



EVOLUÇÃO HUMANA E O SURGIMENTO DO DIREITO: A CONTRIBUIÇÃO DE RODOLFO SACCO COM O CONCEITO DE DIREITO MUDO

Tarcísio Meneghetti*

Resumo:

Rodolfo Sacco utiliza o conceito de direito mudo para propor a possibilidade da existência de direito em sociedades humanas que ainda não possuem a linguagem, mas que já viviam em sociedades organizadas. Este direito surge como exigência de responder a problemas práticos e se encontra em um momento intermediário entre sociedades de primatas não humanos e as sociedades humanas modernas que já dominam a linguagem. A pesquisa tem como objetivo apresentar reflexões acerca das contribuições de Sacco para a história e surgimento do direito, através do conceito de direito mudo e utilizou o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito mudo. Linguagem. Evolução humana. Antropologia Jurídica. Pluralismo Jurídico.

HUMAN EVOLUTION AND THE ARISE OF LAW: RODOLFO SACCO'S CONTRIBUTION WITH THE CONCEPT OF MUTE LAW

Abstract:

Rodolfo Sacco uses the concept of mute law to propose the possibility of existence of law in human societies that still do not have language, but already lived in organized societies. This law arises as a requirement to respond to practical problems and finds itself in an intermediate moment between societies of non human primates and modern human societies that already master language. This research aims to present a reflection on Sacco's contributions to the history and arise of law, through the concept of mute law and used the deductive method, through bibliographic research.

Keywords: Mute law. Language. Human evolution. Legal Anthropology. Legal Pluralism.

1 INTRODUÇÃO

Hoje o vínculo entre direito e linguagem é tão forte que parece até impossível vislumbrar a possibilidade de existirem regras ordenando a vida comunitária que não passem

* Doutor em Ciência Jurídica em Programa de Dupla Titulação pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Università Degli Studi di Perugia. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Desenvolve pesquisa na área de Teoria Geral do Direito, em especial temáticas relacionadas ao Pluralismo Jurídico em espaços transnacionais. Professor do Programa de Mestrado em Direito das Migrações Transnacionais na Universidade do Vale do Itajaí e do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: tmeneghetti@univali.br.





pelo recurso linguístico. E isto vale não apenas para as constituições escritas, para os códigos e legislações nacionais, tratados internacionais ou mesmo contratos entre particulares ou decisões judiciais, mas também para costumes, pois embora não escritos também expressam padrões de comportamentos que podem ser expressos em palavras. O direito hoje parece depender da linguagem.

Isto é tão notável que certamente o domínio do vocabulário e precisão no uso das palavras se tornou, com o passar dos tempos, quase que uma característica que distingue o jurista diante do restante da sociedade.

Embora tudo isto seja verdade pode provocar uma confusão, qual seja, a de que o direito enquanto fenômeno é totalmente dependente da linguagem, a tal ponto de não poder existir sem ela.

Este raciocínio provavelmente não pode ser verdadeiro, pelo fato de que em longa parte da trajetória humana não houve linguagem articulada, ainda que provavelmente já houvessem gestos e vocalizações servindo de comunicação entre indivíduos, tal como se observa em sociedades de primatas não humanos, como os chimpanzés e bonobos.

Ora, a linguagem, que depende da convenção social acerca de símbolos abstratos identificados como palavras, necessariamente precisa surgir em uma sociedade já estabelecida, na qual há um sentido de ‘Nós’. E uma sociedade como esta já estaria funcionando de modo organizado, portanto mediante regras.

Este trabalho versa sobre aquilo que Rodolfo Sacco chama de ‘direito mudo’, que é justamente a tentativa de apreender este fenômeno hipotético – mas bastante provável – que antecede o direito baseado na linguagem. Antes da linguagem surgir já haviam sociedades organizadas, portanto um direito, e um direito mudo. Poder-se-ia recorrer a outro jurista célebre, Santi Romano (1967, 1969), para o qual o direito, antes de normas, é ordenamento jurídico, é instituição, é o modo de como uma sociedade se posiciona e se organiza. Uma comunidade sem ainda linguagem se articula com os meios que possui e provavelmente se estrutura através de um direito mudo.

O objetivo deste trabalho é apresentar a ideia de direito mudo como instrumento para apreender o fenômeno jurídico em sociedades humanas que ainda não dominaram a linguagem, e isto vale tanto para comunidades formadas por indivíduos da espécie sapiens como de outras integrantes do gênero Homo. Por outro lado, o direito mudo seria também o limite do fenômeno



jurídico, separando este dos comportamentos observados em sociedades de animais não humanos.

Sendo assim, o presente estudo utiliza não apenas o pensamento do próprio Sacco, mas também de pesquisadores da antropologia dedicados a estudar a evolução humana. Espera-se com isto avançar nos estudos de como inserir o fenômeno jurídico no quadro geral da evolução humana.

Esta pesquisa se insere também como contribuição aos estudos sobre pluralismo jurídico¹, pois auxilia no entendimento da diversidade de formas de organização social e jurídica que são adotadas pelo ser humano no tempo e espaço.

Para o presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

2 A ANTROPOLOGIA JURÍDICA

As contribuições de Sacco acerca daquilo que chama de direito mudo se inserem no quadro mais amplo de sua abordagem da antropologia jurídica. Em sua obra *‘Antropologia Jurídica’* o autor procura lançar fundamentos que auxiliariam na compreensão de uma macro-história do direito, ou seja, de elementos que auxiliassem a entender os movimentos do direito na história, em seus variados tempos e espaços.

O direito se apresenta, nesse sentido, como aspecto fundamental da organização social humana, e não pode ser dissociado de outra característica que está na raiz da diferenciação do gênero Homo² para outros animais: a cultura. O ser humano é um ser cultural, mas as manifestações culturais humanas são muito diferentes entre si, com cada povo e grupo criando a própria cultura de modo distinto, por isto “a cultura humana; o direito. As culturas humanas; os direitos. A reflexão antropológica nos dirá em que medida acreditar na cultura humana (no singular) e em que medida reconhecer as culturas humanas (no plural)” (SACCO, 2013, p. 39).

O ser humano enquanto espécie se apresenta como ser cultural, produtor de cultura, e ainda, produtor de direito. Nesse sentido se entende a cultura humana no singular. Mas esta

¹ Entende-se aqui como pluralismo jurídico a concepção de que o direito pode se apresentar de diversas formas, superando a limitação de se vislumbrar o fenômeno jurídico somente em perspectiva do monismo estatal. Para aprofundamentos ver Grossi (2007, 2011), Gurvitch (2014), Teubner (1997) e Tamanaha (2007).

² Neste artigo as expressões ‘humanos’ ou ‘seres humanos’ devem ser entendidas como referência a todas as espécies que integram o gênero Homo. Assim, por humanos deve-se entender não apenas a espécie *Sapiens*, mas também os neandertais, erectus, entre outros.



cultura humana é sempre diversificada quando se analisa as suas manifestações concretas, daí a sua pluralidade. Tanto o Brasil contemporâneo como os antigos romanos possuem suas especificidades culturais e jurídicas, assim como cada povo ou agrupamento humano ao longo da história. O direito, assim, é um dado da cultura, tal como outras manifestações culturais humanas.

[...] vamos considerar que o direito não é diferente, nem separado, dos demais fenômenos sociais e culturais. Ao lado do direito, a língua, o saber, as regras do viver. A qualidade dos produtos da atividade humana (objetos materiais e criações intelectuais) constituem, no seu conjunto, a cultura do homem. (SACCO, 2013, p. 41).

E na sequência o autor continua, explicando porque o direito – assim como a língua – se situa sempre entre a unidade e a pluralidade:

Entre esses elementos, língua e direito têm uma característica especial. Se dois indivíduos dão formas diferentes às pedras das quais retiram lascas ou às casas que constroem, ou se nutrem de alimentos diferentes, ou se recorrem a tratamentos diferentes para obter a cura de suas doenças, o pluralismo das soluções não cria maiores problemas à sociedade. Em contrapartida, os indivíduos, os membros de uma comunidade, não podem compreender-se reciprocamente se não usam a mesma língua. Analogamente, uma regra jurídica estabelecida para regular a relação entre credor e devedor, entre proprietário e terceiros, não pode deixar de ser idêntica para o titular do direito e para o sujeito do dever. (SACCO, 2013, p. 41).

Também o direito serve de conexão entre membros de uma comunidade, fornece unidade àqueles indivíduos, permite que eles não apenas coexistam, mas também convivam, estabeleçam critérios que padronizem as expectativas de comportamentos nas diversas áreas de interesses comuns. O direito, então, é condição necessária para a vida em comunidade humana.

Mas se para Sacco o direito é um elemento fundamental do existir humano em comunidade, é necessário apresentar como o autor apresenta o que seria o ‘direito’ e o que seria o ‘humano’.

Sacco está se propondo a analisar o direito a partir da perspectiva da antropologia, portanto não pode limitar o seu olhar ao direito das sociedades ocidentais contemporâneas, nem sequer apenas aos fenômenos jurídicos das comunidades atuais, mas ao direito de qualquer comunidade humana. É necessário, portanto, uma noção bastante ampla de direito, que permita incluir no fenômeno jurídico seja o direito bastante centralizado no Estado e na lei escrita, - como ocorre na maioria dos países ocidentais atuais -, como o direito consuetudinário de comunidades humanas que não dominavam a língua escrita. Além do mais, como se verá mais adiante, é necessário que este entendimento englobe ainda possíveis comunidades humanas primitivas que sequer dominavam a linguagem articulada.



Para se apresentar o fenômeno jurídico, na visão de Sacco, é necessário que primeiramente se manifeste como percepção de obrigação (ordenar, proibir, permitir) a partir dos destinatários daquela regra, ou seja, dos próprios indivíduos humanos da comunidade. (SACCO, 2013, p. 10). E na sequência acrescenta: “[...] não se fala em direito nos casos em que os sujeitos não escolhem o próprio comportamento. Se os sujeitos estão totalmente dominados por instintos mais fortes que qualquer vontade, o comportamento deles não é regido pelo direito” (SACCO, 2013, p. 11). O direito se manifesta como percepção do sujeito, dentro de uma comunidade, de que precisa obedecer determinadas regras. E esta percepção, bem como a consequente decisão de obedecer ou não à regra, está sempre dentro de uma área de voluntarismo por parte do sujeito, não podendo ser ação ou reação determinada unicamente pela ordem dos instintos. Com isto Sacco exclui como possíveis criadores do fenômeno jurídico a maioria das espécies animais não humanas,³ e ao mesmo tempo afirma que o direito é próprio de todas as sociedades humanas e talvez de algumas formadas por determinadas espécies de outros animais⁴.

Trata-se de uma posição que permite estudar a ampla diversidade de modelos jurídicos surgidos ao longo das trajetórias humanas, porque não depende de elementos específicos como existência de Estado, lei escrita, figuras como a do juiz e do advogado, etc.

Ademais, por comunidades humanas Sacco se refere não apenas àquelas formadas pelo *homo sapiens*, única espécie ainda viva do gênero *Homo*, mas por todas as espécies classificadas no gênero *Homo*, tanto aquelas extintas mais recentes, como neandertais e denisovanos, mas também outras mais antigas como o *erectus* e o *habilis*, dentre outros, que têm seus primeiros achados arqueológicos situados em períodos temporais de coexistência ou últimos anos das espécies ligados ao gênero *Australopithecus*, grupo antecessor imediato do gênero *Homo*.⁵

³ “[...] não se fala de direito quando se vê uma andorinha cuidando de seus filhotes. A andorinha é dominada por um instinto a que não pode resistir: falta o direito porque falta a escolha comportamental e falta a possibilidade de um desvio”. (SACCO, 2010, p. 11).

⁴ Nesse ponto provavelmente Sacco se refere a primatas como chimpanzés, bonobos, gorilas ou talvez até a outros mamíferos como os elefantes, que segundo tantas pesquisas desenvolvidas ao longo do século XX vêm demonstrando que possuem organizações sociais de seus grupos bastante complexas, incluindo percepções individuais entre seus membros e o surgimento de coalizões entre eles. Para aprofundamentos pode-se ver em De Waal (1989, 1996, 2007), Goodall (1986), Dunbar (1997). Entretanto, em outra obra Sacco (2013, p. 79) afirma que prefere limitar o universo jurídico às relações entre humanos, deixando os estudos sobre moralidade e comportamento de outros animais para a etologia e ciências próximas.

⁵ Os estudos da antropologia evolutiva aplicada à história natural do gênero *Homo* são um campo amplo que se renova continuamente a partir de novas descobertas, que confirmam, contradizem e reelaboram os quadros gerais das classificações das suas espécies e suas datações. De todo, para o presente estudo basta saber que para Sacco



Talvez não seja possível apresentar em detalhes como se daria o direito nas comunidades dessas espécies extintas, mas é lícito hipotetizar que o tivessem, pois provavelmente se revelariam como grupos organizados de modo intermediário entre sociedades de primatas ainda hoje existentes, como as dos chimpanzés, e as sociedades formadas por *homo sapiens*.⁶

No entanto, para se seguir na hipótese que estes grupos humanos primitivos possuísem o fenômeno jurídico é necessário postular a possibilidade de o direito existir mesmo sem o surgimento da linguagem. Isto porque muito provavelmente estes primeiros grupos humanos não apresentavam ainda uma comunicação articulada em torno de palavras e seus significados, mas algo como uma transição entre a comunicação que se observa entre outras espécies primatas e a linguagem típica que se encontra em qualquer comunidade na espécie *sapiens*.⁷ A comunicação dentro de comunidades de chimpanzés, bonobos, gorilas e outras espécies se constitui, sobretudo, a partir de grunhidos e outras vocalizações e gestos.⁸

É aqui que entra a hipótese do direito mudo de Sacco, da existência do direito não verbalizado, não oralizado, em sociedades humanas primitivas que ainda não haviam dominado a linguagem.

Por linguagem aqui se entende um sistema estruturado de comunicação, tal como se manifesta nas línguas humanas conhecidas. Desse modo o direito mudo seria o fenômeno jurídico anterior ao surgimento da palavra.

Na continuação do presente estudo se apresentará em maiores detalhes a argumentação de Sacco acerca do direito mudo. A própria expressão ‘direito mudo’ já indica um direito centrado na ação, e não nas palavras, e isto pode provocar alguma confusão com outro instituto jurídico já célebre, que é o do costume. Para Sacco existe uma área de contato entre o direito

todas as espécies integrantes do gênero *Homo* possuem direito. Se espécies do grupo *australopithecus* também possuírem o direito isto não invalida a posição de Sacco, vez que ele deixa em aberto inclusive a possibilidade do fenômeno jurídico ser estendido a outras espécies animais não humanos. A separação entre os gêneros *Australopithecus* e *Homo* em geral se dá a partir de vários aspectos, como anatomia geral do corpo, crescimento exponencial da região cerebral e achados de ferramentas.

⁶ Pesquisas e hipóteses lançadas por tantos antropólogos, biólogos e outros cientistas permitem, de todo modo, serem feitas várias reflexões e criações mentais de como se organizariam estas espécies. Dentre tantos, pode-se citar novamente Dunbar (1997), mas também Tomasello (1999, 2014). Leakey (1994) traz um panorama introdutório e ligado também à história dos achados ao longo do século XX.

⁷ Para um panorama geral das várias hipóteses sobre como e quando surgiu a linguagem na espécie humana consultar as obras já citadas de Dunbar (1997) e Tomasello (1999, 2014), mas sugere-se também a leitura de Chomsky (2014) e sua hipótese de gramática universal, Pinker (2011) e ainda Everett (2017) e sua hipótese acerca do *erectus* já dominar a linguagem.

⁸ Para melhor compreender como se dá a comunicação e as interações entre indivíduos dentro de uma comunidade de primatas não humanos sugere-se a consulta das obras já citadas na nota número 5.



mudo e o costume, mas nem todo direito consuetudinário é mudo. De todo, entender as aproximações e distinções entre ambos os direitos facilitará na compreensão do que Sacco define por direito mudo, porque uma introdução ao direito consuetudinário pode preparar o terreno para o ingresso no direito mudo.

3 COSTUME E DIREITO MUDO

Para Gilissen (1995, p. 31-32) toda a evolução de institutos jurídicos que antecedem a escrita estaria na ‘pré-história’ do direito, já que a ‘história’ se iniciaria com o direito escrito. Contudo, o próprio autor esclarece que isto não significa que ele não deva ser estudado, afinal instituições clássicas do direito como o matrimônio, a propriedade, diversos tipos de contratos já eram plenamente estabelecidos na época das primeiras formulações escritas, indício que o surgimento e evolução de tais categorias se deu em épocas muito mais remotas. Ainda assim, é preciso ter cautela, salienta Gilissen, porque os estudos da ‘pré-história’ do direito seriam sempre baseados em hipóteses e aproximações, e suas conclusões devem ser calculadas com sobriedade.⁹

O trabalho investigativo e reflexivo de Sacco é uma tentativa de penetrar este domínio ainda pouco explorado na história do direito, que é o da possibilidade de existir um direito mesmo nas comunidades humanas primitivas que ainda não haviam inventado a linguagem articulada, portanto um direito mudo.

Parece plausível pressupor que estas sociedades humanas primitivas, sejam da espécie sapiens ou outras integrantes do gênero Homo, possuíam já elementos que podem ser caracterizados como jurídicos. Sacco (2015, p. 55) traz três argumentos que justificam a possibilidade de existência do direito mudo: a) na etologia se observa que animais próximos do

⁹ A precaução de Gilissen se fundamenta na dificuldade real de penetrar as características do direito de sociedades primitivas, pois achados arqueológicos, sejam esqueletos completos ou parciais ou mesmo de utensílios ou pinturas rupestres, até dizem muito para possíveis identificações de elementos sociais, econômicos ou religiosos dessas comunidades humanas antigas, mas daí extrair conclusões no âmbito jurídico é um passo mais ousado. É por isto que o estudo de sociedades primitivas invariavelmente utilizará uma combinação de vários caminhos, como o estudo arqueológico propriamente dito dos achados, da história natural humana e dos primatas em geral (incluindo os avanços dos estudos sobre genética), do comportamento e organização social de espécies primatas não humanas ainda existentes e por fim dos costumes e organizações sociais de comunidades humanas atuais que ainda praticam direitos totalmente não-escritos. Outras áreas de estudo poderiam ser agregadas, mas essas constituem as linhas fundamentais. No entanto, no presente artigo o foco não é tentar estabelecer um quadro geral de características daquilo que seria o direito mudo das sociedades humanas mais primitivas, mas sim um bem mais modesto, que é simplesmente propor que estas sociedades de fato possuíam o *direito, e que ele era mudo*. Aprofundamentos sobre como se daria este direito em detalhes podem ser tentados em trabalhos futuros, no entanto.



homem possuem práticas sociais vinculantes; b) a hipótese verossímil de que em sua longa trajetória o homem tenha adotado práticas sociais vinculantes similares às daquelas de outros animais; c) os primeiros homens e muitos dos seus descendentes eram mudos.

Sendo assim, estas práticas sociais que orientavam e regulamentavam a vida comunitária dos primeiros humanos seria o que Sacco chamaria de direito mudo.

No intervalo entre as práticas sociais de animais não humanos e o direito articulado pela linguagem entre os humanos dos últimos milênios parece haver um momento em que comunidades humanas já se organizavam de modo mais sofisticado que os demais animais, mas ainda não haviam alcançado a linguagem articulada. Este momento intermediário precisaria ser dominado pelo direito mudo. Talvez o direito mudo possa ser inclusive visto como uma transição entre a etologia e o direito expressado pela linguagem.¹⁰

Para se adentrar o domínio daquilo que Sacco chama por direito mudo é necessária certa elasticidade mental, afinal busca-se pensar a possibilidade de existir um direito antes mesmo da invenção da palavra. Isto é, significa dizer que antes mesmo do alfabeto e de uma comunicação humana envolvendo palavras já existiria o direito regulamentando as interações entre os membros dentro de uma comunidade.

Certamente quase todo o direito que se conhece, seja nas sociedades humanas atuais ou passadas, que utilizem ou não a lei escrita, se baseia na palavra. Mesmo o direito tradicional que se transmite através de gerações na forma dos costumes utiliza as palavras para consagrá-los como obrigações impostas que se descumpridas podem acarretar a sanção por parte do grupo. Assim, o antigo celta ou um membro das tantas tribos indígenas latino-americanas sabia ou sabe dizer com palavras qual regra comunitária está respeitando ou violando, ainda que ela não esteja gravada na forma escrita em qualquer lugar. Ademais, deve-se lembrar que as

¹⁰ O capítulo '*Cultura, natureza, biologia*' de '*O Direito Mudo*' traz reflexões sobre possíveis conexões entre o direito e a biologia, recorrendo a questões como comportamentos determinados pelos instintos e até indagações acerca quais conseqüências o estudo do DNA poderiam trazer para o direito. (SACCO, 2013, p. 126-131). Talvez seja lícito pensar que Sacco veja o direito mudo como a transição entre os comportamentos determinados diretamente pelos instintos e as escolhas sociais já ditadas pela comunidade, portanto, um intermediário entre a biologia e a cultura, e que por estar nesta fase necessariamente se manifestará como uma mescla dos dois universos. Com isto não se pretende dizer que o direito dito das sociedades modernas seja totalmente desvinculado da biologia, mas sim que se apresenta como direito cada vez mais dependente de escolhas voluntárias conscientes e coletivas, portanto trazendo conexão muito maior com o mundo da cultura humana. Também Gusmai (2017) traz importantes contribuições acerca da relação entre as 'neurociências' e o direito mudo.



primeiras manifestações escritas do direito, como aquelas feitas por Hamurabi ou as XII Tábuas do antigo direito romano não eram muito mais do que transcrições dos costumes tradicionais.¹¹

Agora, o que foi dito é que *quase* todo o direito conhecido se baseia em palavras. Ainda há um domínio pouco explorado, mas fundamental, que faz brotar o direito e não ainda se estrutura na palavra.

As culturas do homem ainda desprovido de linguagem articulada, e as culturas que nós conhecemos, configuraram ou configuram relações jurídicas sem recorrer à palavra; para essa finalidade dão execução à relação jurídica que querem criar (ou deixam de realizar a relação jurídica que querem extinguir). Esses atos (não declarativos, portanto ‘mudos’) são plenamente praticados e muito vivos também no direito das sociedades mais avançadas. Exemplos disso são a ocupação, a posse, o abandono da coisa, a entrega, a aceitação tácita de herança, a regularização de um negócio inválido mediante execução [...]. (SACCO, 2013, p. 221).

O direito mudo decorre do ato, da execução ou não execução de atos que configurem relações jurídicas. Nesse caso pode-se entender que as regras nascem dos próprios atos e fatos e suas consequências.¹² Os exemplos de Sacco conferidos na citação (e o autor oferece muitos outros) demonstram que mesmo hoje, em sociedades altamente especializadas sobre o direito escrito e abstrato, muitas das relações jurídicas decorrem dos atos praticados ou deixados de ser praticados. Para Sacco isto reforçaria a ideia de que o direito mudo jamais pode ser totalmente extinto e por sua vez continuaria vivo nos sistemas modernos, ainda que oculto ou ao menos não facilmente percebido, mas se manifestando aqui e acolá em situações como aquelas mencionadas.

Agora, se o direito mudo é anterior à invenção da palavra, isto quer dizer que mesmo o direito consuetudinário, incluindo aquele das sociedades tradicionais, não pode ser entendido como direito mudo, ou ao menos não como plenamente mudo. Isto porque em geral o direito consuetudinário conhecido já está estruturado sobre a palavra. O fato de não ser escrito não significa que não seja ancorado na linguagem articulada.

¹¹ “As culturas do homem que nós conhecemos formulam e configuram mediante o instrumento ‘palavra’ as relações jurídicas que convêm aos interessados: o empenho em dar uma coisa ou uma pessoa em troca de uma coisa ou uma pessoa recebida; a transferência generosa da propriedade de um bem, o pacto pelo qual um dos dois só caçará (ou coletará) na montanha, e o outro só caçará no vale; a constituição de uma sociedade; o testamento” (SACCO, 2013, p. 219).

¹² A ideia de que o direito nasce do fato, e de que são as próprias necessidades que estariam no fundamento do fenômeno jurídico é um argumento já bastante explorado por Romano, que defende que mais do que o voluntarismo é a necessidade, tendo em vista as circunstâncias, que fazem determinado modo de direito surgir ou ser transformado. Para maiores aprofundamentos ver Romano (1950, 1967, 1969), e também Tarantino (1976) e Meneghetti (2017), que exploram a abordagem romaniana.



Os usos e costumes são já expectativas padronizadas de comportamento e oficializadas de tal modo no interior de uma comunidade que os membros sabem que se desobedecerem estarão expostos às sanções. No direito consuetudinário já existe um processo de racionalização, a formalização mental de que certo comportamento é obrigatório ou proibido, por exemplo, e esta formalização mental é compartilhada entre os partícipes de dada comunidade. Desse modo o direito consuetudinário, ao menos no molde das sociedades conhecidas que praticam este formato jurídico, não pode existir sem a linguagem, uma comunicação articulada por meio de palavras. Quase sempre as regras consuetudinárias podem ser traduzidas em palavras, em comandos que são oralizados pela comunidade.¹³

Em obra dedicada ao estudo do direito medieval Gilissen (1982, p. 24-31) dedica algumas páginas a definir e caracterizar o que seria o costume, enquanto elemento central do direito consuetudinário. Por mais que a abordagem tenha por referência o direito medieval, os elementos trazidos por Gilissen podem auxiliar na construção de um entendimento sobre os costumes em geral e suas aplicações jurídicas. Para Gilissen (1982, p. 24-25) primeiramente o costume pode ser entendido como uso, no sentido de atos e comportamentos repetidamente praticados pelos membros de uma comunidade, até constituírem um sentido de obrigatoriedade e obediência naquele grupo. Nesse sentido, o costume enquanto fonte jurídica se constitui *a posteriori*, como resultado da percepção de uma comunidade sobre aqueles atos e comportamentos que seus membros praticam repetidamente. O costume não é o ponto de partida, mas a racionalização que reconhece como norma jurídica a regulamentação de determinados atos e comportamentos.

Continuando com Gilissen (1982, p. 25-27), a segunda característica dos costumes é ser não-escrito. A terceira (Gilissen, 1982, p. 27-28) é a de o costume ser praticado pela grande maioria dos membros da comunidade. É justamente o fato de a maioria praticar, respeitar e seguir a expectativa de comportamento em relação a determinadas situações que torna aquela prática social em uma regra jurídica. O consentimento, o sentimento de concordância dos membros, é o elemento subjetivo que confere legitimidade ao uso se tornar uma regra jurídica. Na verdade, é justamente este sentimento de concordância por parte da maioria que faz com que os atos sejam praticados repetidamente. Um dos indícios de que uma regra jurídica passa a

¹³ Para aprofundamentos acerca do que seja o direito consuetudinário, em especial nas sociedades tradicionais, ver Gilissen (1995, 1982). Rachels (2013, p. 16-32), ao estudar diversidade cultural entre as sociedades humanas traz alguns raciocínios de como os costumes podem ser traduzidos em palavras.



perder força entre seus destinatários é quando os próprios parecem não mais se importar em desobedecer estipulada norma. Pode-se dizer que o costume se consagra juridicamente como conscientização de uma sociedade acerca de determinados atos e comportamentos. Volta o raciocínio de que os atos antecedem a racionalização, antecedem a verbalização.

Outra característica, para Gilissen (1982, p. 29-30), é que o costume deve ser antigo (no sentido de ancestralidade), precisa ter uma longa trajetória naquela comunidade. O costume é sedimentação de expectativa de comportamento, é, portanto, um ponto de chegada de uma grande multiplicidade de atos e fatos, nas quais pessoas praticaram aqueles atos e foram aceitos, e outros que não agiram naquele sentido foram reprovados por aquela comunidade. Novamente retorna a necessidade de se pensar o costume como racionalização *a posteriori*. Gilissen expõe outras características, mas estas bastam para o presente estudo.

Estes pontos extraídos de Gillisen esclarecem que há conexão entre direito mudo e costume, sendo que o segundo parece ser continuação ou racionalização do primeiro, mas também demonstram que o direito mudo não pode se esgotar no costume, pois este último exige o domínio da linguagem articulada, afinal sem ela não é possível os membros de uma comunidade sedimentarem determinados atos e comportamentos como regras jurídicas. A terceira característica apresentada define que o elemento subjetivo da opinião dos membros é decisivo para conferir certa juridicidade à regulamentação de determinados atos e comportamentos.¹⁴ Portanto, no direito consuetudinário o costume surge quando a comunidade se posiciona em relação àquele assunto, conscientiza e determina que haja um modo adequado ou inadequado de se proceder naquele tópico.¹⁵

Voltar-se-á a estas reflexões mais adiante, por hora basta compreender que o direito consuetudinário pressupõe uma longa trajetória anterior de atos e comportamentos sendo praticados sem ainda consciência jurídica ou moral acerca deles, e que esta consciência vai se formando pelos membros na medida em que os atos acontecem, até se estabilizarem como

¹⁴ Também Sacco (2015, p. 61) argumenta que o costume enquanto direito resulta da *opinio* dos membros acerca de qual deve ser a postura adequada diante de determinadas situações, e salienta que assim a necessidade de obedecer a um costume é um dado muito posterior à existência do costume em si, que por sua vez decorre de fatos. Desse modo o costume enquanto direito pode ser também entendido como verbalização sobre atos e fatos originariamente mudos e que progressivamente se tornam refletidos por meio da *opinio* de uma comunidade.

¹⁵ Santi Romano (1983, p. 45), tentando alcançar a natureza da consuetudine, também destaca que esta se constitui como exercício em que o povo influencia diretamente no surgimento da norma jurídica por meio da formação da '*opinio*'. O estabelecimento da consuetudine como direito novamente é visto como consequência de atividades anteriores. Romano salienta ainda que este movimento poderia continuar e se sedimentar na forma escrita, isto é, no direito enquanto lei.



costume. Portanto, o costume juridicamente entendido pressupõe a fase do direito mudo. No próximo tópico se adentra àquilo que Sacco chama de direito mudo.

4 O CONCEITO DE DIREITO MUDO

A seção anterior traz a conclusão provisória de que para se estudar o direito mudo inevitavelmente deve-se passar pelo costume, mas com a cautela de que na maioria dos casos o costume é já verbalizado, portanto não mais mudo. Sacco (2015, p. 51-55) traz que o costume pode ser tanto espetacularmente verbalizado como mudo, não verbalizado. Estes seriam os extremos opostos da relação entre costume e verbalização. O direito inglês contemporâneo lida, substancialmente com o costume verbalizado seguindo rigor técnico, tal como grande parte do direito romano antigo. Por outro lado, as comunidades humanas primitivas que ainda não haviam dominado a linguagem provavelmente praticavam costumes mudos, não verbalizados. Entre estes dois extremos há uma enorme variedade de situações.

Para facilitar a exposição de seu argumento, Sacco (2015, p. 57) traz uma classificação tríplice de sociedades conforme se dá o direito. Um primeiro tipo de sociedade seria aquelas mais distantes das nossas contemporâneas, que funcionariam na base de um holismo funcional, isto é, sem clara divisão de tarefas, distribuição de poderes e com as regras que organizam o funcionamento do convívio social baseadas diretamente no *habitus*, isto é, nos atos cotidianos de seus membros. Uma segunda sociedade apresentaria já divisão de tarefas e teria o direito estabelecido a partir de modelos de condutas e comportamentos, portanto, sociedades baseadas no direito tradicional e consuetudinário, como povos tradicionais em tantos lugares do mundo ainda hoje. Por fim há as sociedades que se sustentam na lei escrita.

Dentre os três modelos é certamente o primeiro que apresentaria a situação mais próxima do que se chamaria um direito mudo, que brota diretamente dos *habitus*. Adiante Sacco (2015, p. 58) oferece alguns exemplos que clareiam a distinção entre normas escritas e mudas:

É fácil contrapor a norma escrita (Código Civil italiano) da norma muda (regra sobre a divisão dos resultados de uma caça coletiva no tempo do *homo ergaster*). É fácil contrapor o ato escrito (registro notarial que torna solene uma aquisição imobiliária) do ato mudo (ocupação de um animal ou de uma planta, por parte de um caçador ou coletor do paleolítico inferior).

Nota-se que nos dois exemplos conferidos por Sacco sobre direito mudo está em foco uma regra que nasce diretamente de um fato. Se há uma caça coletiva, com emprego coletivo de energias, de alguma forma é necessário distribuir o resultado da operação. Será distribuída



igualmente entre todos? Alguns possuem preferência? Com base em qual critério? Ou quem é dotado de maior força física obtém a maior parte e deixa aos demais a luta pelo restante? Seja qual for a regra que se adote, *trata-se de uma regra*, do contrário nem mesmo a operação coletiva teria ocorrido.¹⁶ No caso do segundo exemplo a ocupação de um animal ou planta cria a relação de posse¹⁷ do sujeito com o objeto, de tal modo que se outros indivíduos desejarem adquirir aquele animal ou planta precisarão estabelecer uma relação (negociação, conflito, etc.) com o possuidor daquele objeto.¹⁸

Nos casos citados de direito mudo há uma regra, implícita, talvez ainda mais instintiva que consciente, mas certamente potente o suficiente para conduzir os indivíduos a agirem e reagirem de modo determinado, a tal ponto que se algum se mover em sentido oposto (por exemplo, desrespeitando a distribuição dos resultados da caça) provavelmente receberá uma resposta contrária dos demais, pois infringiu a regra implícita que preside aquele fato. Por isto que para Sacco (2015, p. 65), se há uma prática ‘em potência’ há já um ‘direito em ato’. A repetição de certos atos cria, pouco a pouco, a expectativa daquela regulamentação.

A prática, a conduta, quando atuada, indica a existência da *convicção* dos membros sobre uma regra anterior. Portanto, o direito mudo nasce de um fato, o que não quer dizer que todo fato faça nascer um direito. Por exemplo, uma determinação imposta com a força por um líder hegemônico não cria costume, não cria direito, enquanto a comunidade não aceitar e praticar aquele comportamento, seja por concordância consciente ou por submissão à violência. Ou seja, para que do fato nasça uma regra jurídica exige-se a *convicção* da comunidade (ou da maior parte dela) acerca da necessidade de se obedecer certa regra. (SACCO, 2015, p. 66).

Entretanto, esta convicção não precisa ser uma adesão consciente, ideológica, no sentido de que o sujeito faça uma reflexão interior e decida adotar determinado padrão de comportamento que se adéqua a uma prática social. A convicção se constata na medida em que

¹⁶ Não é plausível supor a inexistência de uma regra implícita, porque isto levaria aos participantes da caça coletiva entrarem em disputa direta pelos resultados, gerando um embate físico direto que ameaçaria não apenas a vida dos envolvidos, mas a segurança da própria comunidade. Ademais, basta observar as caças coletivas operadas por qualquer espécie animal para notar que cada uma age conforme determinadas inclinações, ainda que provavelmente instintivamente determinadas.

¹⁷ Caterina (2001) propõe a discussão sobre posse (e propriedade) também no âmbito de algumas sociedades animais não humanas, trazendo exemplos de várias espécies sobre como se organiza a distribuição de alimentos, o que ocorre se um membro tentar obter a força a parte de outro, etc.

¹⁸ O exemplo da posse é interessante porque ele também ecoa em institutos jurídicos ainda plenamente aplicados no mundo contemporâneo, pois mesmo hoje se discute dos efeitos da posse injusta, da posse precária, etc.



os membros praticam aquela ação, mesmo sem serem coagidos. É a ação que confirma a sujeição de alguém à regra.

Para existir o direito mudo basta o conhecimento tácito dos membros, não é necessário o conhecimento explícito. Sacco utiliza a comparação entre ‘saber fazer’ e ‘saber aquilo que se faz’, recorrendo à aprendizagem da língua materna como base. A criança não aprende a primeira língua, no interior da família, estudando as regras gramaticais, mas simplesmente imitando o falar dos outros ao seu entorno. A criança começa a linguagem falando, e somente depois se dará conta de que aquilo que aprendeu é o que a cultura chama de ‘linguagem’.¹⁹ A adesão do membro de uma comunidade humana primitiva poderia seguir o mesmo esquema: o indivíduo passa a obedecer certas regras não porque as conceitualize mentalmente, mas simplesmente imitando os demais. (SACCO, 2015, p. 68-73).

Em De Waal (1996, 2007) há tantos exemplos de situações observadas em sociedades de primatas não humanos que denotam a obediência a certas regras. Por exemplo, a sociedade dos chimpanzés é muito mais hierarquizada que a dos bonobos, e mais agressiva na forma de resolver os conflitos. E estas regras são percebidas pelos membros inclusive nas interações entre eles no interno do grupo. É o caso de relatos de indivíduos machos que não ocupam a posição dominante do grupo mantendo relações sexuais com fêmeas em lugares clandestinos, ocultos da visão do macho dominante. Nisto indica-se que ambos reconhecem o privilégio que o macho dominante possui nas relações sexuais com as fêmeas. Portanto, há uma regra, talvez instintiva, que orienta os membros da sociedade de chimpanzés a aceitarem que o macho dominante da comunidade tenha preferência na escolha das fêmeas com as quais manterá relações sexuais.

Também entre os chimpanzés é comum a constatação de formação de coalizões entre machos subordinados contra o dominante e mesmo de empreitadas de machos jovens contra os mais idosos buscando a posição de dominância. Quando isto ocorre o macho que era dominante se submete a nova posição, transferindo o posto de dominante. Ou seja, de alguma forma há a sujeição a uma regra que estipula que se um novo macho vencer fisicamente o dominante, passa a ocupar a posição deste na liderança da comunidade. Mesmo as trocas de liderança são presididas por certas regras. Certos privilégios do macho dominante são oriundos da posição em que ocupa, independentemente de qual seja o indivíduo que esteja naquela situação. A

¹⁹ Também a adaptação de qualquer pessoa às práticas sociais da comunidade em que vive, incluindo a obediência às leis do Estado, se dá na infância, sem que ainda se tenha consciência do que significa ‘obedecer as leis’ ou ainda menos do que seja uma instituição tão complexa como o Estado.



comunidade não se subordina a ‘A’ enquanto indivíduo, mas a ‘A’ enquanto ocupante atual da posição de dominância no grupo. Portanto, há uma regra implícita que regulamenta os comportamentos.

Neste momento não há necessidade de se tentar imaginar como seriam as regras instintivas que orientariam as primeiras comunidades humanas, mas basta compreender que elas existem. Assim como o chimpanzé e o bonobo, o primeiro humano não possuía linguagem verbalizada, mas se sujeitava às práticas sociais da comunidade, ainda que de modo instintivo. Há um fato, que é o resultado da caça, e desse fato se dá uma divisão da carne que segue uma regra seguida por todos os membros, seja por instinto, seja por imitação; há um fato, a definição de quem é o líder, e disso resulta que muitas situações na vida social serão conforme a sua vontade. E do mesmo modo muitas situações hipotéticas podem ser imaginadas.

No entanto, mantém-se uma dúvida: se as primeiras comunidades humanas pouco se distinguem de comunidades de primatas não humanos, não seria necessário dizer que o direito seria um aspecto da vida social de vários primatas, e não apenas do humano? Ou então, em qual elemento se observaria o distanciamento das comunidades de primatas não humanos já nas primeiras comunidades de humanos?

O exercício hipotético nos parágrafos anteriores foi feito para se entender que, *no mínimo*, é plausível imaginar que as primeiras comunidades humanas se organizassem conforme práticas sociais similares a das sociedades de chimpanzés ou bonobos. No entanto, parece razoável supor que o modo de organização social humana paulatinamente se distanciou das sociedades de primatas. No próximo tópico se buscará identificar o elemento diferenciador e para isto se recorre a estudiosos que possam acrescentar contribuições a estas reflexões sobre direito mudo. Portanto, o tópico final é já um campo de reflexões sobre a ideia de direito mudo em Sacco.

5 EVOLUÇÃO HUMANA E SURGIMENTO DO DIREITO

Provavelmente em alguma época as comunidades humanas pouco se diferenciavam, na forma de organização social, daquelas de outras espécies primatas relacionadas. No entanto, aquele provavelmente foi o ponto de partida, e desde então os grupos humanos passaram a se diferenciar mais e mais daquela situação original.





Neste processo Sacco (2015, p. 80) utiliza o antropólogo Tomasello, que defende ser uma espécie de intencionalidade coletiva, uma ideia de ‘Nós’, que diferenciaria o gênero humano daqueles mais próximos.

Outros primatas até agem em conjunto contra o inimigo em comum (um predador, por exemplo), mas aparentemente o fazem por motivo de força, no sentido de que com maior quantidade de agentes mais facilmente cada um realiza o próprio objetivo individual. Já entre humanos, em algum ponto, o indivíduo começou a observar as ações dos outros e perceber conexões com as suas, adequando os próprios comportamentos às intenções de terceiros. O indivíduo vê o outro como potencial parceiro, e percebe que se cooperar pode vir a ter aquele auxílio novamente no futuro em outras eventuais operações de caça. O indivíduo se sente parte de um grupo, em que todos compartilham do mesmo objetivo, ainda que por hora seja tão-somente o da sobrevivência.

Neste ponto o humano vê a si mesmo e aos companheiros como copartícipes de uma atividade operativa reiterável (digamos permanente) voltada à sobrevivência e à prosperidade do grupo. E esta atividade se desenvolve em conjunto com outros sujeitos, isto é, membros do grupo. Nasce a sensação de identidade deste grupo. A intencionalidade a partir de agora será ‘coletiva’. Tudo isto produz instituição e normas. (SACCO, 2015, p. 81).

Tomasello (2014, p. 139-142) desenvolve esta ideia de intencionalidade coletiva como parte de um processo mais amplo na evolução humana. Para este autor primeiro há uma intencionalidade individual, que é a inferência do próprio comportamento apenas a partir do próprio interesse. Ainda que o indivíduo conviva com outros da mesma espécie, não há ainda um sentido de comunidade.

Em algum momento em grupos humanos primitivos começou a se formar uma ‘intencionalidade conjunta’, na qual dois ou mais agentes combinam esforços em uma operação em comum. Por exemplo, dois indivíduos que acordam como trabalhar juntos em uma caça. Aqui ainda a relação está na dimensão do ‘você e eu’. Porém, a partir de certo momento o ser humano desenvolveu a intencionalidade coletiva, que é aquela em que o comportamento é adotado seguindo não apenas aquilo que se espera de um parceiro imediato, mas observando também expectativas de outros membros do grupo. Neste ponto a ação individual converge para interesses da comunidade. Na intencionalidade conjunta a comunicação ainda se basearia em algo colaborativo, mas na intencionalidade coletiva seria necessária já uma comunicação convencional, o surgimento paulatino da linguagem (TOMASELLO, 2014, p. 139-142).



A abordagem de Tomasello pode ser enriquecida com as contribuições trazidas por Dunbar (1997), que enfatiza muito a conexão entre o argumento do ‘cérebro social’ e o surgimento da linguagem entre humanos. Para Dunbar a evolução humana parece seguir a tendência de encontrar soluções práticas para resolver problemas de seus próprios contextos e ambientes. Um cérebro social, capaz tanto de linguagem articulada como complexa organização social (incluindo regras abstratas) seria decorrência deste processo.

Dunbar (1997, p. 14-17) parte do fato de que em algum momento espécies primitivas de primatas deixaram de ser arbóreas. Já neste ponto tais espécies se apresentariam vivendo em grupos, exigência para aumentar as chances de sobrevivência, afinal fora dos ambientes arbóreos é mais difícil escapar de predadores e também obter os próprios alimentos. A vida em grupo é um recurso necessário visando a sobrevivência.

Até aqui os primatas não se diferenciam tanto de outros mamíferos, que também vivem em grupo porque isto favorece a segurança. Entretanto, por alguma razão somente os grupos primitivos de primatas fizeram surgir desenvolvimentos que levaram ao gênero humano.

Dunbar observa que as comunidades de primatas, incluindo aqueles não humanos, revelam notável dimensão de competitividade interna. Isto já foi salientado na seção anterior, de que como chimpanzés formam alianças internas em lutas contra outros indivíduos do mesmo grupo, visando conquistar melhores posições na hierarquia da comunidade. A vida interna da comunidade de primatas muitas vezes está muito distante de algo pacífico e amistoso, e por vezes se desenrola em meio a muitos conflitos e processos de reconciliação, seja entre indivíduos ou mesmo entre alianças e facções (associações de indivíduos).

Ou seja, os indivíduos em sociedades primatas estão sempre ocupados, porque para além dos predadores e ameaças externas há toda a competitividade na vida interna. Dunbar (1997, p. 35-37) destaca que um comportamento fundamental nesta dinâmica é aquele dedicado ao cuidado de si. Primatas, tal como tantos outros animais, dedicam parte importante do tempo diário à higiene e ao próprio bem-estar. Entre chimpanzés e outras espécies este comportamento se estende inclusive a cuidar de outros indivíduos. Dunbar (1997, p. 35-37) assinala que não raramente se observam indivíduos chimpanzés ajudando outros a limpar e acariciar partes do corpo não facilmente acessíveis pelos próprios braços, como regiões das costas. Ou seja, há uma abertura não somente a cuidar de si, mas também do outro.



E para Dunbar (1997, p. 39-44) é neste processo de cuidar do outro que se iniciariam estabelecimentos de alianças e coalizões, inclusive visando confrontos contra outros indivíduos e grupos. Por meio do contato físico direto há a comunicação de intenções.

A existência desta realidade obriga ao indivíduo dar-se conta das intenções dos outros indivíduos e também das conexões que estes possuem com outros do grupo. O chimpanzé 'A' precisa saber como 'B' se relaciona com os demais, porque a partir disso se formam intenções de operações comuns.

Este processo exigiria empenho cada vez maior do cérebro, pois aumenta-se consideravelmente o número de informações que um indivíduo precisa armazenar e saber utilizar nas escolhas de seus atos. Daqui a hipótese de inteligência maquiaveliana ou do cérebro social, que Dunbar concorda (1997, p. 68). Neste raciocínio a expansão cerebral seria uma necessidade evolutiva para lidar com uma crescente complexidade de relações no interior das comunidades primatas (DUNBAR, 1997, p. 55-61).

O problema é que para formar associação com outro indivíduo a partir do cuidado e dos toques físicos exige-se muito tempo, o que torna inviável a proliferação de relações. A linguagem, que se iniciaria com grunhidos e gestos, seria o resultado de um processo longo de indivíduos tentando se comunicar com vários outros. E neste ponto a linguagem não surgiria como medida a resolver complexos problemas filosóficos, científicos ou religiosos, mas para lidar com questões que ainda ocupam a maior parte das conversas sociais, que são os assuntos comunitários, as relações pessoais, as opiniões sobre os comportamentos alheios. (DUNBAR, 1997, p. 122-123). Aquilo que se chamaria de 'fofoca', ou 'conversas sociais', executaria um papel importante no controle e regulamentação da vida comunitária, porque permite o compartilhamento de informações e o monitoramento das vidas privadas. A regulamentação da vida comunitária passa também por este fenômeno cotidiano das conversas sociais que se estabelecem nas ruas e em cada espaço de interação.

Provavelmente primeiro esta função tenha sido preenchida parcialmente pelos grunhidos, até que em dado ponto as primeiras palavras e linguagens articuladas surgiram. Da comunicação direta via gestos e grunhidos à linguagem articulada o que se percebe é uma transição cada vez maior do contato direto e pessoal ao contato abstrato. E aqui entra o ponto crucial da argumentação de Dunbar (1997, p. 72-73) que converge para esta pesquisa: não somente a linguagem articulada, mas a definição de regras abstratas teria ocorrido gradualmente para lidar com a maior complexidade das vidas comunitárias.



Para Dunbar (1997, p. 72) quanto mais numerosa for uma comunidade, maior a necessidade de regras abstratas. Pode-se usar aqui o exemplo de uma empresa contemporânea. Quando ainda são poucos profissionais e todos possuem contato direto uns com os outros, os projetos, objetivos, estratégias e operações podem ser executados sem tanta definição padronizada de regras, porque as interações diretas entre as pessoas já servem de alinhamento dos objetivos. Mas na medida em que a empresa cresce e nem todas as pessoas conseguem se comunicar entre si, a unidade de objetivos passa a depender de definição de missão, valores, objetivos escritos. Da mesma forma um pequeno grupo militar pode lutar pelo colega que está ao lado na trincheira, mas dentro de um grande exército se luta em nome da Nação, da Pátria e de outros conceitos mais abstratos. Ou seja, também as normas jurídicas abstratas poderiam ter surgido como necessidade de regulamentar comportamentos em sociedades mais numerosas enquanto população, quando as relações pessoais diretas não se tornaram mais capazes de fazê-lo.

Para Dunbar (1997, p. 69-77) o limite de convivência direta em uma comunidade parece ser a de 150 pessoas²⁰. Até este número os indivíduos conseguiriam organizar a vida social a partir de suas interações diretas. Ultrapassado esta faixa cada vez mais se faz necessário o recurso de normas abstratas. A padronização de comportamentos a partir de regras abstratas se daria neste processo, como exigência para controle da vida social quando as relações pessoais diretas já não são mais capazes de efetuar esta operação.

No entanto, aqui já se está no domínio da linguagem, portanto além do direito mudo, objeto de estudo deste trabalho. Estabelecendo um diálogo entre as abordagens de Sacco e Dunbar pode-se dizer que o direito mudo, no esquema apresentado, teria seu limite no processo em que a comunicação de grunhidos e gestos passa a transitar para a linguagem articulada. Mas quando o predomínio era dos grunhidos e gestos já havia direito, já existiam comunidades humanas talvez com dezenas de indivíduos, com seus interesses comuns, com suas competições internas, com suas aspirações e conflitos. Ali certamente as regras já eram bem mais complexas que aquelas de uma sociedade primata não humana ou mesmo das primeiras comunidades humanas. Pode-se dizer que o direito mudo de Sacco se encontra em algum ponto de uma sociedade que transita entre a intencionalidade conjunta e a intencionalidade coletiva (na visão de Tomasello) e também em uma que se articula por meio de gestos e grunhidos, mas tenta

²⁰ O número 150 é aproximado e decorre de uma série de observações, desde o funcionamento de cidades contemporâneas até populações de sociedades tradicionais. Para aprofundamentos ver Dunbar (1997, p. 69-77).



organizar cada vez mais as complexas relações internas do grupo (na visão de Dunbar). É muito provável, ainda, que é justamente neste período hipotético que os atos repetidamente praticados estavam se tornando práticas sociais. E estas mesmas práticas sociais em algum momento se tornariam as bases dos costumes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As observações trazidas na última seção, sobretudo utilizando Tomasello e Dunbar, não permitem conclusões precisas quanto a momentos históricos em que ocorreram. No entanto, pode-se sugerir que é possível que tenham ocorrido, lentamente, no decorrer de alguns milhões de anos que antecedem o surgimento da linguagem. Aqui não se pretende afirmar que os neandertais, denisovanos, ergaster, erectus, habilis, entre outros, todos possuísem a linguagem ou que não possuísem, afinal tudo ainda está no campo da especulação e das hipóteses.

Quando se observam sociedades de primatas não humanos existentes hoje constata-se que vivem em grupos organizados com certo grau de hierarquia, divisão de funções e padrões de comportamentos, mas que ao mesmo tempo, diferente de outros animais, apresentam já conflitos internos de modo comum, incluindo estabelecimento de alianças e parcerias. Mas não há ali a linguagem, no sentido que se dá à linguagem humana articulada.

Colocados em um ponto estas sociedades de primatas não humanos e no outro extremo as sociedades humanas que dominam a linguagem a sensação que se tem é de um abismo entre elas quase intransponível. Surge a grande pergunta: como então surgiu a linguagem articulada? E do mesmo modo, como surgiu o direito baseado na linguagem?

O objetivo deste artigo foi contribuir nesta pesquisa, relacionando a abordagem sobre direito mudo em Rodolfo Sacco com as pesquisas de antropólogos dedicados ao estudo do surgimento da linguagem. O raciocínio de Sacco é plausível, de que se por muito tempo o ser humano não teve linguagem, e ao mesmo tempo vivia em sociedades organizadas, tais sociedades possuíam regras, e estas regras provavelmente eram mudas.

Não era ainda sequer o que se chamaria de direito consuetudinário, porque este é também um desenvolvimento a partir do direito mudo. Estas regras mudas seriam regulamentações de comportamentos oriundas dos próprios fatos, dos próprios atos, que repetidamente praticados passariam a se tornar ‘práticas em potência’ e ‘direitos em ato’.



Tomasello pensa que os humanos, em algum ponto, se distanciaram dos demais primatas porque pouco a pouco foram criando a intencionalidade coletiva, após passar por uma intencionalidade conjunta, aproximando-se de uma ideia de ‘Nós’, de coletividade. Já Dunbar acrescenta que o crescimento populacional de grupos humanos tornou inviável o controle social somente a partir de relações pessoais diretas, exigindo mais e mais de regras abstratas capazes de regulamentar os comportamentos individuais.

Ou seja, seguindo estes autores, seria possível deduzir que as regras que regulamentam a vida em sociedade surgiriam como medidas necessárias para melhor organização da vida comunitária. Portanto, talvez seja possível pensar que o direito é um dado importante inclusive em um quadro geral mais amplo da evolução humana.

O direito tantas vezes é visto como um resultado da cultura, de escolhas voluntarísticas, sejam elas individuais ou coletivas, mas a partir daquilo que foi exposto é possível pensá-lo também como produto da necessidade, tendo em vista as exigências humanas no plano geral da sua evolução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CATERINA, Raffaella. **Dominanza e possesso (e proprietà?) in alcune società non umane**, 2001. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Anthropology/Caterina.htm>. Acesso em 02 março 2022.

CHOMSKY, Noam. **Aspects of the Theory of Syntax**. Cambridge: MIT Press, 2014.

DE WAAL, Frans. **Chimpanzee Politics: Power and Sex Among Apes**. Baltimore: JHU Press, 2007.

DE WAAL, Frans. **Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DE WAAL, Frans. **Peacemaking Among Primates**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

DUNBAR, Robin. **Grooming, Gossip and the Evolution of Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

EVERETT, Daniel. **How Language Began**: New York: Liveright, 2017.

GOODALL, Jane. **The Chimpanzees of Gombe: Patterns of Behavior**. Boston: Bellknap Press of the Harvard University Press, 1986.





- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GILISSEN, John. **La coutume**. Brepols: Turnhout, 1982.
- GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 2011.
- GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007.
- GURVITCH, Georges. **Sociologia del Diritto**. Milano: PGreco, 2014.
- GUSMAI, Antonio. Le neuroscienze come strumento di “emersione” del diritto muto, **BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto**, n. 3/2017, pp. 7-26.
- LEAKEY, Richard. **The origin of Humankind**: Unearthing our family tree. Guernsey: Guernsey Press, 1994.
- MENEGHETTI, Tarcísio. **Crise da soberania e a emergência de novos espaços transnacionais**: a concepção institucionalista de Santi Romano como ponto de partida para um estudo sobre as principais transformações em ato. 231f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Università Degli Studi di Perugia, Itajaí/Perugia, 2017.
- PINKER, Steven. **The Language Instinct**: How the Mind Creates Language. New York: First Harper Perennial, 2011 (versão Kindle).
- RACHELS, James. **Elementos da Filosofia Moral**. Porto Alegre: AMGH, 2013.
- ROMANO, Santi. **Frammenti di un Dizionario Giuridico**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.
- ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Ed. Sansoni, 1967.
- ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969.
- ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950.
- SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**: Contribuição para uma macro-história do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- SACCO, Rodolfo. **Il Diritto Muto**: Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi. Il Mulino: Bologna, 2015.



TAMANAH, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080.

TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico:** interpretazione della dottrina di Santi Romano. Milano: Giuffrè, 1976.

TEUBNER, Günther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in World Society.** In: TEUBNER, Günther (Org.). **Global Law without a State.** Brookfield: Dartmouth, 1997. p. 3-28.

TOMASELLO, Michael. **The cultural origins of human cognition.** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TOMASELLO, Michael. **A Natural History of Human Thinking.** Cambridge: Harvard University Press, 2014.