

## 6ª. AULA. Direito, história e formas jurídicas

### TEXTO:

HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europeia*, 3.ed., Publicações Europa-América, 2003, ps. 24 a 31.

### CASO PRÁTICO: O CASO DA DISPUTA SAVIGNY - THIBAUT

Após a Revolução Francesa de 1789, e já sob o regime de Napoleão Bonaparte, em 14 de agosto de

1800, é designada uma Comissão cuja missão é a de se entregar à tarefa de conformar e dar nascimento ao mais importante símbolo jurídico do processo de positivação do Direito europeu: o *Code Civil*. São chamados a executar esta tarefa os juristas Jacques de Maleville, François Denis Tronchet, Félix Julien Jean Bigot de Prémeneu, Jean-Étienne-Marie Portalis. A França será, neste sentido, pioneira, e o exemplo do *Code Civil* será seguido em várias partes da Europa.

A influência da França sobre toda a Europa já é notável, e está em questão a transição dos costumes para as leis modernas. A questão da sistematização do Direito encontra um forte eco no debate que se forma em torno de dois juristas alemães da época, Friedrich Carl von Savigny, da Escola Histórica do Direito, e Anton Friedrich Justus Thibaut, da Escola Jusracionalista. A disputa se dá em função da publicação, em 1814, por Thibaut do trabalho intitulado *Da Necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha (Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland)*, que desperta a reação de Savigny, com o trabalho *A vocação do nosso tempo para a legislação e jurisprudência (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*.

Ao retomar o contexto em que se dá o debate, influente no direito alemão, assumo o lugar dos juristas e sustento as seguintes posições:

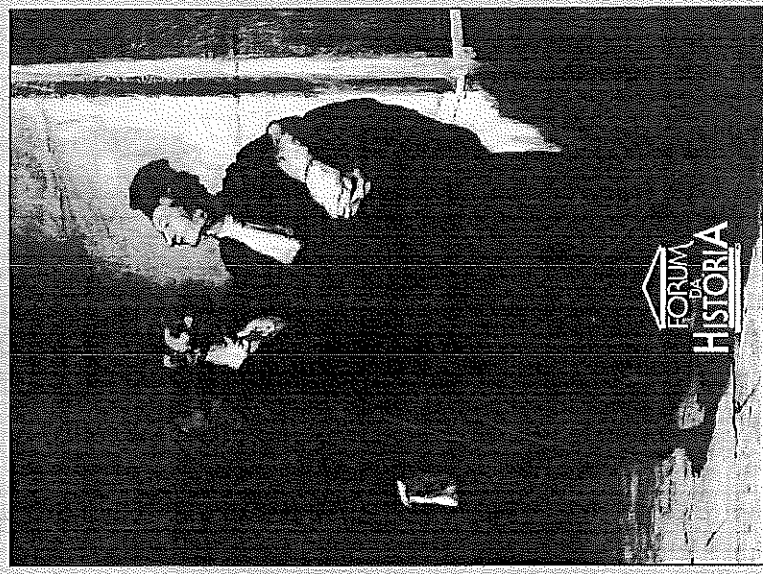
1. A partir da noção de razão (*Vernunft*), assumo a posição do jurista Thibaut, e defendo os argumentos juracionalistas a favor da codificação do Direito;
2. A partir da noção de espírito do povo (*Volksgeist*), assumo a posição do jurista Savigny, e defendo os argumentos históricos e costumeiros, em face da posição de Thibaut.

ANNO MCMXXII HISPANIA

# CULTURA JURÍDICA EUROPEIA

## Síntese de Um Milénio

3.ª edição



TRADUÇÃO: JOSÉ FORTES AMARAL

CA

Introdução e apresentação de José Fortes Amaral. O autor apresenta o objectivo do livro, a sua estrutura e o seu conteúdo. O livro é dividido em duas partes: a primeira trata da história da cultura jurídica europeia e a segunda trata da cultura jurídica portuguesa. O autor apresenta o livro como uma obra de referência para quem se interessa pela história da cultura jurídica europeia e portuguesa.

1. A cultura jurídica europeia. 1.1. A cultura jurídica europeia no século XIX. 1.2. A cultura jurídica europeia no século XX. 1.3. A cultura jurídica europeia no século XXI.

2. A cultura jurídica portuguesa. 2.1. A cultura jurídica portuguesa no século XIX. 2.2. A cultura jurídica portuguesa no século XX. 2.3. A cultura jurídica portuguesa no século XXI.

3. Conclusões. 3.1. A cultura jurídica europeia e portuguesa no século XXI. 3.2. A cultura jurídica europeia e portuguesa no século XX. 3.3. A cultura jurídica europeia e portuguesa no século XIX.

### EXTRATO DO ANO MCMXXII HISPANIA

Este volume de cultura jurídica europeia e portuguesa apresenta o objectivo de apresentar a cultura jurídica europeia e portuguesa no século XXI. O autor apresenta o livro como uma obra de referência para quem se interessa pela história da cultura jurídica europeia e portuguesa.

www.europa-gustico.pt  
ISBN 972-1-04225-0  
5 601072 580244 >

FORUM DA HISTÓRIA 24

Uma estratégia de defesa deste grupo é a de dramatizar («eufemizar», Bourdieu, 1986) a natureza política de cada decisão jurídica e, por isso, o seu carácter «político» («arbitrário», no sentido de que depende de escolhas de quem decide e não de leis ou princípios imperativos). Ora, uma forma de «despolitizar» («despotenciar», «eufemizar») a intervenção dos juristas é apresentar o veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes.

Esta operação de neutralização política da decisão jurídica tornar-se-á mais fácil se se construir uma imagem dos juristas como académicos distantes e neutrais, cujas preocupações são meramente teóricas, abstractas e eruditas. Uma história jurídica formalista, erudita, alheia às questões sociais, políticas e ideológicas e apenas ocupada de eras remotas, promove seguramente uma imagem das Faculdades de Direito como templos da ciência, onde seriam formadas tais criaturas incorpóreas. A onda de medievalismo que dominou a historiografia jurídica continental até aos anos '60 — contemporânea do manifesto de Hans Kelsen no sentido de «purificar» a ciência jurídica de ingredientes políticos (cf. *infra*, 8.4.6.) — teve esse efeito de *legitimação pela ciência*, justamente numa época de fortíssimos conflitos político-ideológicos em que os juristas tiveram que desempenhar uma importante função «arbitral»<sup>10</sup>.

## 1.2. A história crítica do direito

Os objectivos gerais de uma história crítica do direito foram evocados antes. Tratar-se-á agora da questão das estratégias científicas e das vias metodológicas mais convenientes (Scholz, 1985; Hespanha, 1986a, 1986b).

A primeira estratégia deve ser a de *insistir numa forte consciência metodológica* nos historiadores, problematizando a concepção ingénua segundo a qual a narrativa histórica não é senão o simples relato daquilo que «realmente aconteceu». É que, de facto, os acontecimentos históricos não *estão aí*, independentes do olhar do historiador, disponíveis para serem descritos. Pelo contrário, eles são *criados* pelo trabalho do historiador, o qual selecciona a perspectiva, constrói objectos que não têm uma existência empírica (como curvas de natalidade, tradições literárias, sensibilidades ou mentalidades) ou cria esquemas mentais para organizar os eventos, como quando usa os conceitos de «causalidade», de «genealogia», de «influência», de «efeito de retorno»

<sup>10</sup> V., sobre isto, para Portugal, Hespanha, 1981.

(*feedback*). A única coisa que o historiador pode verificar são sequências meramente cronológicas entre acontecimentos; tudo o resto são inferências suas (v.g., transformar uma relação de precedente-consequente numa relação de causalidade [*post ergo propter*] ou de genologia-influência [*prior ergo origo*]). Os historiadores devem estar conscientes (i) deste artificialismo da «realidade» historiográfica por eles criada, (ii) da forma como os seus processos mentais modelam a «realidade» histórica, ou seja, do carácter «poético» (criador) da sua actividade intelectual e (iii) das raízes social e culturalmente embebidas deste processo de criação.

Esta estratégia leva naturalmente a uma crise de ideais como o de «verdade histórica», a ponto de alguns autores não hesitarem em classificar a história como um género literário, embora (tal como os outros géneros) dotado de uma organização discursiva específica, ou seja, de regras que permitam validar os seus resultados (White, 1978, 1987; Hespanha, 1990a). É por esta última razão que a classificação do saber histórico como um género literário não significa que ele repose na arbitrariedade; significa, antes, que o rigor histórico reside mais numa coerência interna do discurso — numa observância de «regras de arte» convencionais — do que numa adequação à «realidade» histórica. Afinal, esta proposta não representa mais do que a aplicação à própria história jurídica do mesmo método — de desvendar as raízes sociais e culturais das práticas discursivas — que ela pretende aplicar ao discurso que forma o seu objecto — no nosso caso, o discurso jurídico.

A segunda estratégia é a de eleger como objecto da história jurídica o *direito em sociedade*.

Esta linha de evolução, que domina a historiografia contemporânea a partir da *École des Annales* (com a sua ideia de uma «história total») leva a uma história do direito intimamente ligada à história dos diversos contextos (cultura, tradições literárias, estruturas sociais, convicções religiosas) com os quais (e nos quais) o direito funciona.

Este projecto — que não põe em causa, como alguns parece temerem — a especificidade da história jurídica, como se verá — pode ser decomposto numa série de linhas de orientação.

### 1.2.1. A percepção dos poderes «periféricos»

Antes de mais, as normas jurídicas apenas podem ser entendidas se integradas nos complexos normativos que organizam a vida social. Neste sentido, o direito tem um sentido meramente relacional (ou contextual). O papel da regulação jurídica não depende das características intrínsecas das normas do direito, mas

do papel que lhes é atribuído por outros sistemas normativos que formam o seu contexto. Estes sistemas são inúmeros — da moral à rotina, da disciplina doméstica à organização do trabalho, dos esquemas de classificar e de hierarquizar às artes de sedução. O modo como eles se combinam na construção da disciplina social também é infinitamente variável.

Algumas das mais importantes correntes da reflexão política contemporânea ocupam-se justamente destas formas mínimas, persuasivas, invisíveis, «doce», de disciplinar (Foucault, 1978, 1980, 1997; Bourdieu, 1979; Santos, 1980b, 1989, 1995; Hespanha, 1983; Serrano González, 1987a, 1987b; Levi, 1989; Boltanski, 1991; Thévenot, 1992; Cardim, 2000). Muitas destas formas não pertencem aos cumes da política, vivendo antes no mais baixo nível (*au ras du sol*, Jacques Revel) das relações quotidianas (família, círculos de amigos, rotinas do dia-a-dia, intimidade, usos linguísticos). Nesse sentido, estes mecanismos de normação podem ser vistos como «direitos do quotidiano» (cf. *infra*, 8.6.4.1; Sarat, 1993), gerado por poderes «moleculares» (Félix Guattari), «microfísicos» (Michel Foucault), dispersos por todos os nichos das relações sociais. Contudo, estes poderes e estes direitos manifestam uma resistência que falta à generalidade das normas e instituições do direito oficial.

Esta imagem da sociedade como auto-organizada num esquema pluralístico de ordens jurídicos não é novo. Nasceu — se considerarmos apenas a época contemporânea — no século XIX, pois foi então que apareceu a ideia de que a sociabilidade humana estava organizada objectivamente em instituições iminentes e necessárias perante as quais a ordem do Estado era quase impotente (cf. *infra*, 8.2.1.3. e 8.4.4.). Estes pontos de vista tinham sido antes preparados pelo pensamento reaccionário do século XIX, que continuava temáticas da teoria política do Antigo Regime (cf. *infra*, 4.2.). Já no nosso século, tanto as correntes antiliberais e antidemocráticas (É. Lousse, O. Brunner, J. Evola), como as correntes liberais, deixaram também a sua marca neste pensamento político autestatista.

Embora bebendo de outras fontes e inspirações, a teoria política mais recente volta a este imaginário pluralista da ordem política e à consequente tendência para descentrar o direito oficial no seio de uma constelação inorgânica de mecanismos de disciplina, sublinhando, em contrapartida, o papel conformador de humildes e discretos mecanismos normativos da vida quotidiana.

A «teoria crítica» da *Escola de Frankfurt* problematizou a ideologia da neutralidade política e insistiu em que qualquer actividade humana tem uma componente política e disciplinadora, nomeadamente, as do nível cultural e simbólico. Nesta mesma linha, M. Foucault referiu-se ao carácter molecular do poder, à sua omnipresença na sociedade («pan-politização») e à necessidade de a teoria política se assumir, para captar o poder em toda a sua extensão, como

uma «microfísica» do poder (Foucault, 1978). Da antropologia jurídica, chegou a ideia de «pluralismo», da coexistência de diferentes ordens jurídicos, legais ou costumeiras, no mesmo espaço social (Hooker, 1975; Geertz, 1963, 1983; Chiba, 1986; cf. *infra*, 8.6.4.4.). Finalmente, o pós-modernismo trouxe uma nova sensibilidade em relação às formas implícitas, informais e quotidianas de poder (Toffler, 1990; Hespanha, 1992a; Santos, 1994, 1995; Sarat, 1993; Bauman, 1993; cf. *infra*, 8.6.4.), tendo chamado também a atenção para a forma como o Estado — a grande criação da «modernidade» — procurou desarticlar essas formas ou, pelo menos, tornar invisível essa dimensão micro da política (Bauman, 2001: páginas de antologia, 26 ss.). É por isso que se pode dizer que a historiografia jurídica dos nossos dias se apoia tanto em temas provindos da mais académica reflexão teórica como numa pré-compreensão do mundo com raízes na mais recente cultura contemporânea.

Foi daqui que resultou a sensível tendência actual dos historiadores do direito para alargarem o seu campo de pesquisa para além do âmbito do direito oficial, integrando nele todos os fenómenos de normação social, independentemente das suas habituais etiquetas. Desde as normas religiosas, aos costumes, desde as regras de organização (*management*) às formas mais evanescentes e difusas da ordem. Embora esta vaga esteja a chegar aos estudos de história jurídica contemporânea — em que a ideia de pluralismo jurídico desafia cada vez mais ousadamente a antiga ideia de que o direito se reduzia à constituição, ao código e à lei do Estado —, a mais profícua massa de estudos continua a incidir sobre a sociedade e política de Antigo Regime: o direito informal, o direito das comunidades rústicas e camponesas, o amor e a amizade como sentimentos políticos (Clanchy, 1993; Hespanha, 1983, 1993b; Clavero, 1993; Cardim, 2000), a organização do saber (Avellini, 1990; Petit, 1992), a organização do discurso (Grossi, 1992; Costa, 1969, 1986; Beneduce, 1996; Petit, 2000), a disciplina doméstica (Frigo, 1985a), a caridade e a assistência (Serrano González, 1992)<sup>11</sup>.

### 1.2.2. O direito como um produto social

Contudo, o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (como o da instauração da disciplina social), mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e

<sup>11</sup> Sobre esta evolução, cf. De Benedictis, 1990; Schaub, 1995.

inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola, aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais.

Este tópico obriga a que se considere o *processo social de produção do próprio direito* na explicação do direito. Sublinhámos «próprio» para destacar que não estamos a aderir a modelos de explicação muito globais, desses que relacionam qualquer fenómeno social com um único centro de causalidade social (v.g., a estrutura económica, como do determinismo economicista de um certo marxismo, ou o subconsciente individual, como do determinismo psicanalítico de Freud) (cf. Bourdieu, 1984).

Na verdade, parecem muito mais produtivos modelos de explicação sociológica de muito mais curto alcance, que relacionam os efeitos (culturais, discursivos) com a dinâmica específica do espaço (ou nível, instância) social particular em que eles são produzidos. No nosso presente caso, a ideia é a de relacionar o direito com os espaços sociais («campos», para usar a terminologia de Bourdieu<sup>12</sup>, «práticas discursivas» ou «dispositivos», para utilizar a de M. Foucault)<sup>13</sup>, explicando a partir daí os efeitos (jurídicos) produzidos.

<sup>12</sup> Resumindo grosseiramente, Pierre Bourdieu relaciona cada prática de produção de sentido («práticas simbólicas») com os seus contextos sociais de produção (a que chama «campos») e com as lutas e conflitos entre os agentes de produção que se desenvolvem em cada campo (cf. aplicação ao direito, Bourdieu, 1986). «Le pouvoir symbolique est un pouvoir qui est en mesure de se faire reconnaître, d'obtenir la reconnaissance; c'est-à-dire un pouvoir (économique, politique, culturel ou autre) qui a le pouvoir de se faire reconnaître dans sa vérité de pouvoir, de violence et d'arbitraire. L'efficacité propre de ce pouvoir s'exerce non dans l'ordre de la force physique, mais dans l'ordre du sens de la connaissance. Par exemple, le noble, le latin le-dit, est un *habitus*, un homme 'commu', 'reconnu', «Dévoiler les ressorts du pouvoir», in *Interventions — Science sociale et action politique*, Agone, 2002, pp. 173-176), dans un *champ*, les agents et les institutions luttent, suivant les régularités et les règles constitutives de cet espace de jeu (et, dans certaines conjonctures, à propos de ces règles mêmes), avec des degrés divers de force et par là, des possibilités diverses de succès, pour s'approprier les profits spécifiques qui sont en jeu dans le jeu. Ceux qui dominent dans un champ donné sont en position de le faire fonctionner à leur avantage, mais ils doivent toujours compter avec la résistance, la contestation, les revendications, les prétentions, 'politiques' ou non, des dominés.»

(Réponses, Seuil, 1992, p. 78); «Contre l'illusion de l'intellectuel sans attaches ni racines», qui est en quelque sorte l'idéologie professionnelle des intellectuels, je rappelle [...] que l'appartenance au *champ intellectuel* implique des intérêts spécifiques, non seulement, à Paris comme à Moscou, des postes d'académicien ou des contrats d'édition, des comptes-rendus ou des postes universitaires, mais aussi des signes de reconnaissance et des gratifications souvent insaisissables pour qui n'est pas membre de l'univers mais par lesquelles on donne prise à toutes sortes de contraintes et de censures.» (*Questions de sociologie*, Minuit, 1984, p. 70). (Sobre Bourdieu, com dados bibliográficos, textos e um glossário elementar: <http://www.homme-moderne.org/societe/societe/bourdieu/>) [2002-08-15].

<sup>13</sup> Em termos muito genéricos, M. Foucault considera que cada discurso tem as suas regras de formação (a sua «ordem») e que esta não depende do autor mas do próprio processo de escrita,

Por isso, a história do direito será a história do «campo jurídico», das «práticas discursivas dos juristas», dos «dispositivos do direito», pois todas estas expressões são algo equivalentes. A primeira, sublinhando as lutas entre os agentes para hegemonizar um campo particular, a segunda e terceira dando ênfase à força estruturante de entidades objectivas, como o próprio processo de escrita (o «texto») ou a organização das práticas. Seja como for, a ideia comum a qualquer delas é a da *autonomia do direito* em relação aos momentos não jurídicos das relações sociais. A que acrescentaríamos mesmo — para realçar o aspecto conformador que o discurso jurídico tem sobre outros discursos (mais numas épocas do que noutras) — a ideia ainda mais forte de que o imaginário jurídico — produzido pelas condições específicas dos discursos e rituais do direito — pode mesmo modelar imaginários sociais mais abrangentes, bem como as práticas sociais que deles decorram.

Esta última ideia é ainda mais decisiva se considerarmos que os valores jurídicos perderam no tempo. São produzidos uma vez, mas são continuamente (re)lidos (ou recebidos). De acordo com a «teoria da recepção» (Holub, 1989), receber um texto (tomada a palavra no seu sentido mais vasto) é (re)produzi-lo, dando-lhe um novo significado, de acordo com a nova maneira como ele é integrado no universo intelectual (e emocional) do leitor. Como os textos jurídicos participam desta abertura a novos contextos, a história do direito tem que evitar a reificação do significado dos valores, categorias ou conceitos, já que estes — por dependerem menos das intenções dos seus autores do que das expectativas dos seus leitores — sofrem permanentes modificações do seu sentido (contextual).

Mas — neste processo de contínuas releituras — alguma coisa de permanente resiste a estas sucessivas reapropriações; daí o peso da tradição jurídica, com a força das palavras e dos conceitos do passado sobre os seus usos no presente. Daí a importância que, em contrapartida, deve também ser atribuída ao *habitus*.<sup>14</sup>

sendo que este está relacionado com condições materiais e objectivas («dispositivos») da escrita (da «criação»), aqui se compreendendo as tradições literárias em que o discurso se desenvolve, o modelo de divisão do trabalho intelectual dominante nesse momento, os objectos que surgem como material de observação, etc. A este estudo do discurso como confluência de determinações externas ao autor chama Foucault «arqueologia» (modelo de estudo que ele opõe, tanto ao modelo biográfico, centrado no autor, e ao estudo genealógico, centrado na «influência»). O livro fundamental de Foucault, sobre este tema, é *L'archéologie du savoir*, 1969. Tradução portuguesa de alguns textos importantes de Foucault (nomeadamente, para os efeitos presentes, «A ordem do discurso» e «Omnes et singulatin — para uma crítica da razão política», em <http://www.foucault.hpg.ig.com.br/biblioteca.html>) [2002-08-15].

<sup>14</sup> O conceito é, de novo, de P. Bourdieu. «Estrutura estruturante que organiza as práticas e a percepção das práticas; o *habitus* é também uma estrutura estruturada: o princípio de divisão em classes lógicas que organiza a percepção do mundo social é, ele próprio, o produto da incorporação da divisão em classes sociais.» (*La Distinction*, Minuit, 1979, p. 19). «Os condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência produzem hábitos, sistemas de

inculcado pela tradição literária em que o leitor se formou (e em que o próprio texto está integrado) (v. já a seguir, «1.2.3. Contra a teleologia»).

É por isso que há uma certa circularidade na hermenêutica histórica dos textos. Eles são apropriados por um leitor formado por uma tradição textual de que os mesmos textos fazem parte (contexto intertextual). Porém, existe também um momento dinâmico neste círculo, pois a nova leitura também é conformada por outros factores contextuais que estão fora desta tradição textual (momentos extratextuais), empurrando o leitor para outras paisagens intelectuais (outros discursos ou tradições literárias, outros imaginários culturais, outras expectativas sociais, outros interesses).

### 1.2.3. Contra a teleologia

A terceira estratégia de uma história crítica do direito é a de insistir no facto de que a história jurídica (como a história em geral) não constitui um desenvolvimento linear, necessário, progressivo, escatológico.

Isto significa, em primeiro lugar, que na história há descontinuidade e ruptura — ideia bastante consensual entre os historiadores. Mas os juristas (e os historiadores do direito) tendem a erigir o direito constitui uma antiga tradição agregativa, em que as novas soluções se somam às mais antigas, aperfeiçoando-as ou actualizando-as.

Se se destacar a ideia de descontinuidade, o papel da tradição — que sempre foi tido como tão importante em direito — precisa de ser clarificado. Na verdade, na ideia de ruptura já estava implícito aquilo que acabámos de dizer acerca da natureza contextual do sentido. Se os sentidos (ou os valores) são relacionais, estando sempre ligados com os seus contextos, qualquer mudança no contexto do direito corta-o da tradição prévia. A história do direito será assim constituída por uma sucessão de sistemas jurídicos sincrónicos, fechados uns em relação aos outros. O sentido de cada instituto ou de cada princípio deve ser avaliado pela sua integração no contexto dos outros institutos e princípios que com ele convivem contemporaneamente; e não nos institutos ou princípios que o

disposições duráveis e transmissíveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, ou seja, como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações que podem ser objectivamente adaptadas aos seus fins sem supor a orientação consciente para esses fins e o domínio expresso das condições necessárias para os atingir, objectivamente 'reguladas' e 'regulares' sem serem, de forma alguma, o produto de obediência a regras e sendo tudo isto colectivamente orquestrado sem ser o produto de uma acção organizadora de um maestro» (*Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980, p. 88).

antecederam (na sua «genealogia» histórica). Ou seja, o direito recompõe-se continuamente e, ao recompor-se, recompõe a leitura da sua própria história, da sua própria tradição, actualizando-as.

Mas, por sua vez, a tradição é também um factor de construção do direito actual. Porque, se o direito actual recompõe (relê) a tradição, o certo é que é com os instrumentos (intelectuais, normativos, rituais, valorativos) que uma certa tradição intelectual lega ao presente, que o direito do presente é pensado. Neste sentido, a tradição parece estar muito presente no direito, e sob diversas formas — tradições literárias, casos decididos, leis que se mantêm no tempo, costumes que continuam vigentes, cerimónias e rituais herdados do passado. E o trabalho de produção de novos efeitos jurídicos (novas normas, novos valores, novos dogmas) é levado a cabo com ferramentas recebidas da tradição: ferramentas institucionais (instituições, papéis sociais), ferramentas discursivas (linguagem técnica, tópicos, modelos de argumentação e de prova, conceitos e dogmas), ferramentas comunicacionais (bibliotecas, redes académicas ou intelectuais). É desta forma que o passado modela o presente. Não pela imposição directa de valores e de normas, mas pela disponibilização de uma grande parte da utensilagem social e intelectual com que se produzem novos valores e novas normas (ou seja, à *la Foucault*, como fornecedor de componentes dos «dispositivos» da criação actual do saber jurídico).

Estabelecida esta ideia — com a crítica que ela traz implícita à ideia de progresso linear, de genealogia e de influência —, o presente deixa de ser o apogeu do passado, o último estágio de uma evolução que podia ser de há muito prevista. Pelo contrário, o presente não é senão mais um arranjo aleatório, dos muitos que a *bricolage* dos elementos herdados podia ter produzido.

Contudo, a ideia de descontinuidade, se nos dá uma perspectiva sobre o presente, também influencia o nosso modo de observar o passado. Este deixa de ser um precursor do presente, um ensaiador de soluções que vieram a ter um completo desenvolvimento no presente. E, com isto, deixa de ter que ser lido na perspectiva do que veio depois. O passado é libertado do presente. A sua lógica e as suas categorias ganham espessura e autonomia. A sua diferença emerge majestosamente. Esta emergência da diferença, dessa estranha experiência que nos vem do passado, reforça decisivamente o olhar distanciado e crítico sobre os nossos dias (ou, no nosso caso, sobre o direito positivo), treinando-nos, além disso, para ver coisas diferentes na aparente monotonia do nosso tempo.