II. ao sujeito criador	60
Secção III. Processo do capital e processo criador	67
I. Economia e Cinema	68
II. O Capital-actor	71
III. Criação e sujeito colectivo	79
4. A FORMA MERCANTIL DO SUJEITO	91
Secção I. A forma sujeito de direito	94
Secção II. A cruzada dos cavaleiros do direito ou a história de uma doutrina jurídica	101
Secção III. As figuras do sujeito de direito	106
I. O carrossel	108
II. A dança da morte	111

	Pag.
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 EIVA E ASFERA A HEAT- 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