

Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. O que é isto: decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia e constitución. Tradução de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.

## PRELÚDIO DE UMA TEORIA DA MEMÓRIA CONSTITUCIONAL EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS\*

PRELUDE TO A THEORY OF CONSTITUTIONAL  
MEMORY IN SUPPORT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

PRELUDIO A UNA TEORÍA DE LA MEMORIA  
CONSTITUCIONAL EN APOYO DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES

### SUMÁRIO:

1 Introdução; 2 A história e a constituição como memória; 3 Constituição e história: a memória; 4 Constituição do pluralismo: o acolher da diferença memorial; 5 Direitos fundamentais: a memória que deve prevalecer; 6 Como poderia se desenvolver um caso dentre outras opções; 7 Conclusão; Referências bibliográficas.

### RESUMO:

O texto tem a finalidade de propor a reflexão sobre o rastro histórico que deve ser considerado numa perspectiva constitucional dos direitos fundamentais. Utilizar-se-á a ideia de memória oficial para estabelecer a perspectiva dominante e a ideia de memória não-oficial para introduzir a perspectiva não dominante. Trata-se de incluir na intenção interpretativa aquelas memórias que não são oficiais, porém possuem a mesma importância destas, ao ponto de serem levadas em consideração na aplicação dos direitos fundamentais. Significa pôr em discussão a face mais débil da argumentação, em relação às partes envolvidas.

Como citar esse artigo:  
MASSAÚ, Guilherme.

Prelúdio de uma  
teoria da memória  
constitucional em  
prol dos Direitos  
Fundamentais.

Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho - PR,  
Brasil, n. 22, p. 183-199

Data de submissão:  
07/05/2014

Data de aprovação:  
26/07/2015

\* Agradeço à Jael  
Gonçalves pela atenção  
e considerações  
em relação ao texto.

**ABSTRACT:**

The text aims to propose a reflection on the historical trail that should be considered in a constitutional perspective of fundamental rights. The idea of official memory will be used to establish the dominant perspective and the idea of unofficial memory to introduce the non-dominant perspective. That means to include those unofficial memories into an interpretative intention, considering that all of them have the same importance, to the point of taking them into consideration in the application of fundamental rights. It means debating the weaker side of the argumentation related to the parties involved.

**RESUMEN:**

Este trabajo tiene como objetivo proponer una reflexión sobre el sendero histórico que debe ser considerado una perspectiva constitucional de los derechos fundamentales. El uso será la idea de la memoria oficial para establecer la perspectiva dominante y la idea no oficial de la memoria para entrar en la perspectiva no dominante. Se incluye en la intención interpretativa esos recuerdos que no son oficiales, pero que tienen la misma importancia de éstos hasta el punto de ser tomado en cuenta en la aplicación de los derechos fundamentales. Significa poner en duda la parte más débil de la argumentación en relación con las partes.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Constituição, Direitos Fundamentais, História, Memória, Pluralismo.

**KEYWORDS:**

Constitution, Human Rights, History, Memory, Pluralism.

**PALABRAS-CLAVE:**

Constitución, Derechos Fundamentales, Historia, Memoria, pluralismo.

**1 INTRODUÇÃO**

Este prelúdio traz as notas iniciais de algo que precisa ser composto dialeticamente em nosso ambiente sociopolítico-jurídico. É ser regido pela história que nos contorna, pois ao chegarmos ao *mundo* já estava ele carregado de fatos e de normas para serem conhecidas, respeitadas e, posteriormente, alteradas. O *indivíduo* não parte do vazio; inicia sua jornada sobre uma estrutura cultural erguida durante milhares de séculos. É preciso respeitá-la, porém é necessário modificá-la no que se considera atávico, a fim de guiá-la às próximas gerações. Portanto, projetar a história no Direito, por meio da legislação e das decisões, contribui para efetivar uma possível ideia de justiça ou de retidão, e até mesmo de verdade.

O *eu*, agora, é constituído de história; seu conhecimento, sua vestimenta, qualquer ato emanado carrega em si uma carga enorme de história. Possui um sentido que atravessou e atravessará o tempo, com mudanças. Como produto cultural, o Direito também é essa história, a qual é reconhecida pela memória. A memória reconstitui a história e a faz inteligível. Assim, para conhecer o direito de propriedade, por exemplo, é preciso buscar no arquivo memorial o significado de propriedade, ou seja, aquilo compreendido e reconhecido como propriedade. Esta, por sua vez, foi forjada durante os séculos e ainda o é. Nesse ponto, ela possui a intersecção do conhecimento passado com o presente, sendo possível projetar o futuro.

Isso se torna evidente quando defrontado com direitos esculpidos pela força da guerra e atrocidades contra *seres humanos*. Os Direitos Humanos merecem total atenção por serem direitos oriundos de fortes impactos contra a *humanidade*, impactos marcados com sangue e perdas de vidas. Assim, os *direitos fundamentais* gravados na Constituição devem ser reconhecidos conjuntamente com o fato e a história das pessoas envolvidas, principalmente, quando se tratar de um grupo hipossuficiente. Não se pode ignorar a diferença cultural-histórica, por exemplo, entre os diversos grupos indígenas e outros grupos coexistentes. Aplicar a mesma regra sem sopesar as diferenças inerentes é concretizar a desigualdade.

Por conseguinte, é indispensável considerar as memórias próprias dos *direitos fundamentais* em sua radicalidade, pois cada um desses *direitos* possui motivações históricas em âmbito nacional e/ou internacional.

A ignorância ou a ausência da

memória pode significar a aplicação deturpada dos *direitos*, especificamente, os *fundamentais*. Em suma, o prelúdio busca suscitar uma reflexão potencializadora dos *direitos fundamentais*, ou seja, em última instância, dos Direitos Humanos.

## 2 A HISTÓRIA E A CONSTITUIÇÃO COMO MEMÓRIA

O fenômeno jurídico é caracterizado pela sua constituenda historicidade, o que possibilita investigá-lo e tratá-lo como Direito no decorrer do tempo. Entre o passado e o presente, é possível denominar diversas manifestações normativas em inúmeros locais de Direito. Com isso, admite-se as diferentes formas de compreensão jurídica – até mesmo diante de uma mesma época e espaço. A multiplicidade de visões incidentes sobre o fenômeno jurídico não indica arbitrariedade; pelo contrário, apenas mostra as variações de *visões de mundo* sob um mesmo fenômeno (cultural), nada além da admissão de diversas experiências histórico-objetivas de quem está lançado (-aí) no mundo, ou seja, de quem assumiu a *responsabilidade* de ter nascido (FAZERES, 2000, p. 63).

Essa pluralidade não nasce por geração espontânea, o que significa dizer que, para que se possa admitir uma concepção jurídica, é necessário partir do entendimento de Direito à época que tenha, no mínimo, algum ponto em comum. Para que determinada concepção seja admitida como jurídica, é imperial que se tenha o fundamento *a priori* (seja metafísico ou não, dependendo de como o Direito é visualizado) vigente. Admitir um **fundamento** não é aceitá-lo passivamente como o mais adequado, mas partir de um ponto **dominante** para afirmá-lo ou contrariá-lo no presente e estruturar ações para o futuro.

Pode-se, nesse ponto, inferir a condicionalidade do entendimento e a coerência humanas à própria experiência. Assim, por mais plural que sejam as opiniões e as visões teórico-práticas, há um ponto e um limite de compreensão comum. Aqueles que se esquivarem dessas delimitações perdem o contato com o *próprio mundo-da-vida* e o sentido do Direito (na história). Tanto para a corrente da história que admite a descrição dos fatos pelo historiador, quanto para a outra corrente que admite a constru-

ção de um passado pelo historiador (HESPANHA, 1971, p. 8), precisa-se iniciar num ponto comum originado pelo amálgama de fatores e valores advindos do passado e atuantes no presente. Tal ponto é a memória, conteúdo fornecido pela história que se torna dominante – a história oficial. Por sua vez, a memória pode ser afirmada ou contestada, mas, para isso, é preciso partir dela própria. Então, em princípio, a memória é a história oficial, os pontos comuns em que os coexistentes do mesmo mundo tomam o conhecimento do passado, podem compreender o presente e planejarem o futuro. Isso implica considerar o *ser humano* como um *ser histórico*.

Esse *ser histórico* produz e modifica seu próprio mundo, o da cultura. Logo, estando o Direito inserido nesse mundo concebido pelas mãos humanas, é um produto cultural que consiste na prática de proferir juízos valorativos sobre as situações da vida social representados, nos Estados modernos, pela legislação [este é o direito em vigor – produto do decorrer histórico] (HESPANHA, 1971, p. 46). Por conseguinte, o tipo de método interpretativo contribui para determinar o significado do texto, justamente por este sempre estar inserido na cápsula da história com suas intenções normativas. O Direito não se equipara à *lei* – regras técnicas; ele se concentra nessas intenções normativas de ideais axiológico-jurídicos que, num momento histórico, são recolhidas, do texto legal, pelo intérprete, para poder realizá-las (HESPANHA, 1971, p. 48).

A ordem jurídica – como Direito – não é produto do acaso, do arbítrio infundado ou do decreto do legislador; sobre ela reside a sua historicidade constituenda e a do “operador” jurídico (HÄBERLE, 2006, p. 57). Por isso, uma regra pode ter diversos significados em relação aos princípios num determinado tempo e espaço, porém, em outro tempo e espaço, é possível que possua significado distinto dos anteriores. Além do mais, a compreensão da norma variará de acordo com a memória empregada pelo intérprete, no momento da sua aplicação: se for a oficial<sup>1</sup>, terá um sentido e, se for a não-oficial<sup>2</sup>, outro. Como o intérprete carrega a sua memória, a *lei* também possui a sua própria. Por conseguinte, poderá ocorrer a união de horizontes de memórias: memória oficial com oficial ou memória oficial com não-oficial. Nessa última fusão, encontra-se o descompasso entre as intenções normativas da *lei* com a situação de fato social analisada, impossibilitando o encaixe das intenções normativas com o fato social e,

por consequência, implicando conflito entre essas duas ordens.

### 3 A CONSTITUIÇÃO E A HISTÓRIA: A MEMÓRIA

A ideia de Constituição traz consigo a possibilidade de unir um estado de coisas distinto do anterior com uma ordem política justa. É o pondo de união entre as três dimensões temporais ao recepcionar o passado, ao organizar o presente e lançar os fundamentos para o futuro. Traz consigo a tradição revisitada quando, em seus preceitos, encontram-se a divisão de poderes (MONTESQUIEU), a democracia (ROUSSEAU), a dignidade humana (KANT), a propriedade (LOCKE) [...] (HÄBERLE, 2000, p. 2-4). Assim sucedeu tanto em 1776 com as colônias que formaram os Estados Unidos da América, em relação à pátria-mãe, como em 1789, na queda do antigo regime na França, e em 1791, com a revolução constitucional que substituiu o sistema monárquico. A Constituição, nesses exemplos, trouxe expectativas de mudança para um futuro de liberdade e de democracia, pois, sem uma Constituição, não é possível alcançar qualquer grau de liberdade, como pretendia, por exemplo, a declaração do *homem e do cidadão* francesa de 1789. Também, sem uma ordem constitucional não se pode admitir a divisão de poderes e os direitos individuais, pois a Constituição surge após o momento revolucionário, de mudança e de fundamentação de particular significação (VOLÄNDER, 2009, p. 7 e 9).

A ordem constitucional projeta uma nova ordem capacitada a ser conservada contra situações adversas e a resistir à passagem do tempo, em decorrência de sua prevalência normativa com suas expectativas manifestas. No mesmo sentido de *Thomas Paine*, a constituição deve ser considerada a bíblia do Estado, sendo que cada membro do governo e do povo deveriam possuir um exemplar, pois é a constituição que atribui à política uma ordem institucional. O caráter essencial se refere à superioridade das normas constitucionais em face das demais normas e não ultrapassa a incidência do tempo e das mudanças sociais e o seu texto sofre a mutação na sua compreensão. A sua índole é constituir uma ordem política de modo fundamentante a decidir litígios e problemas da vida político-social (VOLÄNDER, 2009, p. 9).

É justamente na Constituição que se encontram os direitos funda-

mentais, as atribuições de competência aos órgãos superiores e a organização do Estado. A *Magna Carta* abriga os preceitos essenciais do poder, tanto do Estado quanto dos cidadãos, ao fixar os objetivos, as finalidades e os princípios a vigorarem na sociedade, sendo que, para as constituições modernas, esses princípios são diretamente compreensivos<sup>3</sup>. Isto implica separar a validade dos Direitos Humanos, do Estado de direito e do Estado social do poder político, ao ponto desse poder não interferir arbitrariamente nos princípios e normas concernentes aos fundamentos do Estado, ou seja, são normas intangíveis ao poder constituinte derivado.

Nisso se encontra uma das características da Constituição moderna exurgida com os documentos norte-americano e francês no século XVIII. Também se caracteriza por ser escrita, por conter um catálogo de direitos fundamentais e por estabelecer a organização da separação dos poderes. Sem dúvida, a diferença marcante da constituição moderna para a antiga está na soberania do povo exercida direta ou indiretamente, atribuindo, assim, à Constituição, o caráter de humana, espacial e temporal (VOLÄNDER, 2009, p. 10-12). Nisso está incluída a alteração constitucional por meio de sua interpretação (HÄBERLE, 2000, p. 4-5)<sup>4</sup>.

Entre a antiga e a moderna estão séries de fatos históricos formadores de uma experiência que impele as mudanças para uma nova forma (VOLÄNDER, 2009, p. 16). Desse modo, a moderna constituição não pode repetir as marcas (consideradas) deletérias da época anterior, pois as condições sócio-humanas se modificaram e, junto com elas, os valores. Dessarte, recai uma espécie de verdade histórica com que a assembleia constitucional estabelece (HÄBERLE, 2006). A experiência histórica constituiu uma carga de memória compositora dos documentos constitucionais modernos. Por isso, tais documentos não dispensam a divisão tripartida de poderes, como também lhe são imprescindíveis a forma escrita, o elenco de direitos fundamentais, a democracia, a liberdade e a igualdade de todos os cidadãos perante o Estado<sup>5</sup>. São normas que carregam na memória um passado que não se deseja repetir ou melhorá-lo; e, ainda, buscam construir um futuro distinto do passado regulando o presente, impulsionado pela índole normativo-constitutiva das normas (jurídicas) constitucionais.

A memória se manifesta expressa ou implicitamente e negativa ou positivamente nos textos fundamentais. A qualidade de expressada pode

ser vislumbrada quando uma norma estabelece diretamente um valor ou fato, por exemplo, a proteção da ordem constitucional e o Estado Democrático do Art. 5º, XLIV da Constituição Federal (CF) de 1988<sup>6</sup>. De outra forma, o implícito se encontra de maneira disfarçada, inclusive, pondo em dúvidas o objetivo da norma em relação ao fim a ser alcançado, como por exemplo, o instituto da medida provisória (Art. 62, §§ 2º até 12 da CF)<sup>7</sup>. O aspecto positivo e negativo diz respeito à manutenção do passado ou sua refutação por meio de um mecanismo normativo. Logo, poderia qualificar de positiva a memória constitucional no que diz respeito, por exemplo, aos valores e aos fatos que se enquadram no Art. 5º da CF; já o aspecto negativo pode ser visualizado no Art. 223 da CF<sup>8</sup> – tal avaliação é claramente subjetiva com os fatos históricos como elementos objetivos. Assim, também, são projetadas as realidades políticas dos países europeus que viveram a ditadura do comunismo (a cláusula “anti-ideológica”) (HÄBERLE, 2006, p. 104-111).

As Constituições são símbolos de uma época carregada de experiências passadas, porém, elas não são imutáveis; pelo contrário, a partir do momento de sua disfuncionalidade com os valores dominantes, poderá ser substituída<sup>9</sup> por outra, desde que o poder soberano seja emanado pelo povo (VOLÄNDER, 2009, p. 16-20). Somente este possui a soberania e pode fixar os valores preponderantes para uma nova ordem; isso indica impor a sua memória<sup>10</sup>, que será gravada no texto axiológico-normativo da Constituição. Esse fenômeno ocorreu no caminhar do aperfeiçoamento constitucional, por conseguinte, as diversas constituições contiveram as características de evitar um retorno ao passado repudiado e de garantir condições “melhores” ao futuro. A Inglaterra observou isso com a *Magna Carta*, a *Petition of Rights* e a *Declaration of Rights* (VOLÄNDER, 2009, p. 34-39), enquanto os norte-americanos, colônia da Inglaterra, absorveram as experiências inglesas e construíram a sua constituição (VOLÄNDER, 2009, p. 39-53); da mesma forma, os franceses compuseram a sua constituição de 1791, ao se rebelarem contra o *Ancien Regime* (VOLÄNDER, 2009, p. 53-54).

Como se percebe, cada povo agrega a sua experiência histórica e a dos outros (quando observada) para formar a sua Constituição. Por consequência, cada *Magna Carta* possui valores preponderantes que as torna ou não distinta das demais constituições de outros povos. Do mesmo

modo, por exemplo, a Constituição do Brasil de 1988 é a memória oficial de Portugal-império e Brasil-colônia e das Constituições anteriores (CAMPANHOLE e CAMPANHOLE, 1986) (de 1824 até a Constituição de 1988 com suas inúmeras emendas), além de agregar, entre outras, as experiências norte-americanas e francesas.

Se a Constituição carrega uma memória, o intérprete – cidadão, técnico jurídico, político, economista, etc – também é portador de memória (constituída ao longo da sua vida), mas esta pode ser tanto a oficial como a não-oficial. Assim, ao interpretar a Constituição, ocorrerá a fusão de horizontes, da qual resultará uma perspectiva ímpar ao se levar em consideração o caso em voga. A singularidade da perspectiva pode estar ou não total ou parcialmente com a memória constitucional. Se estiver de acordo total ou em parte, será constitucionalmente legítima no que está de acordo com a Carta. Porém, se a interpretação não estiver de acordo com a Carta, ela será ilegítima, logo, será inconstitucional.

Essas conclusões são simples de serem abstraídas do contexto jurídico-prático. No entanto, existe hoje em dia a abertura ao pluralismo sociopolítico-jurídico. Ao incidir o pluralismo no contexto memorial, evidencia-se com mais força uma memória não-oficial, oriunda do gueto da história, submersa em detritos da memória dominante. Com isso, não se quer subverter a memória oficial ao ponto de deslocá-la ao posto de não-oficial, mas pretende-se, apenas, trazer a memória não-oficial à superfície para ser confrontada com a oficial, ao constituir uma comunicação dialógica. Ainda, não se deseja perverter a Constituição e sua função; ao contrário, a partir da Constituição ter-se-á a recuperação das condições daqueles portadores da memória não-oficial. Mas, para tanto, é preciso estabelecer um ponto legitimante da pluralidade a incidir na Constituição no momento da sua interpretação.

O aspecto plural tem origem nas diferenças e não na igualdade (identidade), porém, somente quem pode produzir diferenças são os diferentes seres humanos em sua irrepetível e histórica característica. Em relação à memória, poder-se-ia criar uma espécie de parâmetro, portanto, são (mais) semelhantes aqueles que possuem memórias semelhantes e são mais díspares aqueles que possuem memórias distintas. Por isso é possível encontrar *visões-de-mundo* completamente distintas em sociedades plúrais que permitem a livre formação e a manutenção de cada memória. Por

outro lado, em sociedades fechadas e totalitárias, a similitude prepondera, pois o cultivo da diferença memorial pode provocar grande risco à sociedade e é fortemente reprimida<sup>11</sup>. Com isso, depara-se com a questão da democracia e da liberdade em relação à igualdade (identidade) ao relacioná-las às condições reais de exercer a democracia, sendo que mais identidade significa, na esteira de *Hegel*, a abolição das condições propícias para a democracia (KRIELE, 1990, p. 229). Daí a necessidade de desqualificar qualquer memória como oficial e estabelecer todas as memórias no mesmo patamar de importância, para o que a constituição deve acolher o *pluralismo*.

#### 4 CONSTITUIÇÃO DO PLURALISMO: O ACOLHER DA DIFERENÇA MEMORIAL

A sociedade plural exige uma Constituição plural, capaz de possibilitar um maior número de diferença sem comprometer a própria índole do Direito. Isso não significa a convivência com qualquer situação, mas constituir uma premissa pluralista capaz de compreender uma variedade de ideias e de interesses na coletividade política, visualizada no local e no tempo, (HÄBERLE, 1980, p. 55) a conviverem em ordem e a não violarem a concepção de Direito<sup>12</sup>. Uma diversidade de memórias é abarcada pela “tolerância” da expressão constitucional do Direito, envolvendo maior abertura da própria constituição, teorias, interpretações e intérpretes. A abertura baseia-se em direção ao futuro e ao passado, inclusive os textos clássicos são textos constitucionais que contribuem na compreensão da teoria do pluralismo constitucional. No entanto, essa teoria não pode abdicar da interpretação e da política constitucional, sobretudo da fundamentação antropológica (HÄBERLE, 1980, p. 55).

A experiência como crítica normativa refere-se à história – e à sua memória – constitucional como valor preponderante, por um lado, e como comparação constitucional, por outro. Cada geração e povo precisam constituir e encontrar a sua própria experiência a fim de arquitetar boas instituições constitucionais. Com certeza, não é somente a Constituição que pode garantir a sucessão de gerações; é necessário que cada pessoa contribua com a continuidade dos institutos no espaço coletivo. A inserção da experiência na teoria do pluralismo constitucional é um com-

plemento para atualidade e orientação do futuro da Constituição. Cabe destacar que tal pluralismo procura seu rumo entre o conservadorismo e o reformismo (HÄBERLE, 1980, p. 56). Então, sob a experiência, encontram-se as diversas memórias (as oficiais e as não-oficiais) coexistentes.

Para alcançar o equilíbrio dessas memórias o espectro do pluralismo deve atingir quatro domínios distintos: 1) no sentido extenso do domínio político público; 2) no domínio cultural, científico e artístico; 3) econômico; 4) em sentido estreito, no domínio estatal. A Constituição surge como o pluralismo da *lei* (HÄBERLE, 1980, p. 56). Implica adotar uma teoria constitucional pluralista, uma interpretação constitucional pluralista e uma política constitucional pluralista. Tal pluralismo é formado e mantido por condições de consenso irrenunciável de elementos como a dignidade humana, a informação, a opinião, a ciência; inclusive, a liberdade partidária e a oposição, além de um Estado democrático, público, social e cultural, ainda com a separação entre os poderes e a independência jurisdicional. Esses elementos favorecem a garantia de participação dos diversos grupos sociais na construção de um ambiente comum (HÄBERLE, 1980, p. 57).

Este modelo constitucional preocupa-se em proteger a minoria e em deixar de servir determinados grupos ou classe de cidadãos, instituindo uma tolerância interna do Homem em relação ao cidadão. É justamente essa proteção, por vezes, promoção, que capacita a minoria a participar plenamente do ambiente democrático e a exercer a sua cidadania (TOURNAINE, 1996, p. 63-64). A manutenção do espaço público constitucional é efetuada pelo desenvolvimento do próprio consenso guiado pelas garantias exigidas pelo pluralismo constitucional que deve manter sempre ativa a tolerância. Em última instância, é assegurar a cada pessoa ou grupo a possibilidade de manifestar, intervir e se opor com suas próprias concepções (memórias) no ambiente público, dentro dos limites jurídicos (HÄBERLE, 1980, p. 59). Também que a pessoa ou o grupo tenham reconhecido a sua história, sua cultura, sua economia e sua política perante os demais. Logo, a memória (oficial ou não) contribui para estabelecer o fundamento do reconhecimento.

As decisões que ignoram esta memória devido à simpatia da letra da *lei*, violam a pluralidade Constitucional e seus elementos acima indicados. O pluralismo constitucional não pode ser apenas formal, mas incontor-

navelmente ele deve ser material. Esta materialidade envolve levar a sério a memória da pessoa ou grupo, independente de qualquer circunstância, não só como sinal de tolerância, mas de legitimação do apelo do *outro* como pessoa, pelo fato de o pluralismo ser a medida do Homem, de estar fundado antropológicamente (HÄBERLE, 1980, p. 62) na diversidade. O sujeito não pode ser reduzido à simples razão, por participar na formação, manutenção e alteração de identidades coletivas, num constante movimento de inclusão e de libertação, numa luta constante para assumir o seu lugar de interesse (TOURAINÉ, 1996, p. 174).

O *ser humano*, portanto, possui três dimensões simultaneamente ativas: a razão, a liberdade e a memória. Essas três perspectivas podem ser traduzidas de forma praticossocial ao pô-las em correspondência com a República democrática. Somente esse regime político permite aflorá-las em suas respectivas potencialidades. A identidade coletiva remete à organização política a fim de representação dos interesses dos diferentes grupos sociais (memória); a razão transporta a cidadania – numa forte marca da Revolução Francesa –; e a liberdade impõe uma visão individualista que limita o poder do Estado com o objetivo de preservar os *direitos fundamentais* (TOURAINÉ, 1996, p. 174).

Fortificando as mesmas circunstâncias, o Estado constitucional se contrapõe a qualquer Estado totalitário ou de ideologia monopolítica. Isso, pois, nele não se impõe a verdade absoluta; pelo contrário, ele estimula a busca da verdade. Com isso, a verdade surge no meio da convergência de percepções e representações que parte do uno e se converge em múltiplo em direção à *dignidade humana*, pois somente com dignidade é que se pode ter multiplicidade/pluralidade, e isso é realizado por meio das garantias constitucionais (HÄBERLE, 2006, p. 113-118).

## 5 DIREITOS FUNDAMENTAIS: A MEMÓRIA QUE DEVE PREVALECER

Os *direitos fundamentais* constituem os mecanismos de proteção à *dignidade humana*, sem que nessa proteção existam distinções entre classes, crenças, opções políticas, sexuais etc. O seu núcleo memorial é a *dignidade humana*, pois foram projetados e estabelecidos ao longo das diversas atrocidades praticadas contra a algum grupo *seres humanos*. Sua

memória é composta por genocídios, torturas, restrições arbitrárias, perseguições injustas, desaparecimentos por motivos políticos, discriminações (raciais, morais e sexuais), penas injustas, suplícios[...]. Todos os fatos históricos compositores desse elenco são responsáveis pela concepção de Direitos Humanos e *fundamentais*, além de reforçarem a importância desses direitos invioláveis.

Por meio da história resgatada pela memória, é possível encontrar a explicação fundamentante para a sustentação e a aplicação desses *direitos*, ou seja, estabelece-se, nesse momento, o possível confronto entre memória oficial e memória não-oficial. Ora, se os *direitos fundamentais* foram emergindo conforme as atrocidades, a sua memória foi criada com a seleção de fatos históricos relevantes para aqueles que assim os instituíram (memória oficial). Porém, existe o lado dos fatos históricos relevantes para aqueles que não instituíram esses *direitos*; portanto, as suas memórias estão ligadas a outros fatos (memória não-oficial).

Não se pretende, com isso, recusar e subverter a memória oficial. Apenas, busca-se destacar a necessidade de olhar para o *outro* lado, legítimo como o oficial, quando da incidência desses *direitos* num caso concreto. Também, não significa deixar desabrigados os aderentes à memória não-oficial, mas escutá-los a fim de possibilitar a aplicação dos *direitos fundamentais* na perspectiva dessas memórias. Isso significa reconhecê-los e colocá-los de alguma forma na dialética da *res publica* (SCHACHTSCHNEIDER, 1994, p. 59). O processo jurídico-político torna-se mais complexo, mas assume uma dialética que tende a se desenvolver ao ponto fulcral do caso concreto. Logo, são duas posições antagônicas a colidirem até chegar a uma resposta fundamentada, ou seja, a fundamentação deve levar em conta ambos os lados<sup>13</sup>, sem se contradizer.

## 6 COMO PODERIA SE DESENVOLVER UM CASO

Este momento é exemplificativo: não possui o objetivo de estabelecer nem defender posições em relação ao caso. Apenas pretende convocar alguns argumentos para situar a temática acima exposta. O caso de que se pretende tratar, em resumo, é o da política pública *x*. Essa política

busca concretizar preceitos de *direitos fundamentais* nucleares da CF.

A política pública suscita a lembrança de fatos históricos do país que colocam duas circunstâncias de grupos distintos de tal forma que um grupo (A), por critério sociopolítico-histórico, é incluído na política pública e outro (B), que por critério sociopolítico-histórico, ficou fora de  $x$ , mas que também sofre o mesmo problema de A que é objeto de  $x$ . Nota-se que os reflexos da história, relativos ao  $x$ , são sentidos hoje em diversos aspectos por ambos os grupos (A e B), mas apenas A possui acesso à política pública por meio da memória oficial.

A memória não-oficial em movimento dialético com a oficial agrega à interpretação da memória oficial a visão de questionadora sobre se  $x$  é ou não constitucional ou se é ou não legítimo. Cabe destacar que a memória oficial (constitucional) encontra-se marcada na constituição por meio da normatização, cujo objetivo é de enfrentar o problema e de forçar que a situação desvantajosa mude. Nesse sentido, a memória oficial é de uma precariedade e de desigualdade quando faz a diferenciação de A e de B no condizente ao acesso a  $x$ .

A memória oficial (infraconstitucional), no caso de  $x$ , está baseada no argumento da redução da desigualdade entre todos os grupos de pessoas (A, B, C, D,...), porém o grupo B não é abarcado pela política pública  $x$  e, por isso, acaba por se encontrar ainda em desigualdade e sem o auxílio de  $x$ . A memória oficial está ligada a uma época marcante e percorre todo o desenrolar histórico até os dias atuais, caso contrário não seria argumento para política pública.

A memória não oficial, nesse caso, não nega a memória oficial, porém alarga a política pública ao incluir a peculiaridade do grupo B, sem enfraquecer as necessidades do A e potencializar  $x$ . Assim, o poder judiciário e o legislador devem se ater, no mínimo, a essas duas memórias, e, quando decidirem por uma delas, devem decidir fundamentadamente. Não será o árbitro que deve decidir, mas os fatos e os valores que incidem nessa questão. Se esta se resume ao aspecto do grupo A, então somente a este deve ser destinada a política pública, porém se abrange o aspecto que pertencem ao B, A e B deverão ser abrangidos. A questão memorial fica estabelecida com essas duas opções, sem prejuízo de outras possíveis serem alegadas.

## 7 CONCLUSÃO

O prelúdio baseia-se na questão teórica de situar a memória (história) no contexto jurídico. A memória que está inscrita na letra das legislações, das doutrinas e da jurisprudência e a memória encontrada na vida de cada *indivíduo* ou da *comunidade*. Se o poder emana do povo, as legislações e as decisões devem refletir o sentimento do detentor do poder soberano, porém, na democracia, não existe unanimidade e, por vezes, a vontade ou a necessidade da maioria não é exatamente a expressão da legislação e da decisão. Incidem os fatores políticos do discurso e da dominação. Na tentativa de colocar a manifestação do povo, com isso, aproximar a vontade ou/e a necessidade do soberano às decisões e às legislações.

A memória não oficial é o elemento caracterizador de uma contraposição à oficial. Por isso, é capaz de estimular a dialética a fim de estabelecer um confronto de ideias e, por fim, estabelecer a resposta mais adequada à vontade e à necessidade do soberano. O *republicanismo* é o reflexo da dialética entre a minoria e a maioria em termos democráticos. Sem a memória não oficial, ter-se-ia em voga um único aspecto a ser visualizado. É claro que existem casos em que se terão inúmeras memórias não oficiais ou até oficiais, momento em que o importante é o confronto de memórias na perspectiva do Estado constitucional-republicano, sendo que a prevalente deve possuir coerência com os princípios sócio-estatais.

Os *direitos fundamentais* foram e são forjados pelos fatos históricos e a necessidade de proteger o *ser humano* de degradações por ele mesmo produzidas contra si mesmo. O rol de *direitos fundamentais*, por essa razão, aumentou e tende a aumentar, pois sua natureza não é algo estanque no tempo e no espaço, mas dinâmica (Art. 5º, §§ 2º e 3º da CF). É um exemplo jurídico carregado de história e, certamente, nela fundamentado. Por isso e por ser uma classe de direitos fundadores de todo o ordenamento jurídico, carrega em si múltiplas memórias das mais graves atrocidades contra o *ser humano*, ou seja, suas memórias são paradigmas para a atual geração e para as gerações futuras, justamente para que fatos memoráveis não se repitam.

Por fim, a questão da política pública, nesse prelúdio, serve de

exemplo. Não se retiram conclusões devido ao foco do artigo estar concentrado na esquematização da memória no Direito.

#### Notes

- 1 Refere-se a que se encontra na legislação e nas opiniões dominantes do Direito.
- 2 *A memória não-oficial contradiz a oficial, mas, como a oficial, ela também advém da seleção de fatos históricos.*
- 3 Assim, vide: Arts: 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Constituição Federal de 1988.
- 4 E assim pode-se dizer ao pensar na Constituição: “Que occultos são os mysterios da Escripura Divina; e que grande doutor é o tempo! Não ha melhor interprete das Prophecias, que o successo das coisas prophetisadas; nem ha discurso mais certo para alcançar o que não se entende, que o discurso dos annos.” (VIEIRA, 1945, p. 139).
- 5 Em relação à república existem alguns Estados que não a adotam, porém são democráticos (STERN, 1984, p. 579).
- 6 Art. 5º, XLIV: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;” da CF. Sem os fatos passados não se teria a exata função e importância deste dispositivo.
- 7 Todos os parágrafos foram objetos da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001 da CF. Neste caso, pode-se relembrar a atuação legislativa do executivo preconstituição de 1988. Portanto, aqui pode ter duas perspectivas: 1) uma brecha para relembrar o passado, a faculdade de legislar do executivo; 2) é necessário que o executivo legisle, logo, a constituição dita as condições e os limites para isto. Duas memórias que estão ligadas diretamente à legislação do executivo e à história ditatorial do país. A primeira pode ser considerada uma memória não-oficial, já que a CF de 1988, em seu todo, procura promover a democracia. Logo, a memória não-oficial indica os resquícios de concentração legislativa no executivo, que, se levada em conta, permite que as medidas provisórias sejam utilizadas indiscriminadamente.
- 8 Art. 223: “Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.” da CF. Fica a questão: qual o motivo de não remeter diretamente ao Congresso Nacional essa questão da radiodifusão? E a decisão que possui a marca do interesse do povo? Não interessa?
- 9 *Neste texto não importam quais são as formas de substituição de uma constituição.*
- 10 *A memória imposta é considerada a oficial. Nem sempre (ou quase nunca) essa memória expressa a realidade histórica do povo; pelo contrário, expressa, na maioria das vezes, a anuência expressa ou tácita do povo diante do texto elaborado e aprovado pela Assembleia Constituinte.*
- 11 A completa similitude de memória provoca a estagnação e a uniformidade social.
- 12 Para efeito de compreensão, a palavra Direito não se reduz à lei, mas implica um fenômeno mais complexo que não cabe aqui discorrer. Vide: KAUFMANN, 1966.
- 13 Em termos judiciais, a fundamentação terá que ser consistente e suficientemente desenvolvida para que, não só as partes, mas todos possam perceber (claramente) as motivações da escolha de uma das memórias. Cabe destacar que a concepção memorial não pretende dar azo ao arbítrio judicial nem legislativo, razão por que a motivação dos atos deve ser rigorosa.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- FAZERES, António. *Esboço de uma fenomenologia da liberdade*. In: *Phainomenon*. n. 1. Lisboa: Colibri, 2000. p. 63-78.
- HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein/Ts.: Athenäum, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Verdad y Estado constitucional*. Trad. Guillermo José Mañón Garibay. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Zeit und Verfassungsstaat – kulturwissenschaftlich betrachtet*. In: *Jura: Juristische Ausbildung*. 22. Jahrgang, 1. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2000. p. 1-10.
- HESPANHA, António Manuel. *O direito e a história. Os caminhos de uma história renovada das realidades jurídicas*. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano XVII, n. 2, 3 e 4. Coimbra, 1971. p. 7-68.
- KAUFMANN, Arthur. *Gesetz und Recht*. Saarbrücker Universitätsreden, 1966.
- KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. 4. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990.
- SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht. *Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Band I. 2. Aufl. München: Beck, 1984.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- VIEIRA, Padre António. *Sermões*. v. II. Porto: Livraria Lello & Irmãos, 1945.