

## Reflexão teórico-metodológica da lei e dos significados legais dos costumes

Cristina Dallanora\*

O papel que a lei desempenha nas sociedades e como os sujeitos participam na produção dos seus direitos tem ganhado importância para os estudos históricos nas últimas quatro décadas. No campo de estudos da história social, a publicação de *Senhores e Caçadores*, de E. P. Thompson, em 1975, pode ser considerada um primeiro impulso. Em paralelo, o interesse orientado para a história social do direito e da lei norte-americana também contribuiu e desenvolveu esse debate.

Uma discussão teórica suscitada por estudiosos da lei norte-americana no início dos anos 1980 teve como desdobramento a cristalização de um entendimento comum. Publicado como a introdução da *Wisconsin Law Review* (1985), direcionada a estudos sobre a lei, consideraram que os textos legais oficiais e suas interpretações não devem ser considerados como únicos, pois adquirem diferentes significados para o povo estudado. Através das suas pesquisas, observaram que trabalhadores, mulheres e artesãos do século XIX não concordavam simplesmente com uma autoridade estabelecida que poderia ir contra os seus costumes e, tampouco, a rebelião contra a lei era sua única alternativa. Muitas vezes contestavam as visões oficiais da lei apontando-as como falsas. Como também assumiam e, onde podiam, impunham suas próprias normas como autoridade vigente.<sup>1</sup>

William E. Forbath, Hendrik Hartog e Martha Minow são considerados expoentes da chamada “história jurídica de baixo” ou “pluralismo jurídico”. Para eles, o debate jurisprudencial sobre o que é lei - definindo-a como um princípio, norma ou regra que se presta a competir e possui significados alternativos -, é insuficiente para refletir sobre a sua história. Com isso sugerem refletir sobre o que os grupos, em quais contextos, mostram-se capazes de demonstrar na prática essa ideia do significado legal como múltiplo e contestável. Nesse sentido, estes autores consideram que a natureza da lei é mais resultado da pesquisa histórica, uma característica das disputas da vida cotidiana na cultura e na sociedade do século XIX (principalmente para os grupos subordinados) do que produto da reflexão jurisprudencial (dos historiadores legais doutrinários).

Esses pesquisadores que também possuem em comum a experiência da *Escola de Wisconsin*, nas décadas de 1980 e 1990, contrapunham-se à abordagem da lei que a considera um conjunto autônomo e transcendente de regras e regulamentos para garantir a ordem social. Concordavam que a lei emerge das demandas e necessidades da sociedade. Mais do que isso, passaram a se interessar pelo que existia antes da lei.

Este ensaio reflete sobre como essa discussão em torno da lei se propôs como uma história social do direito. Inicialmente discuto as diferentes abordagens da história legal norte-americana focando nas suas concepções sobre a lei e apontando algumas implicações para a história.<sup>2</sup> A partir das reflexões suscitadas pelos historiadores de Wisconsin na década de 1980, trato como a história legal norte-americana mudou de perspectiva propondo uma “história a partir de baixo” ou uma “história social da lei”. Para isso, identifico como essa

---

\* Doutoranda pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: dallanora.cristina@gmail.com

<sup>1</sup> FORBATH, E. W.; HARTOG, H.; MINOW, M.. Introduction: Legal Histories From Below. 1985. In *Wisconsin Law Review*. 759-769.

<sup>2</sup> Essa discussão parte do artigo de Ryan M. Poe: Legal History Methodologies. In *Law & Society*. Spring 2013. Disponível em <<http://ryanmpoe.com/wordpress/portfolio/duke-preliminary-portfolio/>>, consultado em 20/07/2014.

perspectiva é sistematizada por um daqueles autores, em especial, Hendrik Hartog, em qual momento historiográfico e com qual finalidade. Considerando a recepção de E. P. Thompson em seus trabalhos discuto alguns argumentos desenvolvidos em *Senhores e Caçadores* que identifiquei no artigo de Hendrik Hartog. Desse modo, espero contribuir para o campo de pesquisa e reflexão teórico-metodológica da lei, principalmente em relação à “reviravolta legal” que marcou essa geração que se propôs como uma história social do direito.

## 1. História legal norte-americana e história social da lei.

O que é lei? Qual a sua importância? E qual a sua relação com a sociedade? Estas questões fazem parte das reflexões da história do direito e da metodologia jurídica nos Estados Unidos desde o final do século XIX.<sup>3</sup> No entanto, ao longo do tempo, receberam diferentes respostas uma vez que as análises partiram de distintas perspectivas.

As discussões desenvolvidas pela história legal norte-americana partem do pressuposto de que a lei existe. A tradição formalista do século XIX era radical a este respeito chegando a considerar a lei como o único lugar de mudança histórica. Os primeiros historiadores legais nos EUA formaram-se da síntese do formalismo jurídico norte-americano com a metodologia legal inglesa. Concebiam a lei como um conjunto transcendente de regras e regulamentos para garantir a ordem social. Conhecidos como *historiadores legais doutrinários*, acreditavam que as mudanças ocorriam no interior das doutrinas jurídicas e em certas interpretações da lei. Nesse sentido, pode ser entendida como uma discussão filosófica em que as normas sociais são capazes de produzir os sujeitos tal como elaboradas. Em suas narrativas, o sistema legal apresenta-se estável e quase imune ao mundo exterior. Sob o ponto de vista metodológico doutrinário, a história legal norte-americana se prestava a questões técnico-científicas restritas as pessoas “autorizadas” que formavam o sistema legal do final do século XIX e início do XX, como juízes e advogados.

A partir da década de 1950, essa abordagem foi contrastada pelos historiadores legais da Universidade de Wisconsin. Influenciados pelos estudos de James W. Hurst, passaram a considerar que a lei emergia das demandas e necessidades da sociedade. O contexto de reconstrução do pós-guerra estava em jogo e à lei foi atribuída uma função. Em suas análises, a lei se convertia num instrumento de construção do Estado por meio do desenvolvimento. Para estes *historiadores legais funcionalistas* ou *funcionalistas de Wisconsin*, a lei não foi formulada para qualquer fim filosófico, mas para canalizar os interesses individuais, fazendo uso afirmativo da lei. Por isso, deslocaram as análises das decisões de segunda instância e do Supremo Tribunal para os Tribunais locais e órgãos administrativos municipais.

A atenção em outras instâncias das atividades sociais significou também uma mudança nas questões doutrinárias, ou seja, nos princípios fundamentais do sistema legal. Além disso, demonstraram a participação dos sujeitos antes marginalizados, como os envolvidos em órgãos de planejamento locais, os políticos e os empresários. Isso significa que a mudança legal não provinha somente do que juízes e advogados definiam o caráter da lei, mas de conflitos e interesses travados no interior da sociedade. Dessa forma, os funcionalistas romperam com a visão formalista que concebia a lei como uma esfera separada da sociedade, destituindo-a de qualquer autonomia.

---

<sup>3</sup> É possível que esta discussão também seja válida para a história do direito no Brasil. Neste ensaio, evitei generalizar, pois depende de uma pesquisa direcionada e mais aprofundada.

Os estudos subsequentes questionaram e recolocaram o funcionalismo em outras direções. Nas décadas de 1970 e 1980 a mudança legal foi concebida como um caminho natural da eficiência da lei ao invés de resultado dos conflitos sociais. Sobretudo pelos chamados *funcionalistas evolutivos* com influência neo-liberal, como George Priest e Richard Posner. Para estes, as doutrinas e os estatutos sobreviviam ao tempo simplesmente porque eram eficientes. Foram alvo de inúmeras críticas, provindas da *Hotstra Law Review*, por exemplo, e dos historiadores legais marxistas, que se questionavam porque se concebia a lei sem deixar espaço para a dissidência e contingência. Essa crítica sugere que apesar dos conflitos serem reconhecidos como parte constituinte da lei, não lidaram com as suas consequências.

Para os historiadores legais marxistas, por um lado, aqueles que tinham poder sobre o sistema jurídico eram os mesmos que controlavam os meios de produção e tendiam a usar a lei para sua hegemonia. Por outro lado, haveria aqueles que lutariam para mudar a lei, o que seria legítimo. Nessa perspectiva, a lei é concebida como um instrumento de dominação do capitalismo para moldar a sociedade em seu benefício em detrimento do proletariado. Por sua vez, os neo-marxistas questionaram como a lei poderia assumir tanto poder sobre a maioria das pessoas se servia apenas para a sua exploração. Essa e outras reflexões elaboradas por Eugene Genovese mostraram uma dimensão mais complexa da relação entre a lei e a sociedade.<sup>4</sup> Na sua perspectiva, a lei deveria validar-se eticamente aos olhos de várias classes e não apenas a classe dominante. Juntamente com os estudos de Douglas Hay, lançaram questionamentos e uma interpretação metodológica que influenciou a história da lei norte-americana. Em suas análises, a lei transcendeu a condição de instrumento de poder da classe dominante (criatura da classe dominante) para significar também as maneiras como as pessoas entendem o seu mundo.

Influenciados por essa vertente, historiadores do direito passaram a considerar que as formas legais podem transcender o domínio da lei e da sociedade em vez de a lei ser serva da sociedade. Os estudos jurídicos críticos fizeram reviver o poder e a importância da lei na mudança social tornando a sociedade mais flexível e suscetível a mudanças. Algumas foram as implicações da relação entre direito e sociedade que emergiram da história jurídica crítica. Entre elas, a concepção da história como um trajeto que não se desenvolve num sentido único e uniforme bem como a relação entre lei e sociedade também não é uniforme.<sup>5</sup>

Apesar de apresentarem diferentes abordagens, a historiografia legal norte-americana possui algo em comum e que foi alvo das críticas publicadas na introdução da *Wisconsin Law Review*, em 1985, mencionada no início deste ensaio. Para Forbath, Hartog e Minow, estes estudos partem do pressuposto de que a lei norte-americana é personificada nos textos oficiais, os chamados estatutos, casos ou tratados. Para saber o que foi pensado para ser lei, para saber o que obrigou obediência pública e o que tinha a força coletiva, os historiadores do direito normalmente começam (e muitas vezes acabam), aprendendo o que dizem os textos legais sobre o que é a lei. Esse modelo de análise tem poder na história jurídica e entende que a autoridade é externa à sociedade.<sup>6</sup> Uma visão, argumentam, essencialmente positivista do

---

<sup>4</sup> HAY, Douglas. "Property, Authority, and the Criminal Law," in Hay, Peter Linebaugh, et al., eds., **Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England**. New York: Pantheon, 1975, e; GENOVESE, Eugene. **The World the Slaves Made**. New York: Pantheon Books, 1974. Apud RAY, Poe, op. cit., p. 9. Ver a discussão sobre hegemonia do Gramsci, pois também considera que a legitimidade da lei é preciso o reconhecimento.

<sup>5</sup> Ver POE, op. cit., p. 12.

<sup>6</sup> FORBATH, E. W.; HARTOG, H.; MINOW, M., op. cit., 761.

direito que trata a lei como uma estrutura de comandos fundadas na autoridade do estado positivo. Em síntese, uma visão que parte do fundamento dogmático do Direito mantendo-o inquestionável.

Apontaram também que o positivismo jurídico teve um significado cultural na história norte-americana, que não pode ser negado, embora raramente tenha sido estudado nestes termos. Em face dessa visão dominante, não se questionaram sobre as maneiras pelas quais os grupos e as comunidades aprenderam a pensar as Leis, com “L” maiúsculo, consagradas em textos externos e interpretadas por um grupo profissional. Observaram que os sujeitos que não eram intérpretes oficiais dos textos legais eram excluídos tanto pelos funcionalistas como pelos historiadores legais críticos. Isso criava uma dicotomia entre coisas legais e não legais empurrando os sujeitos sem poder às margens das suas histórias e tornando-os passivos frente à exploração legal.

Essas críticas são parte do movimento considerado uma reviravolta legal na década de 1980, conhecida como *história jurídica de baixo* ou *pluralismo jurídico*. Representada por historiadores como Hartog, Forbath e Minow, reconheceram a contingência das categorias direito e sociedade por identificarem sistemas de regras alternativos nos casos analisados. E, principalmente, colocaram outras questões para tratar da história do direito passando a se questionar: como se criam os direitos? Como uma decisão conclui um caso? Por que pessoas continuam a praticar o que a lei proíbe?

Desse ponto de vista, criam-se direitos sobre as coisas as quais outras pessoas já consideravam terem direitos antes. É, portanto, uma discussão sobre a lei que transcende a sua própria história em direção ao momento em que ela ainda não existia. Por isso, estes autores reduzem o foco para casos específicos e, ao mesmo tempo, ampliam para entender as relações entre as normas sociais e as práticas sociais. Dessa forma, visualizam um mundo de direitos antes da lei que podem ou não evoluir para uma lógica institucional.

Apontei algumas diferenças entre a história legal norte-americana e a história social da lei, ou como a história legal norte-americana se propôs como uma história social da lei. As diferentes discussões colocadas por cada geração projetam diferentes formas de conceber teoricamente as relações entre as normas sociais e as práticas sociais. Isso implica uma teoria da história como também as utilizações metodológicas da lei que, por sua vez, tem implicações para os sujeitos históricos. As diferentes propostas chegam a distintos resultados de pesquisa, como exemplo, o artigo de Hendrik Hartog, relevante no assunto e com maior longevidade.

## 2. Hendrik Hartog e a “história legal a partir de baixo”

Hendrik Hartog é um historiador dedicado à história social da lei norte-americana que coloca no centro das suas preocupações a compreensão de como os grandes temas políticos e culturais têm sido expressos em conflitos legais.<sup>7</sup> Em 1985, publicou *Pigs and Positivism*,

---

<sup>7</sup> Hartog trabalhou com diferentes temas que se imbricam na história legal norte-americana, tais como a história do casamento, a história das reivindicações de direitos constitucionais e na historiografia da mudança legal. Em 2012, publicou *A History of Inheritance and Old Age* que consiste em um estudo de conflitos de herança nos séculos XIX e XX, em Nova Jersey, EUA, explorando o que eles mostram sobre as relações entre pais e filhos, entre outras, e como, em um tempo anterior à existência das pensões e da Segurança Social, as pessoas utilizaram o dispositivo da herança para garantir os cuidados para si na velhice.

considerado um artigo de grande relevância na história do direito e com grande longevidade.<sup>8</sup> Nele, o autor explora a prática de manter porcos soltos na cidade de Nova Iorque no século XIX e a sua proibição, em 1819. Ao explorar o contexto histórico, o autor observa que esta era uma prática comum na paisagem urbana norte-americana. E a sua proibição, na forma da lei, atentava contra um costume dos habitantes que o entendiam como um direito.

Hartog utiliza a proibição dessa prática como um ponto de partida para entender os significados legais dos costumes norte-americanos. Para isso, apresenta três estratégias de proceder a pesquisa (não necessariamente nesta ordem) que consistem na análise do texto legal; na análise do conflito entre a satisfação da norma e a persistência dos porcos na cidade (a despeito das leis proibitivas da sua presença); e, a que mais lhe interessa, a relação entre a lei formal e a cultura jurídica popular. Essa última estratégia, além de abarcar o entendimento da lei para além do texto legal, mostra a possibilidade de supressão da sua existência por parte dos indivíduos, identificada nos conflitos sociais. Para o autor, a resistência à proibição de um costume, verificada na documentação judicial, constitui também uma visão da ordem legal.

A crítica ao formalismo jurídico do século XIX, que considera a lei capaz de determinar o desfecho de qualquer caso, como se a realidade pudesse se adequar a ela tal como os legisladores a registraram, está presente em toda sua reflexão. Em contrapartida, suscita a importância de articular a lei, os costumes e a natureza como uma forma de lidar teórica e metodologicamente na pesquisa. Mas essa perspectiva não é considerada óbvia, mas sim construída ao longo do texto que se pode observar através das perguntas inovadoras colocadas pelo autor.

Ao abordar o contexto em que era comum manter os porcos soltos até o momento conflituoso da sua proibição, em 1819, o autor se pergunta: havia esse direito antes da sua proibição? Utilizando-se dos argumentos da história legal norte-americana escrita relativa ao caso (a doutrina jurídica) e da antropologia e história social (que consideram a reflexão das normas legais e os conflitos), o autor explora o que levou a criminalização dos mantenedores de porcos por volta de 1816. E observa que a proibição dessa prática comum não impediu que os porcos continuassem circulando livremente pela cidade. Apesar de apontar a distância entre a norma estabelecida e a prática, Hartog considera essa explicação insuficiente para responder a questão sobre os significados legais dos costumes americanos. Mas a partir dela, levanta dúvidas, como por exemplo, por que e a quem interessava livrar as ruas de Nova York dos porcos?

A partir da desconexão entre a lei e a prática, explora as controvérsias entre as esferas municipais e estaduais envolvidas na questão da lei de proibição. E observa que eram incompatíveis em uma questão conceitual, pois os defensores da lei estadual, que teriam simpatizado com os esforços regulatórios da presença dos porcos na cidade, eram adeptos de um sistema unificado, de um corpo de leis e uma estrutura institucional centralizada para aplicá-la. O poder municipal, ou comitê formado em torno dessa lei, reagia à imposição. O que estava em jogo não era apenas o direito dos moradores de deixar livres seus porcos, mas a autonomia do município frente ao estado em um contexto de formação da República. O poder dos produtores de direito de impor suas crenças é aqui problematizado e não simplesmente tomado como um dado. Desse modo, Hartog aponta que a lei era fruto de um processo no qual estavam presentes as forças sociais (não apenas aquelas formalmente

---

<sup>8</sup> Ver POE, op. cit., p. 13.

representadas pelos poderes municipais e estaduais) que tentavam chegar a um texto consensual (não necessariamente a um consenso), no qual diferentes pontos de vista podiam chegar a se reconhecer.

O embate entre os poderes municipal e estadual é um dos aspectos que mostra que a constituição de uma lei não garante a sua eficácia, pois a lei existe na sua exterioridade, além da formalidade jurídica. No entanto, a ideia de que o mundo normativo não provém da lei, mas é construído, não era um problema compartilhado pelos legisladores. Com isso sugere desviar a atenção da “Lei” para o pluralismo social e os valores imputados na norma legal, lançando luz sobre o argumento legal e a prática social e política em Nova Iorque.

Os porcos eram comuns na paisagem urbana norte-americana no século XIX. Além de constituírem uma importante fonte de energia, desempenhavam um papel público na vida da cidade, como a limpeza das ruas, já que não havia “limpadores profissionais”. A eles também foram associados vários problemas que se intensificam no início da República. A associação negativa sobre a presença dos porcos e os argumentos como a perturbação pública, perigo e segurança eram frequentes nas petições contra os criadores e foram apropriadas para legitimar a formulação da legislação estadual. Hartog sugere que o argumento do costume utilizado pela defesa sucumbiu e a visão distintivamente burguesa de uma cidade livre de porcos se tornou uma realidade legal em Nova Iorque.<sup>9</sup> Além do mais, percebe que no decorrer dessa história o costume foi silenciado e uma das razões residiu no fato de os donos de porcos serem identificados como camponeses.<sup>10</sup> Porque, então, as pessoas continuaram mantendo porcos livres nas ruas de Nova Iorque mesmo depois da decisão judicial proibindo tal prática?

Ao explorar os argumentos dos proprietários de porcos, dos legisladores e dos juízes, Hartog mostra como interesses diversos eram disputados e criavam interpretações do que era legal e de direito. Sua perspectiva sugere que os diversos personagens envolvidos no cenário legislativo ajudam a interpretar a própria aplicabilidade das leis e o significado que elas adquirem nas relações sociais. Devido ao grande número de pessoas que continuaram a manter porcos nas ruas mesmo após a lei proibitiva, conclui que esses nova-iorquinos consideravam a prática legal. E esse direito legal atribuído ao costume foi construído tanto pelas atividades dos defensores do direito como pela relativa passividade e ineficácia de seus adversários.<sup>11</sup> Hartog, incorpora, portanto, valores e práticas sociais que antecedem a existência da lei e fornecem pistas, permitem especular o significado da lei para diferentes grupos sociais em seus contextos específicos.<sup>12</sup>

Do ponto de vista do formalismo jurídico, os criadores de porcos que viviam em Nova Iorque deveriam saber que após 1819 estavam faltando com a lei. Um dos argumentos explorados defendia que o criador de porcos não reconhecia estar faltando com a lei e por isso lutava pelo que considerava ser seu direito.<sup>13</sup> A perspectiva dos criadores de porcos mostra que a lei não é dotada de um único sentido. Hartog sugere então outro caminho da

---

<sup>9</sup> HARTOG, op. cit., p. 920. Ryan Poe argumenta que “o costume não era uma prática suficientemente ampla para justificar a sua incursão na argumentação jurídica”. A argumentação jurídica, nesse caso, refere-se apenas aos juízes? Porque nos argumentos de defesa utilizados por Hartog, ele aparece.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 913.

<sup>11</sup> Idem, p. 933.

<sup>12</sup> FORBATH, E. W.; HARTOG, H.; MINOW, M., op. cit., 760.

<sup>13</sup> Trata-se do caso de Harriet.

relação entre o direito e a história que considera a lei como um espaço de disputa e um local onde se pode entender a mudança histórica também.<sup>14</sup>

Há ainda um debate que o artigo suscita para além do que se propôs. Diz respeito a como os legisladores conformados nas tradições formalistas legais do século XIX se apropriam da história no Direito. A maneira como os legisladores e juristas lidam com isso também faz parte da reflexão teórico-metodológica sobre a lei. Há uma história por trás da história a ser considerada que o direito reivindica no processo de legitimação de um argumento que não se esgota na sua retórica, mas tem desdobramentos nas experiências reais dos sujeitos envolvidos.

### 3. A influência de E. P. Thompson no história legal norte-americana

Como os estudos de E. P. Thompson impulsionaram a história legal norte-americana a se propor como uma história social da lei? As discussões sobre a lei elaborada por E. P. Thompson na década de 1970 são mencionadas no artigo de Hendrik Hartog e na introdução da *Wisconsin Law Review*.<sup>15</sup> Isso demonstra a sua influência na discussão entre os historiadores do direito nos Estados Unidos. Partindo dessa relação historiográfica, traço alguns argumentos desenvolvidos por Thompson em *Senhores e Caçadores* que identifiquei no artigo de Hartog.

Em "O domínio da lei", Thompson analisa a origem e o significado da *Lei Negra* na Inglaterra considerando a sua importância na história jurídica do século XVIII. O que provocou a aprovação da Lei? Quem eram os "Negros"? A quais funções se aplicou a Lei? Estas são algumas das questões que o autor coloca no centro da pesquisa e que se conectam às funções do Estado voltado, primordialmente, a preservar a propriedade privada, as liberdades e a vida dos proprietários.<sup>16</sup> Mas, adverte que, no início do século XVIII, existiam várias formas de se defender a propriedade antes de estar cercada por leis. Esse argumento adquire maior profundidade no contexto da vida dos florestanos de Windsor e de Hampshire, cujos costumes são descritos minuciosamente nas duas primeiras partes do seu livro.

Diversos costumes praticados pelos florestanos foram proibidos pela Lei. Mas por que se decidiu que as formas costumeiras de uso da terra e dos recursos se tornassem crimes sujeitos à pena de morte? Thompson observa que a *Lei Negra* coincidiu com a ascensão dos Whigs hanoverianos aos patíbulo, assinalando "a maré montante da justiça retributiva do século XVIII".<sup>17</sup> Pela justiça retributiva, aplica-se a pena de morte porque o réu merece. Tal noção de merecimento só adquire sentido junto a uma entidade metafísica ou um "Deus" que sustente a ideia de justiça. O que Thompson sugere é que o estudo da lei ultrapassa o mundo do Direito e pode ser pensado dentro das percepções de justiça. Relacionar determinados tipos de delito à pena de morte não explica o surgimento da Lei. Em compensação, entender a

<sup>14</sup> HARTOG, op. cit., p. 934.

<sup>15</sup> Ver a nota 3 de *Pigs and Positivism*. Quanto aos estudos elaborados por Thompson, refiro-me "A economia moral da multidão inglesa no século XVIII" (1971); "O domínio da lei" (1975) e "O entramado hereditário" (1976), reunidos na obra "O essencial de Thompson" (2000), organizado por Dorothy Thompson.

<sup>16</sup> THOMPSON, E. P. *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 15; 21.

<sup>17</sup> Idem, p. 24

administração das Florestas era crucial, pois “a floresta era constituída antes por uma designação jurídica e administrativa do que por qualquer organização econômica unitária.”<sup>18</sup>

Em outras palavras, eram os tribunais locais com seus juizes e os chefes locais que incidiam diretamente sobre os moradores e seus costumes. Oficialmente, a floresta servia para a diversão do rei e o que imperava era a economia dos cervos. Eram habitadas por moradores que, formalmente, não tinham direito, mas na prática relacionavam-se costumeiramente com os recursos naturais e consideravam legítimas as atividades de apanhar madeira, arenito, turfas, lúpulo bem como da caça, entre outras. Só que não eram reconhecidas legalmente, deixando-os sujeitos à proibição das atividades vitais, com maior ou menos intensidade, dependendo do momento e motivação política.

Em *Pigs and Positivism*, Hartog questiona o silêncio da doutrina jurídica norte-americana sobre as questões do direito consuetudinário. A partir daí aponta a necessidade de explorar a relação problemática entre o pluralismo social e os valores imputados aos sujeitos pela ordem legal.<sup>19</sup> Para isso, reduz a escala de observação e foca no estudo do caso da Lei do porco de 1819, que consiste num exemplo de regulamentação legal de uma prática social particular. Ao entrar nesse campo de investigação da relação entre a o argumento legal e a prática social e política reveladas pelo caso dos porcos, o autor apresenta a influência da história legal inglesa na sua análise, em particular, *A origem da Lei Negra* discutida por Thompson.

Algumas abordagens presentes no estudo da *Lei Negra* são empregadas na análise de Hartog. A resistência das pessoas à lei e sua obediência é acionada como uma via importante para o entender o que a lei significava para as pessoas que criavam porcos soltos. Outra abordagem consiste em capturar a experiência com a lei através do conhecimento das práticas sociais e das experiências individuais para saber quem se beneficiou ou foi prejudicado pelas mudanças legais. E, principalmente, a definição da lei ou da natureza do direito como um campo de lutas. O que lhe permitiu mostrar a contingência das categorias “direito” e “sociedade”, na qual a lei é uma arena de conflitos onde existem visões sociais alternativas que competem, barganham e sobrevivem.<sup>20</sup>

Para Hartog a contradição das leis pode ser visível, mas a conjuntura da sua formulação e publicação ajuda a explicar onde surge a contradição. Nesse sentido, o estudo da lei não deve se ater apenas ao texto escrito porque se corre o risco de percebê-la como algo estático, perdendo de vista seu campo de conflito social. A lei dos porcos não foi o início nem o fim dos conflitos, mas possibilita refletir sobre o significado e a importância atribuída a textos legais como características da estrutura dos valores legais dentro de uma comunidade em determinado momento.

A história do direito pode ser estudada de muitas formas. Através da história intelectual, dos textos e dos seus escritores, de onde surge e quem formulou. Thompson investigou como viviam as pessoas que foram o alvo da lei - os “Negros”. E buscou reconstruir o contexto onde a lei incidia diretamente: a floresta. Refletiu sobre o custo do acesso à justiça; os conflitos entre as pessoas; a luta de classe sem classes; a ideia do interesse e a retórica política. Hartog procedeu de maneira parecida buscando entender o significado da criação de porcos nas ruas para boa parte da população de Nova Iorque. Em o domínio da lei,

<sup>18</sup> Idem, p. 31.

<sup>19</sup> Pluralismo social também é descrito como multiplicidade das práticas e identidades normativas. É possível que o próprio conceito de “pluralismo social” tenha a sua especificidade na década de 1980, o que ultrapassa os objetivos desse ensaio.

<sup>20</sup> HARTOG, op. cit., p. 934 e THOMPSON, op. cit., p. 352.



Thompson conclui que era melhor viver sob o domínio da lei do que sob o poder arbitrário. Em *Pigs and Positivism*, Hartog considera que os costumes devem ser colocados no mesmo patamar com a Lei, afinal, o que explicaria a presença dos porcos nas ruas quarenta anos após a sua proibição?

### **Referências bibliográficas**

FORBATH, E. W.; HARTOG, H.; MINOW, M.. Introduction: Legal Histories From Below. 1985. In **Wisconsin Law Review**. 759-769.

HARTOG, Hendrik. Pigs and Positivism. 1985. In **Wisconsin Law Review**. p. 899-936.

POE, Ryan M. Legal History Methodologies. In **Law & Society**. Jedediah Purdy. 2013.

THOMPSON, E. P. **Senhores e Caçadores**: a origem da lei negra. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.