

A DIALÉTICA DAS TRADIÇÕES QUE FUNDAMENTAM O DIREITO: ESTUDO SOBRE A MEMÓRIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

THE DIALECTICS OF TRADITIONS UNDERLYING THE LAW: A STUDY OF MEMORY AND TRANSITIONAL JUSTICE

*Felipe Campos Von Sperling¹
Lucas de Alvarenga Gontijo²*

Resumo

Este ensaio tem por objetivo expor que o povo que tem direito à sua memória, à sua história, no processo de formação de sua identidade e que esta é uma construção racional, uma construção seletiva do passado. Prega-se que o Brasil precisa apos-

sar-se de sua história recente, tornar-se senhor dela, que o traumático período da ditadura militar 1964-85 precisa ser reconstruído de forma a reafirmar os valores constitucionais dos direitos humanos, a sua repulsa às formas institucionalizadas de violência, permitindo assim, projetar um futuro em que a dignidade humana e o Estado Democrático de Direito existam não só nas leis escritas de papel, mas como valor intersubjetivamente reconhecido, compartilhado e efetivo.

Palavras-chave: Direito à memória. Estado Democrático de Direito. Direitos Humanos.

Abstract

This essay aims to expose the people are entitled to their memory, their history, in the process of forming their identity and that this is a rational construction of a selective construction of the past. Preaches that Brazil needs to hold up its recent history, to become master of it, that the traumatic military dictatorship period 1964-85 to be rebuilt in order to reaffirm the constitutional values of human rights, their revulsion to forms institutionalized violence, thus, to design a future in which human dignity and democratic state laws exist not only in the written paper, but as value intersubjectively recognized, shared and effective.

Keywords: Right to memory. Rule of law. Human rights.

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Belo Horizonte. Brasil.

² Doutor e Mestre em Filosofia do pela UFMG, professor de Filosofia do Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas e da graduação da Faculdade de Direito Milton Campos, em Minas Gerais - Brasil. Belo Horizonte. Brasil.

1. A NECESSIDADE DE REVISÃO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS E O

DEVER DE LEGITIMIDADE DO DIREITO

O direito caduca, sempre. É preciso reconhecer que o fenômeno jurídico é temporal e está submetido à sua inarredável condição de processo, de devir. Mas apesar de caracterizar-se por suas reatualizações permanentes, às vezes, tem-se a impressão de que o direito é um fenômeno dedicado às tradições, guardião das tradições. Isso seria crer que o direito teria sua atenção predominantemente voltada para o passado, para trazê-lo de volta e assim dirimir conflitos do presente.

Mas isso tão pouco é verdade, o direito não vem do passado, mas do presente e está voltado para o futuro. Ora, se há algo constante no direito é sua capacidade de auto-reelaboração. Se há algo tradicional no direito é a mudança.

De toda sorte, o direito sempre cunha suas posições em alguma tradição, mesmo que isso seja tão somente uma estratégia retórica com pretensão de persuasão. Mas que seja então uma estra-

tégia de persuasão, há sempre uma escolha acerca da tradição a ser pinçada como fundamento para decisão presente, com implicações, ou melhor, prescrições para o futuro. Ou ainda, mais explícito, os juízes têm por hábito trazer do passado argumentos para sustentar suas posições presentes, com preclaras intenções de prescrever a conduta futura³.

Não se trata tão simplesmente de escolha dentre as tradições possíveis – o que também acontece corriqueiramente – mas o que se dá, inclusive com mais frequência, é a revisão conceitual de tradições, por meio da ressignificação de seus sentidos. Isto é, as tradições são interpretadas e, desta forma, reinventadas a partir de uma fusão de horizontes (GADAMER, 1997), de entendimentos do presente com os do passado, tendo em mente um futuro diligenciado. Esta é, pois, uma

³ Sobre o entendimento do direito não ser um fenômeno do passado, mas do futuro, conferir: O livro *Sociologia do Direito II*, de Niklas Luhmann (LUHMANN, 1985).

questão filosófica pragmática, que será analisada neste texto.

Entretanto, é preciso pensar, neste momento introdutório destes escritos, que no direito há varias retroatividades possíveis, a questão fundamental é qual seria a retroatividade legítima e a ilegítima.

A discussão sobre a retroatividade, seus impedimentos, suas consequências futuras são questões comuns da prática jurídica, objeto de peleja dos magistrados, advogados e demais agentes do direito.

O presente texto procura discutir também as relações decorrentes entre o direito e racionalidade narrativa, mais especificamente na sua habilidade retórica-discursiva para justificar e orientar suas escolhas. Em outras palavras, é a partir do presente que se escolhe, se reinterpreta – e até se inventa - uma tradição. Não há força nas tradições em si, quanto elas não interessam mais são tão simplesmente abandonadas ou relidas de maneira a desfigurarem-se, a força de motivação do direito vem do presente e tem sua

atenção, quase sempre, voltada para o futuro.

Esta discussão poderia ser esvaziada se não tivéssemos uma experiência recente a que pudéssemos aportar estas propostas. Escolhemos, então, a título de ilustração prática, os debates recentes que suscitaram no Brasil a abertura dos processos judiciais para se apure crimes de lesa-humanidade perpetrados por agentes estatais durante a ditadura militar 1964/85.

Nossa hipótese é a de que podemos escolher o passado e esta escolha é racional, crítica e contingencial. No caso da história recente do Brasil – e de seus vizinhos latinos americanos -, a guinada consiste em reconhecer as vítimas, exigir o cumprimento dos direitos humanos, repudiar a violência cometida por agentes de Estado, através de sua superestrutura policial e militar, afirmando assim quais valores a atual sociedade brasileira quer resguardar e que crimes pretende rechaçar e mostrar-se irreduzível à sua punição. Conforme o passado escolhido, perspectiva-se o futuro; seria, então, a escolha

pelo futuro do respeito à dignidade humana, dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Para esmiuçar tais propostas e pensar sobre o direito como um fenômeno no tempo, sugerimos introduzir algumas questões teóricas para então erguer nossas conclusões acerca do dever de memória nos processos de justiça de transição, objeto destes escritos. A primeira preliminar seria a questão da diferenciação entre *anamnésis* e *mnème* e isso se apresentará por meio de Aristóteles, Ricoeur e Ost. Logo depois, far-se-á algumas considerações sobre a teoria da memória coletiva de Halbwachs e, por fim, no capítulo conclusivo, afirmar-se-á o dever de legitimar o direito por meio da revisão de suas tradições, na compreensão de que o direito é um fenômeno temporal e modificável.

2. DIREITO À MEMÓRIA É DIREITO À CONSTRUÇÃO DOS VALORES HISTÓRICOS

Partindo do pressuposto de que a memória é constituidora da própria identidade, pode-se afirmar também que a memória é, em seus contornos, um fenômeno social e coletivo. Não há memória sem partilha de conceitos comuns, ou ainda, não se lembra de nada sem atravessar os prismas da cultura, seus signos, seus construtos ideológicos, todos os elementos de caráter partilhado, sociais em última instância (Halbwachs, 2006).

A memória é, por outro lado, seletiva e precisa tecer uma narrativa para se tornar conhecível, isto é, para lograr sentido. Logo, há sempre uma narrativa dos fragmentos, ou uma narrativa que conecta racionalmente os fatos selecionados. O exercício da *anamnésis* - quer dizer reminiscência voluntária, recordação, restabelecimento da memória - é um esforço racional porque através dela se constrói uma trama capaz de dar sentido e ocorrência de fatos pretéritos. Mas mais do que isso, pelo exercício da *anamnésis* se dá ênfase em uma informação retirada do passado,

voluntariamente, para que se produzam efeitos no presente.

a) Entre a *mnéme* e a *anamnésis*: evocar propositalmente o passado.

Falar em memória remete à ideia de passado, aparentemente. Concordamos com Aristóteles (1952) quando ele dispôs em *De memoria et reminiscencia* que a memória é do passado, mas isto se faz a partir do presente. Por certo, o passado é aquilo que já não é, o futuro, por sua vez, é aquilo que ainda não foi. Logo, há tão somente o presente, e é a partir dele que percebemos tanto o passado quanto o futuro. Santo Agostinho também representa bem essa noção ao cunhar as expressões ‘presente do passado’, ‘presente do futuro’ e ‘presente do presente’⁴. A memória,

também para François Ost (2005), opera sempre a partir do presente, ou seja, rememorar não é retornar no tempo, acessar o passado, e sim recriar um tempo que já se foi. Considerando que o tempo real é o presente, não poderia ser diferente: a memória, assim como qualquer outro fenômeno, necessariamente se dá no presente.

idade, os acontecimentos, os fatos históricos, praticamente tudo que compõe a vida é inscrito em um tempo cronológico, linear. Então, o que se chama comumente de tempo pode ser traduzido como movimento, ou mais especificamente, como encadeamento. É o encadeamento de estados internos ou de fatos externos à pessoa que cria a sensação de passagem do tempo. Enquanto no encadeamento de estados internos não se consegue mensurar o tempo de modo objetivo - alguns momentos parecem ter demorado enquanto outros escoam rapidamente -, o encadeamento de fatos externos pode ser regulado objetivamente, por uma contagem fixa embora fictícia: minutos, dias, meses, anos, etc. Percebemos então que há dois entendimentos básicos sobre o tempo: Um real, que é o do presente, o vertical e outro que é ficção, horizontal, em movimento.

⁴ Esta noção de *presente do passado* e de *presente do futuro* é uma concepção filosófica e distante do cotidiano humano. O homem comum pensa em tempo como movimento, tempo calendário, tempo relógio. Toda a existência é definida cronologicamente, como se o tempo seguisse uma linha. Os compromissos, a

Apesar de se dar no presente, a memória remete a algo que já aconteceu e não mais existe, algo que pertence a este passado e é recriado, ficcionalmente. Enquanto recriação de algo que já não é, a memória pode se apresentar sob duas formas, uma inscrita no tempo e outra não inscrita, esta última a constituir um agir mais do que uma representação do passado. Memorar é, portanto uma ação propositada. Paul Ricouer se posiciona sobre o assunto ao afirmar que alguns animais possuem uma memória simples. Reconheceriam os membros de um bando, reconhecem locais específicos, etc.

A diferença entre humanos e animais consiste no fato de que aqueles possuem a sensação do tempo (Ricouer, 2007), o tempo em movimento, o tempo ficção. É justamente por possuir essa noção que o homem consegue se inscrever em uma temporalidade, imaginar um passado e um futuro. Só o humano pode buscar uma recordação inscrita no tempo contínuo ou evocar uma lembrança inscrita em

uma temporalidade pontual passada.

Conforme a tipologia exposta por Ricouer (2007), a memória pode ser dividida em duas espécies: a lembrança e a recordação. A primeira se dá pela evocação, a outra pela busca ou, nas palavras de Aristóteles, a primeira pela *mnéme* e a outra pela *anamnésis*. *Mnéme* é a simples retenção de algo do passado, uma lembrança. Já a *anamnésis* é a busca voluntária do passado, em que toda uma sequência de fatos e estados internos é recriada, para que esta memória sirva a algum fim. É exatamente o que representa, por exemplo, o projeto do livro *Brasil: Nunca Mais* (ARMS, 1985).

Esta publicação histórica levada a efeito pela Arquidiocese de São Paulo teve exatamente este objetivo, o de trazer ao conhecimento do povo brasileiro as torturas e desaparecimentos forçados que haviam sido cometidos pelos órgãos de repressão durante o regime ditatorial 1964-85. Um de seus organizadores, o Pastor Philip Potter, na condição de ex-

secretário-geral do Conselho Mundial de Igrejas, ao redigir o prefácio deixa revelar sua intenção de *anamnésis* quando dispõe que:

[...] conscientes da necessidade de acordar a consciência das pessoas a fim de promover o respeito para com todos e uma sociedade mais justa. Este livro é, por conseguinte, um apelo para que sejam repensados os valores e atitudes tradicionais (ARMS, 1985, p.18).

Por atitudes tradicionais, entende Potter a forma como a tortura no Brasil era historicamente banalizada. E depois complementa: “É com penitência, pois, que encaramos este livro. Ele não pretende ser meramente uma acusação, mas sim um convite para que todos nós reconhecamos nossa verdadeira identidade através das faces desfiguradas dos torturados e dos

torturadores”⁵ (ARMS, 1985, p.18).

Isso deixa claro que para os membros do projeto, recordar a ditadura era um dever de memória, embora doloroso. Não se poderia esquecer para que nunca mais se acontecesse.

A diferenciação entre *mnème* e *anamnésis* não é muito diferente do conceito ricoueriano de *memória primária* e

⁵ O projeto *Brasil: Nunca Mais* constituiu uma das mais ousadas operações de resistência à banalização do mal perpetrada pela Ditadura. O Bispo metropolitano de São Paulo, Dom Evaristo Arms e seu bispo auxiliar, Jaime Wright, acompanhados por um grupo de advogados, como Eny Raimundo Moreira, Luiz Eduardo Greenhalgh e outros, passaram a fotocopiar processos militares de presos políticos a partir da anistia, em 1979, clandestinamente, a partir das visitas dos advogados ao edifício-sede do STM em Brasília. Todos os dias da semana saíam com um processo debaixo do braço, que eram entregues à equipe da clonagem, organizada pelo Dom Evaristo Arms. As cópias seguiam para a Suíça, nas mãos do Bispo Jaime Wright e lá eram organizados os registros que conseguiram ser editados em 1985, apenas quatro meses finda a ditadura. (FIGUEREDO, 2009)

memória secundária. A *primária* pressupõe a retenção de um objeto na memória, enquanto a *secundária* pressupõe a recriação de algo que está no passado. Para que algo possa ser retido é preciso que o objeto ainda esteja preso à percepção do momento. A ação de memorar quando não há mais a percepção, isto é, a memória já não retém o objeto podendo tão somente recriá-lo ou rerepresentá-lo, é o que configura a *secundária*. Dessa maneira, é de se concluir que a memória *secundária* advém de uma disposição ativa, uma recordação, em outros termos, uma *anamnésis* ou recriação voluntária. Quanto à *primária*, é correto afirmar que se trata de uma disposição passiva e não deixa de ser uma espécie de memória, mas interessa ao processo de racionalização da memória apenas a *secundária*, isto é, a *anamnésis*.

A *anamnésis*, enquanto recriação, é uma atividade racionalizada e narrativa. Rememorar algo que já não mais existe sensitivamente se dá porque esta recordação tem algum significado e pretende ser trazida à tona porque há

algum interesse político em fazê-lo. O significado da memória é, portanto, a essência do que se lembra. Lembrar para quê? Desta forma compreende-se que lembrar sob a perspectiva da memória coletiva é um ato carregado de intenções.

E é, portanto, objeto de preocupação tanto da educação cívico-social de um povo como pode ser uma preocupação para um governo mal intencionado que pretende manipular a memória estrategicamente. É exatamente por isso que em termos políticos falamos em memória impedida, memória manipulada e memória obrigada. Para Ricouer, estes três casos configuram formas de abuso da memória.

Façamos uma breve incursão no plano psíquico individual para depois projetarmos o plano coletivo. A memória impedida é aquela que apresenta um caráter patológico, de enfermidade. Acontece no plano individual, em nossas vidas íntimas, quando tentamos consciente ou inconscientemente não lembrar, isto é, esquecer. Tra-

ta-se de uma abordagem que surgiu inicialmente no debate psíquico-traumático, instaurado por Freud, mas que pode ser aplicada à memória em seu aspecto social, coletivo.

Diz-se haver uma memória impedida quando um fato traumático impede que a memória o recorde. Isso faz com que surjam comportamentos compulsivos, além da resistência em rememorar o fato. A forma de “liberar” esta memória impedida, e via de consequência cessar o comportamento compulsivo, é o trabalho de luto. Apenas quando se rememora o fato traumático, encarando-o e interpretando, a memória perde este caráter patológico. No plano social a memória impedida não decorre de um trauma, mas por uma ação política de silenciamento de determinadas informações ou memórias, isto é, pela instauração da censura. A censura é uma das formas mais comuns de impedimento da memória adotadas por regimes políticos autoritários. O controle da informação é um artifício vil, força determinado comportamento a fim de cercar o

crescimento ou a insurreição de um discurso subversivo. O período ditatorial 64-85 se revelou extremamente eficaz no processo de aniquilar a imprensa livre no Brasil e o sucesso desta empreitada tem efeitos até hoje verificáveis, porque é possível constatar na opinião pública mais simples considerável desconhecimento da violência que se perpetrou naquele período.

A memória manipulada, por sua vez, possui um caráter eminentemente prático, de cunho ideológico. Trata-se, de um lado, do excesso de memória, e de outro, da insuficiência de memória. Há por parte do Estado e seus agentes a manipulação da memória a tentativa de forjar certa identidade coletiva. Para tanto, são selecionados fatos que se veem exaustivamente rememorados, tornando-os base axiológica-simbólica de uma sociedade, enquanto todos os fatos que não condizem com esta tal base axiológica-simbólica são forçadamente esquecidos. Aqui a manipulação da memória se dá de forma instrumental,

estratégica, visando sempre um fim planejado.

Por último, a memória obrigada pode se apresentar como uma forma de abuso. Excesso de ênfase em datas ou eventos públicos que, sublinaramente, funcionam como propaganda de governo ou de certa ideologia política. A memória obrigada se dá na fixação ou repetição de memória para eventos específicos, propositalmente, por imposição de feriados públicos, datas comemorativas, enfim, uma agenda cívico-política que impõe o dever de memória sobre determinados acontecimentos. Apesar deste abuso se aproximar da noção de memória manipulada, a memória obrigada não tem por função forjar um aparato ideológico, mas tão somente dar ênfase à determinada perspectiva da história.

A ditadura militar no Brasil fez o que pode tanto para impedir quanto para manipular a memória do povo brasileiro durante seu tempo de vigência. Este é um efeito da censura, no caso do impedimento de memória e de manipulação da memória,

quando viu-se forjados atestados de óbito e depoimentos afim de tecer mentiras sobre como e porque presos políticos desapareceram ou morreram. Não faltam exemplos, como o suposto suicídio por enforcamento do jornalista Wladimir Herzog, que havia sido morto em decorrência de espancamento.

Ou o relato “oficial” de que militante estudantil José Carlos da Mata-Machado havia morrido num assalto a banco, ao trocar tiros com a polícia, sendo que havia sido morto sob tortura nos porões do DOPS, no Recife. Estes são mínimos exemplos alusivos, o Estado de exceção brasileiro produziu centenas de histórias falsas (ditas oficiais) e procurou ocultar e reprimir informações com a finalidade de manipular ou impedir a memória.

b) Memória como fenômeno coletivo e memória como condição de identidade.

A memória coletiva havia sido, em algum nível, perscrutada por Bergson. Ele diferenciava dois tipos de

lembrança, a “lembrança pura” e a “lembrança-imagem”. A “lembrança pura” é aquela do hábito, daquilo que memorizamos e apenas aplicamos. Já a “lembrança-imagem” é aquela da lembrança propriamente dita, a recordação. Aceitar o caráter essencialmente ficcional, imaginativo da memória enquanto “lembrança-imagem” é pensá-la de forma crítica, é entender seus limites e sua natureza. Mas afirmar que é ficcional não significa dizer que qualquer memória é “válida”. Isso porque é possível reconhecer entre duas ou mais aquela que mais corresponde ao passado. Para isso valem principalmente as memórias dos outros. “Corresponder ao fato passado” não é um dado objetivo, é um dado intersubjetivo. Na medida em que há uma intersubjetividade que entende um fato passado de certa forma, com certas características, é este o parâmetro para reconhecer uma memória como “válida”. Nada impede, porém, que a noção intersubjetiva do fato passado seja redefinida.

Essa característica nos leva a analisar qual é o papel dos outros, do coletivo, na construção da memória. Halbwachs (2006) tem plena convicção de que sem os outros não haveria memória. Ele leva essa ideia às últimas consequências e afirma que toda memória é, fundamentalmente, coletiva. Não que não haja nenhum traço de subjetividade na memória, principalmente quanto à percepção, porém haveria necessariamente dependência da coletiva para existir.

Halbwachs, no seu clássico *A Memória Coletiva* (2006) procura demonstrar que somente nos lembramos porque fazemos parte de uma coletividade, de um grupo, seja de pessoas vivas com quem convivemos, seja de pessoas que nos deixaram ideias, conceitos, noções. Percebe-se que de fato é impossível rememorar algo sem se inscrever em uma determinada categoria identitária, sem permear uma série de valores sociais, sem considerar a existência do outro. Cada evento de que se lembra está adstrito a uma gama de significados. Em linguagem

brandominiana, os conceitos são assimilados por pacotes. Não fazemos associação de um conceito com outro tão simplesmente, operamos por redes de significados que se complementam exponencialmente, produzindo nossa abertura cognitiva (Brandom, 2001). Através de uma cadeia de signos, nossa memória se constitui, também.

Dessa forma, a memória criada ativamente depende essencialmente da memória coletiva para, por meio da associação de conceitos, dados, ideias, construir uma narrativa, dar contornos e significados às lembranças ou recordações. Para cada grupo a qual se pertença é compartilhada determinada rede de significados, que por sua vez constroem a tessitura da narrativa.

Essa rede de significados, forma a noção de história de um grupo. Desde os grupos mais próximos ao indivíduo, como a família, até a noção universal de história. A história é composta pelos significados que intersubjetivamente os elementos de um grupo comungam.

Se é certo que cada um de nós constrói sua própria identidade a partir do reconhecimento da existência do outro (HONNETH, 2003), é no âmbito mais generalizado do outro, no âmbito coletivo, que se situa a noção de história, ela própria formadora da identidade de cada indivíduo.

Já, para além de Halbwachs, pode afirmar-se que o passado é condição da identidade. E que sem passado não há identidade, mas anomia, em termos weberianos. Isso significa que esta delicada relação entre as crenças históricas, de um povo e a percepção de que este mesmo povo faz de si é a trama que dá ao indivíduo sua condição de auto-respeito, de reconhecimento e, portanto, condição de respeito aos valores coletivos, condição de inserção do indivíduo em uma situação muito maior que ele, a coletividade. A partir daí sugere-se que a manipulação do passado ou o esquecimento forçado – isto é, memória impedida – são violências contra a própria sociedade que poderia ter consequências extremamente

nefastas para o plano político de um povo.

Pois bem, assentadas mesmo que modo superficial essas duas propostas supra descritas, quais sejam a memória como condição da identidade e a *anamnésis* como capacidade crítico-reflexivo acerca da memória que é guindada ao presente intencionalmente, por razões justificáveis, pode-se, então, iniciar a conclusão.

3. CONCLUSÃO: POR QUE LEMBRAR A DITADURA? (O DEVER DE MEMÓRIA)

Ost (2005, p.60) afirma que “longe de se opor ao esquecimento, a memória o pressupõe. Nada de memorização sem triagem seletiva, nada de comemoração sem invenção retrospectiva”. Ora, também se disse alhures que a “lembrança-imagem” de Bergson, ou a *anamnésis* como recordação voluntária de Aristóteles ou Ricouer, ou recriação de um momento que já não mais existe como *memória secundária* são formas de recriar o passado e, portanto, são

ações, são atos que se fazem imbuídos de algum sentido.

Enquanto recriação, a memória é narrativa porque estabelece uma ordem lógica entre fatos e pressupõe uma narrativa. Além disso, a memória está em constante modificação, por meio da reinterpretção. Somando-se a esta dimensão de memória-ação, é preciso perceber que a memória é também algo intersubjetivo, coletivo. Então é uma ação partilhada, construída a partir do outro.

Sendo uma narrativa, a memória necessariamente é seletiva, porque pressupõe esquecer de algo, também. Não há narrativa holística, onisciente, toda narrativa implica um narrador que ocupe certa posição, certa perspectiva. Alguns dados e informações escapam ao seu conhecimento, alguns fatores são - propositalmente ou não - esquecidos. E absolutamente todos os fatos são interpretados, isto é, não há fatos, mas tão somente versões.

A cada vez que algo é rememorado, uma nova narrativa é criada e o que antes era lembrado pode ser esquecido

e o que era esquecido pode ser lembrado, o que era positivo pode se tornar negativo e vice-versa. A memória, portanto, não é retida e armazenada, e sim constantemente reconstruída assumindo diferentes versões. Parece que muito do que foi proposto neste texto pode ser traduzido pelos quatro paradoxos de Ost que envolvem a memória, os quais representam essa diferença abissal entre a noção comum e o olhar crítico. Segundo Ost (2005): 1) a memória é social e não individual; 2) não procede do passado, e sim do presente; 3) é uma disposição ativa, não passiva; 4) não se opõe ao esquecimento, pelo contrário, o pressupõe.

Ora, cremos que podemos agora começar a concluir. Iniciemos acompanhando Lord Slynn, juiz da Câmara dos Lordes da Inglaterra, quando de seu voto pela extradição do ex-ditador chileno Augusto Pinochet. Advertia o magistrado de que “era preciso dar efeito às mudanças registradas em direito internacional, nomeadamente em matéria de imunidade, e não

se ater à regra do respeito ao precedente” (Slynn *apud* OST, p. 142). Era promovida uma mudança de perspectiva no direito internacional e na teoria geral do direito: os direitos humanos assumiam uma posição que jamais haviam alcançado. O princípio de direito internacional que havia sido firmado desde a o Tratado de Vestfália (1648), a *Razão de Estado*, aparece como direito caduca ou ao menos decadente, assim como as cumplicidades diplomático-econômicas imorais já não sustentáveis no direito internacional.

Seria possível afirmar que o ato jurídico formal consolidado na lei de anistia, Lei 6.683/79, que concedeu a impunidade aos crimes políticos e “crimes conexos”, tem perdido legitimidade e não mais se sustenta a partir do princípio da legalidade. Posiciona-se François Ost: “São auto-anistias, é preciso reconhecê-lo: textos impostos por juntas militares inquietas, que fazem delas a condição da sua retirada” (OST, p. 140). Enfim, é preciso fazer com que a

impunidade dê lugar à legalidade. Há algo de obscuro quando se pede o esquecimento.

Por outro lado, anistia como esquecimento não pertence ao direito. O caráter público do direito lhe impede de conceder a anistia, porque a anistia esquecimento é uma espécie de perdão. O espaço público não contempla o perdão.

O perdão pertence tão somente à vítima, pertence à esfera individual, está no mundo dos sentimentos íntimos. Há, por certo, algo inconsistente na ideia de anistia política, o sentido esquecimento-apaziguamento operam igualmente formas de esquecimento-mentira (OST, p. 154).

O perdão, quando legítimo, isto é, quando advém da própria vítima, é mais e melhor do que o esquecimento, pois nele há consciência do passado. A vítima ocupa o seu lugar na história, o culpado o seu, então, há redenção. Há a preciosa e muito humana “redenção”, repetimos com ênfase. Só no foro individual, íntimo, há redenção sem que

haja punição. Porque a punição é forma de restabelecimento da paridade e, portanto, condição do futuro na seara pública. Porque suportada a punição, os cidadãos estão novamente em condição de equivalência. Já na esfera individual, pessoal, poderá haver o perdão, “que é simultaneamente *anamnesis* e remissão: ato de memória e aposta no futuro” (OST, p. 154). Ora, a punição é importante porque só ela dá a redenção no espaço público. Só o ser humano pode ser punido, pois, sua redenção através da punição lhe reabilita na condição cidadã, da compreensão do erro, da remissão do mesmo e então do reestabelecimento da condição plena de cidadão, reconhecido.

A questão que surge é como operar esta redenção quando há o esquecimento forçado e oficial, fundado em uma lei. “Por outras palavras, como conciliar fidelidade ao texto pré-estabelecido e necessidade de mudança quando o juiz analisa à luz do seu tempo a situação que resolve?” (OST, p. 155). A resposta pode assustar aqueles ainda apegados

ao fetiche do legalismo, operadores do direito literalmente enfeitiçados pelo dogma do princípio da legalidade que seria aos seus entendimentos intransponível. Ora, se bem analisada mudança é a mais legítima natureza do direito, pois o direito caduca.

Desfazer das tradições sempre foi função do direito, a jurisprudência muda o tempo todo. O que se pretende é apenas explicitar esta função de modo que ela possa ser bem utilizada: “separar-nos-emos das tradições alienantes em que as idéias se transformam em estereótipos e os valores em tabus autoritários; o tradicionalismo, com efeito, é arredio à (auto)reflexão e não se presta ao diálogo argumentado”. (OST, p. 156).

Está aí o caminho para uma redenção, para uma emancipação social e a perspectiva de um futuro maduro e consciente de sua historicidade. Faz parte, e sempre fez, do direito seu caráter cambiante, transitório. Seja na alteração direta das leis e da jurisprudência, seja em suas interpretações, o direito é dia-a-dia, gradualmente, reelabora-

do. Mudam-se as tradições, mudam-se os valores, mudam-se os sentidos e, conseqüentemente, muda-se a interpretação.

Não se trata de discutir se é permitida ou não essa alteração retroativa do direito. O problema é a definição de quando esta mudança retroativa é legítima ou ilegítima. Quem irá justificar a mudança não são os agentes do direito, do Estado ou qualquer outra forma de autoridade. É a noção intersubjetiva, construída no seio do convívio em sociedade, a única capaz de tal legitimação.

Enfim, é o povo que tem direito à sua memória, à sua história, em processo de formação de sua identidade; queremos uma identidade cidadã, de auto-respeito e democrática.

Esta é uma construção racional, uma construção seletiva do passado. Acreditamos que o Brasil precisa apossar-se de sua história recente, tornar-se senhor dela. O traumático período da ditadura militar 1964-85 precisa ser reconstruído de forma a reafirmar os valores constitucionais dos

direitos humanos, reafirmar a sua repulsa às formas institucionalizadas de violência, permitindo assim projetar um futuro em que a dignidade humana e o Estado Democrático de Direito existam não só nas leis escritas de papel, mas como valor intersubjetivamente reconhecido, compartilhado e efetivo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *De la mémoire et de la réminiscence*. Paris: Les Belles Lettres, 1952

ARMS, Paulo Evaristo (org.), *Brasil: nunca mais*. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

BRANDOM, Robert B. *Articulating Reason: an introduction to inferentialism*, Harvard University Press, 2001.

FIGUEIREDO, Lucas. *Olho por olho: os livros secretos da ditadura*, Rio de Janeiro: Record, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de

Flávio Mauro Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Título original: *Warheit und Methode*.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Centauro, 2006

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães 1990. Título original: *Vorlesungen uber Rechtsphilosophie*.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, vol. II, título original: *Rechtssoziologie II*, tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

NIETZSCHE, Friederich. *Considerações extemporâneas*. In: *Os Pensadores Nietzsche*, São Paulo: Nova Cultura, 1999.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 1999.

RICOEUR, Paul. *A Memória, a História, o Esquecimento*. Título Original: *La memoire, l'histoire, l'oubli*. Tradução de Editora Unicamp: Campinas – SP, Tradução de Alan François. 2007.

RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*, Volume 1: A intriga e a narrativa histórica. Tradução de Claudia Berliner, título original: *Temps et récit*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.