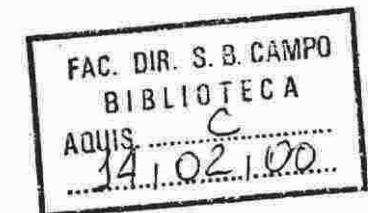


Textos 2

Émile Durkheim

Da Divisão
do Trabalho Social

Tradução
EDUARDO BRANDÃO



Martins Fontes
São Paulo 1999

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 indemnizações 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. Tardé acreditou, é verdade, encontrar uma espécie de penalidade civil na condenação aos custos, que são sempre arca-dos 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 arca-das por aquele que as ocasionou. É possível, aliás, que a perspectiva dessas despesas detenha o demandista temerário, mas isso não basta para transformá-las em pena. O temor à ruína que, de ordinário, acompanha a preguiça ou a negligência pode tornar 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 enodoadas. Podemos até imaginar que essas regras sejam diferentes do que são, sem que isso nos revolte. A idéia de que o assassínio 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 limitrofes 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 exceléncia 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 regge 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. Con quanto o casamento seja um contrato, os esposos não podem nem estabelecê-lo, nem rescindí-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 senta 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, contraíndo novas obrigações, me dar co-credores, cujo direito é igual ao meu e, quanto 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 pessoa!

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 cren-do-nos sozinhos 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 impedi-lo; 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 de 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 concurso, 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 pode 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 obrigar-lhos 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 coroamento. A distinção é tão radical que, segundo os partidários de certa moral, só a justiça seria necessária ao bom funcionamento da vida social; o desinteresse nada 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 disposições 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 determinar 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 indivisíveis 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 encarrego 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 fenômeno; 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 correlatas 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. Põnhase 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 empresários 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 contratos 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 judiciais. 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 restitutivas. 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 centrífuga, que não podem crescer ao mesmo tempo. Não 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 adiante; 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 precente implícita 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 orgão aí tem sua fisionomia especial, sua autonomia, e contudo a unidade do organismo é tanto maior quanto

mais acentuada essa individuação 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.