



O DIREITO COMO ADAPTAÇÃO EVOLUTIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA A HODGSON & KNUDSEN

Fábio Portela¹



Resumo: O presente artigo examina o papel do direito como uma transição evolutiva fundamental na organização das sociedades humanas. Baseando-se nas teorias das grandes transições evolutivas propostas por Maynard Smith e Szathmáry, bem como na abordagem de Hodgson e Knudsen sobre a evolução social, argumenta-se que o direito, mais do que um mero mecanismo regulador, desempenhou um papel estrutural na formação da estratificação social e na estabilização da cooperação. A análise crítica ao modelo de Hodgson e Knudsen sugere que a diferenciação entre direito e costume foi essencial para o surgimento de sociedades complexas, sendo o direito responsável por codificar papéis sociais e garantir a previsibilidade normativa. A partir de uma perspectiva interdisciplinar, que integra direito, biologia evolutiva, sociologia e antropologia, defende-se que o direito operou como uma adaptação societal necessária para a evolução da organização social humana.

Palavras-Chave: Direito. Evolução Social. Transições Evolutivas. Estratificação Social. Instituições Jurídicas. Cooperação.

Abstract: This article examines the role of law as a fundamental evolutionary transition in the organization of human societies. Drawing on the major evolutionary transitions framework proposed by Maynard Smith and Szathmáry, as well as Hodgson and Knudsen's perspective on social evolution, it is argued that law, beyond being a mere regulatory mechanism, played a structural role in shaping social stratification and stabilizing cooperation. A critical analysis of Hodgson and Knudsen's model suggests that distinguishing law from custom was essential for the emergence of complex societies, as law codified social roles and ensured normative predictability. From an interdisciplinary perspective that integrates law, evolutionary biology, sociology, and anthropology, this study contends that law functioned as a necessary societal adaptation for the evolution of human social organization.

Keywords: Law. Social Evolution. Evolutionary Transitions. Social Stratification. Legal Institutions. Cooperation.

¹ Fábio Portela L. Almeida é Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (2016), onde obteve o grau de Mestre em Filosofia (2011) e Mestre em Direito (2007). Autor de *Constitution: the Darwinian Evolution of a Societal Structure* (Nomos Verlagsgesellschaft, 2020) e diversos artigos em que discute a aplicação da teoria evolutiva aos domínios do direito e da filosofia moral. O autor também é pesquisador do ICES-EÜF, DISCO-UnB, e do GENe-UFMG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7492340906497624> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8331-511X> E-mail: fabio.portela@gmail.com

1 Introdução

A atuação de forças evolutivas foi elemento fundamental para a emergência de formas de vida complexas na Terra. Compostos orgânicos evoluíram a partir de elementos químicos mais simples, presentes na sopa primordial, de forma a se tornar cada vez mais complexos. Com o tempo, o processo evolutivo gerou os atuais mamíferos, répteis e peixes, apenas para mencionar algumas das sofisticadas criaturas que resultaram do “algoritmo evolutivo” (Dennett, 1996).

Há mais de duas décadas, Maynard Smith e Szathmáry sugeriram que a complexidade evolutiva surgiu e se sofisticou por meio de uma série de grandes transições. Cada uma delas se originou em mudanças inovadoras nos meios pelos quais a informação é armazenada, transmitida e processada nos seres vivos (Smith & Szathmary, 1997). Alguns exemplos dessas grandes transições incluem a emergência de moléculas que armazenam informação genética, como o RNA e o DNA como moléculas que armazenam informação genética, a simbiose entre seres eucariontes e procariontes e a origem da reprodução sexual. Ao passo que algumas das grandes transições emergiram uma única vez - a exemplo da reprodução sexuada -, outras envolveram múltiplos processos evolutivos que ocorreram em paralelo, como denotam as origens dos organismos multicelulares.

Uma abordagem teórica complementar à proposta por Smith & Szathmáry foi proposta, mais recentemente, por Peter Godfrey-Smith (2009). Em linha com Maynard Smith e Szathmáry, o filósofo da biologia argumenta que a emergência de organismos complexos foi conquistada a partir de grandes transições evolutivas que possibilitaram o aninhamento de níveis biológicos distintos dentro de outros. Um exemplo é o modo como o DNA (nível 1) opera no interior de células (nível 2) que cumprem determinadas funções para viabilizar a vida autônoma de um organismo complexo (nível 3).

Contrariamente a eles, Godfrey-Smith descreve a evolução darwinista como espaço multidimensional no qual formas de vida diferentes se distribuem de acordo com o grau de cumprimento de propriedades evolutivas específicas. Assim, formas de vida diferentes podem satisfazer de modo distinto a requisitos como fidelidade de herança, abundância da variação, aptidão, continuidade no cenário evolutivo, entre outras que Godfrey-Smith estabelece. Sua

teoria descreve as formas de vida como indivíduos darwinistas, membros de populações que evoluem por meio da seleção natural. Enquanto algumas populações de seres vivos pontuam mal em algumas dessas dimensões, se qualificando no máximo como casos marginais de evolução darwinista, outras se qualificam perfeitamente como casos paradigmáticos.

Essas abordagens têm alcançado lugar de destaque teórico nos estudos sobre a evolução biológica. Apesar disso, têm recebido pouca atenção no domínio das ciências sociais. Maynard Smith e Szathmáry discutem uma transição crucial na história da cooperação humana, compreendendo as origens das sociedades humanas e do surgimento da linguagem oral e escrita, que “tornam possível a divisão do trabalho e, por meio dos mitos e rituais, mantém a coesão dos grupos humanos” (Smith & Szathmáry, 1997, p. 283).²

De modo similar, Godfrey-Smith alega que “o processo evolutivo é uma instanciamento das leis da evolução, e não apenas seu instrumento” (Godfrey-Smith, 2009, p. 14). Godfrey-Smith também explora certas aplicações de sua teoria ao campo da evolução cultural humana, admitindo um papel em potencial para explicar a evolução linguística e cultural. Contudo, o filósofo minimiza sua utilidade para esclarecer a emergência de entidades culturais como casos paradigmáticos de indivíduos darwinistas (Godfrey-Smith, 2009, p. 152).

Talvez a tentativa mais relevante de empregar esse modelo teórico às ciências sociais seja a obra *A Conjectura de Darwin*³, de Hodgson & Knudsen (2010). Os autores apresentam um modelo evolucionista abstrato aplicável não apenas à biologia, mas também a questões socioculturais e econômicas. A tese central do livro consiste na descrição da teoria darwinista como ‘darwinismo generalizado’, um paradigma unificador explicativo da evolução de todas as formas de populações complexas. Assim, mesmo a emergência de populações não biológicas poderia ser explicada pelo referencial teórico – exigindo-se tão-somente que a população investigada seja complexa.

Hodgson & Knudsen também argumentam que a evolução social humana pode ser explicada como resultado de grandes transições informacionais. O marco teórico desenvolvido pelos autores explica as origens, evolução e transformação das instituições

² A tradução da citação, assim como as demais originadas em textos originalmente redigidos em língua estrangeira foi efetivada de modo livre pelo autor do presente artigo.

³ Hodgson, G. M. & Knudsen, T. (2010). *Darwin's Conjecture: The Search for General Principles of Social and Economic Evolution*. University of Chicago Press.

sociais a partir de seis transições na transmissão da informação ocorridas na evolução social: a evolução da cultura pré-linguística, a linguagem humana, os costumes tribais, a escrita, o direito judicial, e a institucionalização da ciência e da tecnologia (Hodgson & Knudsen, 2010, p. 193). De acordo com a tese, cada uma das transições evolutivas, uma após a outra, pavimentaram o caminho para a evolução das sociedades modernas.

A evolução da cultura pré-linguística instituiu uma transição informacional fundamental, que deu lastro às seguintes. Foi o primeiro estágio em que a transmissão do conhecimento ocorreu de forma cumulativa e extra-genética, por meio da imitação do e aprendizado social. São característicos da transição o uso de ferramentas, a cooperação em grupo e padrões comportamentais transmitidos sem linguagem formal, sustentados por uma memória cultural rudimentar. Esse processo possibilitou a seleção social de práticas eficazes, estabelecendo linhagens culturais que serviram de base para o desenvolvimento da linguagem e de instituições mais complexas. A evolução da linguagem, por sua vez, possibilitou a transmissão de conhecimento mais precisa, complexa e cumulativa. Antes da linguagem, a comunicação se baseava na imitação e em gestos rudimentares, mas com o surgimento da linguagem particulada e oralizada, os humanos passaram a compartilhar informações com maior riqueza de detalhes e abstração. Essa transição possibilitou a organização de sociedades mais sofisticadas, a criação de narrativas culturais e o desenvolvimento de normas sociais definidas linguisticamente. A linguagem também permitiu a codificação e preservação do conhecimento, tornando-se um mecanismo fundamental para a cooperação em larga escala.

Na proposta de Hodgson & Knudsen, os costumes tribais instituem a Terceira transição informacional cultural, que ocorreu no momento no qual as normas sociais passaram a regular a estrutura hierárquica formal no interior dos grupos humanos, tornando-se um mecanismo fundamental regulador da cooperação e da coesão social em grupos relativamente estratificados. Diferentemente da transmissão puramente biológica ou individual, os costumes tribais permitiram que regras e valores sejam compartilhados coletivamente, passados de geração em geração por meio de tradição oral, rituais e práticas comunitárias. A estabilidade dessas normas fortaleceu a capacidade de organização das sociedades, preparando o caminho para estruturas mais formais, como o direito escrito.

A quarta transição, inclusive, opera-se a partir da invenção da escrita, que viabilizou a preservação e disseminação do conhecimento de maneira mais estável e precisa do que a comunicação oral. Antes da escrita, a transmissão de informações dependia da memória coletiva, sujeita a distorções e esquecimentos. Com o desenvolvimento dos primeiros sistemas de escrita, como os cuneiformes sumérios e os hieróglifos egípcios, tornou-se possível registrar leis, transações comerciais, eventos históricos e conhecimento técnico. Como resultado, abriu-se a possibilidade evolutiva de instituições mais complexas, expandindo-se a capacidade de comunicação além das interações presenciais.

O direito judicial constitui a quinta transição informacional, que representou um marco na evolução social ao formalizar e institucionalizar normas previamente reguladas por costumes tribais e regras informais. Esse processo ocorreu quando a resolução de conflitos passou a ser efetivada por tribunais e autoridades jurídicas, não dependendo exclusivamente de julgamentos comunitários ou por líderes locais. A codificação de regras e a criação de jurisprudência permitiram maior previsibilidade e estabilidade nas interações sociais, reduzindo disputas arbitrárias e estabelecendo um sistema estruturado de justiça. Com a implementação do direito judicial, a informação normativa deixou de ser transmitida apenas oralmente ou por meio de práticas tradicionais e passou a ser preservada em registros escritos, facilitando sua aplicação e continuidade ao longo do tempo.

Por fim, a transição informacional da ciência e tecnologia consolidou um modelo baseado na experimentação sistemática, revisão crítica e progresso acumulativo. Diferente das formas anteriores de conhecimento empírico, a ciência institucionalizou métodos formais de investigação e validação de informações, garantindo maior precisão e confiabilidade na transmissão do saber. O desenvolvimento da tecnologia, impulsionado pela ciência, permitiu a automatização e ampliação da disseminação do conhecimento, tornando-o acessível em escala global. Essa transição criou um novo paradigma onde o avanço do conhecimento passou a depender de instituições acadêmicas, revistas científicas e redes de colaboração internacional.

O presente artigo se concentra em uma das transições descritas pelos autores: o papel do direito como transição na transmissão informacional no curso da evolução social humana. O conceito de direito de Hodgson & Knudsen é no mínimo controverso. O direito é concebido tanto como um sistema judiciário completamente institucionalizado como “um sistema de

aplicação de normas que guia as operações de outras instituições” (p. 204). Conforme iremos argumentar, esse conceito é excessivamente demandante e ignora outras funções importantes assumidas pelo direito na estruturação da cooperação humana e da organização social. Nesse sentido, o objetivo primário deste texto é apresentar uma crítica do argumento de Hodgson e Knudsen, particularmente no que se refere à descrição do papel do direito e dos costumes tribais nesse processo. Além de excessivamente complexa, essa compreensão do direito também se funda em uma descrição sociológica equivocada do papel das instituições jurídicas. Sugere-se, com base na sociologia funcionalista e na abordagem fundada nas transições evolutivas, que o direito - não os costumes tribais - pavimentou o caminho para a evolução de formas de organização social estratificadas. Como resultado, sustenta-se o papel fundamental do direito como adaptação societal necessária para a emergência de sociedades humanas mais complexas.

2 As grandes transições evolutivas na evolução social humana

Em 1997, John Maynard Smith e Eörs Szathmáry publicaram uma obra-prima teórica, *As Grandes Transições Evolutivas*. No livro, sustentam que a complexidade biológica surgiu como resultado de uma série de transições informacionais entre gerações, que lançaram as bases para novas formas de organização. Alguns exemplos incluem a origem dos eucariontes a partir dos procariontes, a evolução dos códigos genéticos (tanto RNA quanto DNA) a partir de moléculas replicantes e o advento da multicelularidade.

No sexto capítulo de *Darwin's Conjecture*, Geoffrey Hodgson e Thorbjørn Knudsen aplicaram essa estrutura conceitual para explicar a evolução social. De acordo com a tese proposta, uma série de seis transições produziu novos arranjos sociais e formas de transmissão de informações na evolução social: (i) o surgimento da cultura; (ii) a emergência da cultura linguística; (iii) a transição de grupos culturais para tribos; (iv) a criação de meios exossomáticos de armazenamento e transmissão de informações, como a escrita e outros meios de armazenamento de informações por meio de estruturas físicas (Hodgson & Knudsen, 2010); (v) o surgimento do direito judicial; e (vi) a institucionalização da ciência e tecnologia (Hodgson & Knudsen, 2010, p.183).

Neste artigo, a discussão está centrada nas cinco primeiras transições, dada a sua relevância fundacional na compreensão do surgimento das instituições jurídicas.

Antes de prosseguir, porém, um ponto deve ser esclarecido. Na visão de Hodgson & Knudsen, cada uma dessas transições é acompanhada por um novo conjunto de replicadores e interagentes. Essa distinção, originalmente concebida por Hull (2001), resulta de um debate de longa data na biologia evolutiva sobre o nível em que a seleção ocorre. Alguns autores, como Richard Dawkins, argumentam que a replicação na evolução biológica ocorre exclusivamente no nível do material genético. Os genes são replicadores, unidades que codificam a informação transmitida de uma geração para a seguinte. Outros replicadores têm sido sugeridos no domínio sociocultural, como memes (Dawkins, 2016) ou variantes culturais (Richerson & Boyd, 2008). No entanto, nessa visão, os genes não interagem diretamente com o ambiente. Eles são hospedados em interagentes ou veículos (*interactors/vehicles*), entidades que preservam e propagam os replicadores. Nessas concepções, as adaptações são propriedades dos interagentes. Na visão de Dawkins, a seleção natural resulta da interação entre características fenotípicas e o ambiente, mas apenas replicadores são selecionados. Afinal, são as unidades que contêm informações sobre como a adaptação é produzida.⁴

Hodgson & Knudsen argumentam que cada transição na evolução social produziu interagentes e replicadores correspondentes. Em primeiro lugar, a emergência da cultura,

⁴ Diversos autores têm apontado limitações na dicotomia entre replicadores e interagentes, sugerindo que a separação conceitual pode resultar em uma simplificação excessiva dos processos evolutivos. Ao delimitar de forma rígida as funções dos replicadores e dos interagentes, corre-se o risco de desconsiderar as interações recíprocas e dinâmicas que ocorrem entre esses elementos. Em certos contextos, especialmente na evolução cultural, a demarcação entre o que é considerado replicador e o que desempenha o papel de interagente pode se revelar menos clara, evidenciando a necessidade de abordagens que integrem os múltiplos níveis de seleção. Richard Lewontin (1970) argumenta que a separação estrita entre os níveis de replicação e de interação pode ocultar a complexidade dos processos evolutivos, enfatizando que a unidade de seleção é uma construção dependente do contexto ecológico e populacional. Peter Godfrey-Smith (2009) também ressalta as limitações de uma visão que compartimenta a evolução em replicadores e interagentes. Godfrey-Smith propõe uma abordagem que enfatiza a continuidade e o espectro de características que definem as populações darwinianas, sugerindo que uma divisão tão rígida pode simplificar demais os mecanismos de seleção. Ademais, John Maynard Smith & Eörs Szathmáry (1995), discutem os processos evolutivos em momentos de transição que envolvem tanto a emergência de novos replicadores quanto mudanças nos sistemas de transporte e preservação da informação. Para esses autores, os eventos de transição na evolução apresentam uma interdependência entre os mecanismos de replicação e os processos interativos, o que dificulta uma categorização simplista. Outros trabalhos na literatura da biologia evolutiva e da teoria da seleção em múltiplos níveis, como o tratado de Okasha (2006), também enfatizam que a delimitação dos “replicadores” e dos “interagentes” pode ser insuficiente para abarcar toda a variabilidade e os matizes dos processos evolutivos. Essas abordagens defendem que a análise dos mecanismos evolutivos deve considerar a interação entre diversos níveis e contextos de seleção.

alicerçada em disposições psicológicas como o viés conformista e a punição moralista (Trivers, 1971; Richerson & Boyd, 2008; Corning, 2008; Nowak, 2006; Newton-Fisher & Lee, 2011), preparou o terreno para a lenta evolução de grupos sociais maiores (interagente).⁵ O surgimento da cultura dependeu de hábitos específicos como a imitação e a interação social fundada em variantes culturais (replicador), que se tornaram um novo mecanismo de transmissão de informações culturais. A emergência da cultura linguística é a segunda transição mencionada pelos autores, que compreendem os hábitos linguísticos (replicador) como sua correspondente transição informacional. A linguagem é um grande avanço evolutivo que resultou em enormes avanços sociais e tecnológicos, além de abrir caminho para grupos culturais ainda mais sofisticados, bem como para novos interagentes – a exemplo de organizações sociais, como empresas, sindicatos e associações diversas.

Uma terceira transição mencionada baseia-se nos costumes tribais como replicadores. Para Hodgson & Knudsen, os costumes tribais retêm e transmitem informações sobre *status* (posição social). O costume, fomentado por rituais e normas sociais, estruturou a divisão social de papéis e instituiu as pré-condições para o surgimento de sociedades estratificadas, um novo tipo de interagente (Hodgson & Knudsen, 2010, p. 193). A hierarquia e a classificação aumentaram a produtividade, a coordenação social e uma organização mais rígida da distribuição de recursos. Os autores distinguem o costume do comportamento individual, na medida em que o primeiro conceito pressupõe a transmissão de informações incorporadas na estrutura social, como normas comportamentais, papéis e posição no ranqueamento estratificado (Hodgson & Knudsen, 2010, p. 195). Enquanto os costumes codificam informações relativas à organização social do grupo, incluindo normas comunitárias relativas ao comportamento individual e à aplicação de sanções, as disposições comportamentais são intrinsecamente individuais.

⁵ A punição moralista, conforme articulada por Trivers (1971), consiste na estratégia evolutiva pela qual indivíduos impõem custos a agentes que violam os princípios da reciprocidade em interações cooperativas, mesmo sem obter benefícios diretos dessa ação. Tal mecanismo atua como um regulador interno das relações de troca, desestimulando comportamentos oportunistas que poderiam corroer a confiança mútua necessária à manutenção de vínculos estáveis e duradouros. Ao assumir um ônus pessoal para sancionar desvios do comportamento recíproco, o executor da punição contribui para a preservação da integridade do sistema de trocas, fortalecendo a coesão social e a continuidade da cooperação. Dessa forma, a punição moralista transcende a perspectiva de utilidade imediata, estabelecendo um padrão de conduta que, embora oneroso para quem pune, beneficia coletivamente o grupo ao inibir práticas que comprometem a reciprocidade e, por conseguinte, o próprio bem-estar social.

A invenção coletiva da escrita deu origem à quarta transição – a criação de meios exossomáticos para armazenar e transmitir informações (replicador). A transmissão oral dos costumes acelerou a evolução cultural. No entanto, o processo de evolução através da tradição oral pode ser lento. A memória individual, que nem sempre é um meio confiável de armazenar a totalidade da sabedoria comum, é necessária para assegurar a precisão da transmissão cultural. Manter as informações em textos escritos, ou mesmo em estruturas físicas como templos, monumentos, ferramentas e artefatos, põe em movimento um processo que acelera ainda mais a evolução cultural. Os autores, no entanto, não identificam o interagente equivalente que hospeda a linguagem exossomática, o que é uma exceção significativa à norma sugerida de que “cada transição de informação produziu uma nova classe importante de replicador que pode transmitir, armazenar e utilizar mais informações sociais complexas” (Hodgson & Knudsen, 2010, p. 180).

3 O papel do direito como uma importante transição de informação em Darwin's Conjecture

A quinta transição alude ao surgimento do direito judicial. Embora Hodgson & Knudsen não sejam tão precisos em definir sistematicamente seu conceito de direito, deixam algumas pistas sobre os elementos de uma possível definição. Esta seção apresenta uma visão geral de sua concepção discutida de direito judicial e o papel que desempenha em seu modelo evolutivo.

Os autores apresentam o direito como um sistema jurídico, estruturado em quatro pré-condições socioculturais coevolutivas: sedentarismo, registros escritos, existência de Estado e especialização de um corpo de profissionais do direito. O sedentarismo potencializou a estratificação social e a acumulação de riqueza. Ao contrário do costume, o direito depende de registros escritos, pois a imitação, as disposições psicológicas e os hábitos são bases fracas para gerar o grau de cumprimento normativo exigido pelo direito. Em um sistema jurídico complexo, o número de leis torna-se grande demais para ser aplicado com base apenas em mecanismos de transmissão oral e na memória individual.

Os autores não são claros em relação a qual seria a terceira pré-condição. Embora afirmem que “o direito exige a existência de um Estado” (p. 206), há algumas passagens que

trazem dúvida quanto ao ponto, sugerindo que Estado e direito co-evoluíram. Mas, desde o início da seção, eles apresentam o Estado como pré-condição para a transição entre o direito costumeiro e o jurídico. Alguns trechos apresentam alguma evidência para apoiar sua afirmação. Em primeiro lugar, a existência do direito judicial só é viável quando a sociedade está organizada em torno de um sistema especializado de papéis institucionais abstratos. Citando Runciman, Hodgson & Knudsen afirmam que os poderes atribuídos a determinados papéis podem ser desempenhados por diferentes indivíduos, independentemente de suas crenças pessoais (2010, p. 202). A especialização de papéis institucionais depende de um grau de legitimidade que sustente a eficácia social das ordens emitidas pelas autoridades. Esse nível de legitimidade, por sua vez, só pode ser sustentado de maneira estável na presença de poder político centralizado, como o Estado, capaz de garantir a observância e a execução dessas ordens.

Em segundo lugar, o poder estatal é necessário para fazer cumprir a lei, particularmente nos casos em que as normas sociais não são impostas por mero conformismo ou por meio de “convenções que surgem como equilíbrios de Nash robustos para jogos de coordenação” (Hodgson & Knudsen, 2010, p. 200). Embora as normas sociais possam surgir por meio de um comportamento coordenado, em outros casos elas devem ser impostas pelo poder da autoridade. Além dessas premissas, os autores não fornecem mais evidências além de vagas afirmações sociológicas sobre a dependência do direito judicial em relação às instituições estatais.

Outra afirmação substantiva defendida por Hodgson & Knudsen alude à relação entre os instintos sociais humanos e o direito judicial. A discussão a esse respeito ocorre no contexto da distinção entre lei e costume. Segundo os autores, os costumes estão intrinsecamente entrelaçados com os instintos sociais básicos, como a imitação e a reciprocidade, que é lastreada na punição moralista. A eficácia do direito judicial, distintamente, não pode depender de instintos de punição, pois isso significaria que as pessoas poderiam tomar “o direito em suas próprias mãos e desafiar as autoridades judiciais” (Hodgson & Knudsen, 2010, p. 201). Ao invés de observar decisões tomadas por uma autoridade reconhecida, os membros de uma comunidade puniriam, eles mesmos, os transgressores. Na visão dos autores, o direito contorna essas emoções e instintos, por ser

construído sobre a aplicação institucionalizada de princípios jurídicos abstratos (p. 201). Eles reconhecem que o direito judicial canaliza alguns instintos por pistas culturais, mas não desenvolvem melhor o argumento.

Além disso, a demarcação da fronteira entre o costume e o direito é construída sobre outros parâmetros. Em primeiro lugar, eles estruturam algumas pré-condições para a transição do costume para a lei. A primeira delas é um conjunto de habilidades cognitivas, como “o uso de uma linguagem sofisticada envolvendo referentes abstratos e formulações condicionais complexas” e a propensão a obedecer à autoridade (p. 202). Um conjunto de grandes avanços sociais também são mencionados como pré-condições fundamentais para que a transição ocorra. Hodgson & Knudsen mencionam, por exemplo, o uso do registro escrito e a administração da punição baseada em “procedimentos envolvendo regras codificáveis e abstratas” (p. 202).

Essa descrição sociológica de como o direito emergiu das sociedades consuetudinárias é interessante. A teoria desenvolvida é inovadora e explica, em uma abordagem naturalista, como sociedades humanas complexas estruturadas em torno do estado de direito podem emergir de formas tribais de organização social. No entanto, como será discutido na próxima seção, a explicação proposta é muito exigente e historicamente imprecisa.

4 Avaliando o direito antigo através das lentes das instituições jurídicas modernas: Uma crítica metodológica

A definição do direito como uma estrutura social complexa e organizada é muito exigente e historicamente imprecisa. De acordo com Hodgson & Knudsen, um sistema legal significa um sistema abrangente de regras abstratas, sustentado por instituições estatais contendo funções especializadas cujos titulares são responsáveis por decidir casos judiciais e fazer cumprir a lei. Daí se segue que o direito poderia emergir apenas em sociedades que se distinguem por possuírem (i) estados completos; (ii) um sistema judicial independente composto por tribunais estruturados em torno de funções altamente especializadas; (iii) procedimentos legais claramente definidos; e (iv) um sistema abrangente de aplicação de regras que orienta a operação de outras instituições ou sistemas.

Para começar, aceitar essa definição de direito negligencia o fato de que, durante a grande maioria da história humana, as sociedades careciam de estruturas jurídicas tão complexas quanto as exigidas. Talvez, com a exceção do Direito Romano e da Inglaterra do século XVI, a maioria das civilizações humanas não tivesse, à luz desse critério, um sistema de direito antes do alvorecer dos tempos modernos (Thornhill, 2011, p. 144). Civilizações complexas como o Egito Antigo, a Pérsia, a Grécia, a China e talvez até mesmo Roma não possuíam o direito como instituição qualificada de acordo com seus critérios. Mencionar o direito grego antigo, ou o direito sumério, seria errado ao longo da definição proposta; em vez disso, deveríamos dizer costumes gregos antigos ou sumérios. Afinal, nem os gregos nem os sumérios (ou os egípcios, ou os maias) viviam em sociedades caracterizadas por um sistema completo de direito abstrato, papéis jurídicos altamente especializados, procedimentos legais para decidir casos e nenhuma estrutura legal abrangente orientando o estado e outras instituições sistêmicas.

As sociedades pré-modernas não possuíam um sistema completo de leis abstratas. O direito arcaico é concreto, derivado de tradições tribais fixas concebidas como ordem universal aplicável a deuses e mortais (Luhmann, 1972/2014, 1977). O direito deriva do exame cuidadoso do caso concreto, que revela a orientação normativa alicerçada na tradição. *Antígona*, de Sófocles, é bastante revelador a respeito dessa característica do direito arcaico. Proibida por Creonte pelo de enterrar Etéocles, *Antígona* responde que honrar os restos mortais de seu irmão era uma exigência das “grandes tradições não escritas, inabaláveis”, não ordenadas pela Justiça nem por Zeus, mas que “vivem para sempre, desde o primeira vez, e ninguém sabe quando viu a luz pela primeira vez” (Sófocles, 1984, 503-11). A concretude é observada mesmo nos antigos Códigos de Hamurabi e Ur-Nammu. Ao contrário de um código legal moderno, que articula princípios gerais e abstratos invocáveis para resolver muitos tipos diferentes de casos, esses documentos legais estipulavam um caso já resolvido e bem detalhado e, em seguida, ofereciam um veredicto bastante específico que deveria ser executado pelas autoridades locais. Eles eram o resultado da decisão da realeza, não um corpo profissional e distinto de juízes (Charpin, 2010, pp. 74-75).

Nenhuma outra possibilidade era concebível como decisão; nem mesmo os deuses eram autorizados a mudar a lei, como Sófocles deixou claro. Como afirmou certa vez o

sociólogo alemão Niklas Luhmann, “o direito da tribo é vivenciado como o único possível, simplesmente como direito” (1972/2014, p. 118). O baixo grau de abstração acarreta a falta de alternativas, proibindo o raciocínio analógico para casos semelhantes. As decisões judiciais são apenas as respostas a violações concretas no presente, e não “como esclarecimento de um passado controverso nem como seleção de um futuro preferido” (1972/2014, p. 118). O surgimento do direito abstrato só foi possível com a positivação e o reconhecimento de que a validade jurídica não se baseia em seu conteúdo moral substantivo, mas na confiança em padrões abstratos por meio dos quais as instituições estatais produzem novas normas jurídicas (Kelsen, 2005; Hart, 1961/1994). Essa compreensão do direito, contudo, só se materializou na modernidade, e particularmente após a Revolução Americana e a Revolução Francesa, quando as novas constituições substituíram a tradição de longa data do direito natural. Só então a afirmação hobbesiana de que a validade jurídica deriva do exercício da soberania, e não de leis universais eternas, passou a ser institucionalmente admitida.

Ao contrário do argumentado por Hodgson e Knudsen, as sociedades antigas ou medievais não possuíam um sistema legal abrangente de aplicação de regras que orientasse a operação de outras instituições ou sistemas. Antes dos tempos modernos, uma ordem jurídica manifestava não apenas um *status* jurídico, mas também uma posição política, moral e religiosa. Mesmo em Roma havia pouca – ou nenhuma – diferenciação entre direito, política e religião. O direito resultava de normas concretas relacionadas com a questão a ser decidida, e argumentada com base na tradição e nos costumes. As normas legais não regulavam a política ou a religião; na verdade, não havia sequer a separação entre esses domínios sistêmicos, pois existiam como um sistema unificado, indiferenciado, de instituições tradicionalmente determinadas.

Também quase não havia atores jurídicos especializados. Mesmo em Roma, onde o direito era altamente desenvolvido e os procedimentos legais eram rotinizados e padronizados, os juristas e profissionais eram políticos escolhidos principalmente por privilégios honorários relacionados à classe. Durante a República, a maioria dos magistrados acumulava poderes distintos, incluindo atribuições militares e funções civis. Por exemplo, os pretores não apenas comandavam exércitos provinciais, mas também eram responsáveis por administrar o direito civil e presidir os tribunais. Sendo os magistrados de mais alto nível, os

Cônsules da República Romana tinham o poder supremo tanto em matéria civil como militar (Polo, 2016, pp. 90-91). Embora houvesse papéis específicos associados aos poderes legais, estes não eram tão especializados quanto pressupõe o argumento de Hodgson & Knudsen.

O padrão de especialização exigido na teorização dos autores começou a surgir apenas no século XI. A Revolução Papal implementada pelo Papa Gregório VII foi um evento fundamental nesse sentido. Por meio de seu *Dictatus Papae* (1075), com apenas 2 páginas e 27 cânones legais, Gregório VII trouxe uma revolução que “unificou as massas e as mobilizou contra altos clérigos, altos nobres e o imperador” (Brunkhorst, 2014, p. 126). Claro, essas classes ofereceram forte oposição, o que culminou na excomunhão e deposição do Sacro Imperador Romano Henrique IV, no episódio conhecido como a Controvérsia da Investidura.

A Revolução Papal foi um evento sociológico único. A Igreja Católica tornou-se um órgão de governo juridicamente autônomo, responsável pela nomeação de seus próprios funcionários, organizados em um sistema jurídico próprio - o direito canônico -, que exigia a formação profissional de estudiosos especialmente dedicados ao seu estudo. Como afirma Harold Berman, antes da Revolução Papal não havia “percepção do direito como um ‘corpo’ distinto de regras e conceitos. Não havia escolas de direito”, nem “grandes textos jurídicos tratando de categorias jurídicas básicas como jurisdição, procedimento, crime, contrato, propriedade e outros assuntos que acabaram por se tornar elementos estruturais nos sistemas jurídicos ocidentais” (Berman, 1983, p. 84) Somente após a Revolução Papal, o direito iniciou um longo processo de diferenciação em relação ao sistema político, tornando-se a referência de um corpo de especialistas verdadeiramente jurídico que resultou do acoplamento estrutural com os sistemas emergentes de ciência e educação. Nada disso existia antes do século XI.

A descrição imprecisa de Hodgson & Knudsen resulta da ausência de distinção entre dois conceitos diferentes de direito, que pode ser compreendido tanto como uma *estrutura* quanto como um *sistema social*. Os autores se concentraram apenas no estudo do direito como sistema social – que passou a existir apenas no último milênio, em um processo evolutivo concretizado após a emergência das constituições como texto autorreferencial que valida todo direito positivo. O surgimento de um sistema judiciário independente composto por tribunais e apto a integrar estados plenamente desenvolvidos, como proposto pelos autores de *Darwin's Conjecture*, não existia antes do início dos tempos modernos. Como

resultado, pode-se dizer que os autores incorreram no *presentismo* ao descrever os traços característicos do direito (Spoerhase, 2008).⁶

O direito também pode ser concebido como uma estrutura social. O direito é mais do que um sistema funcional de decisão no qual normas são selecionadas e os indivíduos são punidos por seu mau comportamento. Mais do que isso, o direito é também a arquitetura normativa na qual todo o sistema social opera e na qual todos os outros sistemas sociais dependem para operar de acordo com seus critérios funcionais e sua própria mídia generalizada.⁷ O *direito como estrutura social* surgiu muito antes do *direito como sistema social funcionalmente diferenciado*, projetando a arquitetura normativa das sociedades arcaicas dentro de um sistema de normas que codifica não apenas os deveres individuais e a punição por eventuais ofensas normativas, mas também estrutura a própria hierarquia social e os papéis dentro da organização social.⁸

Na visão de Hodgson & Knudsen, a transição de grupos culturais de caçadores-coletores para formas de organização tribais ocorreu porque as comunidades humanas desenvolveram uma nova forma de transmissão social de informações – os costumes. Na sua perspectiva, os *costumes* são diferentes da *cultura* porque codificam informações sobre a estrutura social – posições sociais, papéis e hierarquia. No entanto, sua própria discussão sobre o assunto é imprecisa porque define o costume referindo-se a um *conceito de cultura*. Eles definem “costumes como disposições em grupos coesos para energizar padrões de comportamento e interação, envolvendo respostas condicionais e sequenciais a pistas

⁶ O presentismo, tal como apresentado por Spoerhase, é a tendência interpretativa que consiste em aplicar, de forma anacrônica, pressupostos e categorias oriundos do presente a contextos históricos passados, desconsiderando as particularidades e a evolução dos fenômenos analisados. No contexto do presente artigo, essa prática leva à confusão entre sua manifestação enquanto estrutura e enquanto sistema social, pois a consolidação de um sistema judiciário independente, característico dos Estados modernos, ocorreu apenas a partir do último milênio. Ao restringir o objeto de estudo à dimensão social do direito e imputar-lhe traços que se desenvolveram posteriormente à emergência das constituições autorreferenciais, Hodgson & Knudsen desconsideram as transformações históricas que diferenciam essas duas concepções, incorrendo no erro metodológico de projetar padrões atuais sobre realidades pretéritas.

⁷ Como Martin Albrow, editor da obra *A Sociological Theory of Law* (Luhmann), afirma: “O direito serve como uma estrutura para todos os sistemas da sociedade porque fornece a congruência geral das expectativas de comportamento. Existindo em contínua interação com seu ambiente, o sistema abrangente, ou seja, a sociedade, está, portanto, em contínua evolução.” (Luhmann, 1993/2004, p. xv).

⁸ Nas palavras de Martin Albrow: “(...) o direito sempre existiu na sociedade humana. O que difere ao longo do tempo evolutivo é a extensão em que as estruturas jurídicas são diferenciadas do resto da sociedade. Elementos como códigos legais, tribunais e judiciários são desenvolvimentos tardios do direito, mas não da sua essência” (Luhmann, 1993/2004, p. xx).

comportamentais que são parcialmente dependentes de posições sociais no grupo” (2010, p. 182). Além disso, reconhecem que rituais e cerimônias são “exemplos de costumes” e que “o conjunto de costumes de um grupo define sua cultura”, ao mesmo tempo em que consideram sua “definição de cultura [...] compatível com trabalhos recentes em antropologia cultural” (pág. 182).

No entanto, Richerson & Boyd - que são citados por Hodgson & Knudsen - adotam um conceito de cultura baseado na transmissão de traços culturais por indivíduos, e não por organizações (2008, p. 61). A cultura, no seu entendimento, é definida como informação possuída e transmitida pelos indivíduos e, como tal, é difícil entender em que sentido o costume poderia se qualificar como uma característica exibida pela organização social das tribos. De certo ponto de vista, eles estão certos: a transição de bandos culturais para tribos ocorreu porque as sociedades humanas desenvolveram uma nova adaptação que codificava “hierarquia, posições sociais, rituais e uma divisão do trabalho” (Hodgson & Knudsen, 2010, p. 195). Mas *essa adaptação é o direito*, concebido como estrutura social, *não o costume*. Apesar de o costume poder responder pela maior parte da substância do direito, a tradição consuetudinária apenas codifica hábitos e tradições, sem a estrutura de orientação normativa tipicamente incorporada no direito. Os costumes só podem codificar a estrutura social na forma de direito consuetudinário quando são aplicados normativamente, e não como o resultado da tradição.

O costume incorpora o que H. Patrick Glenn denomina de *tradições ctônicas*, um sistema de crenças que incorpora a identidade comunitária e que é transmitido oralmente através da rede de seus próprios membros individuais (Glenn, 2014, p. 63-66). O direito, por sua vez, codifica informações sobre as estruturas sociais por meio de normas sociais, estabilizando assim novas formas de organização social. De uma perspectiva memética, as normas são um tipo particular de variante cultural; mas são únicas, na medida em que são estáveis, permanecendo legítimas mesmo que não sejam observados em um contexto específico ou que não sejam aplicadas por meios institucionais, como sanções ou outras formas de coação (Luhmann, 1972/2014, p. 78). O direito permanece válido mesmo quanto, pontualmente, é descumprido.

Nas sociedades arcaicas, o direito e os costumes eram indiferenciados. Como não havia estratificação, as normas sociais traziam informações sobre os fundamentos da cooperação individual, como a identidade cultural de um determinado grupo (marcação simbólica) e detalhes prescritivos sobre violações concretas que deveriam ser punidas. No entanto, nas sociedades arcaicas, as normas sociais não codificavam papéis sociais, hierarquias ou divisão social do trabalho. As normas sociais estabeleciam padrões de relacionamento inovadores e os consolidavam dentro da estrutura jurídica social, que passou então a ser assumida como pano de fundo normativo de todo comportamento social em formas mais complexas de sociedade, onde surgiram subsistemas e novas unidades organizacionais. A coevolução entre normas sociais e organização social produziu novas entidades sociológicas, organizações estruturadas dentro da sociedade. As primeiras formas dessas unidades resultaram da diferenciação segmentar entre famílias e pequenos grupos de indivíduos não aparentados (Luhmann, 1972/2014, p. 110) e puderam ser organizadas dentro da dinâmica de um assumido consenso cultural típico das sociedades arcaicas do Pleistoceno.

À medida que os bandos culturais de caçadores-coletores se tornaram mais complexos e começaram a se organizar em tribos, no entanto, novas formas de organização surgiram e o costume se diferenciou do direito-como-estrutura-social. Ao contrário do costume, o direito codifica uma parte importante da própria estrutura social, fornecendo padrões normativos não apenas sobre quais formas de atos sociais (variantes culturais, hábitos sociais ou comportamentos) são válidas. O direito também determina as variantes culturais permitidas e formaliza a organização estrutural dos papéis, desempenhando um papel fundamental na determinação dos próprios limites do sistema social e, conseqüentemente, de sua identidade cultural subjacente. (Luhmann, 1972/2014, p. 98; Boehm, 2009, pp. 66-69; Runciman, 2009, p. 121).

Como o filósofo jurídico Herbert Hart argumentou em seu *The Concept of Law*, o direito emerge da distinção entre dois tipos de regras sociais: regras primárias e regras secundárias. As regras primárias são normas que prescrevem formas de conduta, descrevendo o comportamento desejado e as conseqüências associadas ao cumprimento ou desvio normativo (Hart, 1961/1994, p. 92). As normas sociais transmitidas na tradição costumeira codificam esses tipos particulares de conteúdo. No entanto, também existem regras

secundárias, que compreendem regras de reconhecimento, mudança e adjudicação (Shapiro, 2009, pp. 94-98). São secundárias no sentido de que incorporam regras sobre regras (primárias ou secundárias), não sobre comportamentos. Enquanto as regras secundárias de mudança concretizam padrões sobre como uma regra deve ser revogada ou modificada, as regras secundárias de adjudicação dizem respeito à definição dos papéis com autoridade para aplicar o direito em disputas concretas.

Além disso, de acordo com Hart, todas as regras em uma sociedade pré-jurídica são consuetudinárias no sentido de que existem apenas porque a maioria de seus membros as aceita e pratica (Hart, 1961/1994, pp. 91-92). No caso de desacordo, não existe uma fonte normativa comum para resolver a controvérsia. Hart afirmava que os sistemas jurídicos resolvem esse problema referindo-se a uma regra de reconhecimento, uma regra pressuposta na qual todas as outras normas jurídicas encontram sua validade. Essa meta-regra resolve a questão da incerteza definindo a "lista oficial de regras" com a qual a comunidade pode contar para resolver suas disputas legais (Shapiro, 2009, p. 238).

A regra de reconhecimento é um dos critérios indicados por Hart para distinguir entre o direito consuetudinário e um sistema jurídico. Enquanto o primeiro se baseia apenas em regras primárias, o segundo é definido por uma união de regras primárias e secundárias. Em um cenário de transição entre o direito consuetudinário e um sistema jurídico, poderíamos imaginar uma sociedade cuja organização é baseada no direito consuetudinário, mas que também aceita uma regra de reconhecimento e regras de adjudicação. A transição entre bandos de caçadores-coletores e tribos se encaixa perfeitamente nesse esquema imaginário. Nas sociedades de caçadores-coletores não havia necessidade de regras de adjudicação, pois a maioria das violações era punida coletivamente. No entanto, quando surgiu a estratificação social, tornou-se proeminente a necessidade de projetar papéis detentores de autoridade para fazer cumprir as normas reconhecidas por toda a tribo.

Nenhum sistema costumeiro poderia fazer isso. O direito, não o costume, foi a adaptação social peculiar que abriu o caminho para as sociedades estratificadas.

5 Mais do que o costume: a função estrutural do direito como transição na evolução sociocultural

A transição entre um sistema normativo consuetudinário baseado apenas em regras primárias e um sistema que possui regras de reconhecimento e adjudicação é uma pequena mudança que abre enormes possibilidades evolutivas. Em primeiro lugar, trata-se de um processo evolutivo de baixo para cima (*bottom-up*) que estabiliza o direito como estrutura: a regra de reconhecimento está alicerçada em uma rede de indivíduos que possuem uma psicologia social capaz de atribuir intencionalidade a uma entidade coletiva (Tomasello, 2018; Searle, 2010). Sendo uma meta-regra que decide sobre a validade das demais regras sociais, a regra de reconhecimento passa a fazer parte das expectativas normativas pressupostas em uma tribo. Enquanto as regras primárias (normas sociais) vinculam as interações individuais, as regras secundárias cristalizam a estrutura social, codificando critérios de validade normativa.

Como resultado, o direito torna-se uma estrutura da sociedade, completando a transição que transformou os bandos humanos em sociedades estratificadas. Essa transição pode ser resumida nas etapas a seguir. Em primeiro lugar, a punição moralista e a transmissão cultural (via tradição consuetudinária) apoiaram a evolução das normas sociais, incluindo, em um processo de coevolução gene-cultura, uma predisposição psicológica ao raciocínio normativo (O’Gorman et al., 2008). Em segundo lugar, como resultado de processos de seleção de grupos culturais, emergiram comunidades mais cooperativas, capazes de agir como uma unidade única e intencional, simbolicamente unificada por uma impressão digital moral que lhe confere identidade normativa. Em terceiro lugar, essa identidade normativa codificou uma regra rudimentar de reconhecimento que valida as regras sociais dentro de uma determinada comunidade.

Uma segunda possibilidade evolutiva, viabilizada pelo surgimento da regra de reconhecimento, diz respeito ao desenvolvimento de outros tipos de regras secundárias – regras de mudança e regras de adjudicação. Embora as regras de mudança tenham evoluído apenas mais tarde no processo de evolução jurídica (Waldron, 1999), as regras de adjudicação surgiram muito cedo e sua emergência deu suporte à expansão da cooperação, na medida em que reduziu o escopo da variação cultural. As regras de adjudicação atribuem autoridade a um subconjunto de funcionários, tornando-os responsáveis por identificar violações normativas e

punir transgressores. Hart alegava que as regras de adjudicação promovem a eficiência do direito porque o grupo não precisa reunir e discutir cada violação normativa, atribuindo essa função a um juiz com poderes, que se torna responsável por determinar se a regra foi transgredida ou não (Shapiro, 2009).

A administração da função adjudicativa pela autoridade também fomenta a cooperação por uma segunda razão evolutiva. As sanções diádicas podem ser custosas para os aproveitadores, mas também são custosas para os responsáveis para aplicá-las. Um agente que pune outro sempre pode ser ferido em uma briga. Por que alguém puniria um oportunista (*free-rider*), então? As sanções moralistas resolvem esse problema parcialmente, na medida em que muitos indivíduos se tornam responsáveis por punir os transgressores, distribuindo o custo por uma grande rede (Fehr & Fischbacher, 2004).

O antropólogo Christopher Boehm (2009, 2012) descreve essa situação em bandos de caçadores-coletores existentes: quando um usurpador tenta se impor indevidamente sobre os outros, todo o grupo se opõe a ele como uma unidade coletiva sólida. Atribuir a função de julgar violações específicas de normas sociais a um subconjunto de indivíduos desempenhando determinados papéis sociais é ainda mais eficiente, porque todos os custos da punição são simbolicamente suportados pelos julgadores. O grupo, ou os executores da punição, apenas impõem uma sanção. Mas por que alguém arcaria com esse custo? Diante de processos de seleção por *status*, a atuação do adjudicador e dos executores se justifica porque esses papéis auferem benefícios sociais mais elevados (prestígio, direcionamento de recursos sociais) do que os custos em que incorrem para punir os transgressores. Como resultado, a equação de custo-benefício inerente à cooperação compensa os riscos e a estrutura social é mantida intacta.

A lógica intrínseca dos bandos de caçadores-coletores revela a racionalidade social subjacente à evolução da função adjudicativa e da estratificação social. Em um bando igualitário não valeria a pena ser um juiz. O bando jamais outorgaria tal poder a alguém e o custo de punir transgressores seria tão elevado que não seria razoável fazê-lo. Mesmo os líderes das primeiras sociedades estratificadas, as chefarias – como as “sociedades de Homem-Grande” da Polinésia e Melanésia (Boehm, 2009, p. 142), ou “sociedades de chefes” como os Etoro da Nova Guiné descritos por Flannery & Marcus (2012, p. 95) – quase não

detinham autoridade formal, sendo promovidos a uma posição de liderança por admiração ou influência sobre o grupo.

Nessas sociedades, o forte *ethos* igualitário ainda representava uma ameaça contra as pretensões tirânicas. Apesar disso, papéis sociais adicionais surgiram à medida que as comunidades humanas se tornaram cada vez mais estratificadas. Talcott Parsons descreveu esse fenômeno em sociedades primitivas avançadas, “caracterizadas pela estratificação e por algum tipo de organização política central baseada em fronteiras territoriais relativamente seguras” (Parsons, 1966, p. 47). Porque essas posições transmitem tanto prestígio social quanto poder político, tornou-se cada vez mais viável consolidar o poder – inclusive as funções judiciárias – nas mãos de um chefe ou de uma elite administrativa. Mesmo nas democracias contemporâneas, as autoridades judiciais angariam um elevado nível de respeito público, como destaca Jeremy Waldron: “[os juízes] são tipicamente membros dos estratos mais elevados e bem-educados de sua sociedade” e “provavelmente são autoconscientes sobre a legitimidade de sua própria atividade” (Waldron, 2006).

A concentração desse poder reduz o custo da punição. Os riscos potenciais são absorvidos pelo sistema social de funcionários, como guarda-costas, servos, conselheiros, entre outros, que se estrutura em torno do chefe tribal em função do prestígio e da posição. A cooperação é estimulada em sociedades estratificadas, uma vez que a vigilância social não é um trabalho distribuído individualmente a cada membro, mas sim uma tarefa designada e distribuída a um corpo burocrático de funcionários, viabilizando alguma especialização de papéis em outras áreas essenciais como produção de alimentos, defesa militar, comércio ou atividades religiosas.

Os benefícios da punição de terceiros para a manutenção da cooperação são, portanto, auferidos sem a necessidade de que todos os indivíduos arquem com os custos sociais do monitoramento. O papel do direito é crucial na medida em que codifica a nova estrutura social, concedendo aos principais novos poderes sociais, como capacidades políticas, adjudicatórias e, na maioria dos casos, atribuições religiosas. A aplicação das normas sociais também reforça a integração social ao instituir a punição dos forasteiros, aproveitadores e raros hereges que sustentam crenças incompatíveis com os valores culturais predominantes (Norenzayan, 2015, p. 76-83). Como fundamento de legitimidade e estabilidade social, a

religião torna-se gradualmente a fonte moral da vida comunal, associando-se ao poder político e jurídico. (Flannery & Marcus, 2012, p. 60).

Além disso, o direito incentiva a cooperação, fornecendo um remédio permanente para evitar o problema da trapaça de segunda ordem. A trapaça de primeira ordem ocorre quando um indivíduo se recusa a cooperar em relações diádicas ou deixa de cumprir as normas sociais. Como resultado, o transgressor enfrenta a possibilidade de punição aplicada pela parte afetada (como é o caso da reciprocidade direta) ou por parte de terceiros (como na reciprocidade indireta). Como alguns atores estão dispostos a cooperar com outros (sendo altruístas de primeira ordem), mas não punem os aproveitadores devido aos elevados custos decorrentes da aplicação de sanções (caronas de segunda ordem), a reciprocidade indireta é uma tática problemática (Nowak & Sigmund, 2005). A punição moralista resolve esse problema em parte por distribuir o dever de punir os transgressores entre toda a comunidade, diminuindo os custos individuais da punição (Fowler, 2005). No entanto, punir ainda é uma atividade custosa e arriscada. A equação é equilibrada apenas quando o direito atribui a autoridade para aplicar e executar sanções a um grupo de funcionários devidamente organizados e reconhecidos socialmente como autoridades legítimas. Os custos incorridos são compensados mediante a distribuição de bens e recursos aos funcionários, além do reconhecimento de sua função com a atribuição de elevado *status* social àqueles responsáveis pela aplicação das sanções normativas.

Essa discussão revela uma importante razão para compreender porque o direito evoluiu. A partir de uma abordagem *bottom-up*, o direito emergiu precisamente por fornecer um mecanismo confiável de controle social e coordenação entre os indivíduos. Embora a religião e a moralidade possam proporcionar benefícios semelhantes, o direito é mais eficiente para realizar essa tarefa. A moralidade não pode sustentar a diferenciação de papéis por envolver apenas informações culturais transmitidas dentro de um determinado grupo social. Ao contrário do direito, normas morais não afetam a ontogenia estrutural social, mas apenas prescreve comportamentos aceitos dentro da tradição cultural. A moralidade não atribui poderes aos papéis sociais, nem regula os procedimentos de adjudicação. Por outro lado, a religião pode manter alguma diferenciação de papéis em uma grande sociedade, mas o faz precisamente quando respaldada por uma estrutura jurídica, como ocorreu na Santa Igreja

Católica particularmente após o século XI.⁹ Nas palavras de Harold Berman:

A igreja era um *Rechtsstaat*, um estado baseado no direito. Ao mesmo tempo, as limitações impostas à autoridade eclesiástica, especialmente pelas políticas seculares, bem como as limitações impostas à autoridade papal dentro da igreja, especialmente pelas próprias estruturas de governo eclesiástico, promoveu algo além do que a legalidade compreendida no sentido do *Rechtsstaat*, algo mais parecido com o que os ingleses mais tarde chamaram de 'o estado de direito' (Berman, 1983, p. 214).

O direito como estrutura social promove a cooperação e abre caminho para o estabelecimento de sociedades estratificadas por três motivos principais. Nas sociedades estritamente consuetudinárias, a falta de diferenciação social dos papéis dificultou o surgimento de formas complexas de organização social. O costume sozinho é incapaz de codificar um sistema abstrato de papéis cujos poderes são definidos normativamente. Assim, o surgimento de tribos organizadas em torno de papéis diferenciados e estruturados hierarquicamente ocorreu simultaneamente ao advento do direito-como-estrutura-social, cujas normas codificam a estrutura específica de papéis existentes em uma sociedade. A existência de tal sistema, e particularmente a atribuição de funções adjudicatórias a uma elite burocrática, resolveu o problema da trapaça (*free-riding*) de segunda ordem e, assim, estabeleceu o alicerce para formas mais complexas de sociabilidade.

Uma segunda função evolutiva desempenhada pelo direito, nesse contexto, consiste na manutenção da cooperação mediante a redução da variação cultural, homogeneizando os traços culturais em sociedades estratificadas. Nas sociedades arcaicas, a homogeneidade cultural era mantida por meio da punição moralista, um método difuso que dependia da disposição individual de se engajar em ações coletivas para impor sanções aos oportunistas e trapaceiros. Contudo, a falta de solução para o problema do oportunismo de segunda ordem bloquearia a elevação da complexidade social, diante da sempre presente possibilidade de invasão da comunidade por variantes culturais exógenas, a romper a unidade simbólico-moral do grupo. Com a designação de poderes adjudicatórios a uma elite específica, tal problema é

⁹ Para exemplos sobre esse ponto em outros contextos históricos, considerando-se o Egito Antigo, processos de centralização do poder em tribos polinésias e o a unificação dos Zulus sob Shaka, cf. Almeida (2020, p. 320 e seguintes).

neutralizado, na medida em que as tribos poderiam reduzir o risco de erosão cultural e reforçar a cooperação entre seus próprios membros.

A ascensão do direito-como-estrutura-social também abriu as portas para novas possibilidades evolutivas, viabilizando maior inovação nas formas de organização social. Em bandos igualitários de caçadores-coletores, a evolução social resulta apenas da evolução cultural, decorrente da adoção de diferentes tradições transmitidas oralmente. Mas as comunidades eram organizadas basicamente a partir da mesma estrutura social, sendo as diferenças resultantes de pequenas variações na divisão sexual do trabalho e de estilos de chefaria tenuamente equilibrados sobre o sempre presente risco de rebelião (Boehm, 2009). O surgimento do direito trouxe a perspectiva de novas mudanças não apenas nos traços culturais, mas também na estrutura social. As tribos podem ser diversas não apenas como resultado da variação cultural, mas também porque cada uma delas adota uma estrutura social particular, que varia em sociedades distintas e também está sujeita a seleção adicional. O direito codifica não apenas informações sociais sobre papéis, mas também organiza normativamente a instituição de novas entidades, como organizações mercantis, escolas, igrejas, associações e exércitos, além de estabilizar os padrões regulatórios da relação entre cada uma das novas formas associativas.

6 Conclusão

Darwin's Conjecture, de Hodgson e Knudsen, é uma ousada tentativa de criar uma estrutura sistemática para pensar sobre a evolução da sociabilidade humana. Elaborada a partir da engenhosa estrutura criada por Szatmáry e Smith para descrever a evolução por meio de uma sequência de transições, os autores apresentam vários temas interessantes e abrem novas e estimulantes possibilidades de pesquisa.

Um dos principais temas discutidos na obra diz respeito à evolução do direito, sua natureza e seu significado na evolução sociocultural. Embora não pretendam resumir todas as questões envolvidas na discussão do significado evolutivo do direito e de sua natureza teórica, a contribuição dos autores é fundamental. Uma das principais pressuposições assumidas

considera o direito um mecanismo de controle social necessário à manutenção da cooperação social, que pressupõe algum nível de institucionalização de suas operações.

Uma contribuição importante deste estudo diz respeito à compreensão de como o surgimento de sociedades estratificada dependeu do surgimento do direito. O surgimento de sociedades estratificadas está intimamente ligado ao aumento da complexidade e diversidade da cultura humana. Os autores destacam o papel e o significado do direito nesses processos como um conceito regulatório essencial, que estrutura normativamente as relações sociais entre os membros e regula não apenas a competição individual, mas também o surgimento de formas associativas que impulsionam a complexidade da estrutura social.

A fim de construir um modelo evolutivo mais realista, a compreensão do papel do direito deve ser enriquecida por uma profunda discussão de história, antropologia e teoria jurídica. A descrição do direito como um mecanismo completamente já desenvolvido de controle social é muito exigente, pois pressupõe que as sociedades antigas tinham instituições complexas, como leis, raciocínio jurídico consolidado, um sistema judicial diferenciado e assim por diante. Do ponto de vista histórico, Hodgson & Knudsen cometeram um grande equívoco. Nesse sentido, o presente artigo é um esforço de corrigir esse aspecto do trabalho dos autores, identificando as instituições de direito judiciário existentes nos tempos antigos sem assumir que, naquele contexto, já existiam estruturas jurídicas modernas plenamente desenvolvidas.

Quando iluminado pelo conhecimento interdisciplinar atual nos campos mencionados, fica claro que o papel desempenhado pelo direito em nosso passado foi muito mais significativo do que o descrito por Hodgson & Knudsen. O direito não deve ser confundido com o costume. As sociedades consuetudinárias impunham normas sociais, mas somente quando o direito evoluiu, regulando a arquitetura social de papéis diferenciados, ocorreu a transição para sociedades estratificadas - muito antes do Estado ou de um sistema judiciário completo de tribunais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. **Constitution:** The Darwinian Evolution of a Societal Structure. Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.

ANASTASIO, T. J., EHRENBERGER, K. A., WATSON, P. & ZHANG, W. **Individual and collective memory consolidation:** Analogous processes on different levels. MIT Press, 2021.

BERMAN, H. J. **Law and revolution:** The formation of the Western legal tradition. Harvard University Press, 1983.

BOEHM, C. **Hierarchy in the forest:** The evolution of egalitarian behavior. Harvard University Press, 2009.

BOEHM, C. **Moral origins:** The evolution of virtue, altruism, and shame. Basic Books, 2012.

BOYD, R. & RICHERSON, P. J. **Culture and the evolutionary process.** University of Chicago Press, 1988.

BRUNKHORST, H. **Critical theory of legal revolutions:** Evolutionary perspectives. Bloomsbury Publishing USA, 2014.

CHARPIN, D. **Writing, law, and kingship in old babylonian Mesopotamia.** University of Chicago Press, 2010.

CHENG, J. T. & TRACY, J. L. Toward a Unified Science of Hierarchy: Dominance and Prestige are Two Fundamental Pathways to Human Social Rank. In: **The Psychology of Social Status.** Springer New York, p. 3-27, 2014. http://dx.doi.org/10.1007/978-1-4939-0867-7_1

CORNING, P. A. Holistic Darwinism: The New Evolutionary Paradigm and Some Implications for Political Science. **Politics and the Life Sciences**, 2008, 27(1), p. 22-54.

DAWKINS, R. *The selfish gene.* Oxford University Press, 2016.

Dennett, D. C. **Darwin's Dangerous Idea:** Evolution and the Meanings of Life. Penguin, 1996.

FEHR, E. & FISCHBACHER, U. Third-Party Punishment and Social Norms. **Evolution and Human Behavior**, 2004, 25(2), p. 63-87.

FLANNERY, K. & MARCUS, J. **The Creation of Inequality: How Our Prehistoric Ancestors Set the stage for monarchy, slavery, and empire.** Harvard University Press, 2012.

FOWLER, J. H. Second-order free-riding problem solved? **Nature**, 2005, 437(7058), E8–E8. <https://doi.org/10.1038/nature04201>

GLENN, H. P. **Legal traditions of the world: Sustainable diversity in law.** Oxford University Press, USA, 2014.

GODFREY-SMITH, P. **Darwinian populations and natural selection.** Oxford University Press, 2009.

HART, H. **The concept of law.** Clarendon Press, 1994 [1961].

HODGSON, G. M. & KNUDSEN, T. **Darwin's Conjecture: The Search for General Principles of Social and Economic Evolution.** University of Chicago Press, 2010.

HULL, D. L. **Science and selection: Essays on biological evolution and the philosophy of science.** Cambridge University Press, 2001.

KELSEN, H. **Pure theory of law.** The Lawbook Exchange, Ltd., 2005 [1934].

LEWONTIN, R. The units of selection. **Annual Review of Ecology and Systematics**, 1970, v. 1, p. 1-18.

LUHMANN, N. Differentiation of society. **Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens de Sociologie**, 1977, 2(1), 29. <https://doi.org/10.2307/3340510>

LUHMANN, N. **Law as a social system.** Oxford University Press on Demand, 2004 [1993].

LUHMANN, N. **A sociological theory of law.** Routledge, 2014 [1972].

NEWTON-FISHER, N. E. & LEE, P. C. Grooming Reciprocity in Wild Male Chimpanzees. **Animal Behaviour**, 2011, 81, p. 439-446.

NORENZAYAN, A. **Big Gods: How Religion Transformed Cooperation and Conflict.** Princeton University Press, 2015.

NOWAK, M. A. & SIGMUND, K. Evolution of indirect reciprocity. **Nature**, 2005, 437(7063), p. 1291-1298. <https://doi.org/10.1038/nature04131>

NOWAK, M. A. Five Rules for the Evolution of Cooperation. **Science**, 2006, 314(5), 1560.

O'GORMAN, R., WILSON, D. S. & MILLER, R. R. An evolved cognitive bias for social norms. **Evolution and Human Behavior**, 2008, 29(2), p. 71-78.

<https://doi.org/10.1016/j.evolhumbehav.2007.07.002>

OKASHA, S. **Evolution and the Levels of Selection**. Kindle ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PARSONS, T. **Societies: evolutionary and comparative perspectives**. Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall, 1966.

POLO, F. SPQR: Institutions and Popular Participation in the Roman Republic. In: P. du Plessis, C. Ando & K. Tuori (Eds.). **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**. Oxford University Press, p. 85-97, 2016.

RICHERSON, P. J. & BOYD, R. **Not by genes alone: How culture transformed human evolution**. University of Chicago Press, 2008.

RUNCIMAN, W. G. **The theory of cultural and social selection**. Cambridge University Press, 2009.

SEARLE, J. R. **The construction of social reality**. Simon and Schuster, 2010.

SHAPIRO, S. J. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: M. Adler & K. Himma (Eds.). **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford University Press, p. 235-268, 2009. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195343298.003.0009>

SMITH, J. M. & SZATHMARY, E. **The major transitions in evolution**. Oxford University Press, 1997.

SOPHOCLES. **The three theban plays: Antigone; Oedipus the King; Oedipus at Colonus**. Penguin, 1984.

SPOERHASE, C. Presentism and precursorship in intellectual history. **Culture, Theory and Critique**, 2008, 49(1), p. 49-72. <https://doi.org/10.1080/14735780802024257>

THORNHILL, C. **A sociology of constitutions: Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective**. Cambridge University Press, 2011.

TOMASELLO, M. **A natural history of human thinking**. Harvard University Press, 2018.

WALDRON, J. **The dignity of legislation**. Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, J. The Core of the Case against judicial review. **The Yale Law Journal**, 2006, 115(6), 1346. <https://doi.org/10.2307/20455656>



