

A Contribuição do Direito à Memória Cultural¹

Stephan Kirste²

Introdução

Em 2005, foi feita a tentativa, na França, de obrigar legalmente historiadores e mestres a apresentarem uma “contribuição positiva da presença francesa além-mar e, especialmente, no Norte da África”. Essa tentativa, enfim frustrada, de regulamentar legalmente a discussão em relação ao passado colonial,³ enseja um esclarecimento sobre a relação do Direito com a memória social e individual e a história. Nisso não se trata somente da superação jurídica do passado. Também se lança a questão sobre até que ponto o próprio Direito é uma memória da sociedade. Justamente as funções do Direito em relação à memória foram pouco investigadas até agora. Sobre isso devem ser desenvolvidos, a seguir, alguns tópicos. Primeiramente, sobre os processos na França:

Em dezembro de 2005, dezenove renomados historiadores da França se pronunciaram com um apelo considerável.⁴ Eles queriam objetar contra as “crescentes intervenções políticas na avaliação de acontecimentos do passado e contra processos judiciais políticos contra historiadores e intelectuais”. Tem-se no manifesto, entre outros aspectos, a afirmação de que:

“A história não é a Moral. Não é assunto de o historiador aclamar ou condenar, declara. A história não é escrava da atualidade. O historiador não impõe ao passado o parâmetro ideológico da atualidade e não insere em acontecimentos passados as impressões da atualidade. A história não é a recordação. No âmbito de um procedimento científico, o historiador coleta lembranças das pessoas, compara-as entre si e as confronta com documentos, objetos, pistas e investiga fatos.

¹ Texto apresentado em 1º de junho de 2007 no I Seminário Internacional do Mestrado em Direito da UniBrasil e do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasil – *NupeConst*. Traduzido do original em alemão pela Profa. Msc. Elisete Antoniuk e revisado pelo Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, Alemanha.

³ Lei nº. 2005-158 de 23 de fevereiro de 2005: „Loi portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés”. – Estímulo ao debate francês em torno da „Concorrência das lembranças” agradeço ao Sr. Dr. phil. Daniel Mollenhauer, Erfurt e ao seu artigo ainda não publicado diante do Colóquio histórico-temporal de Jena em 8.11.06 sobre o tema: „Geschichtspolitik und die Konkurrenz der Erinnerungen – neuere französische Debatten”.

⁴ Manifesto „Liberté pour l’histoire” de 19 proeminentes historiadores franceses sob o título „Freiheit für die Geschichte” de 12 de dezembro de 2005, publicado em: *Libération*. Tradução em: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2006, 247. Protestaram contra esse Manifesto 32 historiadores, que acentuaram o significado das leis para a dignidade das vítimas.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

A história não é objeto jurídico. Em um Estado livre não compete ao parlamento nem à justiça definir verdade histórica. Mesmo com as melhores intenções o Estado não deve realizar política histórica.”

O que levou a essa polêmica? Tudo teve início com uma lei de 13 de julho de 1990 („loi Gayssot”), que impôs sanções à negação de crimes contra a humanidade, os quais preenchem os critérios do art. 6º. do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nürnberg.⁵ Uma lei de 29 de janeiro de 2001 declarou a posição oficial da França diante do genocídio praticado no ano de 1915 pela Turquia contra os armênios. Até então esse genocídio de milhões de armênios tinha sido contestado por historiadores franceses, dentre os quais um que fora logo convocado pelo Collège de France. De fato a França garantiu asilo político aos armênios que escaparam da perseguição, de forma que hoje vivem 400.000 armênios na França.⁶ O governo turco protestou contra a lei.⁷

O próximo passo foi a chamada lei Taubira, de 21 de Maio de 2001⁸, que declarou o comércio de escravos realizado desde o século XV como crime contra a humanidade. A vítima mais renomada dessa lei foi o historiador Olivier Pétré-Grenouilleau, que se manifestou contra a lei na revista „Journal du Dimanche”, afirmando que ela teria colocado a escravidão ao lado do holocausto e, com isso, do genocídio.⁹ Tal comparação seria, a rigor, inadmissível. Além disso, Pétré-Grenouilleau teria investigado, em dispendiosas

⁵ § 24 bis, Lei de 29.7.1881 sobre a liberdade de imprensa, modificada pelo art. 9º. da Lei contra o racismo de 13.07.1990 (chamada lei Gayssot) – Tradução: Pune-se com as penas previstas no inciso 6 do art. 24 quem, através dos meios definidos no art. 23, negar a existência de um ou mais crimes contra a humanidade, como define o art. 6º. do Estatuto do Tribunal Internacional de Guerra anexado ao Tratado de Londres, que foram cometidos por membros de uma organização caracterizada como criminosa pelo art. 9º. desse Tratado, ou por pessoa declarada culpada por tribunais franceses ou internacionais.

⁶ FAZ de 25.04.06, 46. (FAZ = Jornal de Frankfurt, NT)

⁷ A Suíça também tem que se debater, nesse contexto, com o problema da “Verdade através de decisão judicial”: o turco Orhan Pamuk, dois meses após receber o prêmio Nobel da paz, tem que se responsabilizar diante do tribunal em razão de suposta negação do genocídio contra os armênios, FAZ de 08.09.05, 35.

⁸ Extratos:

Artigo 1º.

A República da França declara reconhecer como crimes contra a humanidade tanto o comércio transatlântico de pessoas através do Oceano Índico, como também a escravidão de pessoas da África, América, Madagascar e Índia ocorrida a partir do século XV na América, no Caribe, Oceano Índica e na Europa.

Artigo 2º.

Nos planos escolares e programas de pesquisa sobre História e Ciências Humanas, o comércio humano e escravidão devem receber o devido valor. Deve ser dado apoio e fomento a cooperações com o objetivo de reunir todas as coleções, existentes na Europa, de dados escritos com testemunhos orais e conhecimento arqueológico da África, América, do Caribe e de todas as regiões atingidas pela escravidão.

Artigo 3º.

Requere-se ao Conselho Europeu, às Organizações Internacionais e às Nações Unidas que reconheçam o comércio transatlântico de pessoas, o comércio de pessoas no Oceano Índico bem como a escravidão como crimes contra a humanidade. Objetivo desse requerimento é também encontrar uma data comum, a nível internacional, em memória à abolição do comércio de pessoas e à escravidão; com isso não se modificam as datas comemorativas já existentes em departamentos além-mar.

pesquisas, o desenvolvimento do comércio de escravos e da escravidão e não teria, com isso, se concentrado no comércio escravista ocidental. O Senado condecorou seu livro com o prêmio de melhor obra histórica. Claude Ribbe, também historiador, denunciou seu colega de ciência por violação a esta lei.¹⁰ – Entretanto, a ação logo foi abandonada.

Uma lei de 23 de fevereiro de 2005 marca o último passo dado até agora. Tem-se em seu artigo 4º.:

“A pesquisa universitária confere um espaço merecido à história da presença francesa em outros continentes, sobretudo no Norte da África. Os currículos escolares apontam, especialmente, um papel positivo da presença francesa em outros continentes, como no Norte da África, e conferem, merecidamente, um lugar importante à história e às vítimas dos soldados do exército francês nessas regiões.”

Justamente esse artigo 4º. colocou-se no centro do protesto de historiadores e outros que temiam, nisso, um ditado oficial da história. Com isso deve ser considerada positiva ou, de toda forma, mascarada a escravidão dominante? Considerou-se como vítima Claude Ribbe que, em razão da lei Taubira, quis indicar os limites a seus colegas. Em seu livro, “Le Crime de Napoléon”, ele caracterizou o imperador como o “primeiro ditador racista da história”, o que praticamente não condiz com as exigências feitas pela lei no sentido de uma apresentação do papel positivo da presença francesa no estrangeiro.

Por fim, o presidente Jacques Chirac decidiu, por decreto, pela anulação do artigo 4º. que reconhecia “o papel positivo da presença francesa em Ultramar” durante a época colonial (um texto que 64% de toda população bem como 57% das vozes de esquerda aprovaram), e declarou o 10 de maio como dia da memória à escravidão.¹¹ O processo em si é impressionante: Primeiramente o Tribunal Constitucional desclassifica esse artigo ao apóia-lo sobre a forma jurídica de um Decreto. Em seguida pôde o presidente tirar a vigência do artigo por meio de ordem constitucional. Sobre isso Chirac em 9 de dezembro de 2005: “Na República não há uma história oficial. Não é a lei que tem que escrever a história, e sim, o historiador.”

A filosofia jurídica até então se tem calado a respeito dessa “volta ao passado” ou da “conjuntura da memória”.¹² Mas sobre isso ainda há muito que se falar. É a memória cultural um âmbito ajurídico, um tabu para regras jurídicas? Ou atinge tal tabu – se assim for – somente a história como ciência? Ou realiza, enfim, o Direito uma contribuição à memória cultural? Essa é a tese defendida nas exposições seguintes. Essa contribuição do Direito para a memória cultural somente é possível sobre a base das próprias funções memoriais do Direito.

⁹ O processo, no entanto, foi arquivado no início de 2006.

¹⁰ FAZ de 31.01.06, 42 e de 23.12.05, 5, de 14.12.05, 7

¹¹ FAZ de 31.01.06, 42

¹² Pierre Nora, Gedächtniskonjunktur, in: *Transit* 4 (2002), 19 s.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

O Direito moderno não lida de forma ativamente configuradora com o passado quando o “atualiza” ou o “supera”. Aqui o passado é conteúdo de regras jurídicas. A relação do Direito com o passado se tornou mais patente desde que sua vigência não pode ser mais ancorada no costume ou tradição jurídica. Os acontecimentos, determinados claramente sob o aspecto temporal, da criação e entrada em vigor e a atual possibilidade de reforma substituem o passado obscuro da tradição (Herkommen). O processo de criação jurídica (Rechtsetzungsverfahren) decide, assim, não somente sobre a duração do passado como conteúdo normativo, e sim, também sobre sua influência sobre a forma jurídica. Com isso, o Direito lida ativamente com o passado.

Para tal relação ativa com o passado consolidou-se, nos últimos anos nas ciências humanas, o conceito de memória (cultural ou social). Esse conceito, como se mostrará, I. não é utilizado simplesmente de forma metafórica, ao contrário, o Direito assume funções memoriais (Gedächtnisfunktionen). Tais funções de memória dependem, entretanto, II. de estruturas específicas do próprio Direito. Disso resultam III. as realizações (Leistungen) e perigos específicos do Direito para a memória social. Ao final não se deve afirmar que o Direito seria, principalmente, memória. Justamente em seus princípios fundamentais, especialmente nos direitos fundamentais, ele antecipa o futuro. Mas ao destacar-se, através de sua formalidade, de outras formas de comunicação social e de desenvolvimentos históricos, sempre corre o risco de se tornar um anacronismo normativo; mas sua autonomia também pode ser usada para atualizar a história de forma específica e coercitiva (verbindlich) e conferir ao esquecimento ou, de toda forma, à lembrança de outros sistemas sociais parciais demais acontecimentos passados. Nesse sentido pode-se falar de uma função de sincronização do Direito.¹³

Capítulo I

A Concepção da Memória Cultural

Memória¹⁴ é, em geral, entendida como capacidade psíquica individual a qual se compara à “história” mais como um acontecimento objetivo.¹⁵ Desde as investigações científicas sócio-culturais de *Maurice Halbwachs*¹⁶ são verificadas, entretanto, estruturas análogas na sociedade como memória “coletiva” ou “cultural”. Especialmente o conceito

¹³ Mais sobre isso Stephan Kirste, *The Temporality of Law and the Plurality of Social Times – The Problem of Synchronizing different Time Concepts through Law*, in: *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines. Proceedings of the 19th World Congress of the IVR, New York.*, ed. por M. Troper u. A. Verza., Stuttgart (ARSP-Beiheft Nr. 82) 2002, 36s.

¹⁴ Há que se notar que persiste, na literatura, uma grande inibição na determinação de um conceito geral de memória (assim F. E. Weinert, *Gedächtnis*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, ed. por J. Ritter u. a., Bd. 3, 1974, Sp. 35-42., Sp. 35 f.; compare, entretanto, o amplo artigo como precursor do HWBPh, Rudolf Eisler, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2. Aufl., 1904, 344 s.). Mauthner toma, decididamente, distância de uma definição (Fritz Mauthner, *Wörterbuch der Philosophie. Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache*, 2. Aufl. 1923, 540). Ao contrário, descreve-se sua função ou faz-se referência às diversas formas de memória. Lexicalmente a memória é definida, geralmente, através da função de armazenamento e reprodução. Hoffmeister menciona as características 1. vivências memoráveis („memória

de “memória cultural” contém uma perspectiva integradora e comparativa para as técnicas utilizadas por diversos sistemas sociais quando tratam do passado.¹⁷ À medida que o conceito de memória cultural caracteriza uma unidade funcional controlável da lembrança e esquecimento social, compreende justamente a forma na qual o Direito também trabalha com o passado. O Direito não aceita simplesmente o passado, e sim, ele mesmo controla sua relevância jurídica. As possibilidades do Direito de tratar do passado normativamente enraízam-se, assim, na sua forma como Direito positivo, ou seja, na formação de uma memória especificamente jurídica do sistema.

Capítulo 1 A função de lembrança

Em geral, memória pode ser entendida como uma capacidade de manter à disposição informações relevantes com base em certos meios e em uma escolha entre lembrança e esquecimento.¹⁸ Essa definição não supõe um titular específico da memória. Ela entende memória como função de um dado sistema que deve estar somente em condições de processar informações de forma correspondente. Se para uma ampla diferenciação de formas de memória segundo seus titulares e funções, seguimos o princípio da cientista de

em seu sentido real”), 2. capacidade de reproduzir ou reconhecer essas vivências e 3. a capacidade de percepção (Johannes Hoffmeister, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2. Aufl., 1955, 242; sob o ponto de vista social vide Rolf Klima, *Gedächtnis*, in: *Lexikon zur Soziologie*, ed. por Werner Fuchs-Heinritz, Rüdiger Lautmann, Otthein Rammstedt, Hanns Wienold, 1995, 223). Kirchner/Michaelis acentuam até mesmo a fidelidade como a virtude decisiva da memória (Friedrich Kirchner, Carl Michaëlis, *Wörterbuch der philosophischen Grundbegriffe*, 5. Aufl. 1907, 217). Mauthner distingue-se disso ao entender a memória, de início, como „atividade” e „forma de trabalho” e fazer a estreita conexão com o esquecimento como atividade produtiva (op. cit., 543 s.). Em Esposito (Elena Esposito, *Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft*, 2002, 27 f.) a memória se torna alto pressuposto como controle de redundância e variedade no critério de coerência de operações sistêmicas.

¹⁵ Susan A. Crane, *Writing the Individual Back into Collective Memory*, in: *The American Historical Review* 102 (1997), 1372; Wulf Kantsteiner, *Critique of Collective Memory Studies*, in: *History and Theory* 41 (2002), 184; sobre isso e decididamente contra todas as formas de memória coletiva Noa Gedi, Yigal Elam, *Collective Memory - What Is It?* in: *Memory and History* 8 (1996), 34. Segundo as quais todas as formas de memória social se devem, totalmente, a forças atuantes no inconsciente da memória individual, não fazendo jus, assim, ao seu caráter construtivo.

¹⁶ Maurice Halbwachs, *Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen*, 1985; *do mesmo*. 1967; Klaus Große-Kracht, *Gedächtnis und Geschichte: Maurice Halbwachs - Pierre Nora*, in: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 47 (1996), 21 s.; Jan Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, 1997, 34 s.; Aleida Assmann, *Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses*, 2003, 131 s.; Crane (Fn. 12), 1376 s.; criticamente sobre Halbwachs Gedi/Elam (nota 12), 35 s.: “sign of conceptual degeneration” (40). Eles reclamam de uma confusão conceitual entre a memória, que seria sempre individual e o conceito de história.

¹⁷ Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Band 4* 1999, 42 s.; vide também Alon Confino, *Collective Memory and Cultural History: Problems of Method*, in: *The American Historical Review* 102 (1997), 1389.

¹⁸ Essa determinação se apóia em Esposito (nota 11), 25 s.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

literatura Aleida Assmann¹⁹ e do egiptólogo Jan Assmann,²⁰ podem ser distintas, com base em outros critérios, memória individual, coletiva, generativa e cultural.²¹ Segundo isso, a *memória individual* pode ser distinguida das outras formas através de seu caráter instável mais limitado, fragmentado, não transmissível em sua perspectividade e que depende de comunicação direta, especialmente de estórias.²² A *memória coletiva* se caracteriza por seu caráter construtivo, artificial: grupos não “possuem” somente uma memória, e sim – como Friedrich Nietzsche a descreveu como “memória da vontade” – eles criam sua memória através de simbolização, textos, rituais, imagens, calendários, práticas, lugares, monumentos, feriados e outras formas simbólicas. A memória coletiva se integra, negativamente, através de uma delimitação de outras memórias coletivas para, dessa forma, instituir identidades homogêneas. São exemplos memórias nacionais que oprimem memórias coletivas de minorias e, dessa forma, minam a manutenção da identidade destas. Memórias coletivas não se formam somente na delimitação de outras memórias coletivas, mas sim, integram-se, positivamente, através de tradições, feriados e estórias. Mas nisso também são produzidas novas dicotomias: a memória dos vencedores contra a memória dos vencidos, aquela dos agentes face à das vítimas. Antagônicas são também as atitudes que seguem essas distinções: Perdão e esquecimento²³ ou lembrança e busca da pena ou reparação.²⁴ Disso que se trata na França. A *memória generativa* se distingue da memória coletiva, essencialmente, através de um índice temporal que informa um “sentimento conjunto” (“wir-Gefühl”) a uma geração em face de anteriores ou posteriores („geração das mulheres dos escombros = Generation der Trümmerfrauen”, “geração pós-guerra”, “de 68” etc.). No entendimento de Assmann, a *memória cultural* se sobrepõe à coletiva, por um lado, porque se relaciona a grupos ou sociedades maiores. Por outro, distingue-se, estruturalmente, da memória coletiva porque faz uso de mídia externa para preencher suas funções de memória: arquivos, livros, filmes e instituições. O potencial dessa memória objetiva consiste em uma perspectiva de longo prazo e de funções mais fortemente integradas.

Capítulo 2 A função do esquecimento

¹⁹ Vide A. Assmann (nota 13).

²⁰ Vide J. Assmann (nota 13).

²¹ Kantsteiner (nota 12), 185: Distinção entre memória autobiográfica e coletiva como duas formas de memória social.

²² A. Assmann (nota 13), 184 s.: „Através do contar, ouvir, perguntar e recontar histórias se estende o raio das próprias memórias “.

²³ Criticamente Theodor W. Adorno, Was bedeutet Aufarbeitung der Vergangenheit, in: *Kulturkritik und Gesellschaft. Gesammelte Schriften*, Bd. 10, (ders.), 2003, 555: „O gesto de que se deve esquecer e perdoar tudo que acometeu aquele que sofreu o injusto é praticado pelos partidários daqueles que tudo cometeram.”

²⁴ Aleida Assmann, Vier Formen des Gedächtnisses, in: *Erwägen - Wissen - Ethik* 13 (2002), 186 s.

Mesmo que a distinção entre memória individual, coletiva e cultural seja de grande ajuda, ela necessita de complementação. Para o Direito, o esquecimento não é menos importante do que a conservação do passado. Geralmente se espera do Direito justamente uma distinção na discussão entre lembrança e esquecimento: Seja em prerrogativas de extinção de dados policiais ou, ao contrário, no acesso a documentos do Stasi (Serviço estatal de segurança da antiga DDR). Isso é pouco tratado na concepção descrita. Não há dúvida de que a função anamnésica da lembrança de acontecimentos passados é parte da memória. Mas esta não representa a sua função geral. Essa função também não pode ser entendida somente, conforme a dicção agostiniana, como arquivo (Speicher).²⁵ A atividade da lembrança influencia o material armazenado.²⁶ Uma parte do que foi armazenado pode não ser ativado ou até mesmo esquecido.

Parece que o místico Meister Eckhart foi o primeiro a dar valor a esse potencial catártico como capacidade humana. Ele entende isso como força da introspecção, da concentração do indivíduo em si mesmo.²⁷ Sören Kierkegaard refere-se a isso e fala do esquecimento como da “tesoura com a qual se corta fora o que não se pode utilizar”.²⁸ A “teoria da sabedoria social” também recomendaria à política fazer como o agricultor que revira de vez em quando o seu arado.²⁹ Esquecimento possibilita a concentração sobre si mesmo como fundamento da criação de um espaço livre para a ação.³⁰ O objetivo da força catártica do esquecimento consciente é a liberação da ação. Friedrich Nietzsche referiu-se

²⁵ Aurelius Augustinus, *Bekenntnisse*, traduzido com comentários e editado por K. Flasch u. B. Mojsisch, Stuttgart 1989, X, VIII, 12, 259, entendeu que memória seria uma “loja” (“Warenhaus”) na qual a lembrança poderia apanhar os elementos úteis.

²⁶ Sobre a distinção entre memória como arquivo e como lembrança vide A. Assmann (nota 13), 28 s.

²⁷ „De forma que você pode internalizar todas as forças e cair no esquecimento de todas as coisas e imagens que você um dia absorveu no teu íntimo, e quanto mais você esquece da criatura, mais se aproxima desta e a recepciona. Se uma vez você se tornar inconsciente de todas as coisas, poderia também se tornar inconsciente de tua própria vida, como ocorreu com o apóstolo Paulo: “Não sei se estava no corpo ou fora dele, mas Deus deve saber” – nesse momento o espírito internalizou em si todas as forças, de forma que ele esqueceu do corpo, foi então que não atuou nem memória nem razão, nem os sentidos, nem as forças; da mesma forma ocorreu com Moisés quando jejuou quarenta dias na montanha e não ficou mais fraco – assim toda pessoa deveria escapar de todos os sentidos e voltar todas as suas forças para o interior e esquecer todas as coisas e a si mesmo. Nesse sentido falou um mestre à alma: esquite-se da agitação de obras externas, fuja e esconda-se da tempestade de obras exteriores e pensamentos externos, eles ensinam somente desassossego.” Meister Eckhart, *Predigten, Traktate, Sprüche. Meister Eckharts mystische Schriften*, übertragen von Gustav Landauer, Berlin 1903, 18. Wieland também fala de um esquecimento ativo: “todo o declínio do Estado teria sido inevitável se... Ogul Kan ... tivesse usado os bonzos raivosos para esquecer de seus negócios privados.” Wieland 6, 243 (citado em Grimm-Wörterbuch). Esse aspecto também é acentuado no romance de formação de Goethe, Wilhelm Meister hervorgehoben (Johann Wolfgang von Goethe, Wilhelm Meisters Lehrjahre, in: *Weimarer Ausgabe Bd. 23*, 119 f.): „...mas quando a educação (de uma pessoa, SK) está a certo nível, então é vantajoso quando ela aprende a perder-se em uma massa maior, quando aprende a viver em razão de outras vontades e esquecer a si própria numa atividade obrigatória. Af então ela aprende a se conhecer...”

²⁸ Sören Kierkegaard, *Entweder-Oder*, 1885, 232: „O esquecimento é a tesoura com a qual se corta fora o que não se pode utilizar, mas note-se que sob o monitoramento total da lembrança. Esquecer e lembrar são, portanto, idênticos e a identidade, artificialmente construída, do ponto de Arquimedes com o qual elevamos o mundo todo.”

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

a isso em sua obra “Considerações Extemporâneas ou Considerações Intempestivas” („Unzeitgemäßen Betrachtungen”): „O esquecimento faz parte de toda ação ... Uma pessoa que quisesse ter sensações somente de forma histórica seria semelhante àquele que seria obrigado a privar-se do sono, ou ao animal que só deve viver de ruminar repetidamente. Portanto: é possível viver quase sem lembrança, sim, viver contentemente, como mostra o animal; mas é totalmente impossível viver sem esquecimento.” – O Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu a função do esquecimento na decisão Lebach, quando deriva do Direito geral à personalidade também o direito de recomeçar, no sentido de que a imprensa televisiva coloca limites a esse direito com relação a um preso após sua soltura.³¹

Essa função fundamental do esquecimento que, juntamente com a lembrança ativa, compõe as estruturas essenciais da memória, também é a estrutura fundamental da memória social.³² A memória tem aqui, na dimensão da lembrança, a tarefa de garantir a adequação de dados no sistema social correspondente e liberar, na dimensão do esquecimento, “novamente, capacidades de assimilação de informação para abrir o sistema para novas irritações,” como descreve Niklas Luhmann.³³ Memória não caracteriza, em princípio, a apreensão, e sim, a organização do acesso de dados do qual faz parte, ao lado da lembrança, também o esquecimento.³⁴

A discriminação ativa entre lembrança e esquecimento, a capacidade de deslocar informações para uma forma de latência sem as perder totalmente e de ativar outros dados pode explicar a formação de memórias específicas.³⁵ Memórias sistêmicas produzem dados relevantes somente sobre o que é atual e conferem outros a memórias de outros sistemas. Memórias são, com isso – seguindo a divisão de Assmann: coletivas e culturais, talvez ainda mais fortemente que individuais, caracterizadas por realizações (Leistungen) ativas

²⁹ Kierkegaard (nota 25), 233.

³⁰ Para Hegel esse “esquecimento” (“como se tudo o que passou estivesse perdido para ele e este não tivesse aprendido com a experiência de antigos espíritos”) (Georg W. F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, neu hrsg. v. H.-F. Wessels u. H. Clairmont. Com uma introdução de Wolfgang Bonsiepen, Hamburg 1988, 863) representa o pressuposto para a anulação e transformação da experiência em uma introspecção do espírito como fundamento de seu progresso. – Mas esquecimento também pode ser usado para a estabilização autoritária de poder, como no caso da censura. Sobre a relação entre censura e memória social vide Rüdiger Lux, *Erinnerungskultur und Zensur im alten Israel*, in: *Theologische Zeitschrift* 15 (1998), 201.

³¹ BVerfGE 35, 202 ff. (233 f.) – Lebach.

³² Luhmann (nota 14), 45 s.: „Um sistema que dispõe sobre a memória discrimina, constantemente, entre esquecimento e lembrança. Necessita, estruturalmente (e através da própria memória), esquecer constantemente para readquirir capacidades de reabsorção de informações, pois lembrança completa levaria, em pouco tempo, a um completo auto-bloqueio.”

³³ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, 579: „A função principal da memória repousa, portanto, no esquecimento, em evitar o auto-bloqueio do sistema através de uma coagulação dos resultados de antigas observações.”

³⁴ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 118 s.

³⁵ Memórias específicas produzem informações que foram perdidas, temporalmente, na comunicação ativa de uma sociedade e podem assim atuar como potenciais de crítica, Peter Fritzsche, *An Aesthetics of Loss*, in: *Erwägen - Wissen - Ethik* 13 (2002), 252.

ou construtivas, através das quais elas selecionam informações conforme as exigências atuais do sistema correspondente.³⁶ “Ativa” significa, também, que há alternativas. A partir da existência de alternativas tem-se, por sua vez, a abertura para a possibilidade de escolha. Então se chega à atualização do passado sob a forma da apresentação.³⁷ Disso resulta, enfim, a possibilidade de influenciar, de forma normativa e, especialmente, jurídica, realizações da memória. Se, além disso, a memória, em uma concentração ativa do “Selbst” (“si próprio”), persiste em informações úteis, então se pode chegar à especialização, portanto, diferenciação de diversas memórias. A memória individual é liberada da social, mesmo que acostumada com o processo comunicativo para seu desenvolvimento.³⁸ Repousa na liberdade pessoal do juiz concluir seus atos e esquecer a questão.³⁹ Mas suas decisões e sentenças não são esquecidas pelo sistema jurídico. Ao contrário, ao condenado, com a imposição da pena, “dá-se uma memória” no sentido de Nietzsche. Mas, no interesse da ressocialização, a lembrança individual do conteúdo do ilícito de seu crime também deve implicar em um esquecimento social: a “revivescência do crime” por uma notícia correspondente no âmbito público, mesmo após o cumprimento da pena.⁴⁰ Isso também ilustra a necessidade da distinção ou da separação das diversas formas de memória em uma sociedade. No caso de uma grande pluralidade de memórias pessoais e coletivas pode haver, então, memórias sobrepostas e concorrentes mesmo que sejam, na essência, independentes entre si.⁴¹

Esses aspectos lançam uma luz sobre a função do Direito em relação à memória. *Primeiro*, porque em memórias sociais lembrança e esquecimento repousam, de toda forma, sobre decisões e o ato de decidir pressupõe liberdade, sendo a memória social de um controle normativo acessível através do Direito. O Direito pode, aqui, impedir uma instrumentalização da memória cultural e proteger o recomeço individual das exigências / impertinências da memória cultural. *Segundo*: Havendo uma pluralidade de memórias, conflitos podem exigir uma coordenação ou delimitação de certas atividades da memória, mas também a proteção de memórias minoritárias ou individuais.⁴² Se memória representa

³⁶ Justamente nessa forma de atuação discursiva e construtiva é que memória se distingue de história, Kantsteiner (nota 12), 194 s.

³⁷ Adorno (nota 20), 569.

³⁸ Luhmann (nota 30) 583 s.: A diferença entre memória social e individual libera os indivíduos para “conectar temas idênticos com lembranças bem distintas e, com isso, atuar na comunicação social como que espontaneamente.” A memória social se comporta com relação à individual assim como essa com as estruturas neurológicas das quais depende, mas às quais não seria idêntica.

³⁹ Michael Stolleis, *Der Historiker als Richter - der Richter als Historiker*, in: *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, hrsg. v. Norbert Frei, Dirk van Laak, Michael Stolleis, 2000, 178.

⁴⁰ Novamente a decisão *Lebach* do BVerfG (E 35, 202 ff. [228 f.])

⁴¹ “Institutions and organizations (churches, parties) have their memories as well as public opinion and individuals belong not only to one but to many of them and share the respective memory but also distinguish themselves from it”, Bernd Faulenbach, *Lösen sich in der Gegenwart die im 19. Jahrhundert herausgebildeten “kulturellen Gedächtnisse” auf? Zur Anwendbarkeit von Jan Assmanns Theorie auf die neueste Zeit*, in: *Erwägen - Wissen - Ethik* 13 (2002), 250.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

uma função necessária de todos os sistemas sociais, não se deve perguntar somente por realizações do Direito para a memória de outros sistemas, e sim, pelas próprias estruturas memoriais do sistema jurídico.

Capítulo 3

Condições e formas de função de memórias

Mas como funcionam as memórias? Acima (1. 1.) foi sugerido que se entendesse memória como a capacidade de ter à disposição informações com base em uma decisão entre lembrar e esquecer, utilizando certos *meios* (mídia). Memória precisa, primeiramente, dos meios discursivos (por exemplo, ritos, ritmos, narrações, festas), visuais (escrita, imagens, monumentos) e espaciais (paisagens).⁴³

Para a estabilização do conhecimento, a informação deve ser colocada em uma ordem.⁴⁴ Para isso, a memória se utiliza de técnicas temporais como repetição, ritmo e práticas visuais como na técnica mnemônica tradicional com sua tópica⁴⁵ e na utilização de símbolos. Quando Nietzsche desenvolve sua idéia da “memória da vontade”, ele acentua o efeito da punição e dor para o agravamento ou formação da lembrança.⁴⁶ Em todas as técnicas parece que a *Formation* é o meio mais importante para a constituição da memória: O amorfo não pode ser lembrado.⁴⁷

Um outro importante mecanismo de formação da memória é a “*canonização*”. Cânone como norma ou como catálogo permite distinções: conforme ou contrário à lei,

⁴² Bernhard Schlink, *Die Bewältigung der Vergangenheit durch Recht*, in: (Hrsg., 1998): *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, ed. por Helmut König, 1998, 536 chama atenção para o perigo de que uma necessidade coletiva de esquecimento “impõe-se mais contra um desejo individual de lembrança do que um desejo individual de esquecimento contra uma necessidade coletiva de recordação.” Sobre os conflitos de lembrança e sua delimitação: Andreas Langenohl, *Erinnerungskonflikte und Chancen ihrer “Hegung”*, in: *Soziale Welt* 52 (2001), 73 f.

⁴³ A. Assmann (nota 21), 149 ff.; Kantsteiner (nota 12), 190 f.; a isso acresce-se mídia eletrônica. Sobre a independência das formas de memória da mídia vide Esposito (nota 11), 10 ff.

⁴⁴ Esposito (nota 11), 26 f., informações devem ser, sobretudo, também organizadas, op. cit., 309 f.

⁴⁵ Theodor Vieweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1974, 19 ff. (27, 32); sobre mnemotécnica e mnemônica: Frances A. Yates, *Gedächtnis und Erinnern* 2001; A. Assmann (Fn. 13), 27 f.; sobre a mnemotécnica antiga e medieval também na jurisprudência: Christoph H. F. Meyer, *Spuren im Wald der Erinnerung - Zur Mnemotechnik in Theologie und Jurisprudenz des 12. Jahrhunderts*, in: *Recherches de Théologie et Philosophie Médiévale* 67 (2000), 10 ff. (24 f.); J. Assmann (Fn. 13), 212 ff.

⁴⁶ Friedrich Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse / Zur Genealogie der Moral. Werke Bd. 5*, ed. por G. Colli, M. Montinari, 1999, 295: “Como dar uma memória ao ser humano animal? Como cunhar esse entendimento do momento em parte ambotado, em parte fibroso/desfiado, esse esquecimento em pessoa, de forma que permaneça atual? Esse antigo problema, como se pode pensar, não foi resolvido com meios e palavras suaves; talvez não haja nada mais terrível e estranho em toda a pré-história do homem do que sua mnemotécnica. ‘Marca-se algo para que fique na memória: somente o que não cessa de doer permanece na memória’... Quanto pior era a humanidade ‘na memória’, sempre mais terrível é o aspecto de seus usos / costumes; a severidade das leis penais oferece uma medida para demonstrar quanto esforço ela tinha em vencer o esquecimento e manter atual, para esses escravos do momento do efeito e da cobiça, algumas exigências primitivas da convivência social.”

inserido ou excluído do cânone⁴⁸. Nisso ele separa o que pertence ao conhecimento vigente (como as Sagradas Escrituras) e o que é melhor que se esqueça.⁴⁹ Objeto de tais seleções pode ser: estilos de arte, textos religiosos, mas também histórias. “Vencedores escrevem história” ao reconstruir o que lhe é importante no passado e manter vinculante.⁵⁰ Outros acontecimentos podem ou devem ser esquecidos. Sua lembrança é oposição ao sistema do vencedor. Ao lado da estabilização também é essencial a seleção na canonização: em certa medida, uma regra é privilegiada em detrimento de outras, que são discriminadas.⁵¹

3.1 A Memória do Direito

O aspecto da canonização lança uma luz sobre os pressupostos da memória do Direito e, também, sobre suas conseqüências para as memórias sociais. As possibilidades de influenciar a assimilação social do passado se dão através de sua estrutura específica que condiciona, com isso, possível independência temporal. Isso pode ficar claro através de uma comparação entre Direito codificado e consuetudinário.

3.2 Direito consuetudinário e memória cultural

Em sua forma consuetudinária, Direito é um aspecto dependente da memória cultural.⁵² No Direito consuetudinário, o momento do ritual pertencente à memória cultural vincula-se, através de atos repetidos, à idéia da coercitividade.⁵³ Utilizando termos técnicos, direito consuetudinário consiste em normas jurídicas, válidas sem um ato legislativo formal, em razão de seu uso (longa consuetudo) e da idéia da coercitividade de seu cumprimento (opinio necessitatis/opinio iuris). O momento ritual do exercício reiterado, constante, no caso do Direito consuetudinário, enseja, de certa forma, a convicção jurídica: Modelos de comportamento treinados / exercitados têm a presunção da exatidão e devem ser assegurados juridicamente para o futuro. Somente quando se formam normas secundárias que contém critérios de validade (sintonia com princípios jusnaturalistas ou Direito superior codificado) e instituições que lhes dão validade, é que se separa, no direito consuetudinário,

⁴⁷ J. Assmann, Das kulturelle Gedächtnis. In: *Erwägen – Wissen – Ethik* 13 (2002), S. 239 ff. u. 273 ff.

⁴⁸ A canonização decide se algo vai ser inserido ou não no cânone, NT.

⁴⁹ Sobre a história do cânone no Novo Testamento, vide *Lexikon der Alten Welt II*, ed. por Carl Andresen entre outros, 1965, Sp. 1483 f.

⁵⁰ *Burke* 1991, 297.

⁵¹ Essa função é central para a memória; pois a melhor maneira de apagar a lembrança é produzir um excesso de informações, Esposito (nota 11), 29.

⁵² Direito consuetudinário se caracteriza por necessitar, por um lado – de toda forma com a disseminação do Direito escrito – de um reconhecimento judicial ou legal, mas por outro, por repousar, conforme seu conteúdo, sobre costumes sociais gerais ou locais, vide John Hund, “Customary Law is What the People Say it is” - H.L.A. Hart’s Contribution to Legal Anthropology, in: *ARSP* 84 (1998), 422 f.

⁵³ Lon Fuller, Human Interaction and the Law, in: *American Journal of Jurisprudence* 14 (1969), 16: “Customary law arises out of repetitive actions when and only when such actions are motivated by a sense of obligation”.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

o aspecto fático do normativo. Então a validade do direito consuetudinário começa a se tornar dependente de seu reconhecimento estatal.⁵⁴

Problemas jurídicos e fáticos relativizam, enormemente, a alta importância do direito consuetudinário,⁵⁵ que ainda era considerável⁵⁶ sob o ponto de vista de Eugen Ehrlich⁵⁷. Isso tem diversos motivos: O primeiro se deve ao problema expresso na discussão sobre os adeptos da teoria da dependência e da autonomia:⁵⁸ Quem é a instância competente para a formação e, então, para o reconhecimento do costume correspondente ao Direito? Em verdade, o poder de formação jurídica consuetudinária, não estruturado processual nem materialmente, não se coaduna com as competências legislativas de ordens jurídicas modernas.⁵⁹ Também permanece obscura a classificação hierárquica na ordem jurídica imposta.

Historicamente há um segundo motivo para isso: Em transições revolucionárias ocorre, em geral, uma mudança fundamental de valor. O injusto do regime superado pode ter persistido na opressão ou instrumentalização de minorias. Se, então, um direito costumeiro ainda vigente não se coaduna com os princípios constitucionais pós-revolucionários, pergunta-se se a nova Constituição deve permitir esse direito para a proteção de minorias ou se ela, com isso, não iria perpetuar o injusto ocorrido. O problema surge concretamente na África do Sul: A Constituição de 1996 reconhece o princípio da igualdade bem como direito costumeiro que justifica hierarquias tradicionais.⁶⁰ Estas normas

⁵⁴ Se tribunais se consideram somente aplicadores que não têm que decidir sobre a questão da validade, e sim, pressupõem a validade do Direito, eles também aplicam direito consuetudinário por força de opinião iuris não conferindo a ele, primeiramente, sua forma como Direito. Não corresponde, em geral, a concepção de H.L.A. Hart (Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz*, 2. Aufl., Oxford 1994, 45 f.), segundo a qual costumes se tornariam Direito através de seu reconhecimento pelos tribunais, mas somente com a condição de que tribunais têm que decidir, de toda forma, sobre questões de validade. Como também Luhmann (nota 31), 88: „Também é ‚direito consuetudinário‘, desde que existem processos nos quais se decide sobre Direito e injusto, nada além de um reconhecimento e remissão jurídica interna...; direito consuetudinário tem hoje validade somente na medida em que juizes se baseie nele nas suas decisões.”

⁵⁵ Pütter (*Beiträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrecht*, Bd. 2, 1779, 20) escreve: „... na maioria dos casos ainda faz parte disso mais história científica, querendo-se ir nas pegadas das origens e progressos, e da primeira real fonte de um direito consuetudinário, como é inevitavelmente necessário quando se quer fazer uso de direitos consuetudinários com a devida solidez e determinação.”

⁵⁶ Outras vozes a chamam de memória da nação, Jean-Louis Bergel, *Le Temps et le droit - Conférence inaugurale*, in: *Le Temps et le droit*, ed. por Pierre-André Côté und Jacques Frémont, 1996, 9: „On a pu dire que la coutume est ‚du droit constitué par l'habitude‘ et qu'elle est ‚la mémoire de la nation.‛

⁵⁷ Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, 405 f.

⁵⁸ Sobre isso Ralf Dreier, *Gewohnheitsrecht*, in: *Staatslexikon der Görresgesellschaft II*, 1995, Sp. 1061.

⁵⁹ Por isso é tratado como exceção na Section 14 (1) da „Evidence Law” da Nigéria: „A custom may be adopted as part of the law governing a particular set of circumstances if it can be noticed judicially or can be proved to exist by evidence. The burden of proving a custom shall lie upon the person alleging its existence.” O tribunal conhece a lei – o Direito costumeiro, mas primeiramente há que se provar. Existem exceções quando o tribunal já conhece esse costume, Derek Asiedu-Akrofi, *Judicial Recognition and Adoption of Customary Law in Nigeria*, in: *The American Journal of Comparative Law* 37 (1989), 574.

representam um compromisso entre as exigências de igualdade por parte de juristas a favor das mulheres, por um lado e, por outro, a prerrogativa de governantes tradicionais em manter o direito costumeiro africano como uma ordem jurídica paralela, não restringida pelo direito constitucional.⁶¹ A Constituição de 1996 procura solucionar esse conflito ao prever, expressamente, a obrigação à interpretação constitucional na Sec. 39 II. Esta seção é entendida também como cláusula prioritária dos direitos fundamentais frente ao Direito costumeiro. Aqui surge o “Paradoxo da vulnerabilidade multicultural” (Shachar)⁶²: Se o direito costumeiro protege tradições que contém discriminações substanciais, uma Constituição, que tem por escopo a igualdade como, também, a manutenção de identidades culturais, pode alcançar a anti-discriminação somente à custa de identidade cultural e mantê-la somente à custa da igualdade.⁶³ Mostra-se como é premente e enredada a discussão em torno da memória cultural em tal situação transitória – e quanto o resultado de lembrança e esquecimento pode influenciar uma decisão de valor que, na África do Sul, é cunhada pela transmissão de ambos os princípios: da igualdade e do reconhecimento do costume.

O exemplo não mostra somente os limites do efeito do Direito sobre a memória cultural, mas também, que o costume, de um fator fundamentador do Direito, constituiu-se num bem jurídico a ser protegido. A extensão da consideração da tradição e do costume se dá, com isso, conforme as decisões fundamentais do próprio Direito. De toda forma, sob a vigência da Lei Fundamental alemã, considerando a proibição de discriminação do art. 3º. III GG⁶⁴, são inconstitucionais as discriminações com relação a uma pessoa ou comunidade com base na tradição.⁶⁵ O Tribunal Constitucional alemão esclareceu a dependência da validade de uma tradição de decisões da Constituição explicando os “princípios tradicionais da profissão de funcionário público”: “Pontos de vista da tradição, mesmo que sejam tão importantes considerando a utilização da expressão (‘tradicional’) no texto constitucional, no caso isolado, para a interpretação e determinação do teor do art. 33 inciso 5 GG, não podem ser reconhecidos como adequados se não vinculados ao

⁶⁰ Sec. 39 II, III; Sec. 211, Sec. 212 prevê o reconhecimento de direito costumeiro e execução política do mesmo, Sec. 1, Sec. 3 II, Sec. 7 e 9 o tratamento igualitário, especialmente também a proibição da discriminação entre sexos, Sec. 1 b. Sobre as tensões geradas por estes dispositivos vide Monique Deveaux: *Liberal Constitutions and Traditional Cultures: The South African Customary Law Debate*, in: *Citizenship Studies* 7 (2003), S. 161-180, 161 f.

⁶¹ A norma da Constituição Interims de 1993 não foi repetida na Constituição de 1996, segundo a qual os direitos fundamentais não têm efeito entre cidadãos e, com isso, continuou a haver tratamento desigual no trânsito jurídico privado.

⁶² A. Shachar, *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, in: *Political Theory* 28 (2000), 64-89.

⁶³ Ao lado do conflito do direito costumeiro com direito constitucional anti-discriminatório também se pode chegar, obviamente, a outros conflitos de valores. Assim persistiu, no Direito nigeriano, uma justificação do direito consuetudinário para o homicídio do segundo gêmeo nascido. Havia a severa e tradicional convicção que gêmeos significam um mau agouro para a comunidade. No conflito admitido do direito vital da comunidade e do segundo gêmeo nascido pode então ser conferida primazia à comunidade, Asiedu-Akrofi (nota 55), 582. Essa regra não pôde ser reconhecida por tribunais estatais em consideração a Direito superior.

⁶⁴ GG = Lei Fundamental alemã, NT.

⁶⁵ BVerfGE 19, 1 ff. (11) – Religionsgesellschaften.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

‘bom e antigo costume’, e sim, ao ‘mau e antigo costume’.” Conforme as exposições do tribunal, “a Constituição extrapolaria um sentido total baseado na liberdade interna da contradição, se fosse dar ensejo aleatório a tradições.”⁶⁶

As presentes reflexões mostraram que a função memorial do Direito, na sua forma como direito costumeiro, depende da memória cultural geral. Mas logo que sua validade resulta não mais de reconhecimento social dos círculos de pessoas envolvidas, local ou tecnicamente, e sim, através de uma medida jurídica especializada e autorizada, o Direito se desprende da memória cultural. À medida que critérios para a validade dos conteúdos normativos, que devem ser coercitivos, e aqueles que podem ser esquecidos, são impostos, estrutural e profissionalmente, por regras secundárias para a validade jurídica, são colocados os fundamentos para uma memória sistêmica do Direito.

3.3 A estrutura temporal do Direito e a memória do Direito

O pensamento da codificação se impôs no âmbito da Europa continental.⁶⁷ Direito costumeiro e costumes jurídicos com seus conceitos de experiência foram, nesse sentido, reprimidos, na forma de Constituições, por ordens jurídicas vigentes com conceitos de expectativa relativamente abertos em relação ao futuro.⁶⁸ No lugar da mera necessidade subjetiva da ordem consuetudinária deve entrar uma outra mais correta conforme os princípios da razão.⁶⁹ Pressuposto mínimo de uma codificação é, de toda forma, que a matéria jurídica considerada seja novamente ordenada e inserida em um contexto.⁷⁰ Levanta-se a prerrogativa de se evitar o crescimento continuado e „selvagem” de regras conectadas tecnicamente. Junto à durabilidade, a codificação não é resistente frente a reformas jurídicas e também não deve ser, mas cria a possibilidade de um desenvolvimento

⁶⁶ BVerfGE 44, 249 ff. (273) – Alimentationsprinzip.

⁶⁷ Mesmo que seguido com severidade diferenciada. A França, com a „Commission Supérieure de Codification” e a „Comisión de Codificación”, da Espanha, se aproximam mais do pensamento de codificação do que a Alemanha, que não dispõe de tais organizações permanentes para fomento de codificações, da coordenação dos trabalhos sobre elas e da avaliação dos resultados; mais detalhes Michael König, *Die Idee der Kodifikation – besonders in Deutschland und Frankreich*, in: *ZG* 1999, 210.

⁶⁸ Sobre a distinção Reinhart Koselleck, *Zeitschichten – Studien zur Historik*, 2003, 331 ff.; ders., *Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1984, 336 f.

⁶⁹ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Immanuel Kants Werkausgabe, Bd. VII*, ed. por W. Weischedel. Frankfurt/Main 1982, 464: „As formas estatais são somente a letra (littera) da legislação original no seu estado civil, e devem assim permanecer enquanto, como pertencentes ao aparato estatal da Constituição estatal, forem consideradas necessárias pelo antigo e duradouro costume (ou seja, subjetivamente). Mas o espírito daquele contrato original (anima pacti originarii) contém a coercitividade do poder constituinte de tornar a forma de governo adequada àquela idéia, e se ela, se não puder ocorrer de uma vez, que modifique paulatina e continuamente, de forma que concorde, no seu efeito, com a única Constituição legítima, ou seja, a de uma república pura, e aquelas antigas formas empíricas (estatutárias), que serviam somente para promover a subordinação do povo, dissolvem-se na original (racional), a única que torna a liberdade princípio, sim, condição de toda coerção.”

⁷⁰ Na seqüência König (nota 62), 197 ff.

jurídico continuado no qual a introdução de novidades se submete à obrigação de organização sistemática.

O Direito repousa no controle do futuro. Para isso ele cria um pré-projeto para o futuro: Formas comportamentais preferenciais são distinguidas de outras e guarnecidas de um mandamento positivo ou de um indicador negativo no sentido de não fazer (proibição). Nisso o futuro, como elemento, a princípio, influenciável e modificador, é pressuposto na forma de alternativas de ação preferenciais e a serem evitadas. Essa pressuposição atinge tanto os envolvidos por normas primárias de ação como, também, a medida jurídica para aplicação das normas de sanção. Sua construção jurídica é, a princípio, aberta e necessita de orientação.

Entretanto, o pré-projeto do futuro fracassaria se as normas fossem tangidas pela liberdade de seus destinatários: Direito pressupõe o futuro aberto dos subordinados a ele, mas não se contenta com isso, e sim, tenta controlá-lo no sentido contrário. Isso ocorre quando a norma finalista (da ação) retira o acesso a seus destinatários. Regras de reforma realizam uma seleção das possibilidades de desenvolvimento de alternativas normativas.

O que, com isso, distingue o pré-projeto do futuro de outros projetos é o fato de que planos, idéias, concepções podem ser atualmente aceitas ou recusadas. Em relação à aceitação de tais projetos existe, no sentido ideal, uma relação simétrica entre ofertas presentes de uma ação e a decisão de apropriar-se dela e aplicá-la futuramente. Expressando isso temporalmente pode-se dizer: A oferta de ação advinda do passado não determina a decisão atual, e sim, deixa a cargo de quem decide as alternativas tendo em vista suas próprias idéias de futuro. Passado, presente e futuro estão em uma relação simétrica. Isso é diferente nos projetos de futuro contidos nas normas jurídicas: Aquele que se submete à norma está vinculado ao projeto passado resultante da decisão do legislador. O passado cunha o presente de sua decisão ao realizar uma escolha entre os possíveis futuros. Uma vez estando na esteira da modificação, a modificação do Direito também deve se submeter a tais assimetrias do passado: devem ser criadas regras secundárias para a modificação do Direito.

Com a dissolução do caráter primevo do Direito como costume ou uso, este cai na esteira da modificação a qualquer tempo. Passado não teria nenhum lugar no Direito se este pudesse ser modificado, ilimitadamente, a qualquer tempo. Sua estabilidade não dependeria somente faticamente daqueles submetidos ao Direito, bem como também não teria critérios normativos para se opor a ele. Sua normatividade se perderia. Pode ser que outros sistemas normativos recorram, para sua validade, a critérios materiais ou aceitação social perene; mas Direito se autonomiza totalmente de tais dependências ao colocar, ele mesmo, regras para a sua modificação.

Passado não é simplesmente aceito, sem filtro, no pressuposto ou tipo legal da norma. O Direito se vincula a ele de forma seletiva. Assim, os efeitos jurídicos não resultam, causalmente, de certos fatos, e sim, substituem a causalidade através de efeitos intencionais.⁷¹ A seleção que ocorre na codificação significa que o passado social é

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

parcialmente guardado na lembrança e parcialmente esquecido, e que deve valer para o futuro somente dessa forma. No sistema jurídico – Direito aqui entendido como sistema normativo positivado, não como sistema de comunicação⁷² – a atualidade do passado depende da seleção jurídica através de legislação e sua aplicação.⁷³ Da mesma forma, coerção do Direito significa que ação futura depende desse passado selecionado.⁷⁴ O Direito reconstrói o passado, avalia sua relevância e a necessidade de continuar a dar-lhe validade com coerção normativa.⁷⁵ Nessa seleção também têm importância princípios jurídicos, como proteção da confiança, que exigem, materialmente, uma conservação no sentido da proteção de estabilidade ou regras temporárias que teçam a transição para uma nova situação jurídica e, com isso, para a mudança jurídica.

Faz parte, portanto, das características da estrutura do Direito no trato com o passado o fato de relacionar-se com ele de forma seletiva. Essa seleção é cunhada por decisões de valor no momento da aprovação da lei e, também, de sua aplicação. Por isso ela preenche os critérios de uma memória, mas não de uma discussão científica com o passado sob o critério da verdade.

3.4 A função do direito para memória cultural

Seleção e estabilização são as principais realizações do Direito como contribuição à formação da memória cultural.⁷⁶ Sobre a seleção dos valores que o transformam em princípios jurídicos objetivos ou direitos subjetivos, o Direito contribui, por um lado, para a persistência nos “direitos humanos invioláveis e inalienáveis” (Art. 1 II GG) e em outros princípios fundamentais.⁷⁷ Federalismo e garantias de auto-administração de comunas e

⁷¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 93 f.

⁷² Luhmann (nota 31), 124 como se sabe entende sistema jurídico como sistema parcial da sociedade e, com isso, como sistema de comunicação (sobre a relação temporal do mesmo: 130). As presentes ponderações estreitam a observação sobre a perspectiva normativa sem, com isso, excluir sua inserção no amplo horizonte teórico-sistemático.

⁷³ Sobre isso Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, in: *Harvard Law Review* X (1897), 469 de forma pregnante: „[i]t is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past.” Mesmo que essa afirmação se relacione a um outro sistema jurídico e critique a validade do Direito em razão de sua determinação no interesse de exatidão material, expressa a autonomia temporal do Direito por força de sua posituação.

⁷⁴ Stephan Kirste, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung*, 1998, 358 ff.; ders., *The Temporality of Law and the Plurality of Social Times – The Problem of Synchronizing different Time Concepts through Law*, in: *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines. Proceedings of the 19th World Congress of the IVR, New York*, hrsg. v. M. Troper u. A. Verza, (ARSP-Beiheft Nr. 82) 2002, 36 ff.

⁷⁵ Aqui não é o local de avaliar mais precisamente essa questão de que o Direito também pode antecipar o futuro através de princípios e outros fundamentos.

⁷⁶ Nisso se introduz um momento de transparência e consciência. De forma que lembrança também pode estar vinculada à censura no sentido de fazer esquecer (Lux, nota 27), 201). No Direito é necessária uma decisão a favor ou contra censura. Censura e esquecimento se tornam criticáveis.

câmaras, mas também proteção jurídico-fundamental de grupos e minorias podem fomentar a formação de identidades que se definem historicamente.⁷⁸ A normatização de tipos legais de responsabilidade civil não deixa o injusto anterior sem equiparação. Tipos penais selecionam, da plenitude de possíveis violações do bem jurídico, aqueles que são vistos como especialmente reprováveis e permitem o pronunciamento de uma sentença de desvalor no interesse público, mesmo quando o agente e, às vezes também a vítima, há muito queriam ter esquecido o fato.⁷⁹ No interesse da segurança e ordem pública, o direito de polícia e outras leis permitem o levantamento, manuseio e armazenagem de dados pessoais. Mas na seleção também se mostra que a memória jurídica e sua contribuição para a memória cultural é cunhada de lembrança, mas, também, de esquecimento. Dados para cujo levantamento não exista base jurídica do poder de promulgar não podem ser assimilados, manuseados e armazenados. Dados levantados sob permissão devem ser extintos após certo prazo ou ausência de fim legítimo. Crimes e prerrogativas prescrevem. Enfim, havia penas que consistiam justamente na determinação do esquecimento da pessoa envolvida ou de seus atos.⁸⁰

3.5 Estabilização através do Direito

A contribuição estabilizadora do Direito para a memória cultural consiste, essencialmente, na garantia de certa vigência para os conteúdos normativos selecionados. Eles também são expressos em uma linguagem que serve, especialmente, para um determinado recurso. O aspecto da formação, apresentado por Assmann como central para a memória, encontra aplicação aqui.

O outro aspecto da estabilização, que vai além das citadas realizações estrutural-normativas do Direito para a memória cultural, se vincula à “memória da vontade”, de Nietzsche. O sistema jurídico insere, aqui, o caráter processual do trabalho jurídico na

⁷⁷ Vide o mais visível exemplo da „cláusula pétrea” do Art. 79 III GG, que declara como imodificáveis certos princípios estruturais estatais.

⁷⁸ O exemplo da República Federal da Iugoslávia mostra, com todas as peculiaridades, que isso também pode levar a conflitos de lembrança, Langenohl (nota 39), 80 f.

⁷⁹ Portanto, é correto dizer que „culturas de lembrança são culturas de vítima” e „culturas de esquecimento são culturas de vencedores”, Schlink (nota 39), 435; sobre o conceito de cultura de lembrança Christoph Cornelißen, Was heißt Erinnerungskultur? Begriff - Methoden - Perspektiven, in: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 54 (2003), 555.

⁸⁰ Assim o teor dos §§ 1069 f. II 20 do ALR: „Sodomitismo e outros pecados da mesma natureza, que não podem ser aqui citados em razão de sua atrocidade, exigem um total extermínio da lembrança. Portanto, tal criminoso, após ter cumprido um ou mais anos de pena com boas-vindas e despedida, deve ser banido para sempre de seu lugar de domicílio onde praticou o ato, e o animal abusado deve ser morto ou retirado secretamente da região.” De toda forma, o banimento deveria ser uma forma não somente de superação atual e futura de conflitos ensejados pelo banido, bem como, também, servir ou ter servido de controle da lembrança coletiva, vide sobre banimento no reino dos czares e na União Soviética, Ulrike Phielers-Morbach, Die Verbannung im alten Rußland und in der ehemaligen Sowjetunion, in: *ZsW* 104 (1992), 329 ff.

legislação. Por um lado, devem ser citados debates públicos sobre a necessidade de punições, agravamentos da pena ou outras codificações. Por outro, deve ser citada a atualização de passado vivido, individual ou coletivamente, através de processos penais, mas, também; a sentença que, na dimensão individual, confere ao “réu uma memória” e, na perspectiva da prevenção geral, lembra outros do desvalor do ato criminal impedindo-os de cometê-lo, ou os fortalece no sentido do não cometimento. Rudolf von Jhering já havia entendido esse pensamento, junto à idéia das conseqüências da “luta pelo Direito”, em um nível mais geral: A discussão sobre o Direito grava suas decisões de valor no consciente coletivo.⁸¹ Justamente assim se transfere o que foi confiado seletivamente à memória não somente à uma memória social especial, esquecida das demais memórias sistêmicas, e sim, também nesta representada – especificamente conforme o caso.

As funções de seleção e estabilização contribuem juntamente, assim, para a canonização da memória cultural. Os textos jurídicos que influenciam a memória cultural são textos clássicos, catálogos de normas abalizadas para a vida em comum. Isso sempre foi reiteradamente utilizado por grandes codificações através de sua forma.

3.6 Superação do passado através do Direito

As questões sobre “superação do passado através do Direito” também demonstram que os pontos acima citados não caracterizam simplesmente problemas técnico-jurídicos.⁸² Segundo sua forma, ao contrário da discussão histórica,⁸³ ela significa uma atualização autorizada do passado que se conclui com o trânsito em julgado de uma sentença, condicionalmente falsificável.⁸⁴

Peculiar nisso, materialmente falando, é que a superação jurídica do passado tem relação tanto com o passado como com o futuro: O passado é filtrado considerando-se

⁸¹ Entendido em sentido geral: A luta como forma de socialização, Georg Simmel, *Soziologie*, 1992, 284 f. O efeito da integração da discussão (-!) pode consistir em que a própria posição seja colocada em jogo e defendida, mas com isso aparenta ser nada mais que algo óbvio.

⁸² Superação do passado não quer dizer nenhuma modificação do passado (Schlink (nota 39), 433), e sim, diz respeito à questão do trato com o passado no presente e futuro. Pormenores sobre questões da superação do passado também Winfried Brugger: *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*. Baden-Baden 2005, 90 ff.; na ampla literatura sobre superação do injusto nacional-socialista vide Alexander Blankenagel, *Verfassungsgerichtliche Vergangenheitsbewältigung (durch das BVerfG)*, in: *ZfRG* 13 (1991), 67 ff.; sobre a superação da DDR: Ralf Dreier, *Rechtsphilosophische Aspekte juristischer Vergangenheitsbewältigung*, in: *ZG* 8 (1993), 300 ff. (304 f.).

⁸³ É discutível o quanto as duas formas de discussão se distinguem. Sobre a concepção „Zwischen juristischer und historischer Betrachtungsweise liegen Welten” (Gerd Roellecke, Egon Krenz post portas, in: *NJW* 2001, 3025) e a idéia de „Strafverfahren als zeitgeschichtliche Erkenntnisquellen” (Jan Müller, *Strafverfahren als zeitgeschichtliche Erkenntnisquellen*, in: *NJW* 2001, 2376 ff.) há uma plenitude de opiniões, vide também Stolleis (nota 36), 173 ff. Na questão também se mostra a dialética da relação entre atualização do passado e superação jurídica do passado, por exemplo, no problema do historiador como perito em processos sobre superação jurídica do passado, vide por um lado Ernst Forsthoff, *Umwelt und Recht*, in: *NJW* 1965, 574 f. bem como a réplica a isso de Adolf Laufs, *Zeitgeschichte und Rechtspflege – Eine Erwiderung*, in: *NJW* 1964, S. 1521 f.

certos efeitos jurídicos e construído através de dispositivos e papéis processuais especiais. Ao primeiro componente da “superação do passado” vale a escolha,⁸⁵ definição e descrição daquilo que deve ser considerado como passado relevante.⁸⁶ Aqui geralmente deve-se esclarecer a questão da retroatividade, se, portanto, certos tipos legais não valem juridicamente como conclusivos, confiáveis, e sim, se é possível,⁸⁷ ou mesmo necessário,⁸⁸ retroativamente, uma outra valoração diferente do dispositivo legal na época do crime, por motivos supra-legais.⁸⁹ A real “superação” jurídica é voltada ao futuro: Quais conseqüências devem ser consideradas e quanto tempo após o injusto devem ser ainda possíveis sanções penais.⁹⁰

Nas formas de atualização estatal do passado ainda se põe a questão do órgão estatal competente: Deve a questão ser deixada a cargo da administração deliberativa envolvida no caso concreto,⁹¹ dos tribunais⁹² ou do legislador?⁹³ Apesar de uma pena pressupor lembrança, esquecimento e recalçamento, permitir que o injusto continue a trabalhar de forma subconsciente e a prevenção também exigir lembrança,⁹⁴ certas ordens jurídicas, quando da superação do passado de regimes injustos para a atualização do passado, renunciam, em geral, a sanções penais através de anistias legais ou atenuam os

⁸⁴ Dreier (nota 54), 302; Müller (Fn. 78), 2377 que, apesar da forma especial da atualização jurídica da história, remete ao material temporal-historicamente valorável na forma de depoimentos testemunhais.

⁸⁵ Compare a questão da punibilidade da mentira de Auschwitz, Klaus Vogelsang, Die Neuregelung zur sog. “Auschwitzlüge” - Beitrag zur Bewältigung der Vergangenheit oder “widerliche Aufrechnung”, in: *NJW* 1985, 2386 f.

⁸⁶ Blankenagel (nota 77), 70: Delimitação temporal, determinação qualitativa das peculiaridades da parte temporal (época) ou do acontecimento recortado.

⁸⁷ Rejeitando: Schlink (nota 39), 434 ff.; também Hans-Jürgen Papier, Johannes Möller, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, in: *NJW* 1999, 3290 f.; há que se explicar, especialmente, a questão da amplitude da proibição de retroatividade: se tem efeito a favor do cidadão submetido ao Estado ou, também, dos governantes, limitadamente a favor dos cidadãos, Gerhard Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, in: *NJW* 2001, 3001 ff.

⁸⁸ Markus Kenntner, Der deutsche Sonderweg zum Rückwirkungsverbot, in: *NJW* 1997, 2298 ff.

⁸⁹ Sobre a distinção entre Direito “supra-legal” e “supra-positivo” não considerado na fórmula de Radbruch vide Arthur Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, in: *NJW* 1995, 83 f.

⁹⁰ Papier/Möller (nota 83), 3291 f.

⁹¹ Como de forma jurídico-administrativa através de retransmissão, pagamentos de indenização e equiparação, bem como reabilitação profissional, Papier/Möller (Fn. 83), 3290 ff.; Claus Peter Ladner, SED-Unrechtsbereinigung - eine vorläufige Bilanz, in: *LKV* 2003, 62 f.

⁹² Sobre a problemática Thomas Hillenkamp, Offene oder verdeckte Amnestie - über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, in: *JZ* 1996, 179 f.; Hubert Rottleuthner, Kaskaden der Vergangenheit, in: *VIZ* 1994, 172 ff.; Konrad Redeker, Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, in: *NJW* 1964, 1097 ff.

⁹³ Ou até do legislador que teria que modificar a proibição de retroatividade, Young-Whan Kim, Vergangenheitsbewältigung durch das Strafrecht? Einige rechtsphilosophische Reflexionen über die Rechtsgestaltung, in: *ARSP* 84 (1998), 515 f.; zur Gesamtproblematik: Schlink (Fn. 39), 448; Dreier (Fn.77), 306 f. u. 309 f.; Jutta Limbach, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, in: *DtZ* 1992/93, 66 f.; zu den strafrechtlichen Problemen: Hillenkamp (Fn. 87), 179 f.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

efeitos jurídicos da punição através de decisões de indulto.⁹⁵ Em vez disso, elas anistiam os agentes com conseqüente efeito sobre o trabalho na memória cultural.⁹⁶ A anistia sempre⁹⁷ foi apresentada, desde a Antigüidade,⁹⁸ como um “mandamento do esquecimento”.⁹⁹ Mas aqui o moderno Estado de Direito liberal não pode exigir o preço do arrependimento público e auto-acusação a isso vinculada.¹⁰⁰ Construtividade do passado através do Direito e alternatividade das conseqüências não significam, portanto, que o trato do Direito com o passado tenha que ser manipulador. Mostra-se, somente, que deve ser decidido. Mas cada decisão se dá segundo critérios cuja seleção vinculante cabe, por sua vez, ao Direito.

Capítulo 4 As lois mémorielles francesas

⁹⁴ Schlink (Fn. 39), 439 f.

⁹⁵ Sobre isso em uma perspectiva poética e jurídico-filosófica Arthur Kaufmann, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, in: ders., *Beiträge zur Hermeneutik*, 1984, 1062 ff.

⁹⁶ Sobre a diferença entre anistia, indulto e perdão em relação ao esquecimento vide, em conexão com Derrida, Peter Krapp, *Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting*, in: *German Law Journal* 06 (2005), S. 185-195; sobre a situação de pró e contra anistia com relação ao injusto, na DDR: Hillenkamp (Fn. 87), 179 f.

⁹⁷ Kant, MS, *Rechtslehre* § 58, (nota 64), também na paz vestfálica se tem: „De ambos os lado deve cair no eterno esquecimento e entrar uma anistia [perpetua oblivio et amnestia] de tudo que, desde o início de nossas agitações, ocorreu em certo lugar ou tempo por uma parte ou outra com relação a inimizades. Ninguém deve cometer, mandar ou permitir – em razão de qualquer causa ou objeção – contra o outro qualquer tipo de inimizade ou hostilidade, aborrecimento ou impedimento da sua pessoa, sua posição, sua posse, sua segurança através de si, ou por outros, de forma secreta ou abertamente, direta ou indiretamente, sob a aparência do Direito ou no caminho da força, dentro do reino ou fora dele, e nenhum dos contratos que tenham em vista o contrário podem se opor a isso. Ao contrário, todos e cada um de ambos os lados, tanto antes como durante a guerra, deve desconsiderar, de forma total, em palavra, escrita ou ato sobre inclemências, violências, inimizades, danos, despesas sem aparência da pessoa ou coisa, de forma que o que cada um pudesse fazer contra o outro sob esse título fosse enterrado em eterno esquecimento.”

⁹⁸ Aristóteles caracteriza em *Staat der Athener* (ed. por Mortimer Chambers, 1990) (Kap. 39 f.) uma anistia que coube ao Archonte de Euclides: “Os processos de homicídio devem ser realizados segundo o costume antigo tradicional, quando uma pessoa feriu de morte a outra com as próprias mãos. Com relação ao passado deve haver anistia geral, a não ser para os trinta... mas também estes não devem ser perseguidos se apresentarem justificativa.” (39 5 f.). Através desse sistema finamente construído, os conflitos passados deveriam ser acalmados e ser instituído o fundamento para uma reconciliação futura. Em pormenores: John Elster, *A Case Study of Transitional Justice. Athens in 411 and 403 B.C.*, in: *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, ed. por Lukas H. Meyer, 2004, 228 f.

⁹⁹ Helmut Quaritsch, *Theorie der Vergangenheitsbewältigung*, in: *Der Staat* 1992, 520 u. 524: „Nos casos clássicos de anistia ponderou-se e decidiu-se a favor do esquecimento (e contra ‘justiça’).” Para poder voltar à normalidade – como na República Federal da Alemanha –, assim a avaliação de Kenntner (nota 84), 2299 sobre o trato penal dos crimes do Nacional-socialismo.

¹⁰⁰ Quaritsch (nota 94), 523 e 550; Hillenkamp (nota 87), 186 f.: Nisso se distingue a memória moral que pressupõe reconhecimento da culpa, e arrependimento, conciliação e anistia, da contribuição juridicamente possível para a memória cultural.

Segundo as considerações apresentadas, o Direito não se esquivava de intervir no passado. A seleção do que passou é o preço a ser pago para a vinculação no futuro. O resultado desse processo é o Direito como uma memória: Ele canoniza certos passados e os estabiliza face a futuras modificações. Nisso ele é sustentado por decisões fundamentais de valor. Embora essas decisões sejam passíveis de revisão, o resultado disso é algo, a princípio, igual, a um passado selecionado.

Portanto, o Direito não descobre a verdade sobre a história. É cambiável, especialmente em sua aplicação, mas não é histórico. A história, como conhecimento científico, segue outras culturas. Aqui se trata de verdade. A pluralidade dos projetos contribui, justamente aqui, para o incremento de sua capacidade de realização como ciência, conduz à multiplicidade de perspectivas e eleva, com isso, o ganho científico.

As Leis memórias e leis semelhantes não levam em conta esses limites de sistema assegurados constitucionalmente – na Alemanha através do art. 5º. III GG. Legislação e jurisdição sempre interferem no passado. Elas escrevem história não somente através da aprovação de normas, e sim, também, ao se reportar, seletivamente, ao passado nessas normas, ao conferir ao agente uma memória quando da sentença, etc.

Mas um sistema jurídico está bem deliberado quando distingue sua própria construção da história, sua própria forma de discernir entre lembrança e esquecimento formando, assim, uma memória como a ciência o faz. Não se trata de se construir um tabu no sentido de que Direito e Estado não decidem sobre passado e que, por força dessa decisão, também poderia impôr sanções. Passado como algo não disponível atualmente é justamente para o Estado, para sua nação, uma característica essencial da formação de identidade e unidade. É fundamental que essa forma de construção do passado, em razão de sua própria racionalidade, não se misture com a construção do passado da história científica. Direito deveria, com isso, limitar-se a um mínimo histórico sublimado por processos democráticos. As limitações necessárias a isso são dadas pelos próprios direitos fundamentais. A distinção jurídica entre memória jurídica do sistema e demais memórias sociais favorecem as capacidades de ambas.

Bibliografia

- Adorno, Theodor W. (2003): Was bedeutet Aufarbeitung der Vergangenheit, in: ders.: Kulturkritik und Gesellschaft. Gesammelte Schriften, Bd. 10. Frankfurt/Main 2003, S. 555 ff.
- Aristoteles (1990): Staat der Athener. Hrsg. v. Mortimer Chambers. Berlin.
- Asiedu-Akrofi, Derek (1989): Judicial Recognition and Adoption of Customary Law in Nigeria, in: The American Journal of Comparative Law 37 (1989), S. 571-593.
- Assmann, Aleida (2002): Vier Formen des Gedächtnisses, in: Erwägen - Wissen - Ethik 13 (2002), S. 183-189.
- Assmann, Aleida (2003): Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses. München.
- Assmann, Jan (1997): Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

in frühen Hochkulturen. München 1997.

Assmann, Jan (2002): Das kulturelle Gedächtnis. In: *Erwägen – Wissen – Ethik* 13 (2002), S. 239 ff. u. 273 ff. (Replik).

Augustinus, Aurelius (Conf.): Bekenntnisse. Mit einer Einleitung von K. Flasch. Übersetzt, mit Anmerkungen versehen und herausgegeben von K. Flasch u. B. Mojsisch. Stuttgart 1989.

Bergel, Jean-Louis (1996): Le Temps et le droit - Conférence inaugurale, in: Pierre-André Côté et Jacques Frémont (Hrsg.): *Le Temps et le droit*, S. 1 ff.

Blankenagel, Alexander (1991): Verfassungsgerichtliche Vergangenheitsbewältigung (durch das BVerfG), in: *ZfRG* 13 (1991), S. 67-82.

Brugger, Winfried (1997): Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, : Baden-Baden.

Confino, Alon (1997): Collective Memory and Cultural History: Problems of Method, in: *The American Historical Review* 102 (1997), S. 1386-1403.

Cornelißen, Christoph (2003): Was heißt Erinnerungskultur?. Begriff - Methoden - Perspektiven, in: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 54 (2003), S. 548-563.

Crane, Susan A. (1997): Writing the Individual Back into Collective Memory, in: *The American Historical Review* 102 (1997), S. 1372-1385.

Dreier, Ralf (1993): Rechtsphilosophische Aspekte juristischer Vergangenheitsbewältigung, in: *ZG* 8 (1993), S. 300-313.

Dreier, Ralf (1995): Gewohnheitsrecht, in: *Staatslexikon der Görresgesellschaft II*. Freiburg u.a. 1995, Sp. 1059-1063.

Ehrlich, Eugen (1913): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München, Leipzig 1913.

Eisler, Rudolf (1904): *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. 2. Aufl. Berlin 1904.

Elster, John (2004): A Case Study of Transitional Justice. Athens in 411 and 403 B.C, in: Meyer, Lukas H. (2004): *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, S. 223-238.

Esposito, Elena (2002): *Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft*. Frankfurt/Main 2002.

Faulenbach, Bernd (2002): Lösen sich in der Gegenwart die im 19. Jahrhundert herausgebildeten "kulturellen Gedächtnisse" auf? Zur Anwendbarkeit von Jan Assmanns Theorie auf die neueste Zeit, in: *Erwägen - Wissen - Ethik* 13 (2002), S. 249- 251.

Forsthoff, Ernst (1965): *Umwelt und Recht*, in: *NJW* 1965, S. 574-576.

Fritzsche, Peter (2002): An Aesthetics of Loss, in: *Erwägen - Wissen - Ethik* 13 (2002), S. 251-253.

Fuller, Lon (1969): Human Interaction and the Law, in: *American Journal of Jurisprudence* 14 (1969), S. 1-22.

Gedi, Noa/Elam, Yigal (1996): Collective Memory - What Is It? In: *Memory and History* 8 (1996), S. 30-50.

Goethe, Johann Wolfgang von (Lehrjahre): *Wilhelm Meisters Lehrjahre*, in: *Weimarer Ausgabe* Bd. 23.

Große-Kracht, Klaus (1996): *Gedächtnis und Geschichte: Maurice Halbwachs - Pierre Nora*, in: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 47 (1996), S. 21-31.

STEPHANKIRSTE

- Halbwachs, Maurice (1985): *Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen*. Frankfurt/Main 1985.
- Halbwachs, Maurice (1967): *Das kollektive Gedächtnis*. Stuttgart 1967.
- Hart, Herbert L. A. (1994): *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2. Oxford 1994.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (Phänomenologie): *Phänomenologie des Geistes*. Neu hrsg. v. H.-F. Wessels u. H. Clairmont. Mit einer Einleitung von Wolfgang Bonsiepen. Hamburg 1988.
- Hillenkamp, Thomas (1996): Offene oder verdeckte Amnestie - über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, in: *JZ* 1996, S. 179-187.
- Hoffmeister, Johannes (1955): *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*: Hamburg.
- Holmes, Oliver Wendell (1897): *The Path of the Law*, in: *Harvard Law Review* X (1897), S. 457 ff.
- Hund, John (1998): "Customary Law is What the People Say it is" - H.L.A. Hart's Contribution to Legal Anthropology, in: *ARSP* 84 (1998), S. 420-433.
- Kant, Immanuel (MS): *Die Metaphysik der Sitten*. Erster Teil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Immanuel Kant Werkausgabe, Bd. VIII. Hrsg. v. W. Weischedel. Frankfurt/Main 1982, S. 305 - 499.
- Kantsteiner, Wulf (2002): *Critique of Collective Memory Studies*, in: *History and Theory* 41 (2002), S. 179-197.
- Kaufmann, Arthur (1984): *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, in: Kaufmann, Arthur (1984): *Beiträge zur Hermeneutik*, S. 25 - 53.
- Kaufmann, Arthur (1995): *Die Radbruchsche Forme vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in: *NJW* 1995, S. 81-86.
- Kelsen, Hans (1960): *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl.
- Kenntner, Markus (1997): *Der deutsche Sonderweg zum Rückwirkungsverbot*, in: *NJW* 1997, S. 2298 ff.
- Kierkegaard, Sören (1885): *Entweder-Oder*. Leipzig 1885.
- Kim, Young-Whan (1998): *Vergangenheitsbewältigung durch das Strafrecht?. Einige rechtsphilosophische Reflexionen über die Rechtsgestaltung*, in: *ARSP* 84 (1998), S. 505-516.
- Kirchner, Friedrich/Michaëlis, Carl (1907): *Wörterbuch der philosophischen Grundbegriffe*. 5. Aufl. Leipzig 1907.
- Kirste, Stephan (1998): *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung*. Berlin (Schriften zur Rechtslehre; H. 183) 1998.
- Kirste, Stephan (2002): „The Temporality of Law and the Plurality of Social Times – The Problem of Synchronizing different Time Concepts through Law”, in: *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines. Proceedings of the 19th World Congress of the IVR, New York*. Hrsg. v. M. Troper u. A. Verza. Stuttgart (ARSP-Beiheft Nr. 82) 2002,

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA CULTURAL

S. 23-44.

Klima, Rolf (1994): Gedächtnis, in: Fuchs-Heinritz, Werner, Lautmann, Rüdiger, Rammstedt, Otthein, Wienold, Hanns (Hrsg., 1995): Lexikon zur Soziologie. Opladen 1995, S. 223.

König, Michael: Die Idee der Kodifikation -- besonders in Deutschland und Frankreich, in: ZG 1999, S. 195-214.

Koselleck, Reinhart (1984): Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten. Frankfurt/Main 1984.

Koselleck, Reinhart (2003): Zeitschichten - Studien zur Historik. Frankfurt/Main 2003.

Ladner, Claus Peter (2003): SED-Unrechtsbereinigung - eine vorläufige Bilanz, in: LKV 2003, S. 61-66.

Langenohl, Andreas (2001): Erinnerungskonflikte und Chancen ihrer "Hegung", in: Soziale Welt 52 (2001), S. 71-92.

Limbach, Jutta (1992): Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, in: DtZ 1992/93, S. 66-71.

Luhmann, Niklas (1993): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt/Main 1993.

Luhmann, Niklas (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt/Main 1997.

Luhmann, Niklas (1999): Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Frankfurt/Main 1999.

Lux, Rüdiger (1998): Erinnerungskultur und Zensur im alten Israel, in: Theologische Zeitschrift 15 (1998), S. 190-205.

Mauthner/ Fritz (1923): Wörterbuch der Philosophie. Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache. Zweiten, vermehrte Auflage, Leipzig 1923.

Meyer, Christoph H. F. (2000): Spuren im Wald der Erinnerung - Zur Mnemotechnik in Theologie und Jurisprudenz des 12. Jahrhunderts, in: Recherches de Théologie et Philosophie Médiévales 67 (2000), S. 10-58.

Müller, Jan (2001): Strafverfahren als zeitgeschichtliche Erkenntnisquellen, in: NJW 2001, S. 2376-2378.

Nietzsche, Friedrich (1999a): Jenseits von Gut und Böse / Zur Genealogie der Moral. Werke Bd. 5, Hrsg. v. G. Colli u. M. Montinari. München 1999.

Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes (1999): Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, in: NJW 1999, S. 3289-3297.

Phieler-Morbach, Ulrike (1992): Die Verbannung im alten Rußland und in der ehemaligen Sowjetunion, in: ZStW 104 (1992), S. 329/903-360/934.

Pierre Nora: Gedächtniskonjunktur, in: Transit 2002, H. 4, S. 19 ff.

Quaritsch, Helmut (1992): Theorie der Vergangenheitsbewältigung, in: Der Staat 1992, S. 519-551.

Redeker, Konrad (1964): Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, in: NJW 1964, S. 1097-1100.

Roellecke, Gerd (2001): Egon Krenz post portas, in: NJW 2001, S. 3024-3025.

Rottleuthner, Hubert (1994): Kaskaden der Vergangenheit, in: VIZ 1994, S. 172-175.

Schlink, Bernhard (1998): Die Bewältigung der Vergangenheit durch Recht, in: König,

STEPHANKIRSTE

- Helmut (Hrsg., 1998): *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*. Opladen 1998.
- Shachar, A.: *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, in: *Political Theory* 28 (2000), S. 64-89.
- Simmel, Georg (1992): *Soziologie*. Frankfurt/Main 1992.
- Stolleis, Michael (2000): *Der Historiker als Richter - der Richter als Historiker*, in: Frei, Norbert, van Laak, Dirk, Stolleis, Michael (Hrsg., 2000): *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*. München 2000, S. 173-183.
- Viehweg, Theodor (1974): *Topik und Jurisprudenz*. München 1974.
- Vogelsang, Klaus (1985): *Die Neuregelung zur sog. "Auschwitzlüge" - Beitrag zur Bewältigung der Vergangenheit oder "widerliche Aufrechnung"*, in: *NJW* 1985, S. 2387-2389.
- Weinert, F. E. (1974): *Gedächtnis*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Hrsg. v. J. Ritter u. a. Bd. 3, Basel-Stuttgart 1974, Sp. 35-42.
- Werle, Gerhard (2001): *Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität*, in: *NJW* 2001, S. 3001-3008.
- Yates, Frances A. (2001): *Gedächtnis und Erinnern*. Weinheim 2001.
- Pütter, Johann Stephan (1779): *Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte*, Bd. 2. Göttingen 1779.
- Deveaux, Monique (2003): *Liberal Constitutions and Traditional Cultures: The South African Customary Law Debate*, in: *Citizenship-Studies* 7 (2003), S. 161-180.
- Brugger, Winfried (2005): *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*. Baden-Baden 2005.
- Laufs, Adolf (1964): *Zeitgeschichte und Rechtspflege - Eine Erwiderung*, in: *NJW* 1964, S. 1521 f.
- Krapp, Peter (2005): *Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting*, in: *German Law Journal* 06 (2005), S. 185-195.