

**O ESQUECIMENTO E A ADPF 153: CONCEITOS, CONTROVÉRSIAS E DILEMAS.
THE “ADPF 153” AND THE FORGETTING RIGHT’S: CONCEPTS,
CONTROVERSIES AND DILEMMAS.**

Márcio de Sessa, advogado, mestrando UNINOVE.

RESUMO

Cuida-se de estudo sobre o julgamento da ADPF 153 analisando o problema da interpretação histórica, o caráter de dilaceração social da anistia e os conceitos de esquecimento, e mesmo de perdão, utilizados pelos ministros para fundamentar seus votos. Utilizou-se do método dedutivo com a análise dos votos e o cotejamento, em caráter dialético, com os conceitos de esquecimento de François Ost e Paul Ricoeur para orientar a análise do texto. O objetivo foi de fomentar o debate sobre conceitos que conformam o próprio conceito em construção da Justiça de Transição, como o de esquecimento, bem como analisar se os votos dos ministros guardavam em comum o conceito e a relação entre esquecimento e anistia e se a decisão foi suficiente para efetivamente promover a reconciliação nacional e a consolidação democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição; Lei de Anistia; perdão; esquecimento.

ABSTRACT

This is a matter of study of the trial ADPF 153 building on the concepts of amnesty and its relationship with forgetfulness and forgiveness, used by Ministers to invoke both the merits and dismissed the action. We used the concepts of forgetting François Ost and Paul Ricoeur to guide the analysis of the text. That to propose questions to be addressed by the formulation of Transitional Justice in Brazil, in order to contribute to the debate on the objectives of the National Commission of Truth, which are: the right to memory, the historical truth and national reconciliation.

KEYWORDS: Transitional Justice; forgetfulness; oblivion; forgiveness.

INTRODUÇÃO

O Brasil saiu da ditadura, mas a ditadura saiu do Brasil?

Talvez seja a interrogação mais pertinente neste momento em que o Brasil se debruça sobre a discussão da Justiça de Transição do período do regime militar, compreendido entre abril de 1964 a março de 1985.

As graves violações de direitos humanos perpetradas durante o regime militar causaram um trauma na sociedade brasileira: a tortura foi institucionalizada, os seqüestros, as lesões, os estupros, os homicídios, a violência psíquica, moral e física foram utilizadas contra aqueles que se opunham ao regime de exceção.

A erosão política e econômica que se anunciava aos militares possibilitou a abertura para a discussão de uma transição democrática, com as forças sociais e políticas de resistência, para o restabelecimento dos direitos civis e do regime democrático. Neste contexto, foi aprovada a Lei 8.663, em agosto de 1979, que anistiava os crimes políticos e conexos, em evidente manobra de distensão do conflito para possibilitar medidas outras para a entrega do poder.

Naquele momento de negociações, o Conselho da OAB emitiu parecer de lavra do conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence que, mesmo apontando limitações no projeto de lei, foi favorável ao esquecimento penal para possibilitar a transição institucional e a restauração do Estado de Direito. Vencedora ao final, a Lei de Anistia 8.663/79 entrou em vigor para anistiar tanto os militares quanto os opositores do regime pela prática de crimes políticos e conexos.

E aqui a questão se coloca: a qual finalidade de esquecimento atingiu a lei de anistia? Quais as dimensões de esquecimento que se colocam frente a um processo histórico que ainda reclama por memória e verdade?

No intuito de trazer à luz, oficialmente, os fatos fragmentados da memória e da história, conhecidos ou desconhecidos, mas cuja obstrução impede a (re)construção de outra perspectiva sobre a história do período militar e da própria redemocratização (na esteira da provocação da ADPF 153), foi promulgada a Lei nº 12.258, de novembro de 2011, que criou a *Comissão Nacional de Verdade* “com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos [...], a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.

Esta, pois, a justificativa para o presente artigo: fomentar o debate sobre os conceitos que conformam os elementos do próprio conceito (em construção) da Justiça de Transição para contribuir nos questionamentos de sua formulação. Neste sentido, impende, pois, analisar os principais argumentos atinentes ao assunto de esquecimento na anistia, nos votos do

acórdão da ADPF 153, para localizar controvérsias e dilemas dessa decisão judicial para além dos argumentos elaborados naquela ocasião.

O método consiste em, pela dedução, cotejar os conceitos ou idéias de esquecimento adotados pelos ministros para justificar, em seus votos, a anistia e seus efeitos (seja para reconhecê-los ou para afastá-los dos crimes comuns) com os conceitos de esquecimento (e, alguns momentos, perdão) relacionados ao instituto da anistia, formulados por Paul Ricoeur e François Ost, também por um viés dialético de análise.

Ao final, o objetivo será de concluir se houve consenso ou dissenso sobre o que se julgava em relação à natureza de esquecimento inerente ao instituto da anistia frente ao regime militar e as violações aos direitos humanos.

Mais abertamente, trata-se de saber se a dimensão social, política e jurídica do esquecimento estavam de modo minimamente em comum nos fundamentos dos votos dos ministros que julgaram a ADPF 153.

1. O ESQUECIMENTO E A ADPF 153: CONCEITOS, CONTROVÉRSIAS E DILEMAS.

Questão de maior relevância foi apontada pelo relator da ADPF 153: a mesma instituição argüente do descumprimento de preceitos fundamentais foi a que se manifestou favoravelmente ao projeto de lei de anistia que se sagrou vencedor; “[...] de modo que [afirma o Ministro Eros Grau] encontramos nestes autos a OAB de hoje contra a OAB de ontem” (BRASIL, STF, p.38). Para o relator do acórdão, “a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante da resistência e atividade democrática da nossa História”; por esta razão, afirmou que “lhe causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*” (STF, p.22).

No entanto, de partida, não se pode supor que o entendimento político-jurídico, de outrora, sobre a proposta de anistia seja o mesmo que conheceu, trinta anos depois, os efeitos dessa promessa de perdão. Há que se relativizar, portanto, que a OAB de ontem tinha seus limites históricos postos e conscientes, tal como o próprio parecer do conselheiro Sepúlveda Pertence reconhece em sua fundamentação:

Creemos, por fim, que o pronunciamento da Ordem dos Advogados, a respeito desse projeto não pode terminar sem que a entidade repise, uma vez mais, a advertência, já reiterada, sobretudo através do eminente ex-presidente Raymundo Faoro: no processo de construção do Estado de Direito, **a anistia “é uma passo necessário, mas não o suficiente”**. Ainda que se tornasse ampla, geral e irrestrita, **ela deixaria subsistir, para o futuro, empecilhos institucionais decisivos contra o estabelecimento, no País, dos pressupostos necessários a uma autêntica convivência democrática.** (Processo CP 2164/79). (Grifo nosso)

Se por um lado a aposta no esquecimento penal para desarmar e aplainar o caminho para a democracia teve parcial êxito na distensão do conflito e possibilitou a transição democrática, por outro, o conselheiro-relator da OAB deixou entrever que a proposta de anistia era insuficiente para a consolidação do regime democrático e que carregaria consigo empecilhos institucionais decisivos contra a convivência democrática. Não se pode afirmar o que seriam, na visão da OAB de ontem, tais empecilhos. Mas o fato é que, trinta anos depois, a história se encarrega de trazer à tona a lei de anistia, pela voz de um de seus defensores, para o julgamento de sua validade pelo Supremo Tribunal Federal.

Também é notório que a própria OAB tinha ressalvas contra o projeto, o que afasta a vedação de ato contraditório para, ao contrário, interpretar-se, como alternativa, a tortuosa coerência histórica do problema posto à mesa. Ou seja, se era razoável apostar na proposta de anistia enquanto promessa para o futuro democrático, também é razoável vislumbrar que o processo histórico pós-anistia, sob a observação de seus efeitos por três décadas, fornece elementos para novas interpretações e percepções sobre a realidade. Estes, pois, alguns dos problemas que surgem no cenário da Justiça de Transição e que demarcou fortemente o julgamento da ADPF 153.

O problema da retroatividade do julgamento e a interpretação do processo histórico em diferentes momentos. François Ost afirma que:

[...] o passado nunca é simples, como sustentamos. Longe de se fechar em sua anterioridade, ele se **prolonga na atualidade** que, ao revés, modifica a percepção que dele temos. Dito de outro modo: **tanto os fatos quanto os textos recebem uma interpretação evolutiva**, enquanto, por natureza, a **decisão de justiça que os fixa possui um efeito retroativo**. Dizendo no presente o direito do passado, o juiz o reorganiza necessariamente. O problema da retroatividade do julgamento é então apresentado. (1999, p.177)

Demarcar o contexto histórico do acordo político que propiciou a lei de anistia foi, talvez, a principal preocupação do Ministro Eros Grau em seu voto. Para o relator, “inarredável [a] necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual” (BRASIL, STF, ADPF 153, p.31). Interpretar o texto da lei com os olhos de hoje seria um

anacrônico equívoco, segundo o relator. O problema da retroatividade do julgamento foi apresentado. Juridicamente se considera que os efeitos da lei de anistia operam e se consumam imediatamente com a sua entrada em vigor, contudo, de outro modo, os efeitos para além da juridicidade não se encerram no passado, no tempo consumado; permanecem a produzir efeitos sociais com implicações jurídicas, em especial, na constituição do direito subjetivo das vítimas e da sociedade em sua memória coletiva e sua história. Neste tocante, há que se observar que a memória social se imbrica na constituição da memória individual dos cidadãos, das vítimas do regime de exceção e das instituições democráticas.

Talvez, a pergunta de fundo que se faça atualmente seja em relação ao caráter inegociável, naquele contexto, da extensão da anistia aos crimes conexos aos crimes políticos, com a heterodoxia de abarcar os crimes comuns de qualquer natureza. Em entrevista recente, o conselheiro-relator do parecer da OAB retomou o assunto e afirmou que este ponto “tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender [...] os delitos de qualquer natureza cometidos nos ‘porões do regime’” e que não alimentou vãs esperanças que isso pudesse ser alterado pelo Congresso (http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339; acesso em 01.08.2012).

Três décadas depois, instituições consolidadas no regime democrático fazem a pergunta se, atingido o objetivo institucional da anistia – o de abrir caminho para a redemocratização, poderia ser revisitado o “excesso” de anistia para abrir persecução criminal contra os militares que praticaram crimes comuns, como a tortura, o seqüestro, o estupro, os atentados, etc. A peça inicial da ADPF 153 afirma que “a interpretação questionada da Lei nº 6.683 representa clara e direta ofensa ao princípio democrático e ao princípio republicano, que embasam toda a nossa organização política” (OAB, 2008, p.22). Revisitar a lei de anistia para revisá-la seria parte do próprio processo de consolidação democrática.

Contudo, é necessário reconhecer que, a despeito de todo o contexto político de negociação da anistia, princípios jurídicos foram mobilizados, consolidaram-se conseqüências com efeitos jurídicos, barreiras, inclusive jurídicas, foram criadas em defesa do poder dos militares e em defesa da saída institucional encontrada para a transição democrática. E tudo isso também se confunde com institutos jurídicos consagrados para a defesa dos direitos humanos, como princípio da proibição de retrocesso, a irretroatividade da lei penal (salvo para beneficiar o réu) e, inclusive a prescrição, cuja finalidade esteja intrinsecamente vinculada ao esquecimento e à pacificação social. São questões que devem ser enfrentadas, independente da posição que se assumam.

Todas essas questões relacionam-se com o problema da retroatividade do julgamento que, notoriamente, vincula-se ao da interpretação dos fatos e dos textos normativos; são novas perspectivas de interpretação que se delineiam com o decurso temporal, com os novos contextos sociais e com os próprios intérpretes que se (re)colocam no cenário político-jurídico-social.

Como, então, desdobrar o problema da retroatividade do julgamento e da interpretação do passado na constituição das memórias coletivas e individuais? E, ainda, assegurar a reinterpretação da verdade histórica e da reconciliação nacional na construção do conceito e dos meios efetivos de uma Justiça de Transição? E isso tanto para o caso colocado em debate na sociedade quanto para a construção de um paradigma que oriente o futuro.

Deixado em aberto o problema anterior, parte-se para nova questão trazida ao julgamento da ADPF 153 pelo Ministro Relator Eros Grau e que, vislumbra-se, tratar de tema essencial ao próprio desenvolvimento do conceito histórico de anistia e seus desdobramentos. Cuidou o relator de traçar o histórico de anistias concedidas ao longo de nossa história, bem como o seu caráter amplo, bilateral e generoso. Evidencia-se, da narrativa do relator, o caráter cordial do povo brasileiro: “Há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós” (p.30). Acresce, ainda, que “o Supremo Tribunal Federal interpreta essa matéria de modo benéfico” (p.29), como dão conta os acórdãos nos Recursos Criminais 1.396 e 1.400 (p.29); e, ainda, traz destaque para fragmento de voto do Ministro César Peluso, no RE 165.438, que afirma “em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos” (p.29).

Essa argumentação que demonstra o caráter generoso e cordial das anistias, amplo e bilateral, também carrega ao longo da história o caráter e a função de distender os conflitos sociais de cada época. Percorrendo os acórdãos e as leis de anistia citadas pelo relator da ADPF 153, vislumbram-se conflitos de poder e atinentes à estrutura de poder e das relações sociais que delimitam a assimétrica sociedade brasileira.

Registro a existência, no Brasil, no período republicano, de mais de trinta atos de anistia, veiculados pelos seguintes decretos ou leis-medidas: [...] oposição ao governo do Marechal Deodoro no Pará; [...] movimentos revolucionários em Mato Grosso e no Rio Grande do Sul; [...] acontecimentos políticos em SC e PE; [...] acontecimentos políticos em Alagoas e Goiás; [...] movimentos revolucionários; [...] Revolta da Vacina; [...] movimentos revolucionários de Sergipe e Mato grosso; [...] Revolta da Chibata; [...] ampliação da anistia à Revolta da Chibata; [...] crimes políticos no Espírito Santo em virtude da sucessão presidencial; [...] eventos no

Amazonas e Guerra do Contestado no Paraná e em Santa Catarina; [...] Revolução de 1930; [...] movimentos sediciosos de 28.04.1931 em São Paulo; movimentos sediciosos de 28.04.1931 em movimentos sediciosos de 20.05.1931 em Pernambuco; [...] Revolução Constitucionalista de 1932; [...] tentativa Comunista de 1935; [...] crimes de injúria ao Poder Público e crimes políticos; [...] crime de greve; [...] crimes de leis eleitorais revogadas; [...] crimes de imprensa; [...] movimentos revolucionários de 1955 a 1956; [...] crimes de greve, de imprensa e de insubmissão nas Forças Armadas; crimes políticos e conexos entre 1961 e 1979 [...]. (p.32)

São decretos e leis-medida que compreendem o período de 1891 a 1985 (período considerável de quase um século) e que, segundo o relator Eros Grau, além de se considerar para fins de interpretação da realidade daquele momento histórico, o caráter bilateral sempre esteve presente, anistiando tanto os detentores do exercício do poder quanto aqueles que se opunham ao poder estabelecido, anistiou autoridades e revolucionários, civis e militares (ADPF 153, p.33). A citar o exemplo da anistia de 1930, concedida pelo decreto 19.395, que dizia: “a todos os civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram nos movimentos revolucionários [...]” (ADPF 153, p.33), questiona ao final: “Alcançou exclusivamente os revolucionários ou terá beneficiado ainda os que os reprimiram?” (ADPF 153, p.33).

Se as anistias brasileiras expressam o valor de um povo cordial, também é razoável trazer ao debate o avesso dessa característica tão generosa: o dilaceramento das relações sociais que a impunidade, carregada pela tradição do esquecimento imposto pela abstração da lei, causa na sociedade. Tal como configurada na história, as anistias brasileiras cumprem a função institucional de rearranjo do poder, mas também desatam os laços e perpetuam a característica tão peculiar de impunidade que demarca nossa sociedade. Em especial, a impunidade dos que exercem o poder estatal e que, no uso de suas atribuições legais, fazem-na um privilégio e uma vantagem de negociação política.

Como, então, pensar o esquecimento e a reconciliação nacional num modelo de anistia que serve ao Poder? Se, sequer temos o direito à memória e à verdade ainda efetivamente assegurada, como propor que o modelo de anistia brasileira tenha vínculo com o esquecimento e mesmo com o perdão? Ou, então, pode-se pensar sobre uma deliberada política de distensão de conflitos com a imposição do esquecimento forçado, alienante, sem acesso à possibilidade de construção de interpretações outras da história brasileira garantidas pelo acesso irrestrito aos fatos que constituem a memória coletiva e individual.

François Ost cuida do assunto das anistias com a controvérsia que a caracteriza; questiona ele: “[...], esquecimento forçado ou perdão deliberado, conspiração do silêncio ou

gesto de reconciliação nacional, que será, então, a anistia?” (1999, p.174). Ost trata da anistia como o “perdão controvertido” (1999, p.171) fazendo uma diferenciação entre o mecanismo da prescrição e o da anistia; para ele a “prescrição procede de uma lei geral e permanente, adotada antes que os delitos sejam cometidos” (1999, p.172), daí porque a prescrição vincula-se ao não exercício de um direito, lançado no esquecimento, portanto. De outro modo, “o mecanismo da anistia procede de leis ou de decisões casuais que intervêm após a infração” (OST, 1999, p.172). Neste caso, há o que se perdoar, portanto; esta a razão porque “a idéia de perdão seja mais claramente associada à anistia” (1999, p.172).

Há, ainda, a idéia de anistia dos fatos, com a extinção da possibilidade de uma ação pública em seu próprio tempo, impedindo o registro da memória no processo judicial, aonde prestariam sua contribuição (OST, 1999, p.172). E aqui “o efeito do desempenho jurídico atinge seu ápice: agimos como se o mal nunca tivesse ocorrido; o passado é reescrito e o silêncio é imposto à memória” (OST, 1999, p.172).

Daí não se pode mais, sem se tornar acusado de difamação, sustentar, por exemplo, que tal pessoa, que agora pretende exercer um mandato político, foi um torturador em outros tempos. O direito à memória não é diretamente atingido neste caso? E a verdade histórica? Se daqui para frente o antigo criminoso, reabilitado em todos os seus direitos e títulos, desfila com suas condecorações, não se pode pensar que o passado foi manipulado e que a injustiça, ao invés de se atenuar, se agrava? (OST, 1999, p.172,173)

A pergunta posta por Ost, “que será, então, a anistia?” encontra eco em sua assertiva de ser controverso o instituto.

Paul Ricoeur, em sua obra *A memória, a história e o esquecimento* (2007), trabalhou com o esquecimento na perspectiva da anistia “enquanto um esquecimento institucional, [que] toca as próprias raízes do político e, através deste, na relação mais profunda e mais dissimulada com um passado declarado proibido” (p.460). Cuida ele de afirmar o caráter interruptivo que a anistia procede em momentos de graves desordens políticas que afetam a paz civil, pondo fim ao conflito e desempenhando verdadeiro papel terapêutico, sob a marca da utilidade e não da verdade (p.460).

É neste sentido que se afirma:

[...][que] a instituição da anistia só pode responder a um desígnio de terapia social emergencial, sob o signo da utilidade e não da verdade. [...] a fronteira entre a anistia e a amnésia pode ser preservada em sua integridade graças ao trabalho de memória, complementado pelo do luto, e norteado pelo espírito de perdão. Se uma forma de esquecimento puder ser legitimamente evocada, não será um dever calar o mal, mas dizê-lo num modo apaziguado, sem cólera. Essa dicção tampouco será a de um mandamento, de uma ordem, mas a de um desejo no modo optativo. (RICOEUR, 2007, p.462)

O último capítulo da obra de Ricoeur denota bem a questão de “o perdão difícil”. A tentativa de institucionalizar o perdão, pelo instituto da anistia, é um monstruoso fracasso; segundo o autor (p.495). “As coisas são diferentes com o perdão, cuja relação com o amor o mantém afastado do político” (2007, p.495). Os limites da pacificação institucional, por esta terapia emergencial de anistiar crimes, não cumpre o desiderato de esquecimento ou de perdão.

O alcance da anistia pressupõe desordens políticas que afetam a paz civil. Neste contexto de operar sua utilidade social, terapêutica, de interrupção da violência, a anistia:

[...] opera como um tipo de prescrição seletiva e pontual que deixa fora de seu campo certas categorias de delinquentes. Mas a anistia, enquanto esquecimento institucional, toca nas próprias raízes do político e, através deste, na relação mais profunda e mais dissimulada com um passado declarado proibido. A proximidade mais que fonética, e até mesmo semântica, entre a anistia e amnésia aponta para a existência de um pacto secreto com a denegação de de memória que, como veremos mais adiante, na verdade a afasta do perdão após ter proposto sua simulação. (RICOEUR, 2007, p.460)

Dá porque pensar a reconciliação nacional somente pelos estreitos limites da juridicidade não encontra amparo nas afeições sociais, da mesma forma que buscar a reconciliação dissociada da juridicidade que constitui o assunto não se ampara na vida em sociedade. Por estas razões que a decisão constitucional que reconhece a validade e os efeitos da lei de anistia operada em agosto de 1979, na transição do regime autoritário para o democrático, por mais que manifeste tanto seu repúdio aos crimes comuns perpetrados em violação aos direitos humanos, quanto invoque o caráter de esquecimento da lei de anistia, não se mostra capaz de alcançar a profundidade do reenlace social e do esquecimento que não esquece, do esquecimento que guarda a memória e se liberta do fardo passado.

E aqui apontamentos sobre o acórdão da ADPF 153 merecem compor este quadro acerca das idéias de esquecimento lançadas nos votos dos ministros para justificar e argumentar as respectivas tomadas de posição.

De início, cumpre trazer o voto do ministro relator Eros Grau, que na fundamentação de seu voto recorreu, primeiro, ao parecer do Procurador Geral da República, quando afirmou que “É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei de Anistia não significa apagar o passado” (p.18); para, mais adiante, incorporar em sua fundamentação fragmento do parecer da OAB do conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence (Processo CP 2164/79) sobre a relação entre a anistia e o apagamento penal.

Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é a sua objetividade. Isso sabidamente significa, como se lê, por exemplo, em Anibal Bruno (Distrito Penal, III/201), que “a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime, e, em consequência, ficam excluídos de punição os que o cometeram”. A idéia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (in Comentários à Constituição, 2/441), quando se mostrava que, pela anistia, “remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração”. Por isso, a observação de Pontes de Miranda (Comentários à Const. de 1946, I/343-344), de que “a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados”; e acrescenta: com ela, “olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser”. Na mesma linha, Raimundo Macedo, enfatiza que a anistia “é como a lei nova que deixou de considerar o fato como crime”. (BRASIL, STF, ADPF 153, p.34,35)

Mais adiante, o ministro Eros Grau retoma o parecer da OAB para citar fragmento que explicita o conceito de apagamento penal:

Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia. (BRASIL, STF, ADPF 153, p.35)

E ao final de seu voto o ministro Eros Grau conclui: “Há coisas que não podem ser esquecidas. (...) É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.” (p.34,35).

Voz dissonante quanto à questão fundamental do esquecimento relacionado à anistia, conforme se verá com os demais votos, a ministra Carmem Lúcia, ainda que tenha decidido pela improcedência da ADPF 153, confere entendimento diferente ao analisar a realidade social que se debate a OAB ao argüir a ADPF 153 e disse que:

[...] ao contrário do que comumente se afirma de que anistia é esquecimento, o que aqui se tem é situação bem diversa: o Brasil ainda procura saber exatamente a extensão do que aconteceu nas décadas de sessenta, setenta e início de oitenta (período dos atentados contra o Conselho Federal da OAB e do Riocentro), quem fez, o que se fez, como se fez, por que se fez e para que se fez, exatamente para que, a partir do que venha a ser apurado, ressalva feita à questão penal nos crimes políticos e conexos, em relação aos quais prevalece a lei n. 6683/79, se adotem as providências administrativas e jurídicas adequadas.

Deste modo, interessante dissociação a ministra Carmem Lúcia faz com o esquecimento em relação à anistia no caso brasileiro, mas afirma que seus efeitos operam na esfera penal, obstaculizando uma pretensa persecução. Ao contrário, afirma que sequer a sociedade brasileira teve conhecimento da extensão do ocorrido nas décadas do regime da ditadura militar, sendo necessário, antes, que se conheça a história.

A ministra reafirma o caráter de transição institucional propiciado pela negociação da Lei de Anistia, realçando o alto valor pago ao associar a anistia concedida mais como resultado de um perdão e menos de esquecimento, como deveria ser.

Não tenho como interpretar a norma de 1979 como se nada ou ninguém tivesse ali se comprometido com as finalidades buscadas, permitindo que a sociedade ultrapassasse aquele sofrimento e passasse a outro momento, ainda que com o pagamento caríssimo de, mais que uma anistia, que é resultado de perdão, menos ainda de esquecimento, como normalmente uma anistia é, chegar-se a um acordo que permitiu uma transição institucional. Buscou-se ali uma pacificação no sentido de transpor-se uma etapa para se chegar à paz social, que é fruto de um movimento no sentido de permitir que a vida se refaça. (BRASL, STF, ADPF 153, p.95)

E concluiu seu voto tratando do dever de informar e conhecer a história para que não sejam esquecidos os horrores perpetrados durante a ditadura. Parece, portanto, que a controvérsia sobre memória e o esquecimento na anistia se instaura no seio do próprio voto da ministra Carmem Lúcia:

O Brasil tem o direito de saber e o Estado tem o dever de informar, para que não sejam esquecidos os horrores perpetrados contra os brasileiros. Ultrapassar ou desconhecer a anistia, tal como entendida e praticada, com o aval da Ordem dos Advogados do Brasil, na primeira hora de sua proposição, para retroagir sobre o que se sedimentou e se exauriu, pela via da presente Arguição, é que não vejo como possa ser acolhido em face do direito vigente.

Primeiro a abrir divergência não julgamento da ADPF 153, o ministro Ricardo Lewandowski não abordou expressamente o conceito de esquecimento penal que a lei de anistia abarcaria em seu conteúdo, mas julgou pela procedência da ação para permitir, numa análise caso a caso, a persecução penal contra agentes do Estado que cometeram crimes comuns. Tratou, portanto, de separar os crimes políticos dos crimes comuns, não considerando estes conexos àqueles ao interpretar o parágrafo 1º do art. 1º da Lei 6.683/79 (BRASIL, STF, p. 99-130).

No entanto, pode-se entrever que o ministro Ricardo Lewandowski compreendeu o conceito de anistia enquanto esquecimento penal nos limites dos crimes políticos, retirando o condão da imputabilidade dos agentes do Estado que tenham excedido para a prática de crimes comuns com atrocidades dos meios.

Já o ministro Ayres Britto, em seu voto, inicia declamando um poema de sua autoria (A propósito de Hitler) para definir o lugar do perdão no indivíduo e na coletividade:

A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha, convite masoquístico à reincidência. (BRASL, STF, ADPF 153, p.135)

Em seguida, afirma que “no indivíduo, o perdão é virtude. Na coletividade, pode não ser virtude e ainda leva-la àquela situação tão vexatória do ponto de vista ético-humanístico de se olhar no espelho da história e ter vergonha de si mesma” (p.135). E para concluir sua posição sobre o perdão e sua relação com a anistia, repisa:

Volto a dizer: uma coisa é a coletividade perdoando; outra coisa é o indivíduo perdoando. Digo isso porque a anistia é um perdão, mas um perdão coletivo. É a coletividade perdoando quem incidiu em certas práticas criminosas. E, para a coletividade perdoar certos infratores, é preciso que o faça por modo claro, assumido, autêntico, não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa. (p.135,136)

A ministra Ellen Gracie afirmou que “anistia é, em sua acepção grega, esquecimento, oblívio, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas. É superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade. E é, por isso mesmo, necessariamente mútua” (BRASIL, STF, ADPF 153, p.152). E nesta esteira citou Plutarco que afirmava ser a Anistia a Lei do Esquecimento, dado que nenhum homem seria interrogado ou perturbado por coisas passadas (p.152).

Seguindo a votação, o ministro Marco Aurélio asseverou que:

[...] a anistia é o **apagamento do passado** em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Assentei também que anistia é **virada de página definitiva é perdão em sentido maior**, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural[...]. (BRASIL, STF, ADPF 153, p.155)

Invocando inicialmente o parecer da OAB emitido por José Paulo Sepúlveda Pertence, já anotado em outros votos, conforme citado acima, o ministro Celso de Mello também adota argumentação no sentido de a anistia fazer esquecer os ilícitos penais cometidos durante a ditadura. Ressalta que a bilateralidade do esquecimento penal afasta a incidência dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, diante a não tolerância do Pacto de São José da Costa Rica perante violações de direitos fundamentais da pessoa humana (BRASIL, STF, ADPF 153, p.183,184), não caracterizando, portanto, a auto-anistia.

Incorpora, ainda, no fundamento de seu voto, a advertência formulada por Rui Barbosa quanto ao esquecimento propiciado pela anistia:

Dentre as prerrogativas do poder não há nenhuma que encerre maior grau de majestade, e nenhuma cujos atos sejam tão sagrados como a da anistia. Por ela se estabelecem vínculos quase religiosos, que os governos mais rebaixados não ousam desatar. A soberania se reveste de uma transcendência quase divina quando pronuncia, sobre as desordens e as loucuras das revoluções, esse verbo de esquecimento, cujo influxo apaga todas as culpas, elimina todos os agravos, e reabilita de todas as manchas. Não é o perdão,

que resgata das penas; é a reconciliação, que extingue os delitos, atalha os ressentimentos e olvida as queixas.

O ministro Cesar Peluso, em seu voto na ADPF 153, assegurou que:

[...] o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia. E diria, se pudesse, mas não posso, concordar com a afirmação de que certos homens são monstros, que os monstros não perdoam, só o homem perdoa. Só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade, é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos, é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos, os mesmos sentimentos, está condenada a um fracasso histórico (BRASIL, STF, ADPF 153, p.214).

Por fim, o último a votar, ministro Gilmar Mendes, trata da anistia daquele momento histórico de transição com fundamento no parecer da OAB, de lavra de José Paulo Sepúlveda Pertence, nos exatos fragmentos já acima colacionados em outros votos, e que trata da anistia enquanto amplo e largo esquecimento penal com vistas ao caminha para a democracia (BRASIL, STF, ADPF 153, p.245).

Mais adiante, toma as lições de Aníbal Bruno para conceituar a anistia como “a forma de indulgência estatal mais enérgica e de mais amplas consequências jurídicas” (BRASIL, STF, ADPF 153, p.249):

Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos seus efeitos penais. (...)

É uma medida de interesse público, motivada, de ordinário, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade da paz social. Dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos. Dela se aproveitarão todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos, salvo os que dela tenham sido excluídos, geralmente por circunstâncias particulares que agravam a sua situação em face do Direito. Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime, e, em consequência, ficam excluídos de punição aqueles que o cometeram.

(...) Visa, como diziam os antigos, ao esquecimento desses fatos no que eles representam (BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo 3º. 3ªed. Forense: São Paulo, p.202-203) (BRASIL, STF, ADPF 153, p.250).

Com os recortes de esquecimento e perdão suscitados nos votos, percebe-se que não há consenso sobre o conceito de esquecimento e sua relação com a Lei de Anistia. Na maioria dos votos, pode-se supor que o esquecimento forçado, pelo apagamento dos rastros (RICOEUR, 2007) mostra-se mais evidente; como também se evidencia a confusão entre esquecimento e perdão, bem como a articulação dos fundamentos de esquecimento e perdão se encontram dissociados do direito à memória, ou do acesso ao passado para restabelecimento de narrativas e interpretações da história diferentes da versão oficial.

Os ministros, então, com exceção de Carmem Lúcia, elaboram e utilizam o esquecimento para o fim de impedimento de persecução penal dos ilícitos comuns praticados

pelos agentes do Estado, mas não o formulam enquanto cerne do próprio direito à memória em relação à sociedade e às vítimas e familiares.

O próprio instituto da anistia foi tratado, nos votos, pela estreita via da esfera penal enquanto apagamento dos fatos ilícitos, não extrapolando dimensões mais profundas de teorização sobre o caso brasileiro e seus efeitos na sociedade atual para reabrir, efetivamente o diálogo de transição e responsabilização dos atores.

Vê-se, pois, que o esquecimento não tocou a memória social, permanecendo latente o conflito vivido durante o regime militar, sequer podendo invocar a figura do perdão (a não ser por recurso retórico). Se com a anistia se abriu a possibilidade da “transição democrática”, enquanto saída instituinte para um novo regime político-jurídico, para uma nova temporalidade institucional, de outro, com a finalidade da *Comissão Nacional da Verdade* abre-se a possibilidade de reflexão sobre a Justiça de Transição no Brasil. Nota-se que o conflito, inicialmente apaziguado com a anistia, volta a se tensionar, reclamando solução que se fundamente nos conceitos de memória, história, verdade, esquecimento e promessa para a sociedade brasileira.

Como exemplo da limitação dos efeitos da anistia à juridicidade do problema, ou seja, não produzindo efeitos sociais relacionados à memória, à verdade e à justiça, parcela da juventude tem se organizado através do movimento social “Levante da Juventude”, promovendo o debate, defendendo a punição dos torturadores do regime militar e realizando escrachos públicos aos militares identificados como torturadores. Uma de suas frases se apresenta sintomática e sintetiza, muito provavelmente, o sentimento das vítimas e das instituições que resistiram ao regime ditatorial: “Se não há justiça, há escracho” (<http://levantepopulardajuventude.blogspot.com.br>).

Nesta esteira, a própria ADPF 153 movida pela OAB também demonstra que a dimensão do esquecimento e da reconciliação nacional não foi atingida com a transição democrática; tanto que a própria OAB, em agosto de 1979, foi favorável ao projeto de lei que culminou na anistia. Há que se separar, portanto, a empreitada de transição democrática da finalidade de reconciliação nacional, cingida pela construção da Justiça de Transição com os marcos de memória, verdade e justiça.

Neste debate, muitas questões terão de ser enfrentadas, dentre algumas que se pode apontar, tem-se a própria definição e construção dos conceitos e conteúdos jurídicos de direito à memória e direito à verdade, como afirmou Vladimir Oliveira da Silveira (informação

verbal¹); ou o próprio direito ao esquecimento e direito ao perdão no bojo do direito à memória; ou se ao direito à memória compreende-se, também, o direito ao *devido processo legal* na esfera penal, não somente enquanto garantia ao violador acusado, mas como encarte de direito ao julgamento enquanto constitutivo do direito à memória da vítima, o direito de ver o opressor ser confrontado no tempo diferido do processo judicial para reconstrução da narrativa histórica no intuito de uma justiça-punitiva;

Poderíamos, ainda, suscitar questões como a possibilidade de reconstrução da história, da memória, da verdade e da justiça podem atingir suas finalidades, inclusive de reconciliação nacional, sem que a justiça penal seja acionada, mas com mecanismos outros possibilitem seu desiderato; ou, ainda, se há, na anistia, um caráter dilacerador e um viés autoritário que desata os laços sociais e, portanto, se pode ser razoável vincular sua concessão ao *devido processo legal*, com motivação e fundamentação, mitigando as decisões de conveniência do poder que impõem desigualdades no processo político de negociação, deslocando a questão para o Poder Judiciário.

Por fim, muitas outras questões poderão ser levantadas, como questionar o caráter de tradição, das e nas anistias, da impunidade, carregadas e passadas a momentos históricos diferentes através do paradigma de anistia que se estabeleceu na história do Brasil.

Invocar o esquecimento forçado da anistia, com a idéia do perdão como apagamento dos fatos, demonstra que o entendimento sobre o esquecimento, o perdão e a reconciliação nacional relacionados com a anistia operada em 1979, está longe de um consenso para a promoção do diálogo.

CONCLUSÃO

A construção dos conceitos de Justiça de Transição, direito à memória, à verdade e a reconciliação nacional, carecem de entendimento e fundamentos teóricos para muito além do visto no debate ocorrido no julgamento da ADPF 153. Contudo, impende vislumbrar que o trauma da violência ditatorial vivida entre 1964 a 1985 ainda encontra-se latente na sociedade

¹ Seminário sobre Direito e Memória, Direito à Memória; Pos-graduação *Stricto Sensu* UNINOVE, em 31.06.2012.

brasileira e que pode ser entendido com o um pedido de efetivo tratamento para consolidação do regime democrático e republicano.

O problema da retroatividade do julgamento e da interpretação da história denota o grandeza do debate que se coloca. Se naquele contexto a negociação institucional da anistia propiciou a saída democrática, ainda que com os limites vislumbrados pelos atores sociais, também temos o atual problema da mudança da interpretação em contexto distante do original, dados que os efeitos da anistia, ainda que exauridos no momento que entraram para o mundo jurídico, continuam a promover desdobramento e efeitos de ordem social e jurídica.

Outro caráter exposto foi a natureza de dilaceração dos laços sociais que a anistia provoca. Se ela é uma saída utilitária, terapêutica da crise política, por outro lado, também é uma saída que rompe laços sociais e dilacera a vida de vítimas, parentes e mesmo de instituições sociais.

O tratamento do esquecimento no julgamento da ADPF 153 limitou-se a pressupor o esquecimento penal enquanto obstáculo da perseguição pretendida pelos autores. Neste percurso de enfrentamento e defesa das teses defendidas em 1979, com o debate sobre a lei de anistia, o esquecimento foi elaborado enquanto elemento dissociado do direito à memória e reduzido na perspectiva de apagamento de fatos ilícitos, de apagamento de rastros, como se isso fosse o suficiente para promover a consolidação da democracia diante a latente questão ainda viva na sociedade brasileira.

Os votos dos ministros, em sua maioria, convergem para esse entendimento de apagamento penal, sem aprofundar questões de outras ordens. Como dito, a exceção se mostra com a posição da ministra Carmem Lúcia que afirma que conhecemos a extensão dos acontecimentos durante a ditadura para poder elaborar alguma forma de esquecimento.

Têm-se limites jurídicos, mas têm-se também limites teóricos e sociais prementes de construção doutrinária para elucidar o assunto neste caminho de Justiça de Transição. Isso se mostra evidente ao analisar os votos dos ministros do Supremo com o cotejamento dos conceitos de esquecimento elaborados por Paul Ricoeur e François Ost. A invocação do perdão como se este operasse automaticamente com lei de anistia, demonstra os limites a que estamos expostos em questão de maior relevância para a história brasileira. Há a necessidade de reconstrução histórica, do acesso à verdade, consolidação democrática e reconciliação nacional; e para as vítimas do regime ditatorial, dilaceradas com o esquecimento forçado e silencioso, a elaboração do luto e a constituição da memória e da verdade de seus entes.

REFERENCIAS

- BRASIL, STF. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**, 2008.
- BRASIL, Comissão da Anistia do Ministério da Justiça. **Justiça de Transição, manual para a América Latina**, 2011.
- OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005.
- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Entrevista concedida em 18 de janeiro de 2010, disponível em <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339>, acessada em 1º de agosto de 2010.
- RICOEUR, Paul. **A memória, a história e o esquecimento**. Ed. Unicamp, 2007.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos, conceitos, significações e funções**. Ed.Saraiva, 2010.