

CAPÍTULO I

MÉTODO PARA DETERMINAR ESSA FUNÇÃO

A palavra *função* é empregada de duas maneiras bastante diferentes. Ora designa um sistema de movimentos vitais, fazendo-se abstração das suas conseqüências, ora exprime a relação de correspondência que existe entre esses movimentos e algumas necessidades do organismo. Assim, fala-se da função de digestão, de respiração, etc.; mas também se diz que a digestão tem por função presidir à incorporação no organismo das substâncias líquidas ou sólidas destinadas a reparar suas perdas; que a respiração tem por função introduzir nos tecidos do animal os gases necessários à manutenção da vida, etc. É nessa segunda acepção que entendemos a palavra. Perguntar-se qual é a função da divisão do trabalho é, portanto, procurar a que necessidade ela corresponde; quando tivermos resolvido essa questão, poderemos ver se essa necessidade é da mesma natureza que aquelas a que correspondem outras regras de conduta cujo caráter moral não é discutido.

Se escolhemos esse termo, é porque qualquer outro seria inexacto ou equívoco. Não podemos empregar o de

objetivo ou de objeto e falar do fim da divisão do trabalho, porque seria supor que a divisão do trabalho existe *tendo em vista os resultados* que vamos determinar. O termo de resultados ou de efeitos tampouco poderia satisfazer-nos, porque não desperta nenhuma idéia de responsabilidade. Ao contrário, a palavra *papel* ou *função* tem a grande vantagem de implicar essa idéia, mas sem nada prejudicar quanto à questão de saber como essa responsabilidade se estabeleceu, se ela resulta de uma adaptação intencional e preconcebida ou de um ajuste *a posteriori*. Ora, o que nos importa é saber se ela existe e em que consiste, não se foi pressentida de antemão, nem mesmo se foi sentida ulteriormente.

I

Nada, à primeira vista, parece tão fácil como determinar o papel da divisão do trabalho. Acaso seus esforços não são conhecidos de todos? Por aumentar ao mesmo tempo a força produtiva e a habilidade do trabalhador, ela é condição necessária do desenvolvimento intelectual e material das sociedades; é a fonte da civilização. Por outro lado, como se presta de bom grado à civilização um valor absoluto, sequer se pensa em procurar outra função para a divisão do trabalho.

Que ela tenha mesmo esse resultado, é o que não se pode pensar em discutir. Mas se ela não tivesse nenhum outro e não servisse a outra coisa, não se teria razão alguma para lhe atribuir um caráter moral.

De fato, os serviços que ela presta assim são quase completamente estranhos à vida moral, ou, pelo menos, têm com ela apenas relações muito indiretas e distantes. Embora seja corrente hoje em dia responder às diatribes

de Rousseau com ditirambos em sentido inverso, não está em absoluto provado que a civilização seja uma coisa moral. Para solucionar a questão, não se pode referir a análises de conceitos, que são necessariamente subjetivas; seria necessário, isso sim, conhecer um fato capaz de servir para medir o nível da moralidade média e observar em seguida como ele varia, à medida que a civilização progride. Infelizmente, falta-nos essa unidade de medida, mas possuímos uma para a imoralidade coletiva. De fato, o número médio de suicídios, dos crimes de toda sorte, pode servir para assinalar a altura da imoralidade numa sociedade dada. Ora, se fizermos essa experiência, ela não será favorável à civilização, pois o número desses fenômenos mórbidos parece crescer à medida que as artes, as ciências e a indústria progredem¹. Sem dúvida, seria um tanto leviano concluir desse fato que a civilização é imoral, mas pelo menos podemos estar certos de que, se ela tem sobre a vida moral uma influência positiva e favorável, esta é bastante fraca.

Se, aliás, analisamos esse *complexus* mal-definido a que chamamos civilização, descobrimos que os elementos de que é composto são desprovidos de qualquer caráter moral.

Isso é verdade sobretudo no caso da atividade econômica que sempre acompanha a civilização, atividade que está longe de servir ao progresso da moral. É nos grandes centros industriais que os crimes e os suicídios são mais numerosos; em todo caso, é evidente que ela não apresenta os sinais exteriores pelos quais se reconhecem os fatos morais. Substituímos as diligências pelas ferrovias, os navios a vela pelos transatlânticos, as pequenas oficinas pelas manufaturas; toda essa mostra de atividade costuma ser vista como útil, mas nada tem de moralmente obrigatória. O artesanato, o pequeno industrial,

que resistem a essa corrente geral e perseveram obstinadamente em suas modestas empresas, cumprem tão bem com o seu dever quanto o grande manufator que cobre o país de fábricas e reúne sob suas ordens todo um exército de operários. A consciência moral das nações não se engana quanto a esse ponto: ela prefere um pouco de justiça a todos os aperfeiçoamentos industriais do mundo. Sem dúvida, a atividade industrial tem sua razão de ser, ela corresponde a necessidades, mas essas necessidades não são morais.

Com maior razão, o mesmo vale para a arte, que é absolutamente refratária a tudo o que parece uma obrigação, porque é o domínio da liberdade. É um luxo e um adorno que talvez seja bonito ter, mas que não se pode ser obrigado a adquirir: o que é supérfluo não se impõe. Ao contrário, a moral é o mínimo indispensável, o estritamente necessário, o pão cotidiano sem o qual as sociedades não podem viver. A arte corresponde à necessidade de que temos de difundir nossa atividade sem objetivo, pelo prazer de difundi-la, enquanto a moral nos obriga a seguir um caminho determinado em direção a um objetivo definido – e quem diz obrigação diz, com isso, coerção. Assim, conquanto possa estar animada por idéias morais ou ver-se envolvida na evolução dos fenômenos morais propriamente ditos, a arte não é moral por si mesma. Talvez até a observação estabeleceria que, nos indivíduos, como nas sociedades, um desenvolvimento intemperante das faculdades estéticas é um grave sintoma do ponto de vista da moralidade.

De todos os elementos da civilização, a ciência é o único que, em certas condições, apresenta um caráter moral. De fato, as sociedades tendem cada vez mais a considerar um dever para o indivíduo desenvolver sua inteligência, assimilando as verdades científicas que são

estabelecidas. Há, desde já, certo número de conhecimentos que todos devemos possuir. Ninguém é obrigado a se lançar no grande turbilhão industrial; ninguém é obrigado a ser artista; mas todo o mundo, agora, é obrigado a não ser ignorante. Essa obrigação é, inclusive, sentida com tamanha força que, em certas sociedades, não é apenas sancionada pela opinião pública, mas pela lei. Aliás, não é impossível entrever de onde vem esse privilégio especial da ciência. É que a ciência nada mais é que a consciência levada a seu mais alto ponto de clareza. Ora, para que as sociedades possam viver nas condições de existência que hoje lhes são dadas, é necessário que o campo da consciência, tanto individual como social, se estenda e se esclareça. De fato, como os meios em que elas vivem se tornam cada vez mais complexos e, por conseguinte, cada vez mais móveis, para durar é preciso que elas mudem com freqüência. Por outro lado, quanto mais obscura uma consciência, mais é refratária à mudança, porque não vê depressa o bastante que é necessário mudar, nem em que sentido é preciso mudar; ao contrário, uma consciência esclarecida sabe preparar de antemão a maneira de se adaptar a essa mudança. Eis por que é necessário que a inteligência guiada pela ciência adquira uma importância maior no curso da vida coletiva.

Mas a ciência que todo o mundo é assim chamado a possuir não merece ser designada por esse nome. Não é a ciência, é no máximo sua parte comum e mais geral. De fato, ela se reduz a um pequeno número de conhecimentos indispensáveis, que só são exigidos de todos por estarem ao alcance de todos. A ciência propriamente dita supera infinitamente esse nível vulgar. Ela não compreende apenas o que é vergonhoso ignorar, mas tudo o que é possível saber. Ela não supõe apenas, nos que a cultivam, essas faculdades médias que todos os homens pos-

suem, mas disposições especiais. Por conseguinte, não sendo acessível senão a uma elite, não é obrigatória; é uma coisa útil e bela, mas não é necessária a ponto de a sociedade reclamá-la imperativamente. É vantajoso estar munido dela; nada há de imoral em não adquiri-la. É um campo de ação aberto à iniciativa de todos, mas em que ninguém é obrigado a entrar. Não se é mais obrigado a ser um sábio do que um artista. A ciência está, pois, como a arte e a indústria, fora da moral².

Se tantas controvérsias se produziram acerca do caráter moral da civilização é porque, com demasiada frequência, os moralistas não têm critério objetivo para distinguir os fatos morais dos fatos que não o são. Costumam-se qualificar de moral tudo o que tem alguma nobreza e algum preço, tudo o que é objeto de aspirações um tanto elevadas, e é graças a essa excessiva abrangência da palavra que se fez a civilização entrar na moral. Mas o domínio do ético está longe de ser tão indeterminado; ele compreende todas as regras de ação que se impõem imperativamente à conduta e a que está vinculada uma sanção, mas não vai além disso. Por conseguinte, já que nada há na civilização que apresente esse critério de moralidade, ela é moralmente indiferente. Portanto, se a divisão do trabalho não tivesse outro papel além de tornar a civilização possível, ela participaria da mesma neutralidade moral.

Foi por não se ter geralmente atribuído à divisão do trabalho outra função que as teorias propostas para ela são a tal ponto inconsistentes. De fato, supondo-se que exista uma zona neutra em moral, é impossível que a divisão do trabalho dela faça parte³. Se ela não é boa, é ruim; se não é moral, é uma decadência moral. Portanto, se ela não serve para outra coisa, cai-se em insolúveis antinomias, porque as vantagens econômicas que ela apresenta são

compensadas por inconvenientes morais, e como é impossível subtrair uma da outra essas duas quantidades heterogêneas e incomparáveis, não se poderia dizer qual das duas leva a melhor sobre a outra, nem, por conseguinte, tomar um partido. Invocar-se-á o primado da moral para condenar radicalmente a divisão do trabalho. Mas não apenas essa *ultima ratio* é sempre um golpe de Estado científico, como a evidente necessidade da especialização torna tal posição impossível de ser sustentada.

Há mais. Se a divisão do trabalho não cumpre outro papel, ela não só não tem caráter moral, como não se percebe que razão possa ter. Veremos, de fato, que, por si, a civilização não tem valor intrínseco e absoluto; o que lhe dá seu preço é o fato de corresponder a certas necessidades. Ora, essa proposição será demonstrada adiante⁴, tais necessidades são, elas mesmas, consequências da divisão do trabalho. É por esta ser inseparável a um acréscimo de fadiga, que o homem é obrigado a procurar, como acréscimo de reparações, esses bens da civilização que, de outro modo, não teriam interesse para ele. Portanto, se não correspondesse a outras necessidades além destas, a divisão do trabalho não teria outra função além da de atenuar os efeitos que ela mesma produz, de pensar os ferimentos que faz. Nessas condições, poderia ser necessário suportá-la, mas não haveria motivo algum para querê-la, pois os serviços que ela prestaria se reduziriam a reparar as perdas que causa.

Assim, tudo nos convida a procurar outra função para a divisão do trabalho. Alguns fatos da observação corrente vão nos colocar no caminho da solução.

II

Todo o mundo sabe que gostamos de quem conosco se parece, de quem pensa e sente como nós. Mas o fenômeno contrário não é menos frequentemente encontrado. É muito frequente nos sentirmos atraídos por pessoas que não se parecem conosco, precisamente por não se parecerem conosco. Esses fatos são, aparentemente, tão contraditórios, que os moralistas sempre hesitaram sobre a verdadeira natureza da amizade e derivaram-na ora de uma, ora de outra causa. Os gregos já haviam colocado a questão. "A amizade dá lugar a muitas discussões", diz Aristóteles. "Segundo uns, ela consiste em certa semelhança, e os que se parecem se amam; daí o provérbio, *cada qual com o seu igual* e o *gaio busca o gaio*, e outros ditados semelhantes. Mas, para outros, ao contrário, todos os que se assemelham são oleiros uns para os outros. Há outras explicações buscadas acima e tiradas do exame da natureza. Assim, Eurípedes diz que a terra ressecada está enamorada da chuva e que o céu escuro carregado de chuva se precipita com amoroso furor sobre a terra. Heráclito pretende que só se ajusta o que se opõe, que a mais bela harmonia nasce das diferenças, que a discórdia é a lei de todo devir."⁵

O que prova essa oposição das doutrinas é que ambas as amizades existem na natureza. A dessemelhança, como a semelhança, pode ser uma causa de atração mútua. Todavia, dessemelhanças quaisquer não bastam para produzir esse efeito. Não temos prazer algum em encontrar em outro uma natureza simplesmente diferente da nossa. Os pródigios não buscam a companhia dos avarentos, nem os caracteres retos e francos a dos hipócritas e sonsos; os espíritos amáveis e doces não sentem nenhum gosto pelos temperamentos duros e mal-intencionados. Logo, só as diferenças de certo gênero tendem assim

uma para a outra; são as que, em vez de se opor e se excluir, se completam mutuamente. "Há um gênero de dessemelhança que repele, outro que atrai, um que tende a trazer a rivalidade, outro a conduzir à amizade", diz Bain. "Se uma [das duas pessoas] possui uma coisa que a outra não tem, mas deseja, há nesse fato o ponto de partida de uma atração positiva."⁶ Assim, o teórico de espírito racional e sutil tem com freqüência uma simpatia toda especial pelos homens práticos, de senso direto, intuições rápidas; o tímido, pelas pessoas decididas e resolutas, o fraco pelo forte, e vice-versa. Por mais ricamente dotados que sejamos, sempre nos falta alguma coisa, e os melhores dentre nós têm o sentimento de sua insuficiência. É por isso que procuramos, em nossos amigos, as qualidades que nos faltam, porque unindo-nos a eles participamos de certa forma da sua natureza e nos sentimos, então, menos incompletos. Formam-se, assim, pequenas associações de amigos em que cada um tem seu papel conforme a seu caráter, em que há um verdadeiro intercâmbio de serviços. Um protege, o outro consola; este aconselha, aquele executa, e é essa partilha de funções, ou, para empregarmos a expressão consagrada, essa divisão do trabalho que determina essas relações de amizade.

Somos levados, assim, a considerar a divisão do trabalho sob um novo aspecto. Nesse caso, de fato, os serviços econômicos que ela pode prestar são pouca coisa em comparação com o efeito moral que ela produz, e sua verdadeira função é criar entre duas ou várias pessoas um sentimento de solidariedade. Como quer que esse resultado seja obtido, é ela que suscita essas sociedades de amigos, e ela as marca com seu cunho.

A história da sociedade conjugal oferece-nos do mesmo fenômeno um exemplo ainda mais notável.

Sem dúvida, a atração sexual nunca se faz sentir senão entre indivíduos da mesma espécie, e o amor supõe, em geral, uma certa harmonia de pensamentos e de sentimentos. Não é menos verdade que o que proporciona a essa propensão seu caráter específico e o que produz sua energia particular não é a semelhança, mas a dessemelhança das naturezas que ela une. É por diferirem um do outro que o homem e a mulher se procuram com paixão. Todavia, como no caso precedente, não é um contraste puro e simples que faz esses sentimentos recíprocos eclodirem: somente diferenças que se supõem e se completam podem ter essa virtude. De fato, isolados um do outro, o homem e a mulher, são apenas partes diferentes de um mesmo todo concreto que reformam, unindo-se. Em outras palavras, é a divisão do trabalho sexual a fonte da solidariedade conjugal, e é por isso que os psicólogos notaram apropriadamente que a separação dos sexos fora um acontecimento capital na evolução dos sentimentos, pois tornou possível aquele que talvez seja o mais forte de todos os sentimentos desinteressados.

Há mais. A divisão do trabalho sexual é capaz de mais ou de menos: ela pode não ter por objeto senão os órgãos sexuais e algumas características secundárias que deles dependem, ou, ao contrário, estender-se a todas as funções orgânicas e sociais. Ora, pode-se ver, na história, que ela desenvolveu-se exatamente no mesmo sentido e da mesma maneira que a solidariedade conjugal.

Quanto mais remontamos ao passado, mais ela se reduz a pouca coisa. A mulher desses tempos remotos não era em absoluto a frágil criatura que se tornou com o progresso da moralidade. Ossadas pré-históricas atestam que a diferença entre a força do homem e a da mulher era, relativamente, muito menor do que hoje⁷. Ainda agora, na infância e até a puberdade, o esqueleto dos

dois sexos não se diferencia de maneira apreciável: seus traços são sobretudo femininos. Se admitirmos que o desenvolvimento do indivíduo reproduz resumidamente o da espécie, teremos o direito de conjecturar que a mesma homogeneidade se encontrava no início da evolução humana e de ver, na forma feminina, como que uma imagem aproximada do que era originalmente esse tipo único e comum, de que a variedade masculina destacou-se pouco a pouco. Aliás, viajantes nos relatam que, em certo número de tribos da América do Sul, o homem e a mulher apresentam na estrutura e no aspecto geral uma semelhança que supera o que se vê em outras regiões⁸. Enfim, o Dr. Lebon pôde estabelecer diretamente e com precisão matemática essa semelhança original dos dois sexos no caso do órgão eminentemente da vida física e psíquica: o cérebro. Comparando um grande número de crânios, escolhidos em raças e sociedades diferentes, chegou à seguinte conclusão: "O volume do crânio do homem e da mulher, mesmo quando comparamos sujeitos da mesma idade, mesma estatura e mesmo peso, apresenta diferenças consideráveis a favor do homem, e essa desigualdade também vai crescendo com a civilização, de sorte que, do ponto de vista da massa do cérebro e, por conseguinte, da inteligência, a mulher tende a se diferenciar cada vez mais do homem. A diferença existente, por exemplo, entre a média dos crânios dos parisienses contemporâneos e das parisienses é quase o dobro da observada entre os crânios masculinos e femininos do Egito antigo."⁹ Um antropólogo alemão, Bischoff, chegou aos mesmos resultados nesse ponto¹⁰.

Essas semelhanças anatômicas são acompanhadas por semelhanças funcionais. Com efeito, nessas mesmas sociedades as funções femininas não se distinguem nitidamente das funções masculinas; ambos os sexos levam

mais ou menos a mesma existência. Há, ainda hoje, um grande número de povos selvagens em que a mulher se envolve na vida política. Foi o que se observou notadamente entre as tribos indígenas da América, como os iroqueses e os *natchez*¹¹, no Havai, em que participa de mil maneiras da vida dos homens¹², na Nova Zelândia, em Samoa. Vê-se, do mesmo modo, com freqüência, as mulheres acompanharem os homens na guerra, incitá-los ao combate e até tomar uma parte bastante ativa neles. Em Cuba, no Daomé, elas são tão guerreiras quanto os homens e lutam ao lado deles¹³. Um dos atributos hoje distintivos da mulher, a doçura, já não parece ter-lhe pertencido primitivamente. Já em certas espécies animais, a fêmea faz-se notar muito mais pelo caráter contrário.

Ora, entre esses mesmos povos o casamento está num estado de todo rudimentar. É mesmo bastante vicioso, se não absolutamente demonstrado, que houve uma época na história da família em que não havia casamento; as relações sexuais se faziam e se desfaziam à vontade, sem que nenhuma obrigação jurídica ligasse os cônjuges. Em todo caso, conhecemos um tipo de família que é relativamente próximo de nós¹⁴ e em que o casamento ainda só se encontra no estado de germe indistinto: a família materna. Nela, as relações da mãe com os filhos são muito definidas, mas as dos dois esposos são muito frouxas. Elas podem cessar assim que as partes quiserem, ou então só se contraem por um tempo limitado¹⁵. A fidelidade conjugal ainda não é exigida. O casamento, ou o que assim se chama, consiste unicamente em obrigações de extensão restrita e, na maioria das vezes, de curta duração, que ligam o marido aos pais da mulher; portanto, ele se reduz a pouca coisa. Ora, numa sociedade dada, o conjunto dessas regras jurídicas que constituem o casamento apenas simboliza o estado da

solidariedade conjugal. Se esta é muito forte, os vínculos que unem os esposos são numerosos e complexos, e, por conseguinte, a regulamentação matrimonial que tem por objeto defini-los é, ela mesma, muito desenvolvida. Se, pelo contrário, a sociedade conjugal carece de coesão, se as relações entre o homem e a mulher são instáveis e intermitentes, não podem adquirir uma forma bem determinada, o casamento se reduz, por conseguinte, a um pequeno número de regras sem rigor e sem precisão. O estado do casamento nas sociedades em que os dois sexos são pouco diferenciados atesta, pois, que a própria solidariedade conjugal é muito frágil nelas.

Ao contrário, à medida que avançamos nos tempos modernos, vemos o casamento se desenvolver. A rede de vínculos que ele cria se estende cada vez mais, as obrigações que sanciona se multiplicam. As condições em que pode ser contraído e dissolvido se delimitam com uma precisão crescente, assim como os efeitos dessa dissolução. O dever de fidelidade se organiza; imposto primeiramente apenas à mulher, torna-se mais tarde recíproco. Quando aparece o dote, regras bastante complexas vêm fixar os direitos respectivos de cada esposo sobre sua própria fortuna e a do cônjuge. Basta, aliás, dar uma olhada em nossos códigos para vermos que posição importante o casamento ocupa neles. A união dos dois esposos cessou de ser efêmera; não é mais um contato exterior, passageiro e parcial, mas uma associação íntima, duradoura, muitas vezes indissolúvel até, de duas existências inteiras.

Ora, é certo que, ao mesmo tempo, o trabalho sexual tornou-se cada vez mais dividido. Limitado a princípio apenas às funções sexuais, estendeu-se pouco a pouco a vários outros. Faz tempo que a mulher retirou-se da guerra e dos negócios públicos e que sua vida concen-

trou-se inteira no interior da família. Desde então, seu papel especializou-se cada vez mais. Hoje, entre os povos cultos, a mulher leva uma existência totalmente diferente da do homem. Dir-se-ia que as duas grandes funções da vida psíquica como que se dissociaram, que um dos sexos monopolizou as funções afetivas e o outro as funções intelectuais. Vendo-se, em certas classes, as mulheres se dedicarem à arte e à literatura como os homens, poder-se-ia crer, é verdade, que as ocupações dos dois sexos tendem a se tornar homogêneas. Mas, mesmo nessa esfera de ação, a mulher traz sua natureza própria, e seu papel permanece muito especial, bem diferente do papel do homem. Além disso, enquanto a arte e as letras começam a se tornar coisas femininas, o outro sexo parece deixá-las de lado para se dedicar especialmente à ciência. Portanto, poderia muito bem acontecer que essa aparente volta à homogeneidade primitiva nada mais fosse que o começo de uma nova diferenciação. Por sinal, essas diferenças funcionais são tornadas materialmente sensíveis pelas diferenças morfológicas que determinaram. Não só a estatura, o peso, as formas gerais são muito dessemelhantes entre o homem e a mulher, mas o Dr. Lebon demonstrou, como vimos, que, com o progresso da civilização, o cérebro dos dois sexos se diferencia cada vez mais. Segundo esse observador, esse hiato progressivo dever-se-ia, ao mesmo tempo, ao considerável desenvolvimento dos crânios masculinos e a um estacionamento ou mesmo uma regressão dos crânios femininos. “Enquanto a média dos crânios parisienses masculinos coloca-os entre os maiores crânios conhecidos, a média dos crânios femininos coloca-os entre os menores crânios observados, bem abaixo do crânio das chinesas e apenas acima do crânio das mulheres da Nova Caledônia”, diz ele¹⁶.

Em todos esses exemplos, o mais notável efeito da divisão do trabalho não é aumentar o rendimento das funções divididas, mas torná-las solidárias. Seu papel, em todos esses casos, não é simplesmente embelezar ou melhorar sociedades existentes, mas tornar possíveis sociedades que, sem elas, não existiriam. Façam a divisão do trabalho sexual regredir além de certo ponto, e a sociedade conjugal desaparece, deixando subsistir apenas relações sexuais eminentemente efêmeras; mesmo se os sexos não fossem em nada separados, toda uma forma da vida social sequer teria nascido. É possível que a utilidade econômica da divisão do trabalho tenha algo a ver com esse resultado, mas, em todo caso, ele supera infinitamente a esfera dos interesses puramente econômicos, pois consiste no estabelecimento de uma ordem social e moral *sui generis*. Há indivíduos ligados uns aos outros que, não fosse esse vínculo, seriam independentes; em vez de se desenvolverem separadamente, concertam seus esforços; são solidários, e de uma solidariedade que não age apenas nos curtos instantes em que os serviços se intercambiam, mas que se estende bem além disso. A solidariedade conjugal, por exemplo, tal como existe hoje entre os povos mais cultos, acaso não faz sentir sua ação em cada momento e em todos os detalhes da vida? Por outro lado, essas sociedades que a divisão do trabalho cria não podem deixar de trazer a marca desta. Por terem essa origem especial, não podem se assemelhar àquelas determinadas pela atração de um semelhante por outro; elas devem ser constituídas de outra maneira, repousar em outras bases, apelar para outros sentimentos.

Se, com frequência, fez-se as relações sociais a que dá nascimento a divisão do trabalho consistirem apenas na troca, foi por se ter desconhecido o que a troca implica e o que dela resulta. Ela supõe que dois seres depen-

dam mutuamente um do outro, por serem ambos incompletos, e apenas traduz exteriormente essa dependência mútua. Portanto, nada mais é que a expressão superficial de um estado interno e mais profundo. Precisamente por ser constante, esse estado suscita todo um mecanismo de imagens que funciona com uma continuidade que a troca não possui. A imagem daquele que nos completa se torna, em nós mesmos, inseparável da nossa, não apenas porque é freqüentemente associada a ela, mas sobretudo porque é seu complemento natural: ela se torna, pois, parte integrante e permanente de nossa consciência, a tal ponto que não podemos mais dispensá-la e que buscamos tudo o que pode aumentar sua energia. É por isso que apreciamos a companhia daquele que ela representa, porque a presença do objeto que ela exprime, fazendo-a passar ao estado de percepção atual, lhe dá maior relevo. Ao contrário, sofremos com todas as circunstâncias que, como a distância ou a morte, podem ter por efeito impedir seu retorno ou diminuir sua vivacidade.

Por mais curta que seja essa análise, ela basta para mostrar que esse mecanismo não é idêntico ao que serve de base aos sentimentos de simpatia, cuja fonte é a semelhança. Sem dúvida, só pode haver solidariedade entre outrem e nós se a imagem desse outrem se une à nossa. Mas quando a união resulta da semelhança das duas imagens, ela consiste numa aglutinação. As duas representações tornam-se solidárias porque, sendo indistintas, no todo ou em parte, se confundem e se tornam uma só coisa, e só são solidárias na medida em que se confundem. Ao contrário, no caso da divisão do trabalho, estão fora uma da outra e só são ligadas por serem distintas. Portanto, os sentimentos não poderiam ser os mesmos nos dois casos, nem as relações sociais que deles derivam.

Somos levados, assim, a nos perguntar se a divisão do trabalho não desempenharia o mesmo papel em grupos mais extensos, se, nas sociedades contemporâneas, em que teve o desenvolvimento que sabemos, ela não teria a função de integrar o corpo social, assegurar sua unidade. É legítimo supor que os fatos que acabamos de observar se reproduzem nelas, mas com maior amplitude; que essas grandes sociedades políticas também só se podem manter em equilíbrio graças à especialização das tarefas; que a divisão do trabalho é a fonte, se não única, pelo menos principal da solidariedade social. Já foi nesse ponto de vista que Comte se colocou. De todos os sociólogos, a nosso conhecimento, ele foi o primeiro a assinalar na divisão do trabalho algo mais que um fenômeno puramente econômico. Viu nela “a condição mais essencial da vida social”, contanto que a concebamos “em toda a sua extensão racional, isto é, que a apliquemos ao conjunto de todas as nossas diversas operações, em vez de limitá-la, como se faz de ordinário, a simples usos materiais”. Considerada sob esse aspecto, diz ele, a divisão do trabalho “leva imediatamente a encarar não apenas os indivíduos e as classes, mas também, sob muitos aspectos, os diferentes povos, como participantes, ao mesmo tempo e de acordo com um modo próprio e um grau especial, exatamente determinados, de uma obra imensa e comum, cujo inevitável desenvolvimento gradual também liga, aliás, os atuais cooperadores à série de seus predecessores e mesmo à série de seus diversos sucessores. Portanto, é a repartição contínua dos diferentes trabalhos humanos que constitui principalmente a solidariedade social e que se torna a causa elementar da extensão e da complicação crescente do organismo social”.¹⁷

Se essa hipótese fosse demonstrada, a divisão do trabalho teria um papel muito mais importante do que

aquele que de ordinário lhe atribuimos. Ela não serviria apenas a dotar nossas sociedades de um luxo, invejável talvez, mas supérfluo; ela seria uma condição de sua existência. Por ela, ou, pelo menos, sobretudo por ela, é que seria garantida sua coesão; ela é que determinaria as características essenciais da sua constituição. Por isso mesmo, e embora ainda não estejamos em condições de resolver a questão com rigor, podemos porém entrever desde já que, se é esta de fato a função da divisão do trabalho, ela deve ter um caráter moral, porque as necessidades de ordem, de harmonia, de solidariedade social são geralmente tidas como morais.

No entanto, antes de examinarmos se essa opinião comum tem fundamento, é necessário verificarmos a hipótese que acabamos de emitir sobre o papel da divisão do trabalho. Vejamos se, de fato, nas sociedades em que vivemos, é dela que deriva essencialmente a solidariedade social.

III

Mas como proceder a essa verificação?

Não temos apenas de procurar se, nessas espécies de sociedades, existe uma solidariedade social proveniente da divisão do trabalho. É uma verdade evidente, pois a divisão do trabalho é muito desenvolvida nelas e produz a solidariedade. Mas é preciso determinar, sobretudo, em que medida a solidariedade que ela produz contribui para a integração geral da sociedade, pois somente então saberemos até que ponto essa solidariedade é necessária, se é um fator essencial da coesão social, ou então, ao contrário, se nada mais é que uma condição acessória e secundária. Para responder a essa questão é preciso, por-

tanto, comparar esse vínculo social aos outros, a fim de medir a parte que lhe cabe no efeito total, sendo para isso indispensável começar por classificar as diferentes espécies de solidariedade social.

A solidariedade social, porém, é um fenômeno totalmente moral, que, por si, não se presta à observação exata, nem, sobretudo, à medida. Para proceder tanto a essa classificação quanto a essa comparação, é necessário, portanto, substituir o fato interno que nos escapa por um fato externo que o simbolize e estudar o primeiro através do segundo.

Esse símbolo visível é o direito. De fato, onde existe a solidariedade social, apesar de seu caráter imaterial, ela não permanece no estado de pura potencialidade, mas manifesta sua presença através de efeitos sensíveis. Onde é forte, inclina fortemente os homens uns para os outros, coloca-os freqüentemente em contato, multiplica as ocasiões que têm de se relacionar. Falando com exatidão, no ponto a que chegamos, é difícil dizer se é ela que produz esses fenômenos ou, ao contrário, resulta deles; se os homens se aproximam por ser ela enérgica, ou se ela é enérgica porque eles se aproximaram uns dos outros. Mas não é necessário, por enquanto, elucidar a questão; basta constatar que essas duas ordens de fatos estão ligadas e variam ao mesmo tempo e no mesmo sentido. Quanto mais os membros de uma sociedade são solidários, mais mantêm relações diversas seja uns com os outros, seja com o grupo tomado coletivamente, pois, se seus encontros fossem raros, só dependeriam uns dos outros de maneira intermitente e fraca. Por outro lado, o número dessas relações é necessariamente proporcional ao das regras jurídicas que as determinam. De fato, a vida social, onde quer que exista de maneira duradoura, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se organizar,

e o direito nada mais é que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e de mais preciso¹⁸. A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.

Poder-se-ia objetar, é verdade, que as relações sociais podem fixar-se sem adquirir, com isso, uma forma jurídica. Há relações cuja regulamentação não chega a esse grau de consolidação e de precisão; nem por isso elas permanecem indeterminadas, mas, em vez de serem reguladas pelo direito, só o são pelos costumes. Portanto, o direito reflete apenas uma parte da vida social e, por conseguinte, só nos proporciona dados incompletos para resolver o problema. Há mais: acontece com frequência que os costumes não estão de acordo com o direito; diz-se sem cessar que eles temperam os rigores do direito, que corrigem seus excessos formalistas, por vezes até que são animados de um espírito bem diferente. Não seria possível, então, que eles manifestem tipos de solidariedade social diferentes dos que o direito positivo exprime?

Mas essa oposição só se produz em circunstâncias totalmente excepcionais. Para isso é preciso que o direito não corresponda mais ao presente estado da sociedade e que, não obstante, ele se mantenha, sem razão de ser, pela força do hábito. Com efeito, nesse caso, as novas relações que se estabelecem apesar dele não deixam de se organizar, pois elas não podem mesmo durar sem procurar se consolidar. Mas como se acham em conflito com o antigo direito que persiste, elas não superam o estágio dos costumes e não conseguem penetrar na vida jurídica propriamente dita. É assim que o antagonismo irrompe. Mas ele só pode se produzir nos casos raros e patológi-

cos, que não podem durar sem perigo. Normalmente, os costumes não se opõem ao direito, mas, ao contrário, são sua base. Às vezes acontece, é verdade, que, sobre essa base, nada se eleva. Pode haver relações sociais que não comportam mais que essa regulamentação difusa originária dos costumes; mas é porque carecem de importância e de continuidade, salvo, é claro, os casos anormais que acabamos de mencionar. Portanto, se pode haver tipos de solidariedade social que tão-somente os costumes manifestam, esses tipos são bastante secundários; ao contrário, o direito reproduz todos os que são essenciais, e são eles os únicos que precisamos conhecer.

Ir-se-á mais longe e sustentar-se-á que a solidariedade social não se encontra integralmente em suas manifestações sensíveis; que estas só a exprimem parcial e imperfeitamente; que, além do direito e dos costumes, há o estado interno de que ela deriva e que, para conhecê-la de fato, é necessário alcançá-la em si mesma e sem intermediários? Mas só podemos conhecer cientificamente as causas pelos efeitos que elas produzem; e, para melhor determinar sua natureza, a ciência apenas escolhe entre esses resultados os que são mais objetivos e que melhor se prestam à medida. Ela estuda o calor através das variações de volume que as mudanças de temperatura produzem nos corpos, a electricidade através de seus efeitos físico-químicos, a força através do movimento. Por que a solidariedade social seria uma exceção?

Aliás, o que subsiste dela uma vez que a despojamos de suas formas sociais? O que lhe proporciona suas características específicas é a natureza do grupo cuja unidade ela assegura, e é por isso que ela varia segundo os tipos sociais. Ela não é a mesma no seio da família e nas sociedades políticas; não somos apegados a nossa pátria da mesma maneira que o romano era à cidade ou o ger-

mano à sua tribo. Mas já que essas diferenças decorrem de causas sociais, não podemos apreendê-las senão através das diferenças que os efeitos sociais da solidariedade apresentam. Portanto, se desprezamos esses últimos, todas essas variedades tornam-se indiscerníveis e só podemos perceber o que é comum a todas, a saber, a tendência geral à sociabilidade, tendência que é sempre e em toda parte a mesma e não está ligada a nenhum tipo social particular. Mas esse resíduo nada mais é que uma abstração; pois a sociabilidade em si não é encontrada em parte alguma. O que existe e vive realmente são as formas particulares da solidariedade, a solidariedade doméstica, a solidariedade profissional, a solidariedade nacional, a de ontem, a de hoje, etc. Cada uma tem sua própria natureza; por conseguinte, essas generalidades só poderiam dar do fenômeno uma explicação bastante incompleta, pois elas deixam necessariamente escapar o que há de concreto e de vivo.

O estudo da solidariedade pertence, pois, ao domínio da sociologia. É um fato social que só pode ser bem conhecido por intermédio de seus efeitos sociais. Se tantos moralistas e psicólogos puderam abordar a questão sem seguir esse método, foi porque contornaram a dificuldade. Eles eliminaram do fenômeno tudo o que ele tem de mais especialmente social, para refer apenas o germe psicológico de que é o desenvolvimento. De fato, é certo que a solidariedade, ao mesmo tempo que é, antes de mais nada, um fato social, depende de nosso organismo individual. Para que possa existir, é preciso que nossa constituição física e psíquica a comporte. Portanto, podemos, a rigor, contentar-nos com estudá-la sob esse aspecto. Mas, nesse caso, só se vê sua parte mais indistinta e menos especial; não é sequer ela, falando propriamente, mas antes o que a torna possível.

E ainda assim esse estudo abstrato não conseguiria ser muito fecundo em resultados. Porque, enquanto permanece no estado de simples predisposição de nossa natureza psíquica, a solidariedade é algo demasiado indefinido para que se possa alcançá-la facilmente. É uma virtualidade intangível que não dá margem à observação. Para que assuma uma forma apreensível, é preciso que algumas conseqüências sociais traduzam-na exteriormente. Além disso, mesmo nesse estado de indeterminação, ela depende de condições sociais que a expliquem e das quais, portanto, não pode ser separada. Por isso é muito raro que algumas concepções sociológicas não se vejam envolvidas nessas análises de pura psicologia. Por exemplo, dizem-se algumas palavras acerca da influência do *estado gregário* sobre a formação do sentimento social em geral¹⁹; ou indicam-se rapidamente as principais relações sociais de que a sociabilidade depende da maneira mais aparente²⁰. Sem dúvida, essas considerações complementares, introduzidas sem método, a título de exemplos e segundo os acasos da sugestão, não poderiam bastar para elucidar muito a natureza social da solidariedade. Elas demonstram pelo menos que o ponto de vista sociológico se impõe inclusive aos psicólogos.

Nosso método já está traçado, pois. Uma vez que o direito reproduz as formas principais da solidariedade social, só nos resta classificar as diferentes espécies de direito para descobrirmos, em seguida, quais são as diferentes espécies de solidariedade social que correspondem a elas. É provável, desde já, que haja uma que simbolize essa solidariedade especial, de que a divisão do trabalho é a causa. Feito isso, para medir a importância desta última, bastará comparar a quantidade de regras jurídicas que a exprimem com o volume total do direito.

Para esse trabalho, não podemos utilizar as distinções correntes entre os juriconsultos. Imaginadas para a prática, elas podem ser muito cômodas desse ponto de vista, mas a ciência não pode se contentar com essas classificações empíricas e aproximadas. A mais difundida é a que divide o direito em direito público e privado. Ao primeiro caberia regular as relações entre o indivíduo e o Estado; ao segundo, as dos indivíduos entre si. Mas quando se procura examinar os termos de perto, a linha de demarcação, que parecia tão nítida à primeira vista, se apaga. Todo direito é privado, no sentido de que são sempre e em toda parte indivíduos que se encontram em presença e que agem; mas, sobretudo, todo direito é público, no sentido de que o direito é uma função social e de que todos os indivíduos são, embora a títulos diferentes, funcionários da sociedade. As funções maritais, paternas, etc. não são nem delimitadas, nem organizadas de maneira diferente das funções ministeriais e legislativas, e não é sem razão que o direito romano qualificava a tutela de *munus publicum*. Aliás, o que é o Estado? Onde começa e onde acaba? Sabe-se tão controversa é essa questão; não é científico fazer uma classificação fundamental basear-se numa noção tão obscura e mal-analisada.

Para proceder de forma metódica, precisamos encontrar uma característica que, ao mesmo tempo em que é essencial aos fenômenos jurídicos, seja capaz de variar quando eles variam. Ora, todo preceito do direito pode ser definido: uma regra de conduta sancionada. Por outro lado, é evidente que as sanções mudam segundo a gravidade atribuída aos preceitos, à posição que ocupam na consciência pública, ao papel que desempenham na sociedade. Portanto, convém classificar as regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções que são ligadas a elas.

Há dois tipos de sanções. Uma consistem essencialmente numa dor, ou, pelo menos, numa diminuição infligida ao agente; elas têm por objeto atingi-lo em sua fortuna, ou em sua honra, ou em sua vida, ou em sua liberdade, privá-lo de algo de que desfruta. Diz-se que são repressivas — é o caso do direito penal. É verdade que as que se prendem às regras puramente morais têm o mesmo caráter, só que são distribuídas de uma maneira diversa por todo o mundo indistintamente, enquanto as do direito penal são aplicadas apenas por intermédio de um órgão definido: elas são organizadas. Quanto ao outro tipo, ele não implica necessariamente um sofrimento do agente, mas consiste apenas na *reparação das coisas*, no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, quer o ato incriminado seja reconduzido à força ao tipo de que desviou, quer seja anulado, isto é, privado de todo e qualquer valor social. Portanto, devemos dividir em duas grandes espécies as regras jurídicas, conforme tenham sanções repressivas organizadas ou sanções apenas resstitutivas. A primeira compreende todo o direito penal; a segunda, o direito civil, o direito comercial, o direito processual, o direito administrativo e constitucional, fazendo-se abstração das regras penais que se podem encontrar aí.

Vejamos agora a que sorte de solidariedade social corresponde cada uma dessas espécies.

CAPÍTULO II

SOLIDARIEDADE MECÂNICA OU POR SIMILITUDES

I

O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Chamamos por esse nome todo ato que, num grau qualquer, determina contra seu autor essa reação característica a que chamamos pena. Procurar qual é esse vínculo é, portanto, perguntar-se qual a causa da pena, ou, mais claramente, em que consiste essencialmente o crime.

Há, sem dúvida, crimes de espécies diferentes, mas, entre todas essas espécies, existe não menos seguramente algo em comum. O que o prova é que a reação que eles determinam de parte da sociedade, a saber, a pena, é, salvo diferenças de graus, sempre e em toda parte a mesma. A unidade do efeito revela a unidade da causa. Não só entre todos os crimes previstos pela legislação de uma única e mesma sociedade, mas entre todos os que foram ou que são reconhecidos e punidos nos diferentes tipos sociais, existem seguramente semelhanças essenciais.

Por mais diferentes que possam parecer à primeira vista os atos assim qualificados, é impossível não terem algum fundo comum. Porque, em toda parte, eles afetam da mesma maneira a consciência moral das nações e produzem a mesma consequência. São todos crimes, isto é, atos reprimidos por castigos definidos. Ora, as propriedades essenciais de uma coisa são as que observamos em toda parte em que essa coisa existe e que só a ela pertencem. Portanto, se quisermos saber em que consiste essencialmente o crime, será necessário pôr em evidência as características que se revelam idênticas em todas as variedades criminológicas dos diferentes tipos sociais. Não há uma só que possa ser desprezada. As concepções jurídicas das sociedades mais inferiores não são menos dignas de interesse do que as das mais elevadas; elas são fatos não menos instrutivos. Fazer abstração delas seria expor-nos a ver a essência do crime onde ela não está. Assim, o biólogo teria dado dos fenômenos vitais uma definição inexacta se houvesse desprezado a observação dos seres unicelulares, pois, da contemplação apenas dos organismos e, sobretudo, dos organismos superiores, ele teria concluído erradamente que a vida consiste essencialmente na organização.

O meio de encontrar esse elemento permanente e geral não é, evidentemente, enumerar os atos que foram, em todos os tempos e em todos os lugares, qualificados de crimes, para observar as características que eles apresentam. Porque se, não obstante se tenha dito, há ações que foram universalmente consideradas criminosas, essas ações constituem uma ínfima minoria e, por conseguinte, tal método só poderia nos proporcionar do fenômeno uma noção singularmente truncada, visto que só se aplicaria a exceções¹. Essas variações do direito repressivo provam, ao mesmo tempo, que esse caráter constante

não se poderia encontrar entre as propriedades intrínsecas dos atos impostos ou proibidos pelas regras penais, já que esses atos apresentam tamanha diversidade, mas sim nas relações que mantêm com uma condição que lhes é exterior.

Pensou-se encontrar tal relação numa espécie de antagonismo entre essas ações e os interesses sociais gerais, e afirmou-se que as regras penais enunciavam para cada tipo social as condições fundamentais da vida coletiva. Sua autoridade viria, por conseguinte, de sua necessidade; por outro lado, como essas necessidades variam com as sociedades, seria assim explicada a variabilidade do direito repressivo. Mas já nos explicamos sobre esse ponto. Além de uma tal teoria dar ao cálculo e à reflexão uma importância demasiado grande na direção da evolução social, há uma multidão de atos que foram e ainda são considerados criminosos sem que, por si mesmos, sejam prejudiciais à sociedade. Em que medida o fato de tocar um objeto *tabu*, um animal ou um homem impuro ou consagrado, de deixar apagar-se o fogo sagrado, de comer certas carnes, de não imolar no túmulo dos parentes o sacrifício tradicional, de não pronunciar exatamente a fórmula ritual, de não celebrar certas festas, etc. pôde um dia constituir um perigo social? Sabe-se, porém, que importância tem no direito repressivo de uma multidão de povos a regulamentação do rito, da etiqueta, do cerimonial, das práticas religiosas. Basta abrir o Pentateuco para se convencer. E, como esses fatos se encontram normalmente em certas espécies sociais, é impossível ver neles simples anomalias e casos patológicos que se tem o direito de desprezar.

Embora o ato criminoso seja certamente prejudicial à sociedade, nem por isso o grau de nocividade que ele apresenta é regularmente proporcional à intensidade da

repressão que recebe. No direito penal dos povos mais civilizados, o assassinato é universalmente considerado o maior dos crimes. No entanto, uma crise econômica, uma jogada na Bolsa, até mesmo uma falência podem desorganizar o corpo social de maneira muito mais grave do que um homicídio isolado. Sem dúvida, o assassinato é sempre um mal, mas nada prova que seja o mal maior. O que é um homem a menos na sociedade? O que é uma célula a menos no organismo? Diz-se que a segurança geral seria ameaçada no futuro se o ato permanecesse impune. Mas compare-se a magnitude desse perigo, por mais real que seja, com a da pena: a desproporção salta aos olhos. Enfim, os exemplos que acabamos de citar mostram que um ato pode ser desastroso para uma sociedade sem incorrer na menor repressão. Essa definição do crime é, pois, de qualquer modo, inadequada.

Dir-se-á, modificando-a, que os atos criminosos são aqueles que *parecem* prejudiciais à sociedade que os reprime; que as regras penais não exprimem as condições essenciais da vida social, mas as que *parecem* sê-lo para o grupo que as observa? Essa explicação, porém, não explica nada, porque não nos faz compreender por que razão, num número tão grande de casos, as sociedades se enganaram e impuseram práticas que, por si mesmas, sequer eram úteis. No fim das contas, essa pretensa solução do problema se reduz a um verdadeiro truismo, porquanto, se as sociedades obrigam assim cada indivíduo a obedecer a essas regras é, evidentemente, por estimarem, com ou sem razão, que essa obediência regular e pontual lhes é indispensável, é por fazerem energeticamente questão dela. Portanto, é como se se dissesse que as sociedades julgam as regras necessárias porque as julgam necessárias. O que precisaríamos dizer é por que as julgam assim. Se esse sentimento tivesse sua causa na necessidade

objetiva das prescrições penais ou, pelo menos, em sua utilidade, seria uma explicação. Mas ela é contraditória pelos fatos. A questão permanece intacta.

No entanto, essa última teoria não deixa de ter seu fundamento; é com razão que ela busca em certos estados do sujeito as condições constitutivas da criminalidade. De fato, a única característica comum a todos os crimes é que eles consistem — salvo algumas exceções aparentes, que serão examinadas mais abaixo — em atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade. Muitos se perguntam hoje se essa reprovação é racional e se não seria mais sensato considerar o crime apenas uma doença ou um erro. Não temos, porém, de entrar nessas discussões; procuramos determinar o que é ou foi, não o que deve ser. Ora, a realidade do fato que acabamos de estabelecer não é contestável; isso significa que o crime melindra sentimentos que se encontram em todas as consciências sadias de um mesmo tipo social.

Não é possível determinar de outro modo a natureza desses sentimentos, defini-los em função de seus objetos particulares, pois esses objetos variaram infinitamente e ainda podem variar? Hoje, são os sentimentos altruístas que apresentam essa característica da maneira mais acentuada; mas houve um tempo, muito próximo de nós, em que os sentimentos religiosos, domésticos e mil outros sentimentos tradicionais tinham exatamente os mesmos efeitos. Ainda agora, a simpatia por outrem está longe de ser, como quer Garofalo, a única a produzir esse resultado. Acaso, mesmo em tempo de paz, não temos pelo homem que trai a sua pátria no mínimo tanta aversão quanto pelo ladrão e o vigarista? Acaso, nos países em que o sentimento monárquico ainda é vivo, os crimes de lesa-majestade não provocam uma indignação geral? Acaso, nos países democráticos, as injúrias dirigidas ao povo

não deflagram as mesmas cóleras? Logo, não seria possível fazer uma lista dos sentimentos cuja violação constitui o ato criminoso; eles só se distinguem dos outros por esta característica: a de que são comuns à grande média dos indivíduos da mesma sociedade. Por isso, as regras que proíbem esses atos e que o direito penal sanciona são as únicas a que o famoso axioma jurídico *ninguém pode ignorar a lei* se aplica sem ficção. Como estão gravadas em todas as consciências, todo o mundo as conhece e sente que são fundamentadas. Pelo menos, isso é verdade no caso do estado normal. Se há adultos que ignoram essas regras fundamentais ou não reconhecem sua autoridade, tal ignorância ou tal indocilidade são sintomas irrefutáveis de perversão patológica; ou, se uma disposição penal se mantém por algum tempo, embora seja contestada por todo o mundo, é graças a um concurso de circunstâncias excepcionais, por conseguinte anormais, e tal estado de coisas nunca pode durar.

É isso que explica a maneira particular como o direito penal se codifica. Todo direito escrito tem um duplo objeto: impor certas obrigações, definir as sanções ligadas a estas. No direito civil e, mais geralmente, em toda espécie de direito com sanções restitutivas, o legislador aborda e resolve separadamente os dois problemas. Em primeiro lugar, ele determina a obrigação, com a maior precisão possível, e só depois diz a maneira como ela deve ser sancionada. Por exemplo, no capítulo do nosso código civil consagrado aos deveres respectivos dos esposos, esses direitos e essas obrigações são enunciados de uma maneira positiva; mas não se diz o que acontece quando esses deveres são violados por uma ou outra parte. Devemos procurar a sanção em outro lugar. Às vezes, até, ela se acha totalmente subentendida. Assim, o art. 214 do Código Civil manda a mulher habitar com o

marido, do que se deduz que o marido pode forçá-la a retornar ao domicílio conjugal, mas essa sanção não está formalmente indicada em parte alguma. O direito penal, ao contrário, só edita sanções, mas nada diz das obrigações a que elas se referem. Ele não manda respeitar a vida alheia, mas condenar à morte o assassino. Ele não diz, em primeiro lugar, como faz o direito civil, "eis o dever", mas de imediato: "eis a pena". Sem dúvida, se a ação é punida, é por ser contrária a uma regra obrigatória; mas essa regra não é expressamente formulada. Só pode haver um motivo para isso: o de que a regra é conhecida e aceita por todos. Quando um direito consuetudinário passa ao estado de direito escrito e se codifica, é porque questões litigiosas reclamam uma solução mais definida; se o costume continuasse a funcionar silenciosamente, sem provocar discussão nem dificuldades, não haveria motivo para ele se transformar. Já que o direito penal só se codifica para estabelecer uma escala graduada de penas, é porque apenas essa escala pode se prestar à dúvida. Inversamente, se as regras cuja violação é punida pela pena não precisam receber uma expressão jurídica, é porque não são objeto de nenhuma contestação, é porque todo o mundo sente a sua autoridade³.

É verdade que, por vezes, o Pentateuco não edita sanções, muito embora, como veremos, só contenha disposições penais. É o caso dos dez mandamentos, tal como se acham formulados no capítulo XX do Êxodo e no capítulo V do Deuterônimo. Isso porque o Pentateuco, embora tenha servido de código, não é um código propriamente dito. Ele não tem por objeto reunir num sistema único e precisar, tendo em vista a prática, as regras penais seguidas pelo povo hebreu; tanto não é uma codificação, que as diferentes partes de que é composto parecem não ter sido redigidas na mesma época. ~~Elle c. an-~~

tes de mais nada, um sumário das tradições de todo tipo pelas quais os judeus explicavam a si mesmos, e à sua maneira, a gênese do mundo, de sua sociedade e de suas principais práticas sociais. Portanto, se enuncia certos deveres que, com certeza, eram sancionados por penas, não é porque fossem ignorados ou desconhecidos dos hebreus, nem porque fosse necessário revelá-los a eles; ao contrário, já que o livro nada mais é que um tecido de lendas nacionais, podemos estar certos de que tudo o que ele contém estava escrito em todas as consciências. Mas é que se tratava, essencialmente, de reproduzir, fixando-as, as crenças populares relativas à origem desses preceitos, às circunstâncias históricas em que pretende-se tenham sido promulgados, às fontes da sua autoridade. Ora, desse ponto de vista, a determinação da pena torna-se acessória⁴.

É por essa mesma razão que o funcionamento da justiça repressiva sempre tende a permanecer mais ou menos difuso. Em tipos sociais bastante diferentes, ela não se exerce pelo órgão de um magistrado especial, mas a sociedade inteira participa numa medida mais ou menos vasta. Nas sociedades primitivas, em que, como veremos, o direito é inteiramente penal, é a assembléia do povo que administra a justiça. É o que acontece entre os antigos germanos⁵. Em Roma, enquanto os casos civis dependiam do pretor, os casos criminais eram julgados pelo povo, primeiro pelos comícios por cúrias e, a partir da lei das XII Tábuas, pelos comícios por centúrias; até o fim da República e conquanto, na verdade, tenha delegado seus poderes a comissões permanentes, o povo permanece em princípio o juiz supremo para essas espécies de processos⁶. Em Atenas, sob a legislação de Sólon, a jurisdição criminal pertencia em parte aos *ἡλιεῖα*, vasto colégio que, nominalmente, compreendia todos os cida-

ãos de mais de trinta anos⁷. Enfim, entre as nações germano-latinas, a sociedade intervém no exercício dessas mesmas funções, representada pelo júri. O estado de difusão em que se encontra, assim, essa parte do poder judiciário seria inexplicável se as regras cuja observância assegura e, por conseguinte, os sentimentos a que essas regras correspondem não estivessem imanes em todas as consciências. É verdade que, em outros casos, ele é detido por uma classe privilegiada ou por magistrados particulares. Mas esses fatos não diminuem o valor demonstrativo dos precedentes, porque do fato de que os sentimentos coletivos não reagem mais a não ser através de certos intermediários, não resulta que tenham cessado de ser coletivos, para se localizarem num número restrito de consciências. Mas essa delegação pode dever-se seja à maior multiplicidade dos casos, que requer a instituição de funcionários especiais, seja à enorme importância adquirida por certas personagens ou certas classes, que faz delas intérpretes autorizadas dos sentimentos coletivos.

Entretanto, não se definiu o crime quando se disse que ele consiste numa ofensa aos sentimentos coletivos, pois há, dentre estes últimos, alguns que podem ser ofendidos sem que haja crime. Assim, o incesto é objeto de uma aversão bastante geral, mas é uma ação simplesmente imoral. O mesmo vale para os atentados à honra sexual que a mulher comete fora do estado de casamento, pelo fato de alienar totalmente sua liberdade entre as mãos de outrem ou de aceitar de outrem essa alienação. Os sentimentos coletivos a que corresponde o crime devem, pois, singularizar-se dos outros por alguma propriedade distintiva: devem ter uma certa intensidade média. Eles não são apenas gravados em todas as consciências: são fortemente gravados. Não são veleidades hesitantes e

superficiais, mas emoções e tendências fortemente arraigadas em nós. O que o prova é a extrema lentidão com a qual o direito penal evolui. Não só ele se modifica mais dificilmente do que os costumes, mas é a parte do direito positivo mais refratária à mudança. Observe-se, por exemplo, o que fez o legislador desde o começo do século nas diferentes esferas da vida jurídica: as inovações nas matérias de direito penal são extremamente raras e restritas, enquanto, ao contrário, uma multidão de novas disposições introduziu-se no direito civil, no direito comercial, no direito administrativo e constitucional. Compare-se o direito penal, tal como a lei das XII Tábuas ficou-o em Roma, com o estado em que se encontra na época clássica; as mudanças que se podem constatar são pouquíssimas, se comparadas com as que o direito civil sofreu durante o mesmo tempo. Desde a época das XII Tábuas, diz Mainz, os principais crimes e delitos estão constituídos: "Durante dez gerações, o rol dos crimes públicos só foi aumentado por algumas leis que punem o peculato, a associação para conseguir vantagens mercêdas e, talvez, o *plagium*."⁸ Quanto aos delitos privados, só foram reconhecidos dois novos: a rapina (*actio bonorum vi raptorum*) e o dano injustamente causado (*damnum injuria datum*). Encontramos o mesmo fato por toda parte. Nas sociedades inferiores, o direito, como vemos, é quase exclusivamente penal; por isso, é sobre o estacionário. De modo geral, o direito religioso é sempre repressivo: é essencialmente conservador. Essa fixidez do direito penal atesta a força de resistência dos sentimentos coletivos a que corresponde. Inversamente, a maior plasticidade das regras puramente morais e a rapidez relativa de sua evolução demonstram a menor energia dos sentimentos que são sua base: ou eles são mais recentemente adquiridos e ainda não têm tempo de pe-

netrar profundamente nas consciências, ou estão se arraigando e sobem do fundo para a superfície.

Uma última adição ainda é necessária para que nossa definição seja exata. Embora, em geral, os sentimentos protegidos por sanções simplesmente morais, isto é, difusas, sejam menos intensos e menos solidamente organizados do que os protegidos pelas penas propriamente ditas, há exceções. Assim, não há motivo algum para se admitir que a piedade filial média ou mesmo as formas elementares da compaixão para com as misérias mais aparentes sejam hoje sentimentos mais superficiais do que o respeito pela propriedade ou pela autoridade pública; no entanto, o mau filho e mesmo o egoísta mais empedernido não são tratados como criminosos. Não basta, pois, que os sentimentos sejam fortes, é necessário que sejam precisos. De fato, cada um deles é relativo a uma prática bem definida. Essa prática pode ser simples ou complexa, positiva ou negativa, isto é, consistir numa ação ou numa abstenção, mas é sempre determinada. Trata-se de fazer ou não fazer isto ou aquilo, não matar, não ferir, pronunciar determinada fórmula, cumprir determinado rito, etc. Ao contrário, sentimentos como o amor filial ou a caridade são aspirações vagas por objetos bastante gerais. Por isso as regras penais são notáveis por sua nitidez e precisão, enquanto as regras puramente morais têm, em geral, algo de impreciso. Sua natureza indecisa faz até que, com frequência, seja difícil dar-lhes uma fórmula taxativa. Podemos dizer, decerto, de maneira bastante geral, que deve-se trabalhar, deve-se ter piedade de outrem, etc., mas não podemos determinar de que maneira nem em que medida. Por conseguinte, há espaço aqui para variações e nuances. Ao contrário, por serem determinados, os sentimentos que encarnam as regras penais têm uma uniformidade muito maior; como não podem

ser entendidos de maneiras diferentes, são os mesmos em toda parte.

Agora estamos em condição de concluir.

O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de *consciência coletiva* ou *communis*. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece. É a mesma no Norte e no Sul, nas grandes e nas pequenas cidades, nas diferentes profissões. Do mesmo modo, ela não muda a cada geração, mas liga umas às outras as gerações sucessivas. Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira. A esse título, ela tem, pois, o direito de ser designada por uma palavra especial. A que empregamos acima, é verdade, tem alguma ambigüidade. Como os termos coletivo e social muitas vezes são empregados um pelo outro, é-se induzido a crer que a consciência coletiva é toda a consciência social, isto é, se estende tão longe quanto a vida psíquica da sociedade, ao passo que, sobretudo nas sociedades superiores, não é senão uma parte bastante restrita desta. As funções judiciais, governamentais, científicas, industriais, numa palavra, todas as funções especiais, são de ordem psíquica, pois consistem em sistemas de representações e de

ações; no entanto, elas estão evidentemente fora da consciência comum. Para evitar uma confusão⁹ que já foi cometida, o melhor, talvez, seria criar uma expressão técnica que designasse especialmente o conjunto das similitudes sociais. Todavia, como o emprego de uma palavra nova, quando ela não é absolutamente necessária, tem os seus inconvenientes, manteremos a expressão mais usada de consciência coletiva ou comum, mas lembrando sempre o sentido estrito em que a empregamos.

Portanto, resumindo a análise que precede, podemos dizer que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva¹⁰.

A letra dessa proposição não é contestada, mas costuma-se dar-lhe um sentido muito diferente do que deve ter. Costuma-se entendê-la como se ela exprimisse não a propriedade essencial do crime, mas uma das suas repercussões. Sabe-se muito bem que o crime ofende sentimentos bastante gerais e enérgicos, mas crê-se que essa generalidade e essa energia provêm da natureza criminosa do ato, que, por conseguinte, está inteiramente por ser definido. Não se contesta que todo delito seja universalmente reprovado, mas dá-se por admitido que a reprovação de que é objeto resulta da sua delituosidade. No entanto, fica-se, em seguida, em grande embaraço para dizer em que essa delituosidade consiste. Numa imoralidade particularmente grave? Admitamos. Mas isso seria res pônder à pergunta com outra pergunta e pôr uma palavra no lugar de outra, porque se trata precisamente de saber o que é a imoralidade, e sobretudo essa imoralidade de particular que a sociedade reprime por meio de penas organizadas e que constitui a criminalidade. Evidentemente, ela só pode provir de uma ou várias características comuns a todas as variedades criminológicas; ora, a única que satisfaz essa condição é essa oposição existen-

te entre o crime, qualquer que seja, e certos sentimentos coletivos. Portanto, é essa oposição que faz o crime, estando muito longe de derivar dele. Em outras palavras, não se deve dizer que um ato ofenda a consciência comum por ser criminoso, mas que é criminoso porque ofende a consciência comum. Não o reprovamos por ser um crime, mas é um crime porque o reprovamos. Quanto à natureza intrínseca desses sentimentos, é impossível especificá-la; eles têm os mais diversos objetos e não se poderia dar, deles, uma fórmula única. Não se pode dizer que eles se relacionam nem aos interesses vitais da sociedade, nem a um mínimo de justiça; todas essas definições são inadequadas. Mas, pelo simples fato de um sentimento, quaisquer que sejam sua origem e seu fim, se encontrar em todas as consciências com certo grau de força e precisão, todo ato que o ofende é um crime. A psicologia contemporânea retorna cada vez mais à idéia de Spinoza, segundo a qual as coisas são boas porque as amamos, não é que as amamos por serem boas. O que é primitivo é a tendência, a inclinação; o prazer e a dor são apenas fatos derivados. O mesmo acontece na vida social. Um ato é socialmente ruim por ser rejeitado pela sociedade. Mas, dir-se-á, acaso não há sentimentos coletivos que resultam do prazer ou da dor que a sociedade sente em contato com os objetos de tais sentimentos? Sem dúvida, mas nem todos têm essa origem. Muitos, se não a maioria, derivam de outras causas. Tudo o que determina a atividade a tomar uma forma definida pode dar origem a hábitos de que resultam tendências que é preciso, a partir de então, satisfazer. Além disso, apenas essas últimas tendências são verdadeiramente fundamentais. As outras não são mais que formas especiais e melhor determinadas; porque, para achar encantador este ou aquele objeto, é preciso que a sensibilidade coletiva já esteja consti-

tuída de maneira a poder apreciá-lo. Se os sentimentos correspondentes são abolidos, o ato mais funesto à sociedade poderá ser não apenas tolerado, mas estimado e proposto como exemplo. O prazer é incapaz de criar integralmente uma propensão; ele apenas pode vincular as que existem a determinada finalidade particular, contanto que esta esteja relacionada à sua natureza inicial.

Há, no entanto, casos em que a explicação precedente não parece se explicar. Existem atos que são mais severamente reprimidos do que fortemente reprovados pela opinião pública. Assim, a coligação dos funcionários, a invasão das competências das autoridades administrativas pelas autoridades judiciárias, das funções civis pelas autoridades religiosas são objeto de uma repressão desproporcional à indignação que provocam nas consciências. O roubo de peças públicas nos deixa indiferentes, e no entanto recebe punições bastante elevadas. Às vezes até acontece que o ato punido não ofende diretamente nenhum sentimento coletivo; nada há em nós contra o fato de pescar e caçar em época proibida ou contra veículos demasiado pesados trafegarem numa via pública. No entanto, não há razão alguma para separar completamente esses delitos dos outros; toda distinção radical¹¹ seria arbitrária, pois todos eles apresentam, em diversos graus, o mesmo critério exterior. Sem dúvida, em nenhum desses exemplos, a pena parece injusta; se ela não for repelida pela opinião pública, esta, entre-gue a si mesma, ou não a reclamaria, ou se mostraria menos exigente. Portanto, isso se dá porque, em todos os casos desse gênero, a delituosidade não deriva, ou não deriva integralmente, da vivacidade dos sentimentos coletivos ofendidos, mas reconhece outra causa.

De fato, é certo que, uma vez que um poder governamental é instituído, ele tem por si mesmo força bastan-

te para ligar espontaneamente a certas regras de conduta uma sanção penal. Ele é capaz, por sua ação própria, de criar certos delitos ou de agravar o valor criminológico de alguns outros. Por isso, todos os atos que acabamos de citar apresentam a característica comum de serem dirigidos contra algum dos órgãos diretores da vida social. Deve-se, então, admitir que há dois gêneros de crimes decorrentes de duas causas diferentes? Não poderíamos nos deter em semelhante hipótese. Por numerosas que sejam suas variedades, o crime é, em toda parte, essencialmente o mesmo, pois determina em toda parte o mesmo efeito, a saber, a pena, que, se pode ser mais ou menos intensa, nem por isso muda de natureza. Ora, um mesmo fato não pode ter duas causas, a menos que essa dualidade seja apenas aparente e que, no fundo, ambas sejam uma só coisa. O poder de reação que é próprio do Estado deve, pois, ser da mesma natureza do que aquele que é difuso na sociedade.

E, com efeito, de onde ele viria? Da gravidade dos interesses que o Estado gere e que precisam ser protegidos de uma maneira de todo particular? Mas nós sabemos que apenas a lesão de interesses, mesmo que estes sejam consideráveis, não basta para determinar a reação penal; além disso, ela precisa ser sentida de uma certa maneira. Por que, aliás, o menor dano ao órgão governamental é punido, ao passo que desordens muito mais temíveis em outros órgãos sociais são reparadas civilmente? A menor infração ao código de trânsito é multada; a violação, mesmo se repetida, dos contratos e a constante falta de delicadeza nas relações econômicas obrigam apenas à reparação do prejuízo. Sem dúvida, o aparelho de direção desempenha um papel eminente na vida social, mas há outros cujo interesse não deixa de ser vital e cujo funcionamento não é, no entanto, garantido dessa manei-

ra. O cérebro tem sua importância, mas o estômago também é um órgão essencial, e as doenças de um são tão ameaçadoras para a vida como as do outro. Por que esse privilégio concedido ao que às vezes é chamado de cérebro social?

A dificuldade se resolve facilmente se observarmos que, onde quer que um poder diretor se estabeleça, sua primeira e principal função é fazer respeitar as crenças, as tradições, as práticas coletivas, isto é, defender a consciência comum contra todos os inimigos de dentro como de fora. Torna-se, assim, um símbolo, a expressão viva aos olhos de todos. Por isso, a vida que existe nela se comunica a ele, do mesmo modo que as afinidades das idéias se comunicam às palavras que as representam, e é assim que ele adquire um caráter que o torna ímpar. Não é mais uma função social mais ou menos importante, é o tipo coletivo encarnado. Portanto, ele participa da autoridade que este último exerce sobre as consciências, e é daí que vem sua força. Mas, uma vez constituída, sem se libertar da fonte de que mana e em que continua a se alimentar, esta autoridade se torna um fator autônomo da vida social, capaz de produzir espontaneamente movimentos próprios que nenhum impulso externo determina, precisamente por causa dessa supremacia que ela conquistou. Como, por outro lado, ela nada mais é que uma derivação da força imanente à consciência comum, ela tem necessariamente as mesmas propriedades e reage da mesma maneira, ao passo que esta última não reage totalmente em uníssono. Portanto, ela repele toda força antagonica, como a alma difusa da sociedade faria, mesmo que esta não sinta esse antagonismo ou não o sinta de maneira tão viva, isto é, mesmo que a autoridade taxee de crimes atos que a ofendem sem, no entanto, ofendem no mesmo grau os sentimentos coletivos. Mas é des-

tes últimos que ela recebe toda a energia que lhe permite criar crimes e delitos. Além de não poderem provir de outra fonte e de, não obstante, não poderem provir de nada, os fatos seguintes, que serão amplamente desenvolvidos em toda a seqüência desta obra, confirmam essa explicação. A amplitude da ação que o órgão governamental exerce sobre o número e sobre a qualificação dos atos criminosos depende da força que ele contém. Esta, por sua vez, pode ser medida seja pela extensão da autoridade que exerce sobre os cidadãos, seja pelo grau de gravidade reconhecido aos crimes dirigidos contra ele. Ora, veremos que é nas sociedades inferiores que essa autoridade é maior e essa gravidade mais elevada, e, de outro lado, que é nesses mesmos tipos sociais que a consciência coletiva tem mais força¹².

Portanto, é sempre a essa última que convém tomar. É dela que, direta ou indiretamente, decorre toda criminalidade. O crime não é apenas a lesão de interesses, inclusive consideráveis, é uma ofensa a uma autoridade de certa forma transcendente. Ora, experimentalmente, não há força moral superior ao indivíduo, salvo a força coletiva.

Existe, por sinal, uma maneira de verificar o resultado a que acabamos de chegar. O que caracteriza o crime é o fato de ele determinar a pena. Portanto, se nossa definição do crime for exata, ela deverá explicar todas as características da pena. Vamos proceder a essa verificação.

Antes, porém, precisamos estabelecer quais são essas características.

II

Em primeiro lugar, a pena consiste numa reação passional. Essa característica é tanto mais aparente quan-

to menos cultas são as sociedades. De fato, os povos primitivos punem por punir, fazem o culpado sofrer unicamente para fazê-lo sofrer e sem esperar, para si, nenhuma vantagem do sofrimento que lhe impõem. Prova-o o fato de não procurarem punir de maneira justa ou útil, mas apenas punir. Assim, castigam os animais que cometeram o ato reprovado¹³ e até os seres inanimados que foram o instrumento passivo desse ato¹⁴. Mesmo que a pena seja aplicada apenas a pessoas, muitas vezes ela vai bem além do culpado e atinge inocentes: sua mulher, seus filhos, seus vizinhos, etc.¹⁵. Porque a paixão, que é a alma da pena, só se detém uma vez esgotada. Portanto, se, depois de ter destruído aquele que a suscitou de maneira mais imediata, lhe restarem forças, ela se estenderá mais longe, de uma maneira totalmente mecânica. Mesmo quando é moderada o bastante para se ater ao culpado, faz sentir sua presença pela tendência que possui a superar em gravidade o ato contra o qual reage. É daí que vêm os requintes de dor acrescentados ao último suplício. Em Roma, mais uma vez, o ladrão devia não apenas restituir o objeto roubado, mas pagar, além disso, uma multa equivalente ao duplo ou ao quádruplo do valor deste¹⁶. Aliás, a pena tão generalizada de talão porventura não é uma satisfação dada à paixão da vingança?

Mas hoje, dizem, a natureza da pena mudou; não é mais para se vingar que a sociedade pune, é para se defender. A dor que ela inflige não é mais, em suas mãos, senão um instrumento metódico de proteção. Ela pune, não porque o castigo lhe oferece, por si mesmo, alguma satisfação, mas para que o temor da pena paralise as más vontades malignas. Não é mais a cólera, mas a previdência refletida que determina a repressão. As observações precedentes não poderiam, pois, ser generalizadas; elas

diriam respeito apenas à forma primitiva da pena e não poderiam ser estendidas à sua forma atual.

Mas para que tenhamos o direito de distinguir de maneira tão radical essas duas espécies de penas, não basta constatar que são empregadas tendo em vista fins diferentes. A natureza de uma prática não muda necessariamente porque as intenções conscientes dos que a aplicam se modificam. Ela já podia, com efeito, desempenhar o mesmo papel outrora, mas sem que isso fosse percebido. Nesse caso, por que se transformaria pelo simples fato de que se percebem melhor os efeitos que ela produz? Ela se adapta às novas condições de existência que lhe são assim criadas sem mudanças essenciais. É o que acontece com a pena.

Com efeito, é um erro crer que a vingança seja apenas uma crueldade inútil. É bem possível que, em si mesma, ela consista numa reação mecânica e sem objetivo, num movimento passional e ininteligente, numa necessidade irracional de destruir; mas, de fato, o que ela tende a destruir era uma ameaça para nós. Ela constitui, pois, na realidade, um verdadeiro ato de defesa, conquanto instintivo e irrefletido. Só nos vingamos do que nos fez mal, e o que nos fez mal é sempre um perigo. O instinto da vingança nada mais é, em suma, do que o instinto de conservação exasperado pelo perigo. Assim, a vingança está longe de ter tido, na história da humanidade, o papel negativo e estéril que lhe é atribuído. É uma arma defensiva que tem seu preço; mas é uma arma grosseira. Como ela não tem consciência dos serviços que presta automaticamente, não pode regular-se em consequência deles; em vez disso, difunde-se um pouco ao acaso, ao sabor das causas cegas que a impelem e sem que nada modere seus arrebatamentos. Hoje, como conhecemos melhor o objetivo a alcançar, sabemos utilizar melhor os

meios de que dispomos; protegemo-nos com mais método e, por conseguinte, com maior eficácia. Mas, desde o princípio, esse resultado era obtido, conquanto de maneira mais imperfeita. Entre a pena de hoje e a de outrora não há, portanto, um abismo; por conseguinte, não era necessário que a primeira se tornasse outra coisa que não ela mesma para se acomodar ao papel que desempenha em nossas sociedades civilizadas. Toda a diferença vem do fato de que ela produz seus efeitos com maior consciência do que faz. Ora, ainda que exerça uma certa influência sobre a realidade que ilumina, a consciência individual ou social não tem o poder de mudar sua natureza. A estrutura interna dos fenômenos permanece a mesma, sejam eles conscientes ou não. Portanto, podemos esperar que os elementos essenciais da pena sejam os mesmos de outrora.

E, de fato, a pena permaneceu, pelo menos em parte, uma obra de vingança. Diz-se que não fazemos o culpado sofrer por sofrer; não é menos verdade, porém, que achamos justo que sofra. Talvez estejamos errados; mas não é isso que está em questão. Procuramos, por enquanto, definir a pena tal como é ou foi, não tal como deve ser. Ora, é certo que essa expressão de vindita pública, que retorna sem cessar na linguagem dos tribunais, não é uma palavra vã. Supondo-se que a pena possa realmente servir para nos proteger futuramente, estimamos que ela deve ser, antes de mais nada, uma *expição* do passado. Prova disso são as minuciosas precauções que tomamos para proporcioná-la, com a maior exatidão possível, à gravidade do crime; tais precauções seriam inexplícáveis se não acreditássemos que o culpado deve sofrer por ter cometido o mal e na mesma medida. De fato, essa graduação não é necessária se a pena não for mais que um meio de defesa. Sem dúvida, seria perigoso para a sociedade se os atentados mais graves fossem assimila-

dos a simples delitos; mas só poderia haver vantagem, na maioria dos casos, em que os segundos fossem assimilados aos primeiros. Contra um inimigo, não se poderiam tomar demasiadas precauções. Alguém dirá que os autores dos malefícios menores têm naturezas menos perversas e que, para neutralizar seus maus instintos, bastam penas menos fortes? Mas se suas tendências são menos perversas, nem por isso são menos intensas. Os ladrões são tão fortemente propensos ao roubo quanto os assassinos ao homicídio; a resistência que os primeiros oferecem não é inferior à dos segundos; por conseguinte, para vencê-las, deveríamos recorrer aos mesmos meios. Se, como foi dito, se tratasse unicamente de reprimir uma força nociva mediante uma força contrária, a intensidade da segunda deveria ser medida unicamente segundo a intensidade da primeira, sem que a qualidade desta fosse levada em conta. A escala penal deveria compreender, pois, apenas um pequeno número de graus; a pena só deveria variar conforme o criminoso fosse mais ou menos empedernido, e não segundo a natureza do ato criminoso. Um ladrão incorrigível seria tratado como um assassino incorrigível. Ora, na verdade, mesmo se ficasse patente que um culpado é definitivamente incurável, ainda nos sentiríamos obrigados a não lhe aplicar um castigo excessivo. É a prova de que permanecemos fiéis ao princípio de talião, embora o entendamos num sentido mais elevado do que outrora. Já não medimos de uma maneira tão material e grosseira nem a extensão do erro, nem a do castigo; mas pensamos sempre que deve haver uma equação entre esses dois termos, tenhamos ou não vantagem em estabelecer esse equilíbrio. Portanto, a pena permaneceu, para nós, o que era para nossos pais: ainda é um ato de vingança, já que é uma expiação. O que vingamos, o que o criminoso expia, é o ultraje à moral.

Há sobretudo uma pena em que esse caráter passional é mais manifesto do que em outras: é a vergonha, que dobra a maioria das penas e que cresce com elas. Na maioria dos casos, a nada serve. Para que estigmatizar um homem que não deve mais viver na companhia de seus semelhantes e que provou abundantemente, por sua conduta, que as mais temíveis ameaças não bastam para intimidá-lo? Compreende-se o estigma quando não há outra pena, ou como complemento de uma pena material bastante fraca; caso contrário, ela é supérflua. Pode-se mesmo dizer que a sociedade só recorre aos castigos legais quando os outros são insuficientes; mas, então, por que mantê-los? Eles são uma espécie de suplício suplementar e sem finalidade, ou que não pode ter outra causa além da necessidade de compensar o mal pelo mal. É a tal ponto um produto de sentimentos instintivos e irracionais, que eles se estendem com frequência a inocentes; assim, o local do crime, os instrumentos que serviram a ele, ou os parentes do culpado por vezes participam do opróbrio com que marcamos este último. Ora, as causas que determinam essa repressão difusa também são as da repressão organizada que acompanha a primeira. Basta, aliás, ver nos tribunais como a pena funciona, para reconhecer que seu móvel é totalmente passional; porque é a paixão que se dirige tanto o magistrado que acusa, como o advogado que defende. Este procura suscitar a simpatia pelo culpado, aquele, despertar os sentimentos sociais que o ato criminoso ofendeu, e é sob a influência dessas paixões contrárias que o juiz pronuncia sua sentença.

Assim, a natureza da pena não mudou essencialmente. Tudo o que se pode dizer é que a necessidade de vingança está mais bem dirigida hoje do que ontem. O espírito de previdência que se despertou não deixa mais o

campo tão livre à ação cega da paixão; ele a contém em certos limites, opõe-se às violências absurdas, aos estranhos sem razão de ser. Mais esclarecida, ela se difunde, menos casualmente; já não a vemos, para satisfazer-se apesar de tudo, voltar-se contra inocentes. Ela continua sendo, porém, a alma da penalidade. Podemos dizer, portanto, que a pena consiste numa reação passional de intensidade graduada¹⁷.

Mas de onde emana essa reação? Do indivíduo ou da sociedade?

Todo o mundo sabe que é a sociedade que pune; mas poderia acontecer que não o fizesse por sua conta. O que põe fora de dúvida o caráter social da pena é que, uma vez pronunciada, ela só pode ser suspensa pelo governo em nome da sociedade. Se fosse uma satisfação concedida aos particulares, estes sempre poderiam suspender-lá, pois não se concebe um privilégio imposto e ao qual o beneficiário não possa renunciar. Se apenas a sociedade dispõe da repressão, é porque ela é atingida ao mesmo tempo que os indivíduos, e o atentado dirigido contra ela é que é reprimido pela pena.

No entanto, podemos citar casos em que a execução da pena depende da vontade dos particulares. Em Roma, certos malefícios eram punidos com uma multa em benefício da parte lesada, que podia renunciar a ela ou torná-la objeto de transação: era o roubo não manifesto, a rapina, a injúria, o prejuízo injustamente causado¹⁸. Esses delitos, chamados de privados (*delicta privata*), opunham-se aos crimes propriamente ditos, cuja repressão era perseguida em nome da cidade. Encontramos a mesma distinção na Grécia e entre os hebreus¹⁹. Entre os povos mais primitivos, a pena parece ser, às vezes, uma coisa ainda mais completamente privada, como tende a

prová-lo o uso da *vendetta*. Essas sociedades são compostas de agregados elementares, de natureza quase familiar, que são comodamente designados pela expressão de clãs. Ora, quando um atentado é cometido por um ou vários membros de um clã contra outro, é este último que pune a ofensa sofrida²⁰. Do ponto de vista da doutrina, o que aumenta ainda mais, ao menos em aparência, a importância desses fatos é que se sustentou com frequência que a *vendetta* fora primitivamente a única forma da pena: esta teria portanto consistido, em primeiro lugar, em atos de vingança privada. Mas, então, se hoje a sociedade se acha armada do direito de punir, só pode ser, ao que parece, em virtude de uma espécie de delegação dos indivíduos. Ela não é mais que a mandatária destes. São os interesses deles que ela gere em seu lugar, provavelmente porque os gere melhor, mas não são os dela própria. No início, os próprios indivíduos se vingavam; agora, é ela que os vinga. Mas, como o direito penal não pode ter mudado de natureza em consequência dessa simples transferência, ele não teria nada de propriamente social, portanto. Se a sociedade parece desempenhar um papel preponderante, é apenas como substituta dos indivíduos.

Contudo, por mais difundida que seja, essa teoria é contrária aos fatos mais bem estabelecidos. Não se pode citar uma só sociedade em que a *vendetta* tenha sido a forma primitiva da pena. Muito ao contrário, é certo que o direito penal era, na origem, essencialmente religioso. É este um fato evidente nos casos da Índia e da Judéia, já que o direito aí praticado era tido como revelado²¹. No Egito, os dez livros de Hermes, que continham o direito criminal com todas as outras leis relativas ao governo do Estado, eram chamados sacerdotais, e Eliano afirma que os sacerdotes egípcios exerceram desde sempre o poder judiciário²². O mesmo se dava na antiga Germânia²³. Na

Grécia, a justiça era considerada uma emanção de Júpiter, e o sentimento, uma vingança do deus²⁴. Em Roma, as origens religiosas do direito penal são evidenciadas tanto por velhas tradições²⁵, como por práticas arcaicas que subsistiram até bem tarde e como pela própria terminologia jurídica²⁶. Ora, a religião é coisa essencialmente social. Longe de perseguir fins individuais, ela exerce sobre o indivíduo uma coerção permanente. Ela o obriga a práticas que o incomodam, a sacrifícios, pequenos ou grandes, que lhe custam. Ele deve tirar de seus bens as oferendas com que deve presentear a divindade; deve tirar do tempo de seu trabalho ou de suas distrações os momentos necessários à consumação dos ritos; deve se impor toda sorte de privações que lhe forem ordenadas, até mesmo renunciar à vida, se os deuses ordenarem. A vida religiosa é toda ela feita de abnegação e desinteresse. Portanto, se o direito criminal é, primitivamente, um direito religioso, podemos estar certos de que os interesses a que serve são sociais. São as ofensas a eles próprios que os deuses vingam com a pena, não as dos particulares; ora, as ofensas contra os deuses são ofensas contra a sociedade.

Por isso, nas sociedades inferiores, os delitos mais numerosos são os que lesam a coisa pública: delitos contra a religião, contra os costumes, contra a autoridade, etc. Basta ver na Bíblia, nas leis de Manu, nos monumentos que nos restam do velho direito egípcio, a importância relativamente pequena que têm as prescrições protetoras dos indivíduos e, ao contrário, o luxuriante desenvolvimento da legislação repressiva das diferentes formas do sacrilégio, das faltas aos diversos deveres religiosos, às exigências do cerimonial, etc.²⁷. Ao mesmo tempo, esses crimes são os mais severamente punidos. Entre os ju-deus, os atentados mais abomináveis são os cometidos

contra a religião²⁸. Entre os antigos germanos, apenas dois crimes eram punidos com a morte, segundo Tácito: a traição e a deserção²⁹. Segundo Confúcio e Meng-Tseu, a impiedade é falta maior que o assassinato³⁰. No Egitto, o menor sacrilégio é punido com a morte³¹. Em Roma, no topo da escala da criminalidade se encontra o *crimen perduellionis*³².

Mas, então, que são essas penas privadas cujos exemplos relatávamos mais acima? Elas têm uma natureza mista e estão ligadas, ao mesmo tempo, à sanção repressiva e à sanção restitutiva. Assim, o delito privado do direito romano representa uma espécie de intermediário entre o crime propriamente dito e a lesão puramente civil. Ele possui traços de ambos e flutua sobre os confins dos dois domínios. É um delito no sentido de que a sanção fixada pela lei não consiste simplesmente em restaurar as coisas; o delinqüente não é apenas obrigado a reparar o prejuízo que causou, mas deve algo mais, uma expiação. No entanto, não é exatamente um delito, pois, se é a sociedade que pronuncia a pena, não é ela que deve aplicar a pena. É um direito que ela confere à parte lesada, que é a única a dispor livremente dele³³. Do mesmo modo, a *vendetta* é, evidentemente, um castigo que a sociedade reconhece como legítimo, mas que deixa aos cuidados dos particulares infligir. Portanto, esses fatos apenas confirmam o que dissemos sobre a natureza da penalidade. Se essa espécie de sanção intermediária é, em parte, uma coisa privada, na mesma medida não é uma pena. Seu caráter penal é tanto menos pronunciado, quanto mais apagado é o caráter social, e vice-versa. Portanto, a vingança privada está longe de ser o protótipo da pena; ao contrário, ela nada mais é que uma pena imperfeita. Longe dos atentados contra as pessoas terem sido os primeiros a ser reprimidos, a princípio eles se encontram ape-

nas no limiar do direito penal. Só se elevaram na escala da criminalidade na medida em que a sociedade se apossou mais completamente deles, e essa operação, que não nos cabe descrever, decerto não se reduziu a uma simples transferência. Muito ao contrário, a história dessa penalidade nada mais é que uma série contínua de intromissões da sociedade nas atribuições do indivíduo, ou, antes, dos grupos elementares que ela encerra em seu seio, e o resultado dessas intromissões é colocar cada vez mais no lugar do direito dos particulares aquele da sociedade³⁴.

Mas as características precedentes pertencem tanto à repressão difusa, que sucede às ações simplesmente imorais, quanto à repressão legal. O que distingue esta última é, como dissemos, o fato de ser organizada; mas em que consiste essa organização?

Quando pensamos no direito penal tal como funciona em nossas sociedades atuais, imaginamos um código em que penas bem definidas são atribuídas a crimes igualmente definidos. O juiz dispõe, sim, de certa latitude para aplicar a cada caso particular essas disposições gerais; mas, em suas linhas essenciais, a pena é predeterminada para cada categoria de atos defeituosos. No entanto, essa sábia organização não é constitutiva da pena, pois há muitas sociedades em que esta existe sem ser fixada de antemão. Há na Bíblia inúmeras proibições que não poderiam ser mais imperativas e que, no entanto, não são sancionadas por nenhum castigo expressamente formulado. Não obstante, seu caráter penal não dá margem a dúvidas, pois, se os textos são mudos sobre a pena, ao mesmo tempo exprimem tamanho horror pelo ato proibido que não se pode suspeitar um só instante que ele permanecesse impune³⁵. Temos, pois, razão de crer

que esse silêncio da lei se deve simplesmente a que a repressão não era determinada. De fato, muitos relatos do Pentateuco nos ensinam que havia atos cujo valor criminoso era inconteste e cuja pena só era estabelecida pelo juiz que a aplicava. A sociedade sabia muito bem que se encontrava em presença de um crime; mas a sanção penal que devia ser vinculada a ele ainda não era definida³⁶. Além disso, mesmo entre as penas que são enunciadas pelo legislador, muitas há que não são especificadas com precisão. Assim, sabemos que havia diferentes sortes de suplicios que não eram postos em pé de igualdade; no entanto, num grande número de casos, os textos fazem apenas da morte de maneira geral, sem dizerem que gênero de morte devia ser infligido. Segundo Sumner Maine, o mesmo acontecia na Roma primitiva; os *crimina* eram perseguidos diante da assembléia do povo, que fixava soberanamente a pena por uma lei, ao mesmo tempo que estabelecia a realidade do fato incriminado³⁷. De resto, mesmo até o século XVI, o princípio geral da penalidade "é que sua aplicação era deixada ao arbítrio do juiz, *arbitrio et officio judicis*... Mas não é permitido ao juiz inventar penas diversas das que são de uso"³⁸. Outro efeito desse poder do juiz era fazer depender inteiramente de sua apreciação até mesmo a qualificação do ato criminoso, que, por conseguinte, era ela mesma indeterminada³⁹.

Portanto, não é na regulamentação da pena que consiste a organização distintiva desse gênero de repressão. Tampouco é na instituição de um procedimento criminal: os fatos que acabamos de citar demonstram bastante claramente que ela faltou por muito tempo. A única organização que se encontra onde quer que haja pena propriamente dita reduz-se, pois, ao estabelecimento de um tribunal. Como quer que este seja composto, quer com-

preenda todo o povo ou apenas uma elite, quer siga ou não um procedimento regular, tanto na instrução da causa como na aplicação da pena, pelo simples fato de que a infração, em vez de ser julgada por cada um, é submetida à apreciação de um corpo constituído, pelo simples fato de ter como intermediário um órgão definido, a reação coletiva deixa de ser difusa: passa a ser organizada. A organização poderá ser mais completa, mas desde esse momento existe.

A pena consiste, pois, essencialmente, numa reação passional, de intensidade graduada, que a sociedade exerce por intermédio de um corpo constituído contra aqueles de seus membros que violaram certas regras de conduta.

Ora, a definição que demos do crime explica facilmente todas essas características da pena.

III

Todo estado forte da consciência é uma fonte de vida, é um fator essencial de nossa vitalidade geral. Por conseguinte, tudo o que tende a enfraquecê-lo nos diminui e nos deprime; resulta daí uma impressão de confusão e de mal-estar análoga à que sentimos quando uma função importante é suspensa ou retardada. É inevitável, pois, que reajamos energicamente contra a causa que nos ameaça com tal diminuição, que nos esforcemos por afastá-la, a fim de mantermos a integridade de nossa consciência.

No primeiro plano das causas que produzem esse resultado, devemos colocar a representação de um estado contrário. Uma representação não é, com efeito, uma simples imagem da realidade, uma sombra inerte projetada em nós pelas coisas, mas uma força que ergue a seu redor todo um turbilhão de fenômenos orgânicos e psi-

quicos. Não somente a corrente nervosa que acompanha a ideiação se irradia nos centros corticais em torno do ponto em que se originou e passa de um plexo a outro, mas ressoa nos centros motores, onde determina movimentos, nos centros sensoriais, onde desperta imagens, excita por vezes começos de ilusões e pode até afetar as funções vegetativas⁴⁰; esse ressoar é tanto mais considerável quanto mais intensa for a própria representação, quanto mais desenvolvido for o seu elemento emocional. Assim, a representação de um sentimento contrário ao nosso age em nós no mesmo sentido e da mesma maneira que o sentimento que ela substitui; é como se ele mesmo tivesse entrado em nossa consciência. Ela tem, de fato, as mesmas afinidades, embora menos vivas; ela tende a despertar as mesmas idéias, os mesmos movimentos, as mesmas emoções. Ela opõe, pois, uma resistência ao jogo de nosso sentimento pessoal e, por conseguinte, o debilita, atraindo numa direção contrária toda uma parte de nossa energia. É como se uma força estranha se houvesse introduzido em nós, de modo a desconcertar o livre funcionamento de nossa vida psíquica. Eis por que uma convicção oposta à nossa não pode se manifestar em nossa presença sem nos perturbar: é que, ao mesmo tempo, ela penetra em nós e, encontrando-se em antagonismo com tudo o que em nós encontra, determina verdadeiras desordens. Sem dúvida, enquanto o conflito só se manifesta entre idéias abstratas, nada há de muito doloroso, pois nada há de muito profundo. A região dessas idéias é, ao mesmo tempo, a mais elevada e a mais superficial da consciência, e as mudanças que nela sobrevêm, não tendo repercussões extensas, afetam-nos apenas debilmente. No entanto, quando se trata de uma crença que nos é cara, não permitimos e não podemos permitir que seja impunemente ofendida. Toda ofensa di-

rígida contra ela suscita uma reação emocional, mais ou menos violenta, que se volta contra o ofensor. Nós nos arrebatamos, nos indignamos contra ele, ficamos com raiva, e os sentimentos assim provocados não podem deixar de se traduzir por atos; fugimos dele, mantemo-lo à distância, banimo-lo de nossa companhia, etc.

Sem dúvida, não pretendemos que toda convicção forte seja necessariamente intolerante; a observação corrente basta para demonstrar o contrário. Mas isso porque as causas externas neutralizam, então, aquelas cujos efeitos acabamos de analisar. Por exemplo, pode haver entre os adversários uma simpatia geral que contenha seu antagonismo e o atenua. Mas é preciso que essa simpatia seja mais forte do que esse antagonismo, de outro modo não sobrevive a ele. Ou, então, as duas partes em presença renunciam à luta, quando fica claro que esta é incapaz de levar ao que quer que seja, e se contentam com manter suas respectivas situações, toleram-se mutuamente, não podendo entredestruir-se. A tolerância recíproca que por vezes encerra as guerras religiosas costuma ser dessa natureza. Em todos esses casos, se o conflito dos sentimentos não engendra suas conseqüências naturais, não é porque não as contenha, é porque é impedido de produzi-las.

Aliás, elas são úteis ao mesmo tempo que necessárias. Além de derivarem forçosamente das causas que as produzem, elas contribuem para mantê-las. Todas essas emoções violentas constituem, na realidade, uma convocação de forças suplementares que vêm restituir ao sentimento atacado a energia que a contradição lhe retira. Foi dito, algumas vezes, que a cólera era inútil, por ser tão só uma paixão destrutiva, mas isso é vê-la apenas sob um de seus aspectos. De fato, ela consiste numa sobreex-citação de forças latentes e disponíveis que vêm ajudar nosso sentimento pessoal a encarar os perigos, reforçan-

do-as. No estado de paz, se assim podemos falar, esse sentimento não se encontra suficientemente armado para a luta e poderia, portanto, sucumbir, se reservas passionais não entrassem em ação no momento necessário; a cólera nada mais é que uma mobilização dessas reservas. Pode até acontecer que, se o socorro assim evocado supera as necessidades, a discussão tenha por efeito fortalecer-nos ainda mais em nossas convicções, longe de nos abalar.

Ora, sabe-se que grau de energia pode alcançar uma crença ou um sentimento, pelo simples fato de serem sentidos por uma comunidade de homens em relação uns com os outros; as causas desse fenômeno são hoje bem conhecidas⁴¹. Do mesmo modo que estados de consciência contrários se enfraquecem reciprocamente, estados de consciência idênticos, intercambiando-se, fortalecem-se uns aos outros. Enquanto os primeiros se subtraem, os segundos se adicionam. Se alguém exprime diante de nós uma idéia que já era nossa, a representação que fazemos dela vem se somar à nossa própria idéia, superpor-se a ela, confundir-se com ela, comunica-lhe o que ela própria tem de vitalidade; dessa fusão sai uma nova idéia, que absorve as precedentes e, em conseqüência, é mais viva do que cada uma delas considerada isoladamente. Eis por que, nas assembléias numerosas, uma emoção pode adquirir tamanha violência: é que a vivacidade com a qual ela se produz em cada consciência ressoa em todas as demais. Não é sequer necessário que já sintamos por nós mesmos, em virtude apenas de nossa natureza individual, um sentimento coletivo, para que ele adquira em nós tamanha intensidade; porque o que a ele acrescentamos é, em suma, bem pouca coisa. Basta que não sejamos um terreno demasiado refratário para que, penetrando do exterior com a força que traz de suas origens, imponha-se a nós. Portanto, dado que os sentimen-

tos que o crime ofende são, no seio de uma mesma sociedade, os mais universalmente coletivos possível, por serem inclusive estados particularmente fortes da consciência comum, é impossível que tolerem a contradição. Se, sobretudo, essa contradição não for puramente teórica, se ela se afirmar não apenas por palavras, mas também por atos, sendo então levada a seu auge, não poderemos deixar de nos elevar apaixonadamente contra ela. Uma simples restauração da ordem perturbada não seria capaz de nos bastar: precisamos de uma satisfação mais violenta. A força contra a qual o crime vem se chocar é demasiado intensa para reagir com tanta moderação. Aliás, ela não poderia fazê-lo sem se enfraquecer, porque é graças à intensidade da reação que ela se recupera e se mantém no mesmo grau de energia.

Pode-se explicar, assim, um caráter dessa reação que foi freqüentemente assinalado como sendo irracional. É certo que, no fundo da noção de expiação, há a idéia de uma satisfação concedida a alguma força, real ou ideal, que nos é superior. Quando reclamamos a repressão do crime, não é a nós que queremos pessoalmente vingar, mas a algo sagrado que sentimos de maneira mais ou menos confusa, fora e acima de nós. Esse algo, nós o concebemos de maneiras diferentes segundo os tempos e os ambientes; às vezes, é uma simples idéia, como a moral, o dever; mais freqüentemente, representamo-lo sob a forma de um ou vários seres concretos: os ancestrais, a divindade. Aí está por que o direito penal não só é essencialmente religioso, em sua origem, como também guarda sempre certa marca de religiosidade: os atos que ele castiga parecem ser atentos contra algo transcendental, ser ou conceito. É por essa mesma razão que explicamos a nós mesmos como eles nos parecem reclamar uma sanção superior à sim-

ples reparação com que nos contentamos na ordem dos interesses puramente humanos.

Seguramente, essa representação é ilusória; em certo sentido, somos nós mesmos que nos vingamos, nós que nos satisfazemos, pois é em nós e apenas em nós que se encontram os sentimentos ofendidos. Mas essa ilusão é necessária. Como, em consequência da sua origem coletiva, da sua universalidade, da sua permanência no tempo, da sua intensidade intrínseca, esses sentimentos têm uma força excepcional, eles se separam radicalmente do resto da nossa consciência, cujos estados são muito mais frágeis. Eles nos dominam, têm, por assim dizer, algo de sobre-humano e, ao mesmo tempo, nos prendem a objetos que se encontram fora da nossa vida temporal. Apresentam-se, portanto, a nós como o eco em nós de uma força que nos é estranha e que, ademais, é superior à que somos. Necessitamos, assim, projetá-los fora de nós, relacionar a algum objeto exterior o que lhes diz respeito; sabemos, hoje, como se fazem essas alienações parciais da personalidade. Essa miragem é tão inevitável que, sob uma forma ou outra, ela se produzirá enquanto houver um sistema repressivo. Porque, para que fosse de outro modo, seria necessário que existissem em nós apenas sentimentos coletivos de uma intensidade medíocre — e, nesse caso, não haveria mais pena. Alguém dirá que o erro se dissipará por si mesmo, assim que os homens dele tomarem consciência. Mas, apesar de sabermos que o sol é um globo imenso, sempre o vemos sob o aspecto de um disco de algumas polegadas. O entendimento pode nos ensinar a interpretar nossas sensações, mas não pode mudá-las. De resto, o erro é apenas parcial. Uma vez que esses sentimentos são coletivos, não é a nós que eles representam em nós, mas à sociedade. Portanto, vingando-os, é ela e não nós mesmos que vingamos; e, por

outro lado, ela é algo superior ao indivíduo. Portanto, é erradamente que se ataca esse caráter quase religioso da expiação para fazer dela uma espécie de redundância parasitária. Ao contrário, ele é um elemento integrante da pena. Sem dúvida, ele exprime a natureza de maneira apenas metafórica, mas a metáfora não é desprovida de verdade.

Por outro lado, compreende-se que a reação penal não seja uniforme em todos os casos, pois as emoções que a determinam nem sempre são as mesmas. Elas são, de fato, mais ou menos vivas segundo a vivacidade do sentimento ofendido e, também, segundo a gravidade da ofensa sofrida. Um estado forte reage mais que um estado fraco, e dois estados de mesma intensidade reagem desigualmente conforme sejam mais ou menos violentamente contraditos. Essas variações se produzem necessariamente e, além disso, elas são úteis, pois é bom que o apelo de forças seja proporcional à magnitude do perigo. Fraco demais, ele seria insuficiente; violento demais, teria uma perda inútil. Já que a gravidade do ato criminoso varia em função dos mesmos fatores, a proporcionalidade que observamos em toda parte entre o crime e o castigo se estabelece, pois, com uma espontaneidade mecânica, sem que seja necessário fazer sábias suputações para calculá-la. O que faz a graduação dos crimes é também o que faz a das penas; por conseguinte, as duas escalas não podem deixar de se corresponder, e essa correspondência, por ser necessária, não deixa, ao mesmo tempo, de ser útil.

Quanto ao caráter social dessa reação, ele deriva da natureza social dos sentimentos ofendidos. Dado que estes se encontram em todas as consciências, a infração cometida provoca, em todos os que a testemunham ou que

sabem da sua existência, uma mesma indignação. Todo o mundo é atingido, logo todo o mundo se eleva contra o ataque. A reação não só é geral, como é coletiva, o que não é a mesma coisa; ela não se produz isoladamente em cada um, mas com um conjunto e uma unidade, variáveis, por sinal, conforme os casos. De fato, do mesmo modo que sentimentos contrários se repelem, sentimentos semelhantes se atraem, e isso com tanto maior força quanto mais forem intensos. Como a contradição é um perigo que os exaspera, ela amplifica sua força de atração. Nunca se sente tanto a necessidade de rever seus compatriotas como quando se está no estrangeiro; nunca o crente se sente tão fortemente ligado a seus correligionários como nas épocas de perseguição. Sem dúvida, apreciamos em qualquer tempo a companhia dos que pensam e sentem como nós; mas é com paixão, e não mais apenas com prazer, que a buscamos ao sairmos de discussões em que nossas crenças comuns foram vivamente combatidas. Portanto, o crime aproxima as consciências honestas e as concentra. Basta ver o que se produz, sobretudo numa pequena cidade, quando algum escândalo moral acaba de ser cometido. As pessoas se param na rua, se visitam, encontram-se nos lugares combinados para falar do acontecimento e se indignam em comum. De todas essas impressões similares que se trocam, de todas as cóleras que se exprimem, desprende-se uma cólera única, mais ou menos determinada, conforme o caso, que é a de todo o mundo sem ser a de ninguém em particular. É a cólera pública.

Só ela, aliás, pode servir para alguma coisa. Com efeito, os sentimentos que estão em jogo extraem toda a sua força do fato de serem comuns a todo o mundo, são enérgicos por serem incontestes. O que causa o respeito particular de que são objeto é o fato de serem universal-

mente respeitados. Ora, o crime só é possível se esse respeito não for verdadeiramente universal; por conseguinte, ele implica que esses sentimentos não são absolutamente coletivos e compromete essa unanimidade, fonte de sua autoridade. Portanto, se, quando o crime se produz, as consciências que ele ofende não se unissem para se atestar que permanecem em comunhão, que esse caso particular é uma anomalia, elas não poderiam deixar de ser abaladas a longo prazo. Mas é preciso que elas se reconfortem, garantindo-se mutuamente que estão sempre em unísono; o único meio para isso é reagirem em comum. Numa palavra, já que é a consciência comum que é atingida, cumpre também que seja ela que resista e que, por conseguinte, a resistência seja coletiva.

Falta dizer por que ela se organiza.

Explicar-nos-emos essa última característica se observarmos que a repressão organizada não se opõe à repressão difusa, mas distingue-se desta apenas por diferenças de graus: na primeira a reação tem maior unidade. Ora, a maior intensidade e a natureza mais definida dos sentimentos que a pena propriamente dita vinga explicam com facilidade essa unificação mais perfeita. De fato, se o estado negado for fraco ou negado apenas debilmente, só poderá determinar uma fraca concentração das consciências ultrajadas; ao contrário, se for forte, se a ofensa for grave, todo o grupo atingido se contrai diante do perigo e se agrupa, por assim dizer, em si mesmo. Já não se contentam com trocar impressões quando têm oportunidade de fazê-lo, com se aproximarem aqui e ali seguindo os acasos ou a maior comodidade dos encontrados, mas a emoção que foi crescendo pouco a pouco impõe violentamente, uns em direção aos outros, todos os que se assemelham e os reúne num mesmo lugar. Essa

concentração material do agregado, ao tornar mais íntima a penetração mútua dos espíritos, também torna mais fáceis todos os movimentos de conjunto; as reações emocionais, de que cada consciência é o teatro, se encontram, pois, nas condições mais favoráveis para se unificar. No entanto, se elas fossem demasiado diversas, seja em quantidade, seja em qualidade, seria impossível uma função completa entre esses elementos parcialmente heterogêneos e irreduzíveis. Mas nós sabemos que os sentimentos que as determinam são muito definidos e, por conseguinte, muito uniformes. Elas participam, pois, da mesma uniformidade e, por conseguinte, vêm naturalmente perceber-se umas nas outras, confundir-se numa resultante única que lhes serve de substituta e que é exercida, não por cada um isoladamente, mas pelo corpo social assim constituído.

Muitos fatos tendem a provar que foi essa, historicamente, a gênese da pena. Sabe-se, de fato, que, originalmente, era a assembléia de todo o povo que exercia a função de tribunal. Se o leitor se reportar aos exemplos que citávamos há pouco a partir do Pentateuco⁴², verá as coisas acontecerem como acabamos de descrevê-las. Desde que a notícia do crime se difunde, o povo se reúne e, muito embora a pena não seja predeterminedada, a reação se faz com unidade. Era inclusive, em certos casos, o próprio povo que executava coletivamente a sentença logo depois de tê-la pronunciado⁴³. Depois, onde a assembléia se encarnou na pessoa de um chefe, este se tornou totalmente, ou em parte, órgão da reação penal, e a organização prosseguiu em conformidade com as leis gerais de todo desenvolvimento orgânico.

Portanto, é bem a natureza dos sentimentos coletivos que explica a pena e, por conseguinte, o crime. Adeus, mais, vê-se de novo que o poder de reação de que as

funções governamentais dispõem, uma vez que fizeram sua aparição, nada mais é que uma emanção do poder que está difuso na sociedade, pois é dele que nasce. Um nada mais é que o reflexo do outro; a extensão do primeiro varia de acordo com a do segundo. Acrescentemos, aliás, que a instituição desse poder serve para manter a própria consciência comum, porque ela se debilitaria se o órgão que a representa não compartilhasse o respeito que ela inspira e a autoridade particular que ela exerce. Ora, ele não pode compartilhar sem que todos os atos que o ofendem sejam reprimidos e combatidos, assim como os que ofendem a consciência coletiva, e isso mesmo que ela não seja diretamente afetada por eles.

IV

Assim, a análise da pena confirmou nossa definição do crime. Começamos estabelecendo, de forma indutiva, que este consistia essencialmente num ato contrário aos estados fortes e definidos da consciência comum; acabamos de ver que todas as características da pena derivam, de fato, dessa natureza do crime. Portanto, isso acontece porque as regras que ela sanciona exprimem as similitudes sociais mais essenciais.

Vê-se, assim, que espécie de solidariedade o direito penal simboliza. Todo o mundo sabe, de fato, que existe uma coesão social cuja causa está numa certa conformidade de todas as consciências particulares a um tipo comum que não é outro senão o tipo psíquico da sociedade. Com efeito, nessas condições, não só todos os membros do grupo são individualmente atraídos uns pelos outros, por se assemelharem, mas também são apegados ao que é a condição de existência desse tipo coletivo, is-

to é, a sociedade que formam por sua reunião. Não apenas os cidadãos se amam e se procuram entre si, preferindo-se aos estrangeiros, mas amam sua pátria. Eles a querem como querem a si mesmos, desejam que ela dure e prospere, porque, sem ela, há toda uma parte da sua vida psíquica cujo funcionamento seria entravado. Inversamente, a sociedade deseja que eles apresentem todas essas semelhanças fundamentais, porque se trata de uma condição de sua coesão. Há em nós duas consciências: uma contém apenas estados que são pessoais a cada um de nós e nos caracterizam, ao passo que os estados que a outra compreende são comuns a toda a sociedade⁴⁴. A primeira representa apenas nossa personalidade individual e a constitui; a segunda representa o tipo coletivo e, por conseguinte, a sociedade sem a qual ele não existiria. Quando é um dos elementos desta última que determina nossa conduta, não agimos tendo em vista o nosso interesse pessoal, mas perseguimos finalidades coletivas. Ora, embora distintas, essas duas consciências são ligadas uma à outra, pois, em suma, elas constituem uma só coisa, tendo para as duas um só e mesmo substrato orgânico. Logo, elas são solidárias. Daí resulta uma solidariedade *sui generis* que, nascida das semelhanças, vincula diretamente o indivíduo à sociedade; poderemos mostrar melhor, no próximo capítulo, por que propomos chamá-la mecânica. Essa solidariedade não consiste apenas num apego geral e indeterminado do indivíduo ao grupo, mas também torna harmônico o detalhe dos movimentos. De fato, como são os mesmos em toda parte, esses móveis coletivos produzem em toda parte os mesmos efeitos. Por conseguinte, cada vez que entram em jogo, as vontades se movem espontaneamente e em conjunto no mesmo sentido.

É essa solidariedade que o direito repressivo exprime, pelo menos no que ela tem de vital. De fato, os atos

que ele proíbe e qualifica de crimes são de dois tipos: ou manifestam diretamente uma dessemelhança demasiado violenta contra o agente que as realiza e o tipo coletivo, ou ofendem o órgão da consciência comum. Num caso como no outro, a força que é chocada pelo crime e que o reprime é, portanto, a mesma; ela é um produto das similitudes sociais mais essenciais e tem por efeito manter a coesão social que resulta dessas similitudes. É essa força que o direito penal protege contra qualquer debilitamento, ao mesmo tempo exigindo de cada um de nós um mínimo de semelhanças, sem as quais o indivíduo seria uma ameaça para a unidade do corpo social, e impondo-nos o respeito ao símbolo que exprime e resume essas semelhanças, ao mesmo passo que as garante.

Explica-se, assim, porque certos atos foram considerados criminosos e punidos como tais sem que, por si mesmos, sejam maléficis para a sociedade. De fato, do mesmo modo que o tipo individual, o tipo coletivo formou-se sob o império de causas muito diversas, e até de encontros fortuitos. Produto do desenvolvimento histórico, ele traz a marca de circunstâncias de toda sorte que a sociedade atravessou em sua história. Portanto, seria mi-lagroso se tudo o que nela se encontra fosse ajustado a algum fim útil; mas não é possível que não se tenham introduzido nela elementos mais ou menos numerosos, que não têm relação alguma com a utilidade social. Entre as inclinações, as tendências, que o indivíduo recebeu de seus ancestrais ou que formou em seu percurso, muitas certamente ou não servem para nada, ou custam mais do que rendem. Sem dúvida, a maioria delas não poderia ser prejudicial, pois, nessas condições, o ser não poderia viver, mas algumas há que se mantêm sem ser úteis, e aquelas mesmas cujos serviços são os mais incontestes muitas vezes têm uma intensidade desproporcional à sua

utilidade, porque essa intensidade provém em parte de outras causas. O mesmo vale para as paixões coletivas. Todos os atos que as ofendem não são, portanto, perigosos em si mesmos, ou, pelo menos, não são tão perigosos quanto reprovados. No entanto, a reprovação de que são objeto não deixa de ter uma razão de ser, porque, qual-quer que seja a origem desses sentimentos, uma vez que fazem parte do tipo coletivo e, sobretudo, se são elementos essenciais deste, tudo o que contribui para abalá-los abala, com isso, a coesão social e compromete a sociedade. Não era em absoluto útil que nascessem; mas, uma vez que duraram, torna-se necessário que persistam, apesar da sua irracionalidade. Eis por que é bom, em geral, que os atos que os ofendem não sejam tolerados. Sem dúvida, raciocinando no abstrato, pode-se muito bem demonstrar que não há motivo para que uma sociedade proíba comer esta ou aquela carne, por si mesma inofensiva. Mas, uma vez que se tornou parte integrante da consciência comum, o horror a esse alimento não pode desaparecer sem que o vínculo social se distenda, e é isso que as consciências sadias sentem obscuramente⁴⁵.

O mesmo se dá com a pena. Muito embora proceda de uma reação totalmente mecânica, de movimentos passionais e em grande parte irrefletidos, ela não deixa de desempenhar um papel útil. Mas esse papel não está onde costumava ser visto. A pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; desse duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em todo caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum. Negada de maneira tão categórica, esta perderia necessariamente parte de sua energia, se uma reação emocional da comunidade não viesse compensar essa perda, e

daí resultaria um relaxamento da solidariedade social. Portanto, é necessário que ela se afirme com vigor no momento em que for contradita, e o único meio de se afirmar é exprimir a aversão unânime, que o crime contém a inspirar, mediante um ato autêntico que só pode consistir numa dor infligida ao agente. Assim, ao mesmo tempo em que é um produto necessário das causas que a geram, essa dor não é uma crueldade gratuita. É o sinal a atestar que os sentimentos são sempre coletivos, que a comunhão dos espíritos na mesma fé permanece íntegra e, com isso, repara o mal que o crime fez à sociedade. Eis por que tem-se razão de dizer que o criminoso deve sofrer proporcionalmente a seu crime, eis por que as teorias que recusam à pena qualquer caráter expiatório parecem, para tantos espíritos, subversivas da ordem social. É que, de fato, essas doutrinas só poderiam ser praticadas numa sociedade em que toda e qualquer consciência comum fosse quase abolida. Sem essa satisfação necessária, o que se chama consciência moral não poderia ser conservado. Pode-se dizer, portanto, sem paradoxo, que o castigo é sobretudo destinado a agir sobre as pessoas honestas, pois, visto que serve para curar os ferimentos provocados nos sentimentos coletivos, só pode ter esse papel onde esses sentimentos existem e na medida em que são vivos. Sem dúvida, prevenindo nos espíritos já abalados um novo debilitamento da alma coletiva, o castigo pode muito bem impedir que os atentados se multipliquem; mas esse resultado, útil de resto, nada mais é que um reflexo particular. Numa palavra, para se ter uma idéia exata da pena, é preciso reconciliar as duas teorias contrárias que foram oferecidas para ela: a que vê nela uma expiação e a que faz dela uma arma de defesa social. Com efeito, é certo que a pena tem como função proteger a sociedade, mas isso porque é expiatória; e, por outro lado, se ela de-

ve ser expiatória, não é porque, em consequência de não sei que virtude mística, a dor redima a falta, mas porque a pena só pode produzir seu efeito socialmente útil sob essa necessária condição⁴⁶.

Resulta deste capítulo que existe uma solidariedade social proveniente do fato de que certo número de estados de consciência são comuns a todos os membros da mesma sociedade. É ela que o direito repressivo figura materialmente, pelo menos no que ela tem de essencial. O papel que ela representa na integração geral da sociedade depende, evidentemente, da maior ou menor extensão da vida social que a consciência comum abraça e regulamenta. Quanto mais houver relações diversas em que esta última faz sentir sua ação, mais ela cria vínculos que ligam o indivíduo ao grupo; e mais, por conseguinte, a coesão social deriva completamente dessa causa e traz a sua marca. Contudo, por outro lado, o número dessas relações é ele mesmo proporcional ao das regras repressivas; determinando que fração do aparelho jurídico representa o direito penal, mediremos, portanto, ao mesmo tempo, a importância relativa dessa solidariedade. É verdade que, procedendo dessa maneira, não levaremos em conta certos elementos da consciência coletiva que, por causa de sua menor energia ou de sua indeterminação, permanecem estranhos ao direito repressivo, ao mesmo tempo em que contribuem para garantir a harmonia social; são aqueles que são protegidos por penas simplesmente difusas. O mesmo vale, porém, para as outras partes do direito. Não há nenhuma delas que não seja completada por usos e costumes, e, como não há razão de supor que a relação entre o direito e os costumes não seja a mesma nessas diferentes esferas, essa eliminação não corre o risco de alterar os resultados da nossa comparação.

CAPÍTULO III

A SOLIDARIEDADE DEVIDA À DIVISÃO DO TRABALHO OU ORGÂNICA

I

A própria natureza da sanção restitutiva basta para mostrar que a solidariedade social a que esse direito corresponde é de uma espécie bem diferente.

O que distingue essa sanção é que ela não é expiatória, mas se reduz a uma simples *restauração*. Um sofrimento proporcional a seu malefício não é infligido a quem violou o direito ou o menospreza; este é simplesmente condenado a submeter-se a ele. Se já há fatos consumados, o juiz os restabelece tal como deveriam ter sido. Ele enuncia o direito, não enuncia as penas. As indenizações por perdas e danos não têm caráter penal, são somente um meio de voltar ao passado para restituí-lo, na medida do possível, sob sua forma normal. Tarde acreditou, é verdade, encontrar uma espécie de penalidade civil na condenação aos custos, que são sempre arcaídos pela parte que perde a causa¹. Mas, tomada nesse sentido, essa palavra passa a ter apenas um valor metafó-

rico. Para que houvesse pena, seria necessário pelo menos que houvesse alguma proporção entre o castigo e a falta, e, para tanto, seria necessário que o grau de gravidade desta última fosse seriamente estabelecido. Ora, de fato, quem perde o processo paga as custas, mesmo que suas intenções fossem puras, mesmo que só fosse culpado de ignorância. Os motivos dessa regra parecem ser outros, portanto: dado que a justiça não é ministrada gratuitamente, parece equitativo que as despesas sejam arcadas por aquele que as ocasionou. É possível, aliás, que a perspectiva dessas despesas detenha o demandista temeroso à ruína que, de ordinário, acompanha a preguiça ou a negligência pode tomar o negociante ativo e aplicado, mas a ruína não é, no sentido próprio da palavra, a sanção penal de suas faltas.

A inobservância dessas regras sequer é punida por uma pena difusa. O pleiteante que perdeu seu processo não é humilhado, sua honra não é enodada. Podemos até imaginar que essas regras sejam diferentes do que são, sem que isso nos revolte. A idéia de que o assassinato possa ser tolerado nos indigna, mas aceitamos muito bem que o direito sucessório seja modificado, e muitos até concebem que ele possa ser suprimido. É pelo menos um problema que não nos recusamos a discutir. Do mesmo modo, admitimos sem dificuldade que o direito das servidões ou o direito dos usufrutos seja organizado de outra maneira, que as obrigações do vendedor e do comprador sejam determinadas de outro modo, que as funções administrativas sejam distribuídas de acordo com outros princípios. Como essas prescrições não correspondem, em nós, a nenhum sentimento e como, em geral, não conhecemos cientificamente suas razões de ser, pois essa ciência não é feita, elas não têm raízes na maioria de nós.

Sem dúvida, existem exceções. Não toleramos a idéia de que um compromisso contrário aos costumes ou obtido quer pela violência, quer pela fraude, possa vincular os contratantes. Por isso, quando se encontra em presença de casos desse gênero, a opinião pública se mostra menos indiferente do que dizíamos há pouco e agrava com sua crítica a sanção legal. É que os diferentes domínios da vida moral não estão radicalmente separados uns dos outros; ao contrário, eles são contínuos e, por conseguinte, há entre eles regiões limítrofes em que se encontram ao mesmo tempo características diferentes. No entanto, a proposição precedente permanece verdadeira na grande maioria dos casos. É a prova de que as regras com sanção restitutiva ou não fazem em absoluto parte da consciência coletiva, ou são apenas estados fracos desta. O direito repressivo corresponde ao que é o cerne, o centro da consciência comum; as regras puramente morais já são uma parte menos central; enfim, o direito restitutivo tem origem em regiões bastante excêntricas e se estende muito além daí. Quanto mais se torna ele mesmo, mais se afasta.

Essa característica, aliás, é tornada manifesta pela maneira como funciona. Enquanto o direito repressivo tende a permanecer difuso na sociedade, o direito restitutivo cria órgãos cada vez mais especiais: tribunais consulares, tribunais trabalhistas, tribunais administrativos de toda sorte. Mesmo em sua parte mais geral, a saber, o direito civil, ele só entra em exercício graças a funcionários particulares: magistrados, advogados, etc., que se tornaram aptos a esse papel graças a uma cultura toda especial.

Mas, conquanto estejam mais ou menos fora da consciência coletiva, essas regras não dizem respeito apenas aos particulares. Se assim fosse, o direito restitutivo nada teria em comum com a solidariedade social, pois as

relações que regula ligariam os indivíduos uns aos outros sem vinculá-los à sociedade. Seriam simples acontecimentos da vida privada, como são, por exemplo, as relações de amizade. Mas a sociedade não está ausente dessa esfera da vida jurídica, muito ao contrário. É verdade que, em geral, ela não intervém por si mesma e por sua iniciativa; ela tem de ser solicitada pelos interessados. Mas por ser provocada, sua intervenção não deixa de ser uma engrenagem essencial do mecanismo, pois é apenas ela que o faz funcionar. É ela que diz o direito por intermédio de seus representantes.

Sustentou-se, contudo, que esse papel nada tinha de propriamente social, mas se reduzia ao de conciliador dos interesses privados; que, por conseguinte, qualquer particular poderia desempenhá-lo e que, se a sociedade dele se encarregava, era unicamente por motivos de comodidade. No entanto, nada é mais inexacto do que fazer da sociedade uma espécie de árbitro entre as partes. Quando ela é chamada a intervir, não é para acordar interesses individuais; ela não procura a solução mais vantajosa para os adversários e não lhes propõe compromissos, mas aplica ao caso particular que lhe é submetido as regras gerais e tradicionais do direito. Ora, o direito é uma coisa social por excelência e tem um objeto bem diferente do interesse dos litigantes. O juiz que examina um pedido de divórcio não se preocupa em saber se essa separação é verdadeiramente desejável para os esposos, mas se as causas invocadas se enquadram numa das categorias previstas pela lei.

Todavia, para apreciar devidamente a importância da ação social, é preciso observá-la não apenas no momento em que a sanção se aplica, em que a relação perturbada é restabelecida, mas também quando ela se institui.

De fato, ela é necessária seja para fundar, seja para modificar inúmeras relações jurídicas que esse direito rege e que o consentimento dos interessados não basta nem para criar, nem para mudar. São essas, notadamente, as que dizem respeito ao estado das pessoas. Contudo, o casamento seja um contrato, os esposos não podem nem estabelecê-lo, nem rescindi-lo a seu bel-prazer. O mesmo se dá com todas as outras relações domésticas e, com maior razão, com todas aquelas que o direito administrativo regulamenta. É verdade que as obrigações propriamente contratuais podem se fazer e se desfazer pelo simples acordo das vontades. Mas não se deve esquecer que, se o contrato tem o poder de ligar, é a sociedade que lhe confere esse poder. Suponham que ela não sancione as obrigações contratadas; estas se tornariam simples promessas sem mais nenhuma autoridade moral². Portanto, todo contrato pressupõe que, por trás das partes que o estabelecem, há a sociedade pronta para intervir a fim de fazer respeitar os compromissos assumidos; por isso, ela só presta essa força obrigatória aos contratos que, por si mesmos, têm um valor social, isto é, que são conformes às regras do direito. Veremos inclusive que, por vezes, sua intervenção é ainda mais positiva. Portanto, ela está presente em todas as relações que o direito restitutivo determina, inclusive naquelas que parecem o mais completamente privadas, e, mesmo que não seja sentida, sua presença, pelo menos no estado normal, não é menos essencial³.

Já que as regras com sanção restitutiva são estranhas à consciência comum, as relações que elas determinam não são das que atingem indistintamente todo o mundo; ou seja, elas se estabelecem imediatamente, não entre o indivíduo e a sociedade, mas entre partes restritas e especiais da sociedade, que ligam entre si. Por outro lado,

porém, dado que esta não está ausente dessas relações, é necessário que esteja mais ou menos interessada nelas, que sinta seus reflexos. Então, segundo a vivacidade com que os sente, intervém mais ou menos de perto e mais ou menos ativamente, por intermédio de órgãos especiais encarregados de representá-la. Essas relações são, portanto, bem diferentes das que o direito repressivo regula, pois ligam diretamente e sem intermediário a consciência particular à consciência coletiva, isto é, o indivíduo à sociedade.

Mas essas relações podem adquirir duas formas muito diferentes: ora são negativas e se reduzem a uma pura abstenção, ora são positivas ou de cooperação. As duas classes de regras que determinam umas e outras correspondem duas espécies de solidariedade social que é necessário distinguir.

II

A relação negativa que pode servir de modelo para as outras é a que une a coisa à pessoa.

De fato, as coisas fazem parte da sociedade tanto quanto as pessoas e nela representam um papel específico; por isso, é necessário que suas relações com o organismo social sejam determinadas. Pode-se dizer, pois, que há uma solidariedade das coisas cuja natureza é bastante especial para se traduzir exteriormente por consequências jurídicas de caráter bastante particular.

De fato, os juristas distinguem duas espécies de direitos: eles dão a uns o nome de reais, a outros o de pessoais. O direito de propriedade e a hipoteca pertencem à primeira espécie, o direito de crédito à segunda. O que caracteriza os direitos reais é que só eles dão origem a

um direito de preferência e de consequência. Nesse caso, o direito que tenho sobre a coisa exclui qualquer outro direito que viesse se estabelecer depois do meu. Se, por exemplo, um bem foi sucessivamente hipotecado a dois credores, a segunda hipoteca não pode restringir em nada os direitos da primeira. Por outro lado, se meu devedor aliena a coisa sobre a qual tenho um direito de hipoteca, este não é afetado, mas o comprador é obrigado a me pagar, ou a perder o que adquiriu. Ora, para que seja assim, é preciso que o vínculo de direito una diretamente, sem a intermediação de nenhuma outra pessoa, essa coisa determinada à minha personalidade jurídica. Essa situação privilegiada é, pois, a consequência da solidariedade própria das coisas. Ao contrário, quando o direito é pessoal, a pessoa que tem obrigações para comigo pode, contraindo novas obrigações, me dar co-credores, cujo direito é igual ao meu e, conquanto eu tenha como garantia todos os bens do meu devedor, se ele os alienar, eles saem da minha garantia saindo do seu patrimônio. A razão disso está em que não há relação especial entre esses bens e eu, mas entre a pessoa de seu proprietário e minha própria pessoa⁴.

Vê-se em que consiste essa solidariedade real: ela liga diretamente as coisas às pessoas, mas não as pessoas entre si. A rigor, podemos exercer um direito real criando-nos sozinho no mundo, fazendo abstração dos outros homens. Por conseguinte, como é apenas por intermédio das pessoas que as coisas são integradas na sociedade, a solidariedade que resulta dessa integração é totalmente negativa. Ela não faz que as vontades se movam em direção a fins comuns, mas apenas que as coisas gravitem com ordem em torno das vontades. Por serem assim delimitados, os direitos reais não entram em conflitos; as hostilidades são prevenidas, mas não há concurso

ativo, não há *consenso*. Suponham um acordo assim, o mais perfeito possível; a sociedade em que ele reina – se reina só – parecerá uma imensa constelação em que cada astro se move em sua órbita sem perturbar os movimentos dos astros vizinhos. Portanto, semelhante solidariedade não faz dos elementos que ela aproxima um todo capaz de agir em conjunto; ela não contribui em nada para a unidade do corpo social.

De acordo com o que precede, é fácil determinar qual é o papel do direito restitutivo a que essa solidariedade corresponde: é o conjunto dos direitos reais. Ora, da própria definição que dele foi dada, resulta que o direito de propriedade é seu tipo mais perfeito. De fato, a relação mais completa capaz de existir entre uma coisa e uma pessoa é a que coloca a primeira sob a inteira dependência da segunda. Mas essa relação é, ela mesma, muito complexa, e os diversos elementos de que é formada podem se tornar objeto de igual número de direitos reais secundários, como o usufruto, as servidões, o uso e a habitação. Pode-se portanto dizer, em suma, que os direitos reais compreendem o direito de propriedade sob suas diversas formas (propriedade literária, artística, industrial, mobiliária, imobiliária) e suas diferentes modalidades, tais como o segundo livro de nosso Código Civil as regulamenta. Fora desse livro, nosso direito ainda reconhece quatro outros direitos reais, mas que são apenas auxiliares e substitutos eventuais de direitos pessoais: a fiança, a anticrese, o privilégio e a hipoteca (art. 2071-2203). Convém acrescentar tudo o que é relativo ao direito sucessório, ao direito de testar e, por conseguinte, à ausência, pois ela cria, quando declarada, uma espécie de sucessão provisória. Com efeito, a herança é uma coisa ou um conjunto de coisas sobre as quais os herdeiros e os legatários possuem um direito real, quer este seja

adquirido *ipso facto* pelo falecimento do proprietário, quer só se abra em consequência de um ato jurídico, como acontece com os herdeiros indiretos e os legatários a título particular. Em todos os casos, a relação jurídica é diretamente estabelecida não entre uma pessoa e outra, mas entre uma pessoa e uma coisa. O mesmo se dá com a doação testamentária, que nada mais é que o exercício do direito real que o proprietário tem sobre seus bens, ou, pelo menos, sobre a porção destes que se acha disponível.

Mas há relações de pessoa a pessoa que, apesar de não serem reais, são tão negativas quanto as precedentes e exprimem uma solidariedade de mesma natureza.

Em primeiro lugar, são elas que o exercício dos direitos reais propriamente ditos ocasiona. De fato, é inevitável que o funcionamento destes últimos coloque em presença, por vezes, as próprias pessoas de seus detentores. Por exemplo, quando uma coisa vem se somar a outra, o proprietário da que é considerada a principal se torna, com isso, proprietário da segunda, só que “tem de pagar ao outro o valor da coisa que foi acrescentada” (art. 566). Essa obrigação é evidentemente pessoal. Do mesmo modo, todo proprietário de um muro divisório que quer elevá-lo é obrigado a pagar ao co-proprietário a indenização pela taxa (art. 658). Um legatário a título particular é obrigado a se dirigir ao legatário universal para obter a liberação da coisa legada, conquanto tenha um direito sobre esta desde o falecimento do testador (art. 1014). Mas a solidariedade que essas relações exprimem não difere da que acabamos de falar; de fato, elas só se estabelecem para reparar ou para prevenir uma lesão. Se o detentor de cada direito real sempre pudesse exercê-lo sem nunca ultrapassar seus limites, cada um ficando em seus domínios, não haveria espaço para ne-

nhum comércio jurídico. Mas, na realidade, acontece o tempo todo que esses diferentes direitos são tão enredados uns nos outros, que não se pode valorizar um sem invadir os que o limitam. Aqui, a coisa sobre a qual eu tenho um direito se encontra nas mãos de outro: é o que acontece no caso do legado. Ali, não posso desfrutar de meu direito sem prejudicar o direito alheio: é o caso de certas servidões. Portanto, são necessárias certas relações para reparar o prejuízo, se consumado, ou para impedirlo; mas elas nada têm de positivo. Elas não fazem as pessoas postas em contato concorrerem; não implicam nenhuma cooperação, simplesmente restauram ou mantêm, nas novas condições que se produziram, essa solidariedade negativa cujo funcionamento as circunstâncias vieram perturbar. Longe de unir, elas só ocorrem para melhor separar o que está unido pela força das coisas, para restabelecer os limites que foram violados e recolocar cada um em sua esfera própria. Elas são tão idênticas às relações da coisa com a pessoa que os redatores do Código não lhes criaram um lugar à parte, mas trataram-nas ao mesmo tempo que os direitos reais.

Enfim, as obrigações que nascem do delito e do quase-delito têm exatamente o mesmo caráter⁵. De fato, elas obrigam cada um a reparar o prejuízo que causou, com sua falta, aos interesses legítimos de outrem. Portanto, são pessoais; mas a solidariedade a que correspondem é evidentemente negativa, pois elas não consistem em servir, mas em não prejudicar. O vínculo cuja ruptura sancionam é totalmente exterior. Toda a diferença que existe entre essas relações e as precedentes está em que, num caso, a ruptura provém de uma falta e, no outro, de circunstâncias determinadas e previstas pela lei. Mas a ordem perturbada é a mesma; ela resulta não de um curso, mas de uma pura abstenção⁶. Aliás, os próprios di-

reitos cuja lesão dá origem a essas obrigações são reais, pois sou proprietário de meu corpo, de minha saúde, de minha honra, de minha reputação, ao mesmo título e da mesma maneira que das coisas materiais que me são submetidas.

Em resumo, as regras relativas aos direitos reais e às relações pessoais que se estabelecem em sua ocasião formam um sistema definido que tem por função, não ligar as diferentes partes da sociedade umas às outras, mas, ao contrário, pôr umas fora das outras, assinalar nitidamente as barreiras que as separam. Portanto, elas não correspondem a um vínculo social positivo; a própria expressão de solidariedade negativa de que nos servimos não é perfeitamente exata. Não é uma solidariedade verdadeira, com uma existência própria e uma natureza especial, mas antes o lado negativo de toda espécie de solidariedade. A primeira condição para que um todo seja coerente é que as partes que o compõem não se choquem em movimentos discordantes. Mas esse acordo externo não faz a sua coesão; ao contrário, a supõe. A solidariedade negativa só é possível onde existe uma outra, de natureza positiva, de que é, ao mesmo tempo, a resultante e a condição.

Com efeito, os direitos dos indivíduos, tanto sobre si mesmos como sobre as coisas, só podem ser determinados graças a compromissos e a concessões mútuas, pois tudo o que é concedido a uns é necessariamente abandonado pelos outros. Foi dito, algumas vezes, que se podia deduzir a extensão normal do desenvolvimento do indivíduo seja do conceito da personalidade humana (Kant), seja da noção do organismo individual (Spencer). É possível, embora o rigor desses raciocínios seja contestável. Em todo caso, o que é certo é que, na realidade histórica, não foi sobre essas considerações abstratas que

se fundou a ordem moral. De fato, para que o homem reconhecesse direitos a outrem, não apenas em lógica, mas na prática da vida, foi necessário que ele consentisse limitar os seus e, por conseguinte, essa limitação mútua só pôde ser feita num espírito de entendimento e concórdia. Ora, se se supõe uma multidão de indivíduos sem vínculos prévios entre si, que motivo poderia levá-los a esses sacrifícios recíprocos? A necessidade de viver em paz? Mas a paz pela paz não é mais desejável do que a guerra. Esta tem seus ônus e suas vantagens. Acaso não houve povos, acaso não há em todos os tempos indivíduos de que ela é a paixão? Os instintos a que ela corresponde não são menos fortes do que aqueles que a paz satisfaz. Sem dúvida, o cansaço pode muito bem pôr fim por algum tempo às hostilidades, mas essa simples trégua não pode ser mais duradoura do que a lassidão temporária que a determina. Com maior razão, o mesmo se dá com os desenlaces devidos ao simples triunfo da força; eles são tão provisórios e precários quanto os tratados que põem fim às guerras internacionais. Os homens só necessitam da paz na medida em que já são unidos por algum vínculo de sociabilidade. Nesse caso, de fato, os sentimentos que os inclinam uns para os outros moderam naturalmente os arrebatamentos do egoísmo e, por outro lado, a sociedade que os envolve, não podendo viver senão com a condição de não ser a cada instante abalada por conflitos, descarrega sobre eles todo o seu peso para obrigá-los a se fazer as concessões necessárias. É verdade que vemos, às vezes, sociedades independentes se entenderem para determinar a extensão de seus direitos respectivos sobre as coisas, isto é, sobre seus territórios. Mas, justamente, a extrema instabilidade dessas relações é a melhor prova de que a solidariedade negativa não pode ser suficiente. Se hoje, entre povos cultos, ela

parece ter mais força, se essa parte do direito internacional que regula o que poderíamos chamar de direitos reais das sociedades européias talvez tenha mais autoridade do que outrora, é porque as diferentes nações da Europa também são muito menos independentes umas das outras; é porque, sob certos aspectos, todas elas fazem parte de uma mesma sociedade, ainda incoerente, é verdade, mas que adquire cada vez mais consciência de si. O que se chama equilíbrio europeu é um começo de organização dessa sociedade.

Costuma-se distinguir com cuidado a justiça da caridade, isto é, o simples respeito dos direitos de outrem, de qualquer ato que ultrapasse essa virtude puramente negativa. Vêem-se nessas duas espécies de práticas como que duas camadas independentes da moral: a justiça, por si só, constituiria suas bases fundamentais; a caridade seria seu coramento. A distinção é tão radical que, segundo os partidários de certa moral, só a justiça seria necessária ao bom funcionamento da vida social; o desinteressado nada mais seria que uma virtude privada, que é bonito, para o particular, buscar, mas que a sociedade pode muito bem dispensar. Muitos até a vêem, com certa inquietação, intervir na vida pública. Pelo que precede, vê-se o quanto essa concepção é pouco conforme aos fatos. Na realidade, para que os homens se reconheçam e se garantam mutuamente direitos, é preciso em primeiro lugar que se amem, que, por alguma razão, se apeguem uns aos outros e a uma mesma sociedade de que fazem parte. A justiça é cheia de caridade, ou, para retomar nossas expressões, a solidariedade negativa nada mais é que uma emanção de outra solidariedade de natureza positiva: é a repercussão na esfera dos direitos reais de sentimentos sociais que vêm de outra fonte. Portanto, ela nada tem de específico, mas é o acompanhamento ne-

cessário de toda espécie de solidariedade. Ela se encontra necessariamente onde quer que os homens vivam uma vida comum, resulte esta da divisão do trabalho social ou da atração do semelhante pelo semelhante.

III

Se separarmos do direito restitutivo as regras de que acabamos de falar, o que resta constitui um sistema não menos definido que compreende o direito doméstico, o direito contratual, o direito comercial, o direito processual, o direito administrativo e constitucional. As relações aí regulamentadas são de uma natureza totalmente diferente das precedentes; elas exprimem um concurso positivo, uma cooperação que deriva essencialmente da divisão do trabalho.

As questões que o direito doméstico resolve podem ser reduzidas aos dois tipos seguintes:

1º Quem é encarregado das diferentes funções domésticas? Quem é o esposo, o pai, o filho legítimo, o tutor, etc.?

2º Qual o tipo normal dessas funções e suas relações? É à primeira dessas perguntas que respondem as posições que determinam as qualidades e as condições requeridas para contrair matrimônio, as formalidades necessárias para que o casamento seja válido, as condições da filiação legítima, natural, adotiva, a maneira como o tutor deve ser escolhido, etc.

É, por sua vez, a segunda questão que é resolvida pelos capítulos sobre os direitos e os deveres respectivos dos esposos, sobre o estado de suas relações em caso de divórcio, de anulação do casamento, de separação de corpos e de bens, sobre o poder paterno, os efeitos da

adoção, a administração do tutor e suas relações com o pupilo, sobre o papel do conselho de família em relação ao primeiro e ao segundo, sobre o papel dos pais nos casos de interdição e de conselho judicial.

Essa parte do direito civil tem, pois, como objeto de terminar a maneira como se distribuem as diferentes funções familiares e o que elas devem ser em suas relações mútuas; isso quer dizer que exprime a solidariedade particular que une entre si os membros da família em consequência da divisão do trabalho doméstico. É verdade que não estamos acostumados a encarar a família sob esse aspecto; na maioria das vezes, acreditamos que o que faz a sua coesão é exclusivamente a comunidade dos sentimentos e das crenças. De fato, há tantas coisas em comum entre os membros do grupo familiar, que o caráter especial das tarefas que cabem a cada um deles nos escapa facilmente. É isso que levava A. Comte a dizer que a união doméstica exclui "qualquer pensamento de cooperação direta e contínua por um objetivo qualquer"⁷. Mas a organização jurídica da família, cujas linhas essenciais acabamos de lembrar sumariamente, demonstra a realidade dessas diferenças funcionais e a sua importância. A história da família, a partir das origens, nada mais é que um movimento ininterrupto de dissociação, no curso do qual essas diversas funções, a princípio indivisas e confundidas umas nas outras, separaram-se pouco a pouco, constituíram-se à parte, repartidas entre os diferentes parentes, segundo seu sexo, sua idade, suas relações de dependência, de maneira a fazer de cada um deles um funcionário especial da sociedade doméstica⁸. Longe de não ser mais que um fenômeno acessório e secundário, essa divisão do trabalho familiar domina, ao contrário, todo o desenvolvimento da família.

A relação entre a divisão do trabalho e o direito contratual não é menos acentuada.

De fato, o contrato é, por excelência, a expressão jurídica da cooperação. Há, é verdade, os contratos ditos de beneficência, em que apenas uma das partes é vinculada. Se dou sem condições alguma coisa a outrem, se me encargo gratuitamente de um depósito ou de um mandato, daí resultam para mim obrigações precisas e determinadas. No entanto, não há concurso propriamente dito entre os contratantes, pois só há encargos de um lado. Apesar disso, a cooperação não está ausente do fenómeno; ela apenas é gratuita ou unilateral. O que é, por exemplo, a doação, se não uma troca sem obrigações recíprocas? Portanto, essas espécies de contratos não são mais que uma variedade dos contratos verdadeiramente cooperativos.

De resto, eles são raríssimos, pois só excepcionalmente os atos de beneficência se enquadram na regulamentação legal. Quanto aos outros contratos, que são a imensa maioria, as obrigações a que dão origem são cor-relatas ou de obrigações recíprocas, ou de prestações já efetuadas. O compromisso de uma parte resulta ou do compromisso assumido pela outra, ou de um serviço já prestado por esta última⁹. Ora, essa reciprocidade só é possível onde há cooperação, e esta, por sua vez, não existe sem a divisão do trabalho. Cooperar, de fato, é dividir uma tarefa comum. Se esta última é dividida em tarefas qualitativamente similares, conquanto indispensáveis umas às outras, há divisão do trabalho simples ou de primeiro grau. Caso sejam de natureza diferente, há divisão do trabalho composta, especialização propriamente dita.

Esta última forma da cooperação é, aliás, de longe, a que exprime mais geralmente o contrato. O único com outro significado é o contrato de sociedade e, talvez,

também o contrato de casamento, na medida em que determina a parte contributiva dos esposos nas despesas do casal. No entanto, para ser assim, é necessário que o contrato de sociedade coloque todos os associados no mesmo nível, que suas contribuições sejam idênticas, que suas funções sejam as mesmas, e este é um caso que nunca se apresenta exatamente nas relações matrimoniais, em consequência da divisão do trabalho conjugal. Pohna-se diante dessas espécies raras a multiplicidade dos contratos que têm por objeto ajustar umas às outras funções especiais e diferentes: contratos entre o comprador e o vendedor, contratos de troca, contratos entre empregados e operários, entre locatário e locador, entre quem dá e quem toma um empréstimo, entre depositário e depositante, entre o hoteleiro e o viajante, entre o mandatário e o mandante, entre o credor e a caução do devedor, etc. De uma maneira geral, o contrato é o símbolo da troca; por isso, Spencer pôde, não sem pertinência, qualificar de contrato fisiológico a troca de materiais que se faz a cada instante entre os diferentes órgãos do corpo vivo¹⁰. Ora, é claro que a troca sempre supõe alguma divisão do trabalho mais ou menos desenvolvida. É verdade que os contratos que acabamos de citar ainda têm um caráter um pouco geral. Mas não se deve esquecer que o direito apenas figura os contornos gerais, as linhas mestras das relações sociais, as que se encontram identicamente em diferentes esferas da vida coletiva. Por isso, cada um desses tipos de contratos supõe uma multidão de outros, mais particulares, de que ele é como que a marca comum e que, ao mesmo tempo, ele regulamenta, mas em que as relações se estabelecem entre funções mais especiais. Portanto, apesar da simplicidade relativa desse esquema, ele é suficiente para manifestar a extrema complexidade dos fatos que resume.

Essa especialização das funções é, aliás, mais imediatamente aparente no Código Comercial, que regulamenta sobretudo os contratos específicos do comércio: contratos entre o comissionado e o comitente, entre o transportador e o expedidor, entre o portador da carta de câmbio e seu emissor, entre o proprietário do navio e seus credores, entre o primeiro e o capitão e a tripulação, entre o armador e o fretador, entre quem concede e quem toma um empréstimo, entre o segurador e o segurado. No entanto, ainda aqui, há uma grande defasagem entre a generalidade relativa das prescrições jurídicas e a diversidade das funções particulares cujas relações elas regulam, como prova o papel de destaque dado ao costume no direito comercial.

Quando o Código Comercial não regulamenta certos propriamente ditos, ele determina o que devem ser certas funções especiais, como as do agente de câmbio, do corretor, do capitão, do juiz comissário em caso de falência, a fim de garantir a solidariedade de todas as partes do aparelho comercial.

O direito processual – quer se trate de processo criminal, civil ou comercial – desempenha o mesmo papel no aparelho judiciário. As sanções das regras jurídicas de toda sorte só podem ser aplicadas graças ao concurso de certo número de funções, funções dos magistrados, dos defensores, dos advogados, dos jurados, dos pleiteantes e dos defensores, etc. O processo fixa a maneira segundo a qual elas devem entrar em jogo e em relações. Ele diz o que elas devem ser e qual o papel de cada uma na vida geral do órgão.

Parece-nos que, numa classificação racional das regras jurídicas, o direito processual só deveria ser considerado como uma variedade do direito administrativo: não

vemos que diferença radical separa a administração da justiça do resto da administração. Como quer que seja, o direito administrativo propriamente dito regulamenta as funções mal-definidas ditas administrativas¹¹, do mesmo modo que o precedente faz no caso das funções judiciárias. Ele determina seu tipo normal e suas relações seja umas com as outras, seja com as funções difusas da sociedade. Seria necessário apenas separar delas um certo número de regras que costumam ser incluídas nessa rubrica, muito embora tenham um caráter penal¹². Enfim, o direito constitucional faz o mesmo no caso das funções governamentais.

Talvez cause espanto ver reunidos numa mesma classe o direito administrativo e político e o que é chamado, ordinariamente, de direito privado. Antes de mais nada, porém, essa aproximação se impõe, se adotarmos como base da classificação a natureza das sanções, e não nos parece que seja possível adotar outra, se quisermos proceder de forma científica. Ademais, para separar completamente essas duas espécies de direito, seria necessário admitir que há verdadeiramente um direito privado, e acreditamos que todo direito é público, porque todo direito é social. Todas as funções da sociedade são sociais, assim como todas as funções do organismo são orgânicas. As funções econômicas têm essas características, assim como as demais. Aliás, mesmo entre as mais difusas, não há nenhuma que não seja mais ou menos submetida à ação do aparelho governamental. Portanto, desse ponto de vista, entre elas só há diferenças de grau.

Em resumo, as relações que o direito cooperativo com sanções restitutivas regula e a solidariedade que elas exprimem resultam da divisão do trabalho social. É fácil entender, aliás, que, em geral, as relações cooperativas não comportam outras sanções. De fato, pertence à natu-

reza das tarefas especiais escapar da ação da consciência coletiva; porque, para que uma coisa seja objeto de sentimentos comuns, a primeira condição é que seja comum, isto é, que esteja presente em todas as consciências e que todas possam representá-la de um só e mesmo ponto de vista. Sem dúvida, enquanto as funções têm certa generalidade, todo o mundo pode ter algum sentimento a seu respeito; no entanto, quanto mais se especializam, mais também se circunscreve o número dos que têm consciência de cada uma delas; e mais, por conseguinte, elas vão além da consciência comum. As regras que as determinam não podem, pois, ter essa força superior, essa autoridade transcendente que, quando é ofendida, reclama uma expiação. É também da opinião pública que lhes vem sua autoridade, do mesmo modo que a das regras penais, mas de uma opinião localizada em regiões restritas da sociedade.

Ademais, mesmo nos círculos especiais em que se aplicam e em que, por conseguinte, são representadas nos espíritos, elas não correspondem a sentimentos vivos, nem mesmo, na maioria das vezes, a nenhuma espécie de estado emocional. Porque, como estabelecem a maneira pela qual as diferentes funções devem concorrer nas diversas combinações de circunstâncias que podem se apresentar, os objetos a que elas se referem nem sempre estão presentes nas consciências. Não se tem sempre de administrar uma tutela, uma curadoria¹³, nem exercer seus direitos de credor ou comprador, etc. nem, sobretudo, de exercê-los nesta ou naquela condição. Ora, os estados de consciência só são fortes na medida em que são permanentes. A violação dessas regras não atinge, pois, em suas partes vivas, nem a alma comum da sociedade, nem mesmo, pelo menos em geral, a desses grupos especiais e, por conseguinte, só pode determinar uma reação muito moderada. Tudo de que necessitamos é que as fun-

ções concorram de maneira regular; portanto, se essa regularidade for perturbada, basta-nos que seja restabelecida. Isso não significa, por certo, que o desenvolvimento da divisão do trabalho não possa ecoar no direito penal. Como já sabemos, há funções administrativas e governamentais que têm certas relações administrativas e governamentais reguladas pelo direito repressivo, por causa do caráter particular que marca o órgão da consciência comum e tudo o que a ele se refere. Em outros casos ainda, os vínculos de solidariedade que unem certas funções sociais podem ser tais, que de sua ruptura resultam repercussões gerais o bastante para suscitar uma reação penal. Mas, pela razão que dissemos, esses reflexos são excepcionais.

Em definitivo, esse direito tem na sociedade um papel análogo ao do sistema nervoso no organismo. De fato, este tem por tarefa regular as diferentes funções do corpo, de maneira a fazê-las concorrer harmonicamente; ele exprime, assim, naturalmente, o estado de concentração a que chegou o organismo, em consequência da divisão do trabalho fisiológico. Por isso, pode-se medir, nos diferentes níveis da escala animal, o grau dessa concentração segundo o desenvolvimento do sistema nervoso. Isso quer dizer que se pode igualmente medir o grau de concentração a que chegou uma sociedade, em consequência da divisão do trabalho social, segundo o desenvolvimento do direito cooperativo com sanções resolutivas. São previsíveis todos os serviços que esse critério nos prestará.

IV

Já que a solidariedade negativa não produz, por si mesma, nenhuma integração e que, aliás, ela nada tem

de específico, reconheceremos apenas duas espécies de solidariedades positivas, que as seguintes características distinguem:

1º A primeira liga diretamente o indivíduo à sociedade, sem nenhum intermediário. Na segunda, ele depende da sociedade, porque depende das partes que a compõem.

2º A sociedade não é vista sob o mesmo aspecto nos dois casos. No primeiro, o que chamamos por esse nome é um conjunto mais ou menos organizado de crenças e de sentimentos comuns a todos os membros do grupo: é o tipo coletivo. Ao contrário, a sociedade de que somos solidários no segundo caso é um sistema de funções diferentes e especiais unidas por relações definidas. Aliás, essas duas sociedades são uma só coisa. São duas faces de uma única e mesma realidade, mas que, ainda assim, pedem para ser distinguidas.

3º Dessa segunda diferença decorre outra, que vai nos servir para caracterizar e denominar esses dois tipos de solidariedade.

A primeira só pode ser forte na medida em que as idéias e as tendências comuns a todos os membros da sociedade superem em número e intensidade as que pertencem pessoalmente a cada um deles. Ela é tanto mais enérgica quanto mais considerável é esse excedente. Ora, o que faz nossa personalidade é o que cada um de nós tem de próprio e de característico, o que nos distingue dos outros. Portanto, essa solidariedade só pode crescer na razão inversa da personalidade. Há em cada uma de nossas consciências, como dissemos, duas consciências: uma, que é comum a nós e ao nosso grupo inteiro e que, por conseguinte, não é nós mesmos, mas a sociedade que vive e age em nós; a outra, que, ao contrário, só nos representa no que temos de pessoal e distinto, no que faz de nós um indivíduo¹⁴. A solidariedade que deriva

das semelhanças se encontra em seu apogeu quando a consciência coletiva recobre exatamente nossa consciência total e coincide em todos os pontos com ela. Mas, nesse momento, nossa individualidade é nula. Ela só pode nascer se a comunidade ocupar menos lugar em nós. Temos aí duas forças contrárias, uma centrípeta, a outra podemos nos desenvolver ao mesmo tempo em dois sentidos tão opostos. Se temos uma viva inclinação a pensar e agir por nós mesmos, não podemos ser fortemente inclinados a pensar e agir como os outros. Se o ideal é ter uma fisionomia própria e pessoal, esse ideal não poderia ser parecer-se com todo o mundo. Ademais, no momento em que essa solidariedade exerce sua ação, nossa personalidade se esvai, podemos dizer, por definição, pois não somos mais nós mesmos, e sim o ser coletivo.

As moléculas sociais que só seriam coerentes dessa maneira não poderiam, pois, mover-se em conjunto, a não ser na medida em que não têm movimentos próprios, como fazem as moléculas dos corpos inorgânicos. É por isso que propomos chamar de mecânica essa espécie de solidariedade. Essa palavra não significa que ela seja produzida por meios mecânicos e de modo artificial. Só a denominamos assim por analogia com a coesão que une entre si os elementos dos corpos brutos, em oposição à que faz a unidade dos corpos vivos. O que acaba de justificar essa denominação é que o vínculo que une assim o indivíduo à sociedade é de todo análogo ao que liga a coisa à pessoa. A consciência individual, considerada sob esse aspecto, é uma simples dependência do tipo coletivo e segue todos os seus movimentos, como o objeto possuído segue aqueles que seu proprietário lhe imprime. Nas sociedades em que essa solidariedade é muito desenvolvida, o indivíduo não se pertence, como vere-

mos adjacente; ele é, literalmente, uma coisa de que a sociedade dispõe. Por isso, nesses mesmos tipos sociais, os direitos pessoais ainda não se distinguem dos direitos reais.

Bem diverso é o caso da solidariedade produzida pela divisão do trabalho. Enquanto a precedente implica que os indivíduos se assemelham, esta supõe que eles diferem uns dos outros. A primeira só é possível na medida em que a personalidade individual é absorvida na personalidade coletiva; a segunda só é possível se cada um tiver uma esfera de ação própria, por conseguinte, uma personalidade. É necessário, pois, que a consciência coletiva deixe descoberta uma parte da consciência individual, para que nela se estabeleçam essas funções especiais que ela não pode regulamentar; e quanto mais essa região é extensa, mais forte é a coesão que resulta dessa solidariedade. De fato, de um lado, cada um depende tanto mais estreitamente da sociedade quanto mais dividido for o trabalho nela e, de outro, a atividade de cada um é tanto mais pessoal quanto mais for especializada. Sem dúvida, por mais circunscrita que seja, ela nunca é completamente original; mesmo no exercício de nossa profissão, conformamo-nos a usos, a práticas que são comuns a nós e a toda a nossa corporação. Mas, mesmo nesse caso, o jugo que sofremos é muito menos pesado do que quando a sociedade inteira pesa sobre nós, e ele proporciona muito mais espaço para o livre jogo de nossa iniciativa. Aqui, pois, a individualidade do todo aumenta ao mesmo tempo que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de se mover em conjunto, ao mesmo tempo em que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios. Essa solidariedade se assemelha à que observamos entre os animais superiores. De fato, cada órgão aí tem sua fisionomia especial, sua autonomia, e contudo a unidade do organismo é tanto maior quanto

mais acentuada essa individualização das partes. Devido a essa analogia, propomos chamar de orgânica a solidariedade devida à divisão do trabalho.

Ao mesmo tempo, este capítulo e o precedente proporcionam-nos os meios de calcular a parte que cabe a cada um desses dois vínculos sociais no resultado total e comum, para cuja produção concorrem por diferentes caminhos. De fato, sabemos sob que formas exteriores são simbolizados esses dois tipos de solidariedade, isto é, qual é o corpo de regras jurídicas que corresponde a cada uma delas. Por conseguinte, para conhecer sua importância respectiva num tipo social dado, basta comparar a extensão respectiva dos dois tipos de direito que as exprimem, pois o direito sempre varia de acordo com as relações sociais que rege¹⁵.