Anderson Giovanne

Considerações sobre Origem e Desenvolvimento do Direito

Anderson Giovanne

Considerações

sobre Origem e

Desenvolvimento

do Direito

Considerações sobre Origem e Desenvolvimento do Direito

Anderson Giovanne

Índice

Apresentação.....02

I Origem do Direito.....03

II Conseqüências do Direito..... 09

III Direito e Homem.....13

IV Direito e Moral.....16

V Direito e Justiça.....18

Conclusão.....20

Apresentação

A origem do Direito é um tema muito interessante. Descobrir como surgiu e como se desenvolveu essa figura que organiza a sociedade de forma tão onipresente desperta a curiosidade.

Muitos autores já tentaram definir o fenômeno jurídico, explicá-lo. Diversas teorias foram desenvolvidas e, por mais distintas que fossem, compartilhavam a mesma opinião sobre um ponto: o direito só poderia emanar do homem, de seu intelecto ou sentimento. As mais célebres teorias desenvolveram-se a partir

desse pressuposto.

Este ensaio sobre a origem e o desenvolvimento do direito pretende, exatamente, romper com essa visão; aqui o direito é apresentado sob sua forma mais pura e universal, suas bases constitutivas são expostas ao entendimento e a sua relação com a espécie humana é colocada sob novo enfoque. Essa nova visão termina por elaborar uma definição do fenômeno jurídico que parece ser a mais correta e coerente, sendo capaz de explicar tudo que o direito é desde seu surgimento até os dias atuais.

Anderson Giovanne

I

Origem do Direito

Direito é um fenômeno de origem natural que está diretamente associado ao relacionamento de seres vivos com interesses conflitantes. Não se trata de um fenômeno restrito à espécie humana, mas que abrange os seres vivos em geral; sendo conseqüência das relações entre interesses antagônicos desde o surgimento da vida até os tempos de hoje. É o resultado da combinação de determinados elementos.

Não se chega a essa constatação buscando-se o significado etimológico da palavra direito, mas sim analisando o objeto, o fato ao qual ela se refere. Tal fato é a regulamentação das condutas dos indivíduos em permitidas ou proibidas, ou seja, regulamentação de ações; e como toda ação é efetuada no sentido de satisfazer a um interesse, pode-se dizer que o fato ao qual a palavra direito se refere é a regulamentação de interesses.

Partindo dessa análise pode-se elaborar um conceito básico que caracterize a essência do processo de formação do direito: direito é o fenômeno natural onde um indivíduo faz prevalecer seu interesse sobre o de outro 3

mediante a utilização de meio adequado.

Resumidamente, pode-se dizer que é interesse protegido por meio adequado. O

conceito mais longo traz embutido em si referências aos três elementos que associados compõem o processo de formação do fenômeno jurídico, pluralidade de indivíduos, conflito de interesses e confronto de meios.

Pluralidade de Indivíduos

Para que o fenômeno do direito possa acontecer é necessária a existência de dois ou mais indivíduos, por isso um indivíduo isolado é incapaz de estabelecer uma relação jurídica.

A necessidade da pluralidade de indivíduos pode ser suprida não só pela vida em sociedade, o relacionamento eventual de indivíduos não associados também pode ocasionar o desenvolvimento desse fenômeno.

Assim, predador e presa não participam de uma mesma sociedade, no entanto entre eles se estabelece uma relação de direito à vida.Da mesma forma, dois indivíduos podem disputar a propriedade absoluta de um território e, mesmo sem formar uma sociedade entre si, estabelecer entre eles uma relação de direito à propriedade. O mesmo ocorreria se em vez de dois indivíduos se tratasse de dois povos.

4

Percebe-se com isso que o direito pode surgir dentro de uma sociedade ou fora dela, seja entre sociedades distintas, seja entre um indivíduo e uma sociedade a qual ele não pertence, ou ainda entre indivíduos não associados que eventualmente se relacionem.

Pluralidade de indivíduos não é sinônimo de meio social, é apenas indicativo da necessidade do relacionamento de dois ou mais indivíduos para que o fenômeno do direito aconteça.

Conflito de interesses

Interesse é a intenção de obter benefício a partir de algo. É o interesse, como núcleo do elemento conflito de interesses, que torna o direito um fenômeno que abrange os seres vivos em geral, pois de todos e somente deles se pode extrair sempre o interesse básico, nato, de manterem-se vivos. É claro que esse interesse nato não é o único, muitos outros podem surgir na vida dos indivíduos a partir

das peculiaridades de cada espécie.

O fenômeno jurídico circula em torno de interesses, ou melhor, em torno do conflito de interesses, que é o momento em que os indivíduos percebem que a efetivação do interesse de um exclui a efetivação do interesse do outro. Esse conflito pode ocorrer sob duas perspectivas distintas, a de um conflito de 5

interesses convergentes ou a de um conflito de interesses divergentes. É convergente quando os indivíduos têm o mesmo interesse sobre determinado objeto, mas este só pode satisfazer a um deles. É o caso da disputa pela posse absoluta de um território. O conflito torna-se divergente quando os indivíduos têm interesses opostos ou diferentes sobre o mesmo objeto. O

exemplo do relacionamento entre predador e presa se enquadra perfeitamente aqui, o objeto disputado é a vida da presa, apenas ela quer mantê-la enquanto o predador, atacá-la.

Somente o conflito de interesses pode gerar direito, interesses comuns ou neutros não desencadeiam tal processo, apenas promovem uma comunhão de interesses ou simplesmente permanecem indiferentes.

Confronto de meios

Meios são recursos que os indivíduos utilizam na tentativa de satisfazer seus interesses. Desta forma, confronto de meios é o momento em que os indivíduos utilizam, cada um, os recursos dos quais dispõem para tentar fazer prevalecer seu interesse sobre o de outro.

Existem dois principais tipos de meios que os indivíduos podem utilizar, são eles a aptidão física e a intelectual. A utilização desses recursos em maior ou em menor grau é 6

determinada pelas peculiaridades das espécies de cada indivíduo. A associação entre tais recursos também é comum. Ressalte-se aqui que aptidão intelectual não é apenas a formulação de complexas idéias, os raciocínios primários também se enquadram nessa referência.

Quando a presa apenas corre até que seu predador não consiga mais alcançá-la, garantindo assim seu direito à vida, a aptidão física foi o meio adequado para

proteger seu interesse. Houve um confronto entre a aptidão física da presa e do predador e ela levou vantagem. Se em vez de apenas correr a presa também se esconde por entender, mesmo que primariamente, que desta forma se protegerá da investida de seu atacante, houve uma associação dos meios aptidão física e intelectual. É a mesma associação feita pelo predador que se esgueira por detrás de arbustos para surpreender sua vítima e obter maior sucesso na satisfação de seu interesse. Essa associação de meios pode ser também observada quando na disputa pela propriedade absoluta de um território um povo fabrica armamentos para facilitar o combate ao adversário; unindo aptidão física e intelectual ele encontra o meio adequado pra fazer prevalecer seus interesses.

7

A expressão meio adequado não designa relação de proporcionalidade entre recurso utilizado e circunstância, não leva em conta questões de equilíbrio, indica apenas que o meio utilizado foi eficaz na salvaguarda de um interesse.

Combinação de elementos

Os elementos citados nos itens anteriores são os responsáveis pelo surgimento do direito, somente a combinação deles pode desencadear tal fenômeno. Assim, é preciso primeiro que haja um relacionamento de indivíduos, mas isso não é o bastante, é necessário que eles possuam entre si interesses conflitantes e que tentem impor seus interesses utilizando os recursos de que dispõem, também não basta a tentativa, o confronto de meios, é preciso que um dos interesses prevaleça, só aí é que o direito terá surgido, só então o fenômeno terá se caracterizado.

8

II

Conseqüências do Direito

Quando o direito surge no

relacionamento de indivíduos, faz com que apareçam juntamente com ele elementos co-jurídicos; esses elementos são a norma tácita, a antijuridicidade e a sanção. Essas conseqüências são identificáveis no estabelecimento de direitos

em qualquer tipo de relacionamento de indivíduos, mas são mais perceptíveis dentro das sociedades, pois terminam por organizá-las, gerando em seu interior uma hierarquia.

Quando um direito é estabelecido, a primeira conseqüência é o aparecimento da norma tácita. Tal norma é o esboço, a gênese, do controle de condutas. Ela surge quando um indivíduo, ou grupo de indivíduos, conquista para si um direito; nesse momento os indivíduos cujos interesses foram subjugados, vencidos, desenvolvem um respeito prático ao direito estabelecido, respeito esse baseado na constatação da superioridade dos meios que o protegem. A autoridade coativa da norma tácita advém dos mesmos meios que estabeleceram o direito ao qual ela se refere.

Assim, quando um macho, dentro de sua sociedade, garante para si o direito de acasalar 9

com determinada fêmea, aparece a norma tácita de que outro indivíduo não pode praticar tal conduta. A presa que escapa do predador gera a norma tácita na qual aquele não tem o direito de matá-la. Um grupo de indivíduos que, perante outro grupo, garante para si a posse absoluta de um território desencadeia com a obtenção desse direito o surgimento da norma tácita que somente ele pode ocupar o lugar.

Em todos esses exemplos observa-se a norma tácita classificando condutas em proibidas e permitidas, atribuindo a uns a faculdade que retira a outros. Essa é a gênese do controle de condutas.

A antijuridicidade é o ato de violar, ou tentar violar, um direito conquistado por outro indivíduo. Na verdade é uma tentativa de redefinir relações jurídicas; trata-se de um novo processo de formação do direito, há a pluralidade de indivíduos, o conflito de interesses e o confronto de meios, mas como o objeto de disputa já é direito de uma das partes torna-se, então, uma ação antijurídica, ou seja, contra o direito. Desta forma, é antijurídica a ação do predador que investe novamente contra uma presa que já lhe escapou uma vez; a do macho que tenta acasalar no lugar do que garantiu para si esse direito e a do grupo de 10

indivíduos que tenta readquirir um território perdido.

A antijuridicidade abre caminho para o aparecimento do elemento sanção, que é a tentativa de repelir a afronta ao direito conquistado, preservando-o. A essência funcional da sanção é a de reafirmar o direito estabelecido obrigando o violador a obedecer à norma tácita vigente. Assim, são sanções: a nova fuga da caça, a agressão impelida por um macho a outro na proteção de seu direito de acasalar, e a expulsão do grupo de indivíduos do território que deseja reocupar. Tais ações reafirmam os direitos já estabelecidos, obrigando os pretensos violadores a respeitar as normas tácitas vigentes. A sanção primária não tem finalidade de punir o ato antijurídico, restringe-se a proteger um interesse já estabelecido.

Se a reação à violação do direito for insuficiente para resguardá-lo, ocorrerá uma redefinição das relações jurídicas. O indivíduo, ou grupo de indivíduos, violador será, então, o novo titular do direito disputado e os elementos co-jurídicos se reestruturarão, estabelecendo um novo controle de condutas. Isso revela a força normativa dos fatos e expõe o fluxo contínuo de formação do fenômeno jurídico, que cedo ou tarde sofre alterações, e por 11

conseqüência altera as normas tácitas, a antijuridicidade e as sanções.

12

III

Direito e Homem

O direito surgido nas sociedades humanas é fruto do mesmo processo natural que o surgido entre quaisquer outros indivíduos. A feição peculiar que o direito dessa espécie assume, porém, é conseqüência da evolução intelectual que permitiu ao homem produzir elementos culturais, os quais, imperceptível e naturalmente, se associaram ao fenômeno jurídico nascido em seu grupo. Tal associação provocou uma confusão na compreensão do fenômeno jurídico pelo homem, pois esses elementos culturais passaram a ser considerados como indicadores da gênese do direito e o homem entendeu-se como criador desse fenômeno.

O desenvolvimento de uma complexa linguagem possibilitou ao homem realizar a primeira transformação na feição jurídica de seu grupo, a retirada da norma de seu estado tácito para o expresso. Tal transformação deu mais eficácia à atuação

funcional da norma de veicular a regulamentação de condutas estabelecida pelo surgimento de um direito; assim, as normas orais ou escritas passaram a ser uma ferramenta de fenomenal importância na organização de sua sociedade. Além de 13

conseqüência do direito a norma alcançou também, com o tempo, o posto de meio adequado para protegê-lo na maioria das ocasiões.

Outros elementos culturais que se associaram ao fenômeno jurídico das sociedades humanas foram os conceitos morais, considerações de valor a respeito das condutas interindividuais. São novos tipos de interesses, desenvolvidos e desejados somente por nossa espécie; e como interesses precisam ser assegurados por meios adequados para se tornarem direito; por serem considerações de valor sua presença no fenômeno jurídico surgido em nossa sociedade não pode ser homogênea, pois cada grupo tem a possibilidade de realizar valorações distintas a respeito de um mesmo dado.

Quando o homem tentou entender o direito não conseguiu ver além da regulamentação de condutas, realizada eficientemente pelas normas expressas, nem das considerações de valor que já permeavam o fenômeno. Ocorreu que o homem passou a entender o direito como um fenômeno gerado pelo seu intelecto e restrito à sua espécie, e não como conseqüência de um processo natural fruto de um agregado de circunstâncias comuns a todos os seres vivos. No entanto é facilmente 14

perceptível que os ordenamentos jurídicos humanos, apesar da grandiosidade que assumem, enquadram-se perfeitamente no processo de formação natural do direito; suas regras expressas são apenas um aprimoramento das tácitas e seus interesses morais não se tornam direito se não forem impostos e assegurados por meios adequados. As históricas revoluções das sociedades humanas nada mais são do que redefinições jurídicas em grandes proporções, onde as sanções não conseguiram repelir a afronta ao direito vigente que em conseqüência disso decaiu abrindo caminho para o estabelecimento de novos interesses, redefinindo as normas, a antijuridicidade e as sanções. O direito humano, embora assuma uma forma extremamente peculiar, não foge em nenhum instante de sua essência natural.

15

IV

Direito e Moral

Direito e moral são regulamentações normativas de condutas que atuam nas sociedades humanas. Suas normas, porém, não possuem as mesmas características, nem exercem igual influência no meio social; a principal diferença que se pode apontar entre elas é o fato de a norma jurídica obrigar seu cumprimento mesmo aos que não concordem com ela e as normas morais não terem esse poder.

Tal diferença é conseqüência da gênese dessas normas. A norma jurídica provém do estabelecimento de um direito, sua autoridade coativa advém da superioridade dos meios utilizados na proteção do direito ao qual ela se refere, enquanto esses meios persistirem a norma jurídica também persistirá e obrigará sua observação; podendo ser tácita ou expressa. A norma moral, por sua vez, tem origem distinta, é fruto de considerações de valor a respeito de determinadas condutas, nasce do intelecto humano e suas prescrições não são obrigatórias; por ser fruto de raciocínio é inevitavelmente expressa. Essa divergência de gênese também causa reflexo nas sanções dessas normas, a sanção da norma jurídica visa obrigar seu 16

cumprimento, resguarda um interesse, a da norma moral é apenas uma reação de repúdio à realização de uma conduta considerada inadequada, mas não tem intenção de obrigar um indivíduo a respeitá-la.

Cronologicamente direito e moral também são distintos, o direito precede a existência humana, a moral surge apenas depois do aparecimento de nossa espécie e ainda assim somente após um demorado processo de evolução intelectual.

Moral e direito, no entanto, podem se vincular. Isso ocorre no momento em que um indivíduo, ou grupo deles, tem o interesse de impor determinados valores morais à vida social, nesse momento o processo de formação do direito transforma uma norma moral numa norma jurídica, tornando-a obrigatória. Esse fato pode ocorrer eventual ou freqüentemente nas sociedades humanas sem, contudo, causar prejuízo à independência das esferas de atuação e gênese da moral e do direito.

17

V

Direito e Justiça

Justiça não é elemento essencial do direito, nem sua conseqüência, tampouco sua finalidade. É apenas uma mediada humana de valor com a qual se classificam as condutas ou interesses em justos ou injustos. Figura nas sociedades humanas como meta de um indivíduo, ou grupo deles, mas tem que passar por todo o processo natural de formação do direito para se vincular a esse fenômeno, sua ausência não descaracteriza o processo, é direito aquilo que é justo e também aquilo que não é.

A justiça, como medida de valor, é um conceito que pode, ou não, estar inserido no direito de um povo; havendo ainda a velha variação de valores que acarreta as diferentes avaliações do justo, podendo determinada conduta ser considerada justa para um povo e injusta para outro.

Se analisarmos o conceito clássico de justiça, dar a cada um aquilo que é seu, perceberemos a necessidade de outros conceitos para que possamos compreender e aplicar o anterior; de imediato surgiria a questão sobre qual critério deveria ser usado para fixar o que o “seu” de cada um e disso, 18

com certeza, aparecerá a necessidade de novos conceitos subsidiários.

O direito, por sua vez, é fato. Ocorre à revelia de conceituações. Uma vez agrupados seus elementos constitutivos, o processo de surgimento se desencadeia e geralmente segue até o fim, mesmo que os indivíduos envolvidos não compreendam o que está acontecendo.

A separação entre direito e justiça é notória, ambos são independentes, não há que se falar sequer que o direito é meio para alcançar justiça, pois direito já é interesse estabelecido, os meios que são utilizados para fazer o conceito de justiça prevalecer são os físicos ou intelectuais, os mesmos que vão alicerçar qualquer interesse que se deseje impor em detrimento de outros.

19

Conclusão

Ver a raiz natural do direito é de extrema importância para que possamos compreender sua organização e conseqüências no mundo atual. Situar a essência desse fenômeno no mundo da natureza e identificar seus elementos desencadeadores possibilita um entendimento mais adequado de sua estrutura, bem como elucida situações como a força normativa dos fatos e a heterogeneidade do direito entre os diversos povos.Essa raiz natural nunca deixou nem nunca deixará o direito, pois é dela que ele brota, possua a feição que for, é ela que lhe dá base.

Quem bem observar o direito, o fenômeno jurídico, perceberá sua realidade natural e desta forma poderá, enfim, entender sua estrutura de formação e transformação, bem como entenderá o verdadeiro papel humano diante de tal processo, que não é o de criador deste fenômeno.

Document Outline

- Capa
- Folha de Rosto
- ndice
  - Apresenta o
  - I Origem do Direito
  - II Conseq ncias do Direito
  - III Direito e Homem
  - IV Direito e Moral
  - V Direito e Justi a
  - Conclus o