

A ANISTIA E O TEMPO DO DIREITO

THE ANISTY AND THE TIME OF THE LAW

Igor Bruno Silva De Oliveira ¹

Fabício Souza Duarte ²

Resumo

O poder constituinte originário não está livre de amarras históricas da nação. A constituição reflete os valores de uma sociedade e o constituinte originário deverá se basear na evolução histórica do povo. Essa perspectiva coaduna-se como pensamento de François Ost em o Tempo do direito, que vê na constituição o receptáculo das promessas de uma sociedade, mas que é construído com base nos aspectos históricos. Considerando que a história é essencial para a formulação da constituição, a anistia dos fatos não pode ser concedida uma vez que a constituição não pode prescindir da história da sociedade para garantir sua legitimidade.

Palavras-chave: Direito constitucional, Poder constituinte, Anistia, História, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

The original constituent power is not free from the nation's historical ties. The constitution reflects the society's values and the original constituent should be based on the historical evolution of the people. This perspective fits in Francois Ost's thinking in Time of Law, which sees in the constitution the receptacle of the promises of a society but which is built on historical grounds. Considering that history is essential for the formulation of the constitution, amnesty of facts can't exist because the constitution can't dispense the history of the society to ensure its legitimacy

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Constitutional power, Amnesty, History, Legitimacy

¹ Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Eleitoral pela PUC/MG. Especialista em Gestão de Empresas pela Fundação Dom Cabral. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2290286405671877>

² Mestre em Direito Público pela PUCMINAS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professor no curso de Especialização em Direito Público do IEC/PUCMINAS. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3384543573727566>

1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo responder a um questionamento aparentemente simples: considerando que a Constituição é o fundamento de uma nova ordem jurídica, há algum impedimento para que o poder constituinte originário conceda anistia a fatos antijurídicos cometidos durante a vigência do regime legal anterior?

Para a resposta do questionamento, parte-se da análise do conceito de Constituição e de poder constituinte originário e qual a sua vinculação ao contexto social e histórico da coletividade que pretende regular. Nesse ponto, aborda as ideias de François Ost desenvolvidas em *O Tempo do Direito*, o qual desenvolve sua teoria sobre a temporalização do direito a partir das memórias compartilhadas por uma dada sociedade. Segundo o autor belga, a direito não seria fruto de um instante, mas de uma construção histórica (OST, 2005)

Na sequência, aborda-se o conceito de anistia e suas formas que, segundo Ost, consiste na possibilidade da anistia da pena ou dos fatos (OST, 2005) Com base em tais conceitos, desenvolve-se o argumento de que, em virtude da necessária vinculação entre o texto constitucional e a realidade social, não é possível a concessão da anistia dos fatos, mesmo através da instituição de uma nova ordem constitucional.

Por fim, passa-se a análise do momento vivido em nosso país, em especial na necessidade de abertura dos arquivos da ditadura para rever a anistia.

2 Da limitação do poder constituinte originário e da essência do texto constitucional

Os momentos de instituição de uma nova Constituição são cercados – na maioria das vezes – de uma crença de que o novo texto constitucional irá, de súbito, reconstruir o Estado e instituir um novo futuro. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, deve-se a Sieyès o conceito clássico sobre o poder constituinte originário, desenvolvido na tentativa de se retirar da tradição dinástica a fundamentação do poder transferindo a legitimação de seu exercício para o conceito de nação (BRANCO, 2010). Nessa perspectiva, destaca o autor que

Siyès enfatiza que a Constituição é produto do poder constituinte originário que gera e organiza os poderes do Estado (os poderes constituídos), sendo, até por isso, superior a eles. Sieyès se propunha a superar o modo de legitimação do poder que

vigia, baseado na tradição, pelo poder político de uma decisão originária, não vinculada a poder preexistente, mas à nação, como força que cria a ordem primeira da sociedade. Distancia-se, assim, da legitimação dinástica do poder, assentada na vinculação de uma família ao Estado, pela noção de Estado como ‘unidade política do povo.’ Para isso, cercou o conceito de *poder constituinte originário* de predicados colhidos da teologia, ressaltando a sua desvinculação a normas anteriores e realçando a sua onipotência, capaz de criar do nada e dispor de tudo a seu talante. Entendia que o povo é soberano para ordenar o seu próprio destino e o da sua sociedade, expressando-se por meio da Constituição. (BRANCO, 2010)

As mesmas observações sobre a teoria de Sieyès são feitas por J.J. Gomes Canotilho.

O poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder *inicial*, *autônomo* e *omnipotente*. É *inicial* porque não existe, antes dele, nem de facto nem direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do *soberano* (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder *autônomo*: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve “dar-se” uma Constituição à Nação. É um poder *omnipotente*, *incondicionado*: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo. (CANOTILHO, 1995, P. 94)

Pela conceituação de Sieyès, não haveria limitação ao poder constituinte originário, o qual poderia criar uma ordem jurídica completamente nova. Assim, caberia a fixação de novas normas, sem ter que pagar tributo a ordem jurídica anterior ou mesmo as tradições históricas e sociais.

Na vertente da chamada Constituição sociológica, Ferdinand Lassale apresenta a Constituição como sendo a soma dos fatores reais de poder, entendidos estes como a “(...) força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possa ser, em substância, a não ser tal como elas são.” (LASSALE, 2010, p.14) Destarte, na perspectiva sociológica, a Constituição não é instrumento que se constrói sem levar em consideração das reais forças da sociedade.

Em oposição à teoria de Sieyès apresentada por BRANCO (2010), e corroborando o que aponta LASSALE (2002), CANOTILHO (1995) aduz que a teoria do poder constituinte como onipotência deve ser vista com reticências. Segundo o autor

A ideia do 'soberano' (povo) deve articular-se com a ideia, atrás referida, do procedimento constituinte como um compromisso, constituído por elementos contratuais *reais* (grupos políticos, religiosos, económicos, sociais) e por elementos contratuais *fictícios* (contrato de uma geração vinculante de gerações futuras). (CANOTILHO, 1995)

Por seu turno, Konrad Hesse aduz que a teoria de Lassale sobre distinção entre Constituição real e Constituição jurídica deve ser lida com parcimônia, posto que, segundo

o autor, deve-se reconhecer à Constituição jurídica certa autonomia em relação à Constituição real (HESSE, 1991). Entretanto, reconhece que o texto constitucional não pode se descolar dos fatores sociais e dos aspectos históricos.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não pode ser desconsideradas. (HESSE, 1991)

Da mesma forma, Marcelo Neves anota que a Constituição é dotada de relativa autonomia e, em certa medida, influencia o sistema político (NEVES, 2007). Contudo, referido autor também não descarta a influência dos sistemas sociais cognitivos nos procedimentos decisórios, inclusive constitucionais. Cite-se

De acordo com a orientação assumida no presente trabalho, os procedimentos decisórios, tanto constituintes quanto de concretização constitucional, filtram as expectativas jurídico-normativas de comportamento, transformando-as em normas constitucionais vigentes. Não se trata de uma estrutura ideal de sentido em relação recíproca com a realidade social, mas sim de um subsistema normativo-jurídico, o qual, de um lado, tem uma relativa autonomia, de outro, encontra-se em permanente e variado inter-relacionamento com os sistemas sociais primariamente cognitivos, os outros sistemas ou formas de comunicação primariamente normativas e, especialmente, com as outras dimensões do sistema jurídico. (NEVES, 2007)

Assim, a construção de uma perspectiva sociológica a Constituição consiste na condensação de valores da sociedade que se propõe regulamentar. Tais valores não são construídos de maneira imediata a partir da edição de uma nova Constituição, mas, ao contrário, são solidificados pelo tempo.

Para Hesse (2009, p13) “toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição”. Em outras palavras, o texto constitucional só cumpre seu objetivo quando observa as mudanças históricas.

Nessa forma, parece-nos claro que se encontra superada a ideia de poder constituinte originário completamente descompromissado com a ordem jurídica então vigente e, em especial, com o histórico de uma sociedade. Ao contrário, o poder constituinte originário escreve o texto constitucional condicionado pelos valores da sociedade construídos historicamente. Nessa perspectiva, François Ost o direito “é mais sob a forma

de uma Constituição material, soma dos valores, de representações e das práticas normativas em vigor na comunidade que ele se deixa apreender.” (OST, 2005)

Na teoria desenvolvida por François Ost o direito constrói-se com base nas memórias coletivas da sociedade, as quais não são organizadas de forma monolítica e sim fragmentadas e seletiva (OST, 2005). Nessa perspectiva, o direito tem um papel relevante na instituição dessa memória coletiva através do registro dos fatos e da normatização dos valores da sociedade, evitando-se o risco de sua desintegração.

Uma coletividade só é construída com base numa memória compartilhada, e é ao direito que cabe instituí-la. (...) Instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: eis a mais antiga e permanente das funções do jurídico. Na falta de tais funções, surgiria o risco de anomia, como se a sociedade se construísse sobre a areia. (OST, 2005)

Em relação à Constituição, Ost a vê como o documento por excelência que liga o passado com o futuro no direito. Segundo o autor, “receptáculo de todas as promessas que o corpo social pode fazer a si próprio, a Constituição é, por excelência, o instrumento jurídico de ligação com o futuro.” (OST, 2005, p. 252).

A Constituição não é apenas um ato desconstituente como entende Sieyès – um rompimento completo com o passado – mas é também um ato reconstituente destinado a perdurar e que engaje o futuro. (OST, 2005). Estabelece, ainda, que é preciso “desdramatizar” o poder constituinte e reconhecer que o mesmo não escapa as ideias de direito existentes na sociedade (OST, 2005).

Não nos livramos tão facilmente da dialética constitucional; atrás da ordem imperativa não deixa de se fazer valer o pacto e os valores que o cimentam; para além da inversão revolucionária perfila-se a vontade de estabelecer uma ordem duradoura...de sorte outra que temos base para pensar que através da Constituição-ato de vontade, nunca se deixou de fazer ouvir a Constituição-produto da história. (OST, 2005)

Ost rejeita, portanto, a ideia de que a constituição, mesmo sendo fruto de um ato revolucionário, revela uma ordem jurídica absolutamente nova. Seu pensamento caminha no sentido de que o passado ilumina o futuro e a norma constitucional é uma construção histórica e não apenas um momento onde nasce instantaneamente o direito. Nesse sentido, afirma que o momento fundador de um novo direito não opera no vazio e na violência e que esteja completamente descompassado do momento anterior (OST, 2005)

Destarte, parece-nos que a construção de uma nova ordem jurídica não se dá a partir do nada, não havendo o constituinte originário que respeitar qualquer limite a sua capacidade

instituidora. Ao contrário, a construção do texto constitucional deve levar em consideração a história como meio de garantir a sua legitimidade e a busca de eficácia. Qualquer recorte histórico deve ser considerado na construção da ordem constitucional para que não haja distorções no que será passado de gerações para gerações.

O legado de um povo não pode estar dissociado com a sua construção histórica, por mais que isso possa incomodar alguns setores da sociedade.

3 A tentativa exclusão do passado pela anistia

A ideia de anistia sempre vem associada à de perdão. Pensa-se a anistia como uma forma de perdão social (OST, 2005), considerando a possibilidade da sociedade se “esquecer” do que passou como forma de projetar um novo futuro. MOISÉS (...) analisa a etimologia da palavra para tentar descrever seu significado jurídico.

A palavra “anistia”, como amnésia, deriva do grego “amnestia”, que significa esquecimento. Alguns entendem que, no campo político-jurídico, seu significado vai além do esquecimento, denota que o governo pretende apagar o crime e não simplesmente esquecê-lo. A anistia é, de toda forma, considerada um “perdão político”. Seria, desse modo, o conceito mais próximo do perdão. (PERRONE-MOISÉS, 2006)

A anistia seria, então, uma forma de imposição do esquecimento de determinados fatos que cuja revelação não interessaria a grupos dominantes em determinados momentos históricos. As leis que concedem anistia, portanto, uma verdade (ou ausência dela) oficial impedindo que a sociedade tomasse ciência de fatos.

Em sua obra OST (2005) discorre sobre as possibilidades de anistia, diferenciando-as conforme critérios de recorrência (periódicas ou pontuais) e conforme os efeitos pretendidos (anistia dos fatos ou da pena). Nessa classificação haveria anistias menores (periódicas e apenas das penas) e anistia maiores e mais graves (pontuais e dos fatos).

Ainda segundo OST (2005), as anistias periódicas seriam aquelas utilizadas como instrumentos de política penitenciária para purgar o sistema carcerário, diminuindo sua superpopulação e diminuindo as tensões em seu interior. Segundo a classificação do filósofo belga, esta forma de anistia é menor importância, posto que a submeter o fato a um processo e chegando a uma conclusão sobre a verdade, paga um tributo à memória.

Noutro giro, as anistias pontuais de caráter político seriam aquelas concedidas em momentos de transição após grandes traumas coletivos como os regimes de exceção ou

guerras civis, a qual seria cercada sobre uma áurea de mistério, onde sempre pairaria a dúvida sobre o quê há por de trás da sua concessão (OST, 2005). A anistia pontual se dividiria em duas formas, qual seja, a dos fatos e a da pena.

Na anistia da pena há a apuração dos fatos e imposição de culpa, mas retira-se a execução da pena. É considerado por François Ost uma forma de anistia menor que, apesar de impedir a execução da pena “pelo menos o processo ocorreu no seu tempo, pagando assim um tributo à memória.” (OST, 2005, p. 172).

Por outro lado, a anistia dos fatos extingue-se a ação e tenta-se apagar a memória dos acontecimentos sem que haja sequer o direito ao conhecimento da realidade e, por esse motivo, seria uma forma de anistia mais grave em que o passado é silenciado.

Em contrapartida, a anistia dos fatos extingue a ação pública, porque os fatos consideram não terem sido delituosos. Neste ponto, o efeito do desempenho jurídico atinge seu ápice: agimos como se o mal não tivesse ocorrido; o passado é reescrito e o silêncio imposto à memória. Daí em diante 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, 2005)

Com fundamento em Paul Ricoeur, OST (2005) afirma que essa forma de anistia dos fatos seria uma tentativa de pagar o inapagável, e que o custo dessa tentativa seria elevado, sob o risco de banalizar o crime e neutralizar os valores da sociedade, bons e maus, como se fosse uma medida de clemência (OST, 2005). Nessa linha, Daniel Sarapu e Bernardo Maranhão corrobora a leitura da obra de François Ost:

Já no pólo do esquecimento, é possível conceber a anistia como uma forma de amnésia institucional. De fato, mesmo do ponto de vista etimológico, há um parentesco entre anistia e amnésia. Ost (2005) convoca, a esse respeito, a posição de Paulo Ricoeur (1995), para quem a anistia é, sob vários aspectos, antítese do perdão. Em seu artigo “*Sanction, réhabilitation, pardon*”, publicado em 1995, Ricoeur observa que há algo de mágico e de desesperado nas tentativas de apagar todos os vestígios dos eventos traumáticos da vida de uma sociedade, como se isso fosse de algum modo possível. O que está em vista em tais empreitadas, diz ele, é evidentemente a reconciliação nacional. Nesse sentido, parece-lhe perfeitamente legítimo recorrer ao esquecimento para soldar as fraturas do corpo.

Nessa perspectiva, a anistia dos fatos impõe uma verdade falaciosa sobre um determinado tema e impede a busca pela verdade através de processos institucionalizados, impedindo-se a formação de uma verdade histórica, buscada (ou construída) a partir de elementos da realidade. Assim, impediria a existência de uma ampla reflexão da sociedade

sobre os fatos ocorridos no passado, o que impediria a construção de um novo marco legal para o futuro, considerando a linha desenvolvida pelo próprio François Ost de que a lei não é um instante no tempo, mas sua construção se dá a partir de experiências históricas e na promessa de um futuro (OST, 2005). Como prometer o futuro sem conhecer o passado?

Parece-nos que este tipo de anistia não permite uma construção do futuro de maneira adequada, sempre assombrando a vida da sociedade. Não por outro motivo a própria sociedade brasileira, onde se impôs uma anistia de fatos (MARANHÃO; SARAPU, 2008), vive um momento de questionamento de sua Lei de Anistia, justamente porque não purgou seus pecados coletivamente, o que permitiria a construção de um novo futuro.

Tal como se discutirá a seguir, mesmo que ao texto constitucional de 1988 houvesse ele mesmo disposto sobre a anistia, não estaria encerrada a questão, vez que não encontraria ressonância no conjunto da sociedade.

4 A necessidade rever a anistia a abrir os arquivos da ditadura

Ao argumento de que eram necessárias um conjunto de medidas para uma transição lenta, gradual e segura, foi editado no Brasil, em 1979 a Lei nº 6.683/79, também conhecida como lei de anistia que concedeu tal benefício a todos quanto, no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. (BRASIL, 1979)

A anistia concedida em 1979 a crimes políticos e conexos cometidos durante a vigência do regime militar foi admitida na Constituição vigente por meio da mesma emenda constitucional que convocou a assembleia nacional constituinte, em 1985.

Sobre o tema, Araújo, Silva e Santos (2013, p.32) afirmam:

A anistia no Brasil tem, portanto, um caráter complexo. Ela representou, por um lado, uma conquista parcial da sociedade e dos grupos que lutavam pela “anistia geral e irrestrita” mas, por outro lado, ela foi também uma vitória parcial dos militares e da classe dirigente que aprovou uma anistia limitada e se desobrigou da apuração das responsabilidades e dos crimes cometidos pelo regime.

O tema ainda hoje desperta intensos debates. Em abril de 2017 o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) em que rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão na Lei da Anistia (Lei nº 6683/79).

A referida ação buscava anular no Supremo Tribunal Federal o perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. A ação foi julgada improcedente por 7 votos a 2.

O relator do processo foi o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau. Em seu voto o Ministro ele fez uma minuciosa reconstituição histórica e política das circunstâncias que levaram à edição da Lei da Anistia e ressaltou que não cabe ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

No mesmo sentido do voto do Ministro Eros Grau foram os posicionamentos das ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Defenderam uma revisão da lei, alegando que a anistia não teve “caráter amplo, geral e irrestrito”, os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.

Inobstante o Supremo Tribunal Federal ter assentado a questão desta forma, isto é, no sentido de que a anistia não pode vir a ser revista, o tema ainda desperta debate na população porque a anistia dos crimes tem sido acompanhada da anistia dos gravosos fatos ocorridos no período militar.

A anistia gera polêmica: se por um lado várias pessoas que eram contrárias ao regime militar e que praticaram algum tipo de violação à legislação brasileira foram anistiados, vários agentes de estado também não sofrerão e não mais sofrerão quaisquer consequências pelos seus atos e sequer serão investigados.

O trabalho realizado pelas organizações de defesa dos direitos humanos e das comissões da verdade mostram o incômodo trazido pela experiência da tortura durante o regime militar.

As Comissões da Verdade são tradicionalmente reconhecidas como relevantes mecanismos de justiça de transição, que possibilitam, além do esclarecimento dos fatos, a aferição das violações e abusos de direitos humanos praticados pelo Estado, e o depoimento pessoal das vítimas acerca dos abusos. Historicamente, são caracterizadas pela existência de lapso temporal pré-definido de instalação e funcionamento, geralmente, são investidas de poderes oficiais de investigação para apurar os fatos ocorridos, e identificar tanto as pessoas que, direta ou indiretamente, atuaram como agentes perpetradores de violências contrárias aos direitos humanos (Morais, 2013, p. 24-25)

Os desaparecimentos forçados e as brutalidades praticadas pelos órgãos a serviço da segurança nacional foram denunciados. Com essa quantidade de dados e esse grau de institucionalização da tortura no país, obviamente que a mancha deixada pelo regime militar não seria facilmente esquecida pela população brasileira. (MARANHÃO; SARAPU, 2008)

O propósito do nosso de anistia foi confinar a experiência da tortura aos relatos dos sobreviventes da barbárie e tratá-la como fatos isolados e pontuais, impedindo, assim, que fosse publicamente reconhecida essa parte da nossa memória coletiva. Ao evitar um debate público sobre os fatos que fizeram parte da história recente, a narrativa de nossa história tornou-se menos factual do que ficcional. (MARANHÃO; SARAPU, 2008)

Nos moldes em que o processo de anistia foi aplicado no país o que se viu foi uma verdadeira garantia de imunidade em relação às barbaridades que foram praticadas.

O que se percebe é que o esquecimento foi implantado na conjuntura social como um dever, ainda que de forma sutil. Sobretudo através do dever de haver concessões recíprocas para uma efetiva reconciliação nacional. Assim, compreende-se que um dos polos ativos em torno deste conflito memorial é a revisão da lei de anistia, uma vez que, através desta, o Estado se posicionaria oficialmente em repúdio às ações outrora cometidas pelos perpetradores dos direitos humanos, tornando-se possível a realização de julgamentos a essas violações, com atribuição das devidas sanções. (FERREIRA; BRITO, 2014)

Não merece acolhimento os posicionamentos conservadores de que rever a anistia significa abrir espaço para revanchismos ou vingança.

Jairo Schafer muito bem elucida que no do Estado democrático de direito as normas elegidas no texto constitucional e relacionadas com a existência humana, são direitos fundamentais. Entende o autor que tais normas são os fundamentos da própria existência de Estado:

Os direitos fundamentais, em sentido forma, podem ser identificados como aquelas posições jurídicas da pessoa humana – em suas diversas dimensões (individual, coletiva e social) – que, consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (SCHAFFER, 2013, p.64).

O direito à informação constitui um dos pilares do estado democrático de direito e toda vez que se criam obstáculos para o acesso aos arquivos do período da ditadura, há uma agressão ao estado democrático de direito.

O direito internacional reconhece a possibilidade de reparação com um critério basilar para a restauração da confiança cívica das vítimas do período totalitário. É uma forma de valorização das instituições democráticas do Estado. A reparação, além de ser um direito individual de cada vítima, é condição necessária para a restauração da justiça e para a cura das feridas deixadas. É uma forma de amenizar o sofrimento e de restabelecer a igualdade perante a lei, que foi quebrada pelo crime, seja na forma de desaparecimento forçado, assassinato, tortura ou outras violações graves aos direitos humanos.

As Comissões de Verdade devem ser entendidas como espaço para diálogo e tentativa de obtenção do conforto para a vítimas, seus familiares e a sociedade objetivando conciliar com o passado. Trata-se de um ambiente de diálogo para que se compreenda o que passou, fazendo com que o indivíduo se sinta em casa de novo. (PERRONE-MOISES, 2006)

Como bem lembrado por PERRONES-MOISES ao citar ARENDT:

Não significa negar nos fatos o chocante, eliminar deles o inaudito, ou, ao explicar fenômenos, utilizar-se de analogias e generalidades que diminuam o impacto da realidade e o choque da experiência. Significa, antes de tudo, examinar e suportar conscientemente o fato que o nosso século colocou sobre nós – sem negar sua existência nem vergar humildemente ao seu peso. Compreender significa, em suma, encarar a realidade sem preconceitos e com atenção, e resistir a ela – qualquer que ela seja. (ARENDT, 1989, p. 12)

As experiências internacionais mostram que processos de consolidação democrática sem o reconhecimento de responsabilidades do passado enfrentam sérios problemas e afetam, no longo prazo, a estabilidade democrática e a governabilidade dos países.

Para o desenvolvimento de uma democracia é necessário um confronto com o seu passado de barbárie e repressão política, demarcando claramente a diferença entre guarda desse passado obscuro e sinalizando fortemente para uma nova direção, na qual o respeito aos direitos humanos e a manutenção das liberdades públicas seja pilares inegociáveis e inexpugnáveis. (LOPÉZ DÍAS, 2011)

Já passou da hora de abirmos os arquivos da ditadura para que nosso passado recente possa ser conhecido. Não se trata de perdoar ou punir, mas sim de tentar compreender o que aconteceu.

O que se propõe é que se torne público o que aconteceu durante o estado de exceção, sem manipulações ou sem a imposição do silêncio. Esse é o primeiro passo para que se evite a repetição dos trágicos episódios ocorridos no nosso país.

O exercício do direito fundamental do acesso à informação e à comunicação da verdade possibilita o resgate da consciência da responsabilidade do Estado para com a integridade físico-psíquica do indivíduo. Negar à coletividade o acesso à verdade dos fatos acarreta a violação do princípio democrático da publicidade dos atos do poder público, o que vai na contramão da consolidação das bases democráticas. (MORAIS, 2013)

Sobre o tema debatido, Marco Antônio Rodrigues Barbosa e Paulo Vannuchi acentuam que:

A reconstituição da memória, fundada na verdade é, portanto, essencial: é o meio pelo qual se pode readquirir o sentimento de justiça, na medida em que ela fornece o elo de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo. Resgatar a memória, com verdade, permite, ademais, elucidar o que é inconsciente e irracional, trazendo-os para o nível da consciência racional e garantido um processamento transformador que ao mesmo tempo liberta e condiciona todas as possibilidades de reconciliação (BARBOSA; VANNUCHI, 2009)

A justiça de transição possui grande importância nesse processo de reconstrução da memória do país eis que atua no conjunto de abordagens e estratégias para enfrentar o legado de violência vivido, para atribuir responsabilidades e até mesmo na tentativa de se buscar a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos, evitando que tais atrocidades se repitam.

Como bem salientado por Emílio Peludo Neder Meyer “a justiça de transição é um conjunto de medidas fundamental para a consolidação de um projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito sob o signo do patriotismo constitucional. Isto implica no cumprimento de todos os elementos que a compõem” (MEYER, 2012).

A anistia de pena, em determinados casos, pode vir a ser concedida, mas não pode se transformar em anistia de fatos para tentar apagar a memória de uma nação.

Cumprir destacar que, tal como se viu em Ost (...), a Constituição é sempre erigida sobre as tradições e a história do Estado que a promulga. Ao deixar-se de lado parte da história do Brasil, como se ela simplesmente não tivesse ocorrido, impede-se que a sociedade aprenda com seus erros e não construa um novo futuro a partir de uma nova ordem constitucional.

Por outro lado, o atual cenário político vivido no Brasil, em que parte da sociedade clama por soluções autoritárias para problemas como a violência e a corrupção, pode ser em certa medida explicado pela ausência do acesso completo à memória de seu passado recente. Discursos sobre a ausência de violência urbana no período da ditadura e acerca da probidade no trato da Administração Pública durante o período de exceção vivido entre 1964 e 1985, mesmo que não sejam críveis do ponto de vista histórico, decorrem de um imaginário coletivo formado sem acesso aos dados da realidade existente no período.

Cumprir relembra a forte censura à imprensa imposta no período de ditadura militar. GASPARI (2014) destaca que o período do “milagre econômico” foi também o período de maior reprimenda aos veículos de imprensa, havendo manuais indicando a pauta e o viés das matérias que poderiam ser veiculadas. Vale aqui uma transcrição sobre o conteúdo do manual de imprensa da 1ª Região Militar:

O manual carioca, assinado pelo general Cesar Montagna de Souza, da 1ª Região Militar, informava que o objetivo da censura era “obter da imprensa falada, escrita e televisada o total respeito à Revolução de Março de 1964, que é irreversível e visa a consolidação da democracia”. Para isso, determinava:

Não deverão ser divulgadas notícias que posam:

- propiciar o incitamento à luta de classes (...)
- comprometer no exterior a imagem ordeira e econômica do Brasil
- tumultuar os setores comerciais, financeiro e de produção (...)
- veicular atividades subversivas, greves ou movimentos operários. (GASPARI, 2014, p. 216)

A ausência de informação jornalística a época que retratasse a realidade, expondo as mazelas da economia e a violência do período, leva a impressão de que se tratava de período de ampla prosperidade econômica e social, o que contrapõe a realidade atual onde há maior liberdade de imprensa.

É bem verdade que se pode discutir hoje o controle da mídia por grandes corporações e grupos de interesse, mas não se pode negar que há maior possibilidade de contestação dos atos do Estado, denunciando suas mazelas.

Esse quadro – que impede uma clareza do passado – torna distorcida a realidade histórica. Apresenta-se um presente corrupto e violento em comparação com um passado de paz e prosperidade.

Não obstante, a visão que se tem do passado é enuviada em razão da censura vigente, o que impede uma comparação justa com o presente e, mais do que isso, cria a sensação de que houve decréscimo na qualidade de vida do Brasil. Disso decorre o saudosismo com o período de exceção e truculência, levando discursos sobre a necessidade de um governo ditatorial.

A história nacional, importante para construção das bases da Constituição, não corresponde exatamente à realidade, gerando uma memória artificial. Essa memória artificial impede o avanço de conquistas constitucionais democráticas, posto que tais avanços dependem de uma vontade de constituição (HESSE, 1991).

Nesse sentido, há setores da sociedade que ao invés de avançarem e construírem uma nova realidade, dentro de um novo marco constitucional, se voltam para um passado mítico, em que teriam sido felizes apesar do regime de exceção que lhes cerceava inclusive o direito a ter conhecimento efetivo sobre a realidade que viviam.

Considerando as três décadas de regime democrático que vivemos, não se pode abrir brechas para que os saudosistas do estado totalitário que varreu nossa democracia criem sementes.

Daí a importância da discussão sobre o acesso integral aos arquivos do período da ditadura militar. Apenas com a exposição – ainda que dolorida – das entranhas do regime militar é que se poderá dar a conhecer a realidade do passado, permitindo-se o desfazimento de uma memória falaciosa, o que poderá ensejar o avanço para a efetiva construção de uma nova ordem constitucional democrática.

5 Conclusão

A Constituição somente é legitimada quando encontra respaldo nos valores e nas concepções históricas de uma dada sociedade. Assim, na linha defendida por CANOTILHO

(1995), nem mesmo o constituinte originário está absolutamente livre das amarras do contexto histórico e social, sendo indispensável para a legitimação do texto constitucional o respeito a estas condicionantes. Ou seja, a limitação do constituinte originário se dá pela história da sociedade que representa, não lhe sendo possível desconsiderar uma parte dessa história sob o pretexto de que está fundando num novo ordenamento com olhar voltado apenas para o futuro.

Nessa perspectiva, a adoção de uma forma de anistia de fatos em que há uma tentativa de ocultação a memória tal como se alguns fatos não houvessem ocorrido, nos parece incabível até mesmo para o constituinte originário. Como já salientado, a construção de um texto constitucional sem que se leve em consideração a história de uma determinada sociedade deslegitimaria o próprio texto constitucional por deixar de ser uma caixa de ressonância dessa própria sociedade.

Muito embora o texto mencione a anistia da pena, na realidade o estado brasileiro nunca efetivou o processo de certo de contas com o seu passado de exceção, tampouco houve resposta institucional às barbáries do período ditatorial.

Diferente de países como a Alemanha que não deixa apagar o seu passado, que proibiu que qualquer cidadão venha negar o holocausto, que construiu memoriais para relembrar do holocausto e que criminalizou qualquer símbolo do nazismo, o estado brasileiro, além de anistiar os crimes ocorridos na época da ditadura, vem produzindo uma verdadeira anistia de fatos, negando acesso aos arquivos e se furtando de prestar esclarecimentos em relação aos desaparecimentos ocorridos naquele período de anos de chumbo.

A investigação e o esclarecimento pormenorizado do ocorrido visa fortalecer a democracia objetivando o não surgimento de um novo período de barbáries.

Conhecer a história de um país e o legado deixado por um longo período de ditadura não se confunde com revanchismo ou caça às bruxas. O povo tem o direito e o dever de conhecer o inteiro teor do passado de seu país, por mais amargo que seja alguns capítulos de sua história.

A anistia da pena, em que há pelo menos o registro histórico dos fatos permitindo que a sociedade conhecesse o mal que lhe afligiu e deliberasse, de forma livre e consciente, constitui uma medida intermediária entre o esquecimento e punição devida.

Independente da questão de se anistiar a pena ou não, faz-se necessário abrir os arquivos da ditadura para esclarecer o que realmente aconteceu no Brasil durante o estado de exceção. Tal determinação não visa somente apresentar aos interessados o que aconteceu, mas constitui uma forma de prevenção para que tais barbáries não voltem a ser praticadas em nosso país.

Referências

ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis (Org.). *Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. VANNUCHI, Paulo. *Resgate da memória e da verdade: um direito de todos*. In: **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Coord. Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 58.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; MENDES, Gilmar Ferreira . *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei de Anistia nº 6.683/79 , de 28 de agosto de 1979. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28.08.1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. DJU 06.08.2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 7 ago. 2018.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

FERREIRA, Maia Letícia Mazzuchi; BRITO, Ana Paula Ferreira. *As reivindicações por memória e verdade e a Comissão Nacional da Verdade*. In: Emílio Peluso Neder Meyer; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (org.) **Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte, 2014, p 35-59.

GASPARI, Elio. *As ilusões armadas. A ditadura escancarada* v. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MORAIS, André de Oliveira. *Por uma Justiça de Transição Efetiva: análises crítico-jurídicas da atuação do Ministério Público Federal na promoção das ações judiciais destinadas à implementação das dimensões fundamentais da justiça transicional*. Dissertação (Dissertação em Direito) – UFMG. Belo Horizonte. 2013.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma justiça de transição no Brasil*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Arraes editores: 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OSMO CARLA. *Direito à verdade. Origens da conceituação e a suas condições teóricas de possibilidade com base em reflexões de Hannah Arendt*. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11022015-144455/pt-br.php>> Acesso em 07 jul. 2018.

OST, FRANÇOIS. *O tempo do direito*. 1ª Ed. Florianópolis: Edusc. 2005.

PERRONE-MOISES, Cláudia. *O perdão e os crimes contra a humanidade: um diálogo entre Hannah Arendt e Jacques Derrida*. In: Adriano Correia (org.). *Hannah Arendt e a condição humana*. Salvador: Quarteto, 2006, p. 211-224.

ROCHA, Karina Ferreira. *A lei da Anistia: sua legalidade frente à Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18035&revista_caderno=9> Acesso em 17.08.2018.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 1 (jan. / jun. 2009). -- Brasília : Ministério da Justiça , 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2009revistaanistia01.pdf>>. Acesso em 17.07.2018.

SARAPU, Daniel Vieira; MARANHÃO, Bernardo Costa Couto. *A memória em disputa e o Direito: Entre o silêncio imposto e o reconhecimento legitimado*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/03_708.pdf> . Acesso em 07 jul. 2018.

SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário; uma proposta de compreensão. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Livraria do advogado, 2013.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira*. In. *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional Comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p. 282.