

quando mudava o nome de Erínias para Euménides, ao mesmo tempo que as integrava na cidade, fazendo assim uma aposta inaudita numa justiça não vingadora que contudo presta justiça às vítimas. Para isso, não foi preciso fazer tábua rasa do passado da cidade, mas tão só aceitar suspender algumas das suas certezas, o tempo de uma deliberação pública e correr o risco de uma nova promessa.

O ESQUECIMENTO, AMEAÇADOR E CONTUDO NECESSÁRIO

«Só há memória num fundo de esquecimento, escreve Pierre Vidal-Naquet, esse esquecimento ameaçador e contudo necessário⁵⁴.» Se o esquecimento, reverso da memória, apresenta essa natureza ambígua, é porque também a memória é necessária (dissemos a que ponto ela era constitutiva do social) e perigosa. No capítulo VII do *Procès*, Kafka tem esta frase terrível: «O tribunal nunca esquece nada⁵⁵»; um tribunal que nunca esquece nada, haverá sinal mais revelador de uma sociedade virtualmente totalitária? Mas uma memória infalível não é apenas ameaçadora, ela é igualmente ineficaz: uma personagem de Borges, chamada Funes Memorioso, é dotada de uma tal memória universal («Tenho mais lembranças sozinho do que podem ter tido todos os homens desde que o mundo é mundo»): sofrendo de insónias e febril, é capaz de reconstituir, uma a uma, todas as lembranças e todas as sensações de cada dia (operação que, de resto, lhe leva um dia inteiro); em compensação, é incapaz de formular uma ideia geral – de facto, ele não pensa, ou pouco pensa, pois «pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair. No mundo sobrecarregado de Funes apenas havia pormenores, quase imediatos»⁵⁶.

54 P. VIDAL-NAQUET, «Sur une commémoration», in *Politiques de l'oubli, Le genre humain*, Paris, Seuil, 1988, p. 134.

55 F. KAFKA, *Le Procès*, Paris, Pocket, 1996, p. 187.

56 J. L. BORGES, *Fictions*, trad. por P. Verdevoye, Ibarra e R. Caillois, Paris, Galimard-Folio, 1988, pp. 115 e 118.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

O esquecimento é pois necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito; responde à natureza descontínua do tempo cujo fio, como vimos, é entrecortado por pausas e intervalos, atravessado por rupturas e surpresas. Nietzsche, chantre do esquecimento, dá mais um passo: o esquecimento não seria tanto uma *vis inertiae*, uma maneira de abandono ou de afrouxamento do pensamento, como um «poder activo, uma faculdade de paragem» – de resto, mais um ponto comum com a memória. Esta faculdade activa de esquecimento, explica ele, está encarregada da manutenção da ordem psíquica: sem ela, «não há felicidade, não há serenidade, não há esperança, não há orgulho, não poderia existir fruição do instante presente»⁵⁷. O homem de «saúde robusta» é, pois, um «animal necessariamente esquecido» – daí o espanto do filósofo perante a emergência dessa contraforça que é a promessa, essa «memória da vontade»⁵⁸.

AS PAUSAS DO NÃO-DIREITO

Presente no próprio fundamento do direito, o esquecimento acompanha-o também na sua vida quotidiana, ritmando os seus desenvolvimentos, escandindo as suas idas e vindas. Contra a imagem dogmática da continuidade da regra («um sol que nunca se põe», escreve Jean Carbonnier⁵⁹), é preciso admitir com efeito eclipses da juridicidade, baixas da pressão jurídica – aproveitando pausas de não-direito ou de direito menor. Nos Esquimós, estas variações do direito adoptavam um ritmo sazonal, a acreditar em Marcel Mauss: no Verão, um direito de dispersão e de individualismo; no Inverno, enquanto as famílias se reúnem na «longa casa», um direito colectivista de inspiração

57 F. NIETZSCHE, *La Généalogie de la morale*, trad. por H. Albert, Paris, Gallimard-Idées, 1964, pp. 75 e 76; cf. também *Considérations inactuelles*, Paris, Gallimard, 1990, p. 130: «Aquele que não sabe repousar no limiar do momento, esquecendo todo o passado, nunca saberá o que é a felicidade.»

58 *Ibid.*, pp. 76-77.

59 J. CARBONNIER, «Nocturne», in *Flexible Droit*, Paris, LGDJ, 8.ª ed., 1995, p. 49.

comunitária⁶⁰. Nas nossas sociedades, a alternância significativa seria antes a do dia e da noite: «o direito, escreve ainda Carbonnier, é diurno, e a noite não passa de um vazio que ele abandona, ou de um desconhecido que ele recebe»⁶¹. Tudo se passa, com efeito, como se o dia estivesse votado à vida social e racional, sendo a noite abandonada aos sonhos e aos destinos individuais. Como se, cada noite, o contrato social se desfizesse pelo menos um pouco e encontrássemos, ajudados pela obscuridade e pelos medos ancestrais, qualquer coisa do estado de natureza primitivo e das violências que supostamente o acompanham.

Mesmo o gládio do Estado é suspenso ao anoitecer, reservando os seus rigores para a luz do dia: as notificações, as apreensões, as prisões domiciliárias, as buscas não podem, em princípio, ter lugar à noite; se a solução ganha hoje uma tônica de liberdade pública, ela é contudo muito antiga: «*solis accessus suprema tempestas esto*», o pôr-do-sol marca o limite extremo das acções judiciais e dos actos jurídicos em geral, especificava já a lei romana das XII Tábuas⁶².

Daí também esta questão tradicional, de recorte escolástico: que acontece à personalidade jurídica – e a todos os títulos que a acompanham – durante a noite? O homem que dorme terá direitos e deveres? Alguns, mais radicais, vêem aí uma analogia com a morte; adormecer seria «largar o fardo jurídico», a pessoa adormecida ficaria fora de jogo, fora da lei, sob o domínio do vasto espaço do não-direito. Outros, mais moderados, vêem nessa pausa do sono apenas uma atenuação da vida activa; se o sujeito entra em vigília, nem por isso passa a ser menos *homo juridicus*, titular de todos os seus direitos e investido de todas as suas obrigações. O esquecimento, em suma, não passaria de um parêntese na continuidade do direito⁶³. Admitamos, como postu-

60 M. MAUSS, «Essai sur les variations saisonnières des sociétés eskimos», in *L'Année sociologique*, 1904-1905, IX, pp. 39 e segs., citado por J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 49.

61 J. CARBONNIER, *ibid.*, p. 50.

62 *Ibid.*, pp. 50-51.

63 Para uma análise jurídica do sono, cf. J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 55-61.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

lado necessário, a ideia de um *continuum* da personalidade jurídica; conceder-se-á, contudo, que este exige, para a sua própria persistência, a intervenção do sono, que dizemos precisamente ser «reparador». De resto, o inocente não dorme «como um bem-aventurado», enquanto o culpado, com insónias, fica mesmo no túmulo com os olhos sempre abertos de remorso⁶⁴? Concluamos que a justiça, como a boa consciência, passam pelo sono e pelo esquecimento.

As alternâncias jurídicas podem também apresentar uma amplitude bem maior, para lá das variações do dia e da noite ou do ciclo das estações; em certos casos, o fluxo e refluxo do direito prolongam-se durante anos, e até décadas. Reencontramos aqui o tempo da longa duração, mas, se assim se pode dizer, no seu lado negativo: com o tempo, a força obrigatória das leis enfraquece em vez de se reforçar, os títulos jurídicos definham em vez de se consolidar, as provas, mais do que acumular-se, dispersam-se e baralham-se. Veremos aí, quer a acção destruidora do tempo, quer o vestígio da sua obra tradicional de apaziguamento; em qualquer hipótese, o movimento contínuo, ainda que subterrâneo, de uma vida jurídica que nada detém e que, como Janus, apresenta sempre dois rostos: enquanto o direito de um se afirma progressivamente, o do outro esbate-se, e enquanto uma regra se sente morrer pouco a pouco, atingida pela ineficácia, uma outra, mais jovem, ocupa em breve o lugar deixado vazio.

DESUSO E PRESCRIÇÃO EXTINTIVA

As duas formas mais conhecidas de refluxo jurídico são o desuso e a prescrição extintiva, lados negativos do costume e da prescrição aquisitiva. O desuso não deixa de ser paradoxal: eis uma lei, em princípio formalmente obrigatória até ao dia da sua ab-rogação, que contudo perde pouco a pouco a sua validade por um não-uso prolongado e, segundo parece, tolerado pelas auto-

64 V. NAHOUM-GRAPPE, «Dormir», in *La mémoire et l'oubli, Communication* n.º 49, 1989, Paris, Seuil, p. 90.

ridades jurídicas, mesmo quando se apresentam ocasiões de o aplicar (nisso, a hipótese do desuso distingue-se da caducidade, que se entende como não-uso por falta de ocasiões de aplicar a lei). Compreende-se que este fenómeno constitui um escândalo para uma doutrina positivista, pois poder-se-ia igualmente dizer que a ab-rogação, total ou parcial, da lei por desuso consagra um costume *contra legem*, como no caso do uso que valida as doações manuais, apesar do artigo 931 do Código Civil que exige a redacção de um acto notariado para qualquer doação⁶⁵.

Doutrina e jurisprudência mostram-se pelo menos circunspectas, não admitindo o desuso a não ser como confissão vergonhosa de uma doença inevitável: «o desuso mata as leis, mas é preferível não o dizer», escreve J. Cruet⁶⁶. Portalis, contudo, o principal redactor do Código Civil de 1804, dera provas da sua lucidez usual relativamente ao desuso: apresentava-o, a exemplo do esquecimento, como ameaçador e, todavia, necessário: «Se não autorizámos formalmente o modo de ab-rogação pelo desuso ou pelo não-uso, foi porque talvez tivesse sido perigoso fazê-lo», escrevia ele no seu famoso *Discours préliminaire*, acrescentando em seguida: «Mas poderemos dissimular a influência e a utilidade desse concerto não deliberado, desse poder invisível, pelo qual, sem abalo e sem comoção, os povos fazem justiça às más leis, e que parecem proteger a sociedade contra as surpresas feitas ao legislador, e o legislador contra si próprio⁶⁷?» Este ensinamento não perdeu actualidade: muitas vezes, com efeito, ainda hoje, a passagem de um regime totalitário a um retorno progressivo do Estado de direito (a «transição democrática») toma essa via doce do *desuso*: mais do que pronunciar de uma vez a ab-rogação do sistema jurídico anterior, prefere-se inflectir progressivamente, por via de interpretação jurisprudencial, nomeadamente, o signi-

65 Para outros exemplos, cf. F. PETIT, «La mémoire en droit privé», in *Droit prospectif*, 1997-1, nota 35.

66 J. CRUET, *La Vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1918, p. 258.

67 PORTALIS, «Discours préliminaire», in LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des Codes français*, tomo I, Estrasburgo, Treutell e Wurtz, 1827, pp. 269-270.

ficado e o alcance económico, social e político, das principais leis e instituições do Antigo Regime⁶⁸.

Organizada pela lei e afectando apenas prerrogativas individuais, a prescrição extintiva civil é menos controversa: o artigo 2219 do Código Civil define-a como «um meio de se libertar por um certo lapso de tempo». Na realidade, o seu campo de aplicação é duplo: permite a libertação do devedor a quem o credor não reclama aquilo que lhe é devido (direitos pessoais), mas acarreta também a extinção, por não-uso, dos direitos reais (a este título, apresenta-se como a outra face da *usucapião*, ou aquisição por posse contínua, pacífica, pública e a título de proprietário). Como para o desuso, a prescrição extintiva aparece como um mecanismo de adaptação do direito ao facto: na impossibilidade de se ter realizado em conformidade com o prescrito, o direito (aqui entendido como direito subjectivo) alinha pela situação de facto contrária que se consolidou no intervalo. De novo, podemos, quer lamentar o fracasso do direito que, por preocupação de efectividade e de realismo, acaba por consagrar uma injustiça, quer pelo contrário admirar as capacidades de auto-adaptação de uma regulação jurídica que consegue finalmente inscrever qualquer facto ou acto na corrente ininterrupta do tempo e consagra assim uma outra ideia de justiça que quer que esqueçamos aquilo que durou demasiado sem conseguir realizar-se⁶⁹. Sem dúvida desejoso de fazer justiça às particularidades das diversas situações e assim arbitrar melhor entre essas leituras antagónicas da instituição, o legislador procurou diversificar tanto as durações das prescrições extintivas como as suas modalidades, e nomeadamente as causas de suspensão que podem atrasar a sua execução.

Em França, Bélgica, Alemanha, e no Luxemburgo, o prazo de direito comum da prescrição extintiva, nomeadamente em direito da responsabilidade contratual, está fixado em trinta anos, como

68 A propósito da situação na Polónia, cf. Z. ZIEMBINSKI, «Problèmes méthodologiques de la désuétude», in *Le Temps et le droit*, sob a direcção de P.-A. Côté e J. Frémont, Cowansville (Quebeque), Éditions Yvon Blais, 1996, p. 54.

69 Sobre esta discussão, cf. nomeadamente M. BRUSCHI, «Essai d'une typologie des prescriptions en droit privé», in *Le Temps et le droit*, *op. cit.*, pp. 293-294.

para a prescrição aquisitiva; noutros países, em compensação, esse prazo é mais curto: vinte anos na Dinamarca e nos Países Baixos, quinze anos em Espanha, dez anos em Itália. Mas, à margem destes prazos de direito comum, multiplicam-se os prazos extintivos especiais, sempre mais curtos, que pareceram melhor adaptados à duração de vida de certos direitos: assim apareceram prescrições próprias para os comerciantes, construtores, médicos, ou prazos específicos para a responsabilidade extracontratual, ou ainda para a natureza desta ou daquela obrigação, como a obrigação de segurança ou a obrigação de conformidade na venda.

Notar-se-á, por outro lado, que se estes prazos de prescrição aceitam diversas causas de suspensão (por exemplo, o reconhecimento da dívida pelo devedor), os prazos estabelecidos que, como em matéria de processo, limitam a duração de existência de um direito de agir, são em princípio intangíveis. Estes prazos, opondo-se a qualquer possibilidade de uma análise indefinida dos actos e situações jurídicas, contribuem de forma decisiva para a garantia da segurança jurídica. Adivinha-se pois que, nas mãos do legislador, a fixação desses diversos prazos constitui um instrumento eficaz de regulação da duração jurídica entendida aqui como o estabelecimento de compromissos variáveis entre memória e esquecimento, continuidade e mudança, justiça e realismo⁷⁰.

DIREITO AO ESQUECIMENTO OU DEVER DE MEMÓRIA?

Para além da prescrição, ainda existem outras formas de direito ao esquecimento em direito privado. Uma das formas mais conhecidas é o direito ao anonimato, quer se trate da sua aplica-

70 Sobre os diferentes factores de alongamento ou encurtamento dos prazos, cf. P. HEBRAUD, «Observations sur la notion de temps dans le droit civil», in *Études offertes à Pierre Kayser*, tomo II, Aix-Marseille, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1979, pp. 13-14.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

ção mais antiga, «o parto sob X» (artigo 341-1 do Código Civil: a mãe pode pedir para dar à luz sem indicar o seu nome, o que tem nomeadamente por efeito frustrar as acções de indagação de maternidade), ou dos seus aspectos mais modernos na procriação medicamente assistida (artigo L 152-5, al. 3, do Código da Saúde Pública, que prevê o anonimato do casal dador e do casal receptor em caso de doação de embrião). Para além da protecção da vida privada, estas disposições, que decorrem da ordem pública, pretendem prosseguir um interesse geral: a luta contra o infanticídio e a facilitação da adopção, nomeadamente⁷¹.

Instaurando um esquecimento definitivo, o anonimato do parto não poderá ser levantado pelo simples consentimento da mãe. Sem dúvida que ela poderá exprimir a vontade de reconhecer o seu filho depois, mas esse pedido só será acolhido se a criança ainda não tiver sido objecto de uma adopção plena ou se ainda não tiver sido colocada com vista a essa adopção⁷². Reconheçamos contudo que nessa matéria, a arbitragem entre direito ao esquecimento e direito à memória é particularmente delicada; a compatibilidade da solução francesa com o artigo 7 da Convenção de Nova Iorque de 26 de Janeiro de 1990 relativa aos direitos da criança é aliás discutida: esse artigo dispõe com efeito que a criança tem o direito de conhecer os seus pais e de ser educado por eles na medida do possível⁷³.

Também pode acontecer que, com vista a preservar a paz e honra das famílias, como outrora se dizia, ou antes a preservar as ficções impostas pelo direito, em linguagem actual, o legislador proíba o estabelecimento ou a contestação da filiação, a todo o

71 Cf. R. LETTERON, «Le droit à l'oubli», in *Revue de droit public*, 1996-2, p. 402.

72 P. DUCLOS, *Les Enfants de l'oubli. Du temps des orphelins à celui des DDAS*, Paris, Seuil, 1989.

73 R. LETTERON, art. citado, p. 403. Hoje, «o parto sob X» é apresentado como uma doação feita por uma mulher anónima a um casal que deseja adoptar uma criança: o direito ao esquecimento seria pois baseado num princípio de solidariedade. Vejam também o artigo 312 do Código Civil belga que consagra o princípio oposto: «*mater semper certa est*» («a criança tem por mãe a pessoa que é designada como tal no acto de nascimento»).

momento ou durante um prazo de prescrição mais curto do que o prazo de direito comum de trinta anos⁷⁴. Mas aqui também as arbitragens são difíceis entre memória e esquecimento, ordem pública e interesses individuais. Observar-se-á, relativamente a isto, a solução particularmente imaginativa prevista pelo artigo 340-4, al. 3, do Código Civil: se a acção de investigação de paternidade natural não foi intentada aquando da menoridade da criança, ao longo de um primeiro prazo de dois anos que corre a contar do seu nascimento, um novo prazo de dois anos começa a contar a partir da sua maioridade. Desejoso de deitar o véu do esquecimento sobre certas verdades, o direito dá aqui, por meio desse duplo prazo de prescrição uma segunda oportunidade à memória dos factos. Sinal entre muitos outros que, em direito, como no inconsciente, nunca nada é completamente esquecido; ainda é preciso que o regresso do recalçado se opere em condições aceitáveis, coisa a que o legislador se dedica provendo-o de condições e de prazos.

Em outras hipóteses ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito ao respeito da vida privada. Quando, personagem pública ou não, fomos empurrados para a boca de cena e colocados sob os projectores da actualidade – muitas vezes, é preciso dizê-lo, uma actualidade penal –, temos o direito, depois de um certo tempo, de sermos deixados em paz e cair no esquecimento e anonimato de onde nunca gostaríamos de ter

74 Podemos citar nomeadamente: art. 311-19 e 311-20 do Código Civil (impossibilidade de estabelecer ou contestar a filiação em caso de procriação medicamente assistida); art. 352, al. 1, do Código Civil (a colocação com vista a adopção proíbe qualquer reconhecimento); art. 340-4, al. 1, do Código Civil (a acção de investigação de paternidade natural prescreve em dois anos a contar do nascimento da criança). No que respeita à improcedência de certas acções, cf. o art. 334-9 do Código Civil (acção de investigação de paternidade se a criança já tiver uma filiação legítima estabelecida por posse de estado); art. 338 do Código Civil (em caso de reconhecimento de filho natural); art. 334-10 do Código Civil (se existir um impedimento de casamento em caso de incesto absoluto quando a filiação já está estabelecida relativamente a um dos dois pais). Sobre esta questão, cf. F. PETIT, «La mémoire en droit privé», art. citado, pp. 15-16.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

saído. Numa decisão de 20 de Abril de 1983, *Mme. M. c. Filipachi et Cogedipresse*, o Tribunal de Grande Instância de Paris consagrou esse direito em termos muito claros: «Tendo em conta que qualquer pessoa que se viu envolvida em acontecimentos públicos pode, com o tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; que a recordação desses acontecimentos e do papel que ela desempenhou nisso é ilegítima se não se fundar nas necessidades da história ou se puder ser de natureza a ferir a sua sensibilidade; tendo em conta que o direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo aos jornalistas, deve igualmente beneficiar todos, incluindo os condenados que pagaram a sua dívida à sociedade e nela tentam reinserir-se⁷⁵».

Tudo isso nos convence sem dúvida da utilidade do esquecimento; mas, se é necessário, o esquecimento é também perigoso: como a noite com que ainda há pouco o comparávamos, ele é alternadamente apaziguador e ameaçador. Carbonnier recorda, relativamente a isso, que se a noite acarreta a pausa do direito e o sono do justo, ela abriga igualmente os conluios dos ladrões e dos conspiradores, todos aqueles para quem o não-direito poderia significar o contradireito⁷⁶. Recordaremos também que os primeiros magistrados eram veladores, como se fosse preciso que, pelo menos alguns, mantivessem acesa a chama da lei ao longo das horas sombrias da noite.

A par das diversas formas de esquecimento-apaziguamento, aprenderemos a discernir as figuras do esquecimento-falsificação e do esquecimento-recalcamento. Esquecimentos falsários: as mil e uma formas de piedosas mentiras da história oficial que, para legitimar um regime ou reforçar uma ideologia, interpretam à sua vontade a simples verdade dos factos – basta evocar o caso da história do Japão baseada no dogma fundador segundo o qual o imperador não conheceu nem abdicação forçada, nem substituição desde a criação do país pelos deuses, postulado que, obviamente, só se mantém à custa de uma acumulação de esquecimen-

75 TGI Paris, 20 de Abril de 1983, *in JCP*, 1983, II, 20434, *obs.*, Lindon; cf também Bruxelas, 21 de Dezembro de 1995, *JT*, 1996, p. 48: «os imperativos da actualidade já não parecem justificar hoje a reprodução das acções das mesmas pessoas».

76 J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 54.

tos e de contraverdades⁷⁷. Esquecimentos-recalcamento: com isto visamos esses fenómenos de amnésia colectiva que afectam os vencedores a propósito do destino que as suas conquistas, guerras, cruzadas, e outras *dijbads* infligiram aos vencidos, vítimas anónimas sacrificadas pela história. Esquecimento dos massacres, genocídios, crimes contra a humanidade, que acarreta hoje o sobresalto da imprescritibilidade; esquecimento dos direitos do homem de que já falava o Preâmbulo da Declaração de 1789 e que justifica a utilidade da sua recordação periódica: esquecimento envergonhado igualmente dessas partes pouco gloriosas do passado que preferiríamos nunca mais ver aparecer: Munique⁷⁸ ou Vichy⁷⁹, por exemplo.

Contra todas estas formas de esquecimento valorizam-se os direitos da memória e, por vezes, a necessidade da instituição da lembrança. Face às regressões da noite e às derivações do não-direito, saudaremos, então, como Carbonnier, o regresso do dia: «cada manhã o dia sai da noite, sugerindo aos homens, pelo seu próprio regresso, as primeiras ideias jurídicas, a ordem universal, a fidelidade à promessa»⁸⁰. Da memória à promessa, o caminho, no entanto, não é directo: não só passa, como vimos, pelo bom esquecimento, o esquecimento-apaziguamento e o esquecimento-selecção que faz a triagem do necessário na soma do passado, como ainda requer que se faça o desvio do perdão que, não se limitando a conservar-seleccionar o passado, o transforma inscrevendo-o na perspectiva de um outro futuro.

ENTRE AMNÉSIA E IMPRESCRITÍVEL, O PERDÃO

Se o esquecimento está aquém do direito, poder-se-ia dizer que o perdão está além. Há cobardia, fatalismo, e até cinismo no esquecimento; no perdão, pelo contrário, há excessivo, sublime e

77 M. FERRO, «Les oublis de l'histoire», in *La Mémoire et l'oubli*, op. cit., p. 61.

78 E. TERRAY, «Munich. Un anniversaire oublié», in *Politiques de l'oubli*, op. cit., pp. 65 e segs.

79 N. LORAUX, «Pour quel consensus?», *ibid.*, p. 15.

80 J. CARBONNIER, op. cit., p. 54.

até graça. Um é inferior às virtualidades do direito, o outro superior. Um opera na face tenebrosa do direito, onde se trabalham o calculismo político e o interesse individual, o outro irradia na sua face luminosa quando a inspiração ética o alumia. Gratuito, oferecido sem contrapartida, o perdão remete para o heroísmo da consciência moral, e até, no registo religioso, para o sublime de uma graça que opõe o amor ao ódio⁸¹. A este título, pode dizer-se que «o perdão depende do domínio extralegal»⁸². Entretanto, coloca-se a questão de saber em que medida o direito se deixaria inspirar, pelo menos em determinadas circunstâncias, pela «generosa ilegalidade» do perdão⁸³.

«Generosa ilegalidade»: a expressão é feliz, revelando bem o carácter paradoxal do acto de perdoar – um gesto que, frustrando a lei estabelecida (que equilibra o dano e o seu preço, a falta e a pena), torna visível uma outra lei que dá sem motivo e dá sem contar: pensemos em Antígona, «santamente criminosa»⁸⁴, pois perdoa a Polineices, o traidor, ou ainda em Jesus a quem os fariseus queriam lançar a cilada da mulher adúltera, culpada sem dúvida segundo a lei mosaica, mas perdoada segundo a lei evangélica («Quem não tiver pecados que lhe atire a primeira pedra⁸⁵!»...). Há portanto, e é uma primeira característica, qualquer coisa de revolucionário na instituição do perdão: a mobilização de um tempo da iniciativa, de um tempo da surpresa e do acontecimento que quebra a continuidade daquilo que se perpetua e opera como uma espécie de «ano zero em que as dívidas seriam abolidas, os escravos libertados, as terras redistribuídas de maneira igual»⁸⁶.

81 F. JACQUES, «La promesse et le pardon», in *Archivio di filosofia*, 1987, n.ºs 1-3, p. 335.

82 V. JANKÉLÉVITCH, *Le Pardon*, Paris, Aubier-Montaigne, 197, p. 16; cf. também A. ABECASSIS, «L'acte de mémoire», in *Le Pardon. Briser la dette et l'oubli*, revista *Autrement*, série Morales, n.º 4, Abril de 1991 (sob a dir. de O. Abel), p. 147: «o perdão está fora da esfera do jurídico».

83 A expressão é de V. JANKÉLÉVITCH, *ibid.*

84 *Ibid.*, p. 88.

85 Evangelho segundo S. João, cap. 8.

86 O. ABEL, «Tables du pardon», in *Le Pardon*, *op. cit.*, p. 229; o autor evoca as reformas de Clístenes em Atenas e o ano do Jubileu nos Hebreus.

Um tal perdão não se resume nem à indiferença estóica (atitude arrogante daquele que finge não ser afectado pela ofensa e não tem, portanto, de perdoar), nem à desculpa intelectual (explicada por esta ou aquela circunstância, a falta não tem de ser perdoada), nem ao recalçamento (que é a cruz antecipadamente traçada sobre um passado doloroso de que se querem esconjuram os medos), nem sobretudo ao esquecimento que a simples passagem do tempo acarreta⁸⁷. Ao contrário de todos esses substitutos, o perdão é simultaneamente um acto de memória e de remissão: apagamento deliberado de uma ofensa bem real. O ofendido considera o ofensor livre de uma falta cuja realidade é reconhecida pelos dois protagonistas. A falta tolerada traduz a complacência da indulgência, a falta esquecida revela a atonia da consciência moral e a demissão do direito, ao passo que a falta perdoada inaugura uma nova história – uma história que rompe o eterno retorno da pulsão de morte na base do ciclo crime-vingança⁸⁸.

Respondendo ao não-sentido do mal por um aumento de sentido, o perdão aposta na liberdade dos interlocutores: o ofendido que, pelo seu gesto imprevisto⁸⁹ e gratuito, renuncia a reclamar aquilo que lhe é devido, e o ofensor que, apartando-se da lógica do pior, solicita o perdão⁹⁰ e compromete-se a restaurar a relação comprometida. Assim, o homem do ressentimento (a vítima) e o homem do remorso (o culpado) libertam-se conjuntamente

87 Ao evocar estes diferentes substitutos do perdão, resumimos toda a substância da obra já citada de V. JANKÉLÉVITCH.

88 J. KRISTEVA, «Dostoievski, une poétique du pardon», in *Le Pardon*, op. cit., p. 85: «O perdão é anhistórico. Quebra o encadeamento das causas e dos efeitos, dos castigos e dos crimes, suspende o tempo dos actos. Abre-se um espaço estranho nessa intemporalidade que não é o do inconsciente selvagem, anelante e homicida, mas a sua contrapartida: a sua sublimação com conhecimento de causa, uma harmonia amorosa que não ignora as suas violências, mas que as acolhe, algures.»

89 H. ARENDT mostra bem que «nunca se pode prever o acto de perdoar. É a única reacção que não se limita a reagir» (*Condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 307).

90 Só poderá existir perdão se, em primeiro lugar, o ofensor o solicitar. «Nous a-t-on demandé pardon?», interroga V. JANKÉLÉVITCH a propósito da Shoah (*L'Imprescriptible*, Paris, Seuil, 1986, pp. 47 e segs.).

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

de um passado obsessivo e mostram-se disponíveis para um futuro de novo prometedor: «O perdão é uma espécie de cura da memória», escreve Ricoeur: «libertada do peso da dívida, a memória está livre para grandes projectos. O perdão dá um futuro à memória»⁹¹. A natureza dialéctica do perdão surge assim à plena luz, já que a montante, remete para a memória (a falta não é esquecida, mas reconhecida e assumida) e a jusante, desemboca na promessa (a aposta confiante num outro cenário de futuro).

O PERDÃO, CATEGORIA JURÍDICA?

Pensar-se-á que tudo isso nos afasta consideravelmente do direito. É verdade que, por muitas características, o perdão se destaca da lógica jurídica: acto pessoal (concedido pelo ofendido ao ofensor que o solicita), o perdão não é uma medida colectiva e pública; nunca sendo devido, não pode ser imposto por nenhuma lei; gratuito e gracioso, excede a lei de equivalência frequentemente associada ao reino da justiça. Mas, se não pertence à ordem jurídica, não é proibido pensar que o perdão possa constituir um seu horizonte regulador: uma ideia limite que inspira algumas das suas instituições, quando a justiça confina à equidade⁹². Acabamos por voltar sempre ao mesmo: o direito é mediação do ético e do político, tradução de um na linguagem do outro. Além disso, os perdões que concede serão sempre mesclados de esquecimento, guiados por calculismos políticos e por preocupações de intendência (quanto mais não seja a consciência da erosão das provas devido ao tempo que passa); seria redutor cercear o direito de uma aspiração a uma concepção mais exigente da justiça em que a ideia de perdão é sem dúvida um dos modelos.

Seja, dizemos nós. Mas, precisamente, a intervenção da justiça (em vez da vingança, nomeadamente) é tão produtora, se não mais, de sanção como de perdão. Sem dúvida, mas é preciso notar então

91 P. RICOEUR, «Sanction, réhabilitation, pardon», in *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 207.

92 Neste sentido, P. RICOEUR, «Sanction, réhabilitation, pardon», *ibid.*

que essas duas figuras não são contraditórias, longe disso. Na verdade, desde o momento em que o castigo seja justo, nele se integra necessariamente uma dose de perdão. Com efeito, se partirmos da ideia que, de uma certa forma, o dano é sempre irreparável e a dívida inextinguível, concordaremos que o castigo judiciário é igualmente, nessa medida, uma remissão; por outro lado, como o perdão, o castigo «tenta pôr um termo a uma coisa que, sem a sua intervenção, poderia continuar indefinidamente»⁹³.

Da justiça penal ao perdão, vai contudo uma distância que seria inútil minimizar; só à custa de várias mediações é que a sua relação pode ser pensada. É a instituição do processo que assegura a sua articulação; por seu intermédio são introduzidas sucessivamente as ideias de intervenção terceira no diferendo, de reconhecimento recíproco do queixoso e do acusado e, finalmente, de reabilitação possível do condenado⁹⁴.

Recordamo-nos que, ao contrário da vingança privada que opõe sem distância a vítima e o culpado, o processo tenta estabelecer a justa distância entre o crime e a sanção. O processo é antes do mais isso: um recuo, um afastamento, uma mediação. Por meio deste distanciamento socialmente instituído, o processo realiza a intervenção do terceiro árbitro numa querela que será doravante triangulada, e logo também verbalizada, referida a uma lei que domina as partes. O juiz está destacado das partes, tal como o poder judicial é terceiro relativamente aos dois outros poderes e que o Estado se destaca da sociedade civil. É o direito que o juiz exprime não é o seu próprio verbo mas a palavra da lei que, no Estado de direito, fixa simultaneamente o mapa e a escala dos delitos e das penas; cada um, em princípio, pode conhecer antecipadamente a lista das infracções e das sanções, bem como a sua gravidade relativa. Finalmente, a sentença só é pronunciada no fim de um debate público e contraditório ao longo do qual vítima e suspeito tiveram sucessivamente a palavra, tornando-se, assim, um e outro, os agentes do seu processo.

93 H. ARENDT, *op. cit.*, p. 307.

94 Cf. PAUL RICOEUR, *loc. cit.*, pp. 195-203.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

Esta característica do processo é essencial, pois introduz a segunda mediação entre justiça e perdão: o facto da instância operar um trabalho progressivo de reconhecimento recíproco dos protagonistas. A vítima, antes do mais, é reconhecida no seu estatuto de vítima, o que constitui muitas vezes, mais ainda do que a reparação, a sua reivindicação principal; só esse reconhecimento público da injustiça que a atinge lhe permitirá recuperar a sua dignidade de pessoa e a auto-estima que a acompanha. Frequentemente, também, constituirá o primeiro acto do trabalho de luto que é levada a cumprir. Mas o reconhecimento opera também do lado do acusado. Importa, em primeiro lugar, para que a lógica do perdão seja activada, que o acusado se reconheça culpado: assumindo a sua falta e implorando o perdão, coloca-se em postura de o obter. É preciso em seguida que a sociedade (e, por detrás dessa abstracção, a opinião pública) que intenta esse processo contra ele o reconheça como um ser racional e oral, e não como um monstro infra-humano. Paradoxalmente, como Hegel já observara, a sanção honra o culpado: ao infligir-lha, a sociedade mostra-lhe que ele é responsável pelos seus actos e, logo, capaz de agir de maneira diferente. Seja qual for a gravidade do seu crime, ele não se reduz a isso e, desse ponto de vista, a sanção surge como o primeiro passo em direcção a um futuro diferente da simples repetição de um passado culpado.

Da ideia de reconhecimento, passamos assim à terceira mediação que nos aproxima, desta vez, de forma decisiva, do perdão: a reabilitação do condenado. O termo do percurso penal (instrução do dossier, processo, sentença e execução da pena) é com efeito a reabilitação do culpado. Reabilitar, isto é, apagar incapacidades, restabelecer direitos, restaurar a capacidade humana fundamental do cidadão portador de direitos e de obrigações. Reabilitar, isto é, reduzir progressivamente a exclusão social do condenado, a distância a que o mantinham e de que a detenção continua a ser o arquétipo, facilitar finalmente a sua reinserção no seio da sociedade. Esta reabilitação que intervém após a sanção não é sem dúvida o perdão puro e simples, mas é, em todo o caso, muito mais do que a retorsão. Tanto mais que esse horizonte de reabilitação opera ao contrário sobre todas as fases do processo e da execução da pena. Longe de constituir uma etapa final, instrói

virtualmente todos os seus desenvolvimentos, mesmo que a maneira de fenomenologia do processo a que acabamos de nos entregar represente a descrição abstracta de um «ideal-tipo» de justiça cuja realidade, repetimo-lo, está sempre mesclada de considerações menos nobres.

A PRESCRIÇÃO, OU O ESQUECIMENTO PROGRAMADO

Quais são, precisamente, nos meandros da realidade jurídica, as principais manifestações desse perdão mesclado de esquecimento? De facto, o direito penal oferece-nos uma gama muito diversificada de exemplos dessa curiosa mistura: «entre a referência ao imprescritível que recusa esquecer seja o que for e o uso da amnistia que tende a esquecer tudo⁹⁵», multiplicam-se com efeito as formas do perdão. Algumas intervêm antes dos factos serem cometidos, outras depois; algumas são individuais, outras colectivas; algumas derivam da lei, outras resultam de uma medida administrativa ou de uma decisão judicial.

Antes mesmo que esta ou aquela infracção seja cometida, podem ser adoptadas leis que instaurem uma prescrição. É então entendido que, devido ao decorrer de um determinado tempo, a sociedade já não tem interesse em proceder judicialmente contra a infracção (fala-se de extinção da acção pública) ou em exigir a execução da pena que teria sido pronunciada, mas que ainda não foi executada. Isto porque se pensa que o tempo terá feito desaparecer as provas e enfraquecido as lembranças e porque, de toda a maneira, o escândalo social provocado pela infracção ter-se-á provavelmente extinguido entretanto. Não é que seja imposto silêncio sobre o facto da falta ter ocorrido (como em certos casos de amnistia); muito simplesmente, como em matéria de prescrição civil, o direito constata o fluir do tempo e o desgaste da memória, tanto das testemunhas como da indignação pública: para lá

95 Chr. BOURGET, «Entre amnisties et imprescriptible», in *Le Pardon*, op. cit., p. 49; cf. também A. GROSSER, «Du bon usage de la mémoire», in *Juger sous Vichy*, revista *Le Genre humain*, Verão-Outono 1994, pp. 111 e segs.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

de um certo prazo, a pessoa visada poderá invocar em seu benefício o direito ao esquecimento. Notemos, todavia, que esse tempo varia consoante se trate da prescrição da pena ou da dos actos judiciais. Segundo o artigo 133-2 do novo Código Penal, a instauração do processo-crime prescreve em dez anos e a pena pronunciada em vinte: o prazo mais curto explica-se porque, nessa hipótese, as provas não foram discutidas perante o juiz e correm o risco de terem perdido consistência.

As leis penais que instauram mecanismos de prescrição não suscitam as mesmas controvérsias que as relativas à amnistia e isto devido ao seu carácter automático (elas estatuem de forma geral e abstracta em relação a qualquer pessoa e a qualquer tipo de infracção) e ao momento em que intervêm (são promulgadas antes da infracção ser cometida e continuam em vigor de forma permanente: inscritas na duração, *in tempore non suspecto*, escapam à censura de parcialidade que se dirige às leis de circunstância).

Reconheçamos contudo que, nas mãos do legislador, as leis de prescrição penal representam um instrumento particularmente flexível de dosagem entre memória e esquecimento, sanção e perdão, na medida em que é legítimo alongar ou reduzir o prazo de prescrição, modificar o seu ponto de partida, ou ainda reservar um domínio ao imprescritível. Com efeito, o legislador não hesitará em alongar o prazo máximo das acções, indo assim em socorro do direito à memória: por exemplo, a lei de 4 de Novembro de 1991, votada na Hungria após a queda do regime comunista, que visava alongar o prazo de prescrição de trinta anos para certas infracções cometidas entre 1944 e 1990. Esta lei, controversa devido ao seu carácter retroactivo, pretendia de facto permitir o julgamento dos responsáveis ainda vivos pela sangrenta repressão de 1956⁹⁶. Noutras circunstâncias, o legislador dedicar-se-á a atrasar o ponto de partida da prescrição da acção pública: é o que acontece nomeadamente em vários países onde, sob a pressão da opinião pública, a lei só faz despoletar a prescrição para casos de maus tratos ou abuso sexual cometidos

⁹⁶ Cf. L. HUYSE, «Justice after transition: on the choices successor elites make in dealing with the past», in *Law and Social Inquiry*, vol. 20, n.º 1, 1995, p. 69.

em relação a crianças a partir do dia em que a vítima tiver atingido a maioridade. Faz-se valer, com efeito, a imoralidade da prescrição clássica que há muito se teria esgotado antes da vítima ter encontrado os recursos morais e a força necessária para apresentar queixa contra um abusador na dependência do qual poderá ter vivido longos anos⁹⁷.

Finalmente, nos casos de crimes mais graves, a propósito dos quais já não se admite que o tempo apague a sua lembrança, impõe-se a instituição do imprescritível. Forjando o conceito de «crime contra a humanidade», os juristas associados ao processo de Nuremberga obtiveram o efeito de fazer recuar, virtualmente ao infinito, os limites do esquecimento (prescrição) e do perdão (amnistia). O mecanismo, inscrito depois no direito consuetudinário internacional, foi retomado na lei francesa de 26 de Dezembro de 1964 (que «constata» a imprescritibilidade desses crimes) e, em seguida, traduzido numa convenção da ONU em 1968 e do Conselho da Europa em 1974 que o estendem aos crimes de guerra⁹⁸. A instituição dessa forma de memorial jurídico prossegue vários objectivos⁹⁹: permitir apesar da oposição geral (aqui, sobretudo, numa corrida contra o tempo) que se faça justiça em relação aos crimes que atacam mais directamente a humanidade do homem (no duplo sentido daquilo que há de humano nele, e de humanidade entendida como colectividade do género humano), apresentar um testemunho pedagógico em relação às gerações mais jovens e contra as teses revisionistas, lutar, por meio da acumulação de provas e arquivo dos testemunhos, contra a amputação de uma parte do passado dos povos vítimas de genocídio, *apartheid*, deportação, assassinato colectivo e outros crimes contra a humanidade.

97 Para uma discussão crítica desta solução, cf. xx, «Time out of mind: memory, sexual abuse and the statute of limitations», in *Time, Law, and Society*, ed. por J. Bjarup e M. Blegvad, Estugarda, Steiner, 1995, p.

98 M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, pp. 79 e segs.

99 L. JOINET, «L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli», in *La Mémoire et l'oubli*, op. cit., p. 221. Para um aplicação ao caso Paul Touvier, cf. a decisão de 13 de Janeiro 1997 da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (*Décisions et rapports*, vol. 88A, pp. 148 e segs.).

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

A prescrição é uma medida geral decidida pela lei antes da infracção ser cometida. Depois de ter sido cometida, intervêm também outras formas de perdão mescladas de esquecimento. Na fase de instrução do processo, o órgão da lei, o Ministério Público já pode «classificar o caso como arquivado»: em virtude do princípio não escrito dito «de oportunidade das acções», pode considerar com efeito que, do ponto de vista da sociedade, seria mais maléfico do que benéfico desencadear a acção. Aqui nem sequer estamos no esquecimento, é como se preferíssemos não saber ou não saber demasiado. A vítima pode, não obstante, obrigar o Ministério Público a agir apresentando queixa com constituição de parte civil: nesse caso, o ofendido que recuse perdoar (aliás, como poderia fazê-lo, já que não existiu nem confissão nem pedido de perdão?) obriga a sociedade a pronunciar-se e dá uma segunda oportunidade ao tempo da memória.

Quando, no final da instrução, o juiz é levado a decidir, tem ao seu dispor muitas estratégias de compromisso entre sanção e indulgência. No plano da qualificação da infracção, pode recorrer à ficção, como esse tribunal inglês que, para poupar a um culpado os rigores da lei (a pena de morte por «*grand larceny*» ou roubo de um valor de, pelo menos, duas libras), considerou que um roubo de dez libras se resumia, de facto, a um roubo de 39 shillings¹⁰⁰. Ao nível do estabelecimento da culpabilidade, o juiz também pode admitir o jogo das causas de justificação ou de desculpa, bem como a influência de circunstâncias atenuantes. Finalmente, no plano da fixação das modalidades da pena, a sua margem de manobra é igualmente considerável.

Antes do mais, o magistrado pode suspender a pronúncia da condenação: nesse caso, os factos infraccionais são verificados e a culpabilidade do seu autor estabelecida, mas, com o objectivo de estimular a emenda do delincente, o estigma da condenação é-lhe poupado. É-lhe imposto um período experimental (acompanhado ou não de medidas probatórias) ao longo do qual a

100 Ch. PERELMAN, «Présomptions et fictions en droit. Essai de synthèse», in *Les Présomptions et les fictions en droit*, estudos publicados por Ch. Perelman e P. Foiriers, Bruxelas, Bruylant, 1974, p. 348.

menor recidiva acarretaria a execução da condenação. Na mesma ordem de ideias, mas um pouco mais avançada na lógica do castigo, encontramos a instituição da pena suspensa: aqui, a condenação é pronunciada, mas a sua execução é suspensa durante um período experimental, eventualmente acompanhado de medidas probatórias. Este mecanismo de suspensão, parando o curso irreversível do tempo (aqui, o tempo da dívida social), inaugura uma forma de reversibilidade regeneradora: fazendo «recuar o tempo» aquém da infracção, o performativo jurídico faz «como se» o delinquente fosse capaz de um outro futuro que não o da recidiva. *A contrario*, é fácil ver como as penas ditas «incompressíveis» e, nomeadamente, a «perpetuidade real» viram as costas a esse horizonte de uma reabilitação sempre possível e se fecham na perpetuação do passado traumático. Inversamente, todas as medidas de substituição às penas tradicionais, como os trabalhos de interesse geral para a colectividade ou as medidas educativas e terapêuticas, que se inspiram mais num ideal de reabilitação do que numa lógica de simples retribuição, inscrevem-se numa temporalidade mais claramente orientada para o futuro.

A AMNISTIA, OU O PERDÃO CONTROVERSO

Mas as figuras do perdão social não param aqui. Ainda não encontramos a mais importante e controversa de entre elas: o mecanismo das leis de amnistia. Considerada como uma medida de excepção que inspira o silêncio à lei penal, a amnistia é uma prática frequente que reveste múltiplos aspectos. Com efeito, encontramos formas de amnistia menor (amnistia das penas) e formas maiores (amnistia dos factos); ora intervém em circunstâncias políticas específicas como uma medida puramente circunstancial, ora, pelo contrário, se tratará de amnistias periódicas e tradicionais pronunciadas por ocasião de aniversários, festas nacionais ou eleições presidenciais.

Contrariamente à prescrição, que deriva de uma lei geral e permanente adoptada antes dos crimes terem sido cometidos, o mecanismo da amnistia deriva de leis ou decisões pontuais que intervêm após a infracção. Estas diferenças fazem com que, por um lado, a ideia de

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

perdão seja mais claramente associada à amnistia, já que agora há alguma coisa para perdoar, mas, por outro, o carácter circunstancial e *a posteriori* da medida (que intervém, poder-se-ia dizer, *in tempore suspecto*) vale-lhe muitas vezes a suspeita de parcialidade. Que esconde então esta repentina vontade de «passar uma esponja»?

Das amnistias periódicas, diremos que se trata sobretudo de um instrumento de política penitenciária: ao reduzir a intervalos regulares a sobrepopulação prisional, o sistema «purga-se» esquecendo; tenta assim escapar à paralisia que o espreita e reduz as tensões no interior do universo carceral; por outro lado, ao subtrair certas infracções ao benefício da medida de clemência, o governo exprime as prioridades da política penal que pretende doravante prosseguir¹⁰¹.

Mais interessantes são, portanto, as amnistias pontuais, de carácter político. Estas dividem-se em amnistia das penas e amnistia dos factos. A amnistia menor, que intervém depois da condenação, interrompe a execução das penas e apaga a condenação; pelo menos, o processo teve lugar no seu tempo, pagando assim um tributo à memória. Em compensação, a amnistia dos factos extingue a acção pública porque os factos são reputados como não tendo sido delituosos. Aqui, o efeito do performativo jurídico é levado ao seu cúmulo: faz-se como se o mal não tivesse existido; o passado é reescrito e é imposto silêncio à memória. Doravante, já não se poderá afirmar, sem ser culpado de difamação, que determinada pessoa que pretende agora exercer um mandato político foi outrora instrumento de violência. O direito à memória não será directamente atingido neste caso? E a verdade histórica? Se, doravante, o antigo criminoso, reabilitado em todos os seus direitos e títulos, desfilar com as suas condecorações, não poderemos pensar que o passado foi manipulado e que a injustiça, em vez de se atenuar, se agravou?

O mesmo é dizer que a instituição é controversa. Embora na generalidade estejamos de acordo em que «a amnistia tende a identificar-se com o perdão e a prescrição com o esquecimento»¹⁰²,

101 Cf. L. JOINET, «L'amnistie», *loc. cit.*, p. 216; R. LETTERON, «Le droit à l'oubli», art. citado, p. 398.

102 L. JOINET, *ibid.*, p. 214.

alguns, pelo contrário, vêem nela «a antítese» do perdão, uma forma de «amnésia institucional»¹⁰³. De resto, da amnésia à amnistia o parentesco etimológico impõe-se, remetendo para uma falta de memória¹⁰⁴. Nesta prática, Ricoeur vê a tentativa «mágica e desesperada» de apagar o inapagável (a mancha de sangue na mão de Lady Macbeth...) que, no Estado republicano, responde hoje à vã tentativa de esconjurar os vestígios de qualquer divisão social – como se o Estado racional devesse necessariamente produzir-se como universal e abster-se de qualquer discórdia. O preço a pagar para garantir essa «incrível pretensão» é demasiado alto, acha ele: apresenta «todos os males do esquecimento»¹⁰⁵. Entre estes, citaremos o risco de banalizar o crime ou ainda de neutralizar todos os valores, bons ou maus, pondo-os no mesmo plano numa medida comum de clemência, como quando se amnistiam os antigos antagonistas para melhor amnistiar os antigos opressores¹⁰⁶.

Em suma, se alguns vêem na amnistia uma forma de esquecimento forçado ou de conspiração do silêncio, outros, pelo contrário, interpretam-no como «o perdão por excelência»¹⁰⁷, o gesto de misericórdia da sociedade que, para cerrar as suas fileiras depois da prova, opta por voltar o olhar para o futuro. O tema é recorrente, com efeito, nos debates parlamentares que acompanharam todas as grandes leis de amnistia votadas pela República desde a dos *Communards* até à dos motins da Nova Caledónia. Em 1876, Victor Hugo justifica ao Senado o seu projecto de amnistia pelo perdão: «Senhores, a guerra civil é uma espécie de falta universal. Quem começou? Toda a gente e ninguém. Daí esta necessidade: a amnistia. Palavra profunda, que constata simultaneamente a falha de todos e a magnanimidade de todos [...]. A amnistia é a suprema extinção das cóleras; ela é o fim das guerras civis.

103 S. GACON, «L'oubli institutionnel», in *Oublions nos crimes*, revista *Autrement*, n.º 144, Abril de 1994, pp. 98-111; cf. também P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 205.

104 R. LETTERON, *loc. cit.*, p. 394.

105 P. RICOEUR, *op. cit.*, pp. 205-206.

106 L. JOINET, *loc. cit.*, p. 221.

107 W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 299.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

Porquê? Porque contém uma espécie de perdão recíproco¹⁰⁸.» Em 1988, Michel Rocard, a propósito da Nova Caledónia, dizia o mesmo: «A amnistia não é o esquecimento. Ela é um gesto de perdão para que a vida retome o seu curso e continue, para que a reconciliação possa prevalecer sobre a violência e o confronto, para que a paz tenha uma nova oportunidade¹⁰⁹.»

A lição, segundo parece, atravessa a história. Atenas praticou-a, em 403, quando a democracia foi restabelecida após o episódio dos trinta tiranos. Henrique IV também a aplicou no Édito de Nantes de 1598 que é suposto restabelecer a paz religiosa. O seu preâmbulo merece ser citado: «Que a memória de todas as coisas passadas desde Março de 1585, bem como de todas as perturbações anteriores se mantenha extinta e adormecida como uma coisa não acontecida, que não seja legítimo nem permitido aos nossos procuradores-gerais, nem a qualquer pessoa pública ou privada, mencioná-las, ou instaurar acções perante qualquer tribunal ou jurisdição. Da mesma forma, proibimos os nossos súbditos de renovar a sua memória, de se atacarem, de se injuriarem, de se provocarem uns aos outros a propósito daquilo que se passou, e ordenamos que se conttenham e vivam juntos como irmãos, amigos e concidadãos¹¹⁰.»

Portanto, esquecimento forçado ou perdão deliberado, conspiração do silêncio ou gesto de reconciliação nacional, o que é então a amnistia? Segundo parece, tudo depende das circunstâncias: ligada a conjunturas políticas sempre particulares, cada lei de amnistia é um texto excepcional (a que os juristas reservam uma interpretação restritiva) e efémero que não se pode avaliar sem ter em conta todos os elementos do contexto. Assim, por exemplo, é certo que a questão do regresso à democracia e da sanção dos culpados não se apresentou nos mesmos termos na Europa ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, e na Eu-

108 V. HUGO, *JO*, Debates, Senado, 23 de Maio de 1876, pp. 3533-3534.

109 Discurso pronunciado em Lille a 4 de Novembro de 1988.

110 Cf. A. GROSSER, *Le Crime et la mémoire*, Paris, Flammarion, 1989, p. 137.

ropa oriental depois da queda da cortina de ferro¹¹¹. Várias vias se abrem, com efeito, com vista a tentar reatar o elo social: quer as acções criminais maciças (foi essa a opção efectuada na Europa em 1944-45), quer a amnistia mais ou menos geral (solução privilegiada na Europa de Leste e no final das ditaduras militares da América latina), quer ainda soluções muito originais de amnistia sem amnésia de que falaremos a seguir.

Vários argumentos militam a favor de uma aplicação rigorosa da lei penal: um dever moral elementar relativamente às vítimas que aí encontram a primeira etapa para recuperarem a sua dignidade, a purgação colectiva de um passado traumático que, caso contrário, não parará de assombrar o inconsciente colectivo, o testemunho da capacidade do novo poder para se impor e fazer prevalecer, no futuro, os valores da democracia. A favor da amnistia, em compensação, existem igualmente excelentes razões. Antes do mais, a necessidade de virar a página libertando-se definitivamente dos fantasmas do passado; assim se exprimia R. Dahrendorf a propósito das acções intentadas contra o antigo dirigente da Alemanha de Leste, E. Honecker: «Vocês vão recommear os processos dos anos 30 e 50? Então, não aprenderam nada com a história? Não recommecem as velhas receitas. Caso contrário, nunca serão capazes de começar qualquer coisa de novo¹¹².» J. Semprun teve um discurso similar na Espanha pós-franquista, da mesma forma que o Presidente argentino Alfonsín após a queda do regime militar.

A favor da amnistia está também o risco de uma justiça expedita: na emoção que acompanha os grandes traumatismos políticos, a independência dos magistrados estará garantida? E as condições habituais de exercício da repressão (com as suas demoras, a sua publicidade, o seu respeito pelo contraditório) estarão reunidas? Sublinham-se igualmente as manipulações temporais de que as acções são acompanhadas quase necessariamente: por um lado, a necessidade de punir comportamentos criminosos a tal ponto odiosos que não haviam sido previstos pela lei penal ordi-

111 Cf. L. HUYSE, «Justice after transition», art. citado, pp. 66 e segs.

112 Citado por L. HUYSE, *ibid.*, p. 57.

PERDÃO: DESLIGAR O PASSADO

nária (ou pela do regime político doravante deposto) acarreta a adopção de legislações criminais *ex post facto* (leis retroactivas, leis interpretativas, referências a princípios gerais de direito internacional); por outro lado, desta vez em direcção ao futuro, coloca-se a questão de saber até que momento do futuro convém perseguir os criminosos, o que acarretará muitas vezes o alongamento do prazo normal de prescrição.

Como se vê, é impossível decidir em abstracto entre estes feixes de argumentos opostos. Poderíamos, no entanto, inspirar-nos numa pista interessante – que evitaremos confundir com um compromisso fácil – que foi aberta pelos países que souberam praticar «a amnistia sem amnésia». Pensamos, nomeadamente, na criação da *Truth Commission*, no Chile, em 1990, e em Salvador, em 1991, bem como na Comissão *Verdade e Reconciliação* criada na África do Sul por ocasião da abolição do regime de *apartheid*: nestes casos, pretendem-se estabelecer os factos e actos que tiveram lugar ao longo do período anterior, não para punir os culpados, mas pelo direito à verdade¹¹³. Assim, ninguém ignora aquilo que se passou e quem tomou parte nisso; o passado não é manipulado e o silêncio não é imposto à história. Acontece apenas que, por razões superiores, o perdão é concedido aos responsáveis, pelo menos em certas condições.

Aqui, como se vê, a figura da amnistia conseguiu libertar-se totalmente das facilidades do esquecimento: é com conhecimento de causa que a sociedade opta pelo perdão. Como no processo de Orestes, a opção tomada a favor de um futuro reconciliado não se paga com o preço da amnésia; pelo contrário, é por ter sido feito um gesto forte de memória que o perdão e, logo, a libertação dos espíritos, pode intervir sem temer o regresso permanente do recalcado. Longe de fugir à prova do espectáculo da divisão social, a sociedade, encenando-a sob a forma de uma exposição pública, pode finalmente operar a sua catarse.

113 *Ibid.*, pp. 52-53. Cf. também A.-J. BULLIER, «La Commission "Vérité et réconciliation" d'Afrique du Sud, amnésie ou amnistie?», in *Revue de droit international et de droit comparé*, 1997-4, pp. 454 e segs.