

INTRODUÇÃO

Será que as nossa circunstância prático-cultural nos permite explorar o mundo do direito e do pensamento jurídico a partir da perspectiva do *tempo* e da *temporalidade* sem envolver (enquanto horizonte reflexivo mais ou menos explícito) um problema de *identidade* e de *limites* dirigido ao próprio direito? Eu diria que não permite. A presença deste núcleo temático, com as questões condutoras que lhe correspondem (muitas vezes embora sob a máscara perturbante de uma *presença-ausência*), parece de facto inevitável, mesmo quando a exploração em causa se concentra num domínio dogmático específico ou ainda quando tal abordagem cuida exclusivamente das possibilidades do *tempo linear* (abstraindo das projecções do tempo prático-existencial e da sua permanente *reescrita da memória*). Tal juízo é tanto mais significativo quanto é certo que estes problemas de *sentido* e de *limites*, levados efectivamente a sério (abrindo-nos a possibilidade de respostas positivas ou negativas!), nos arrastam irresistivelmente para uma interpelação-*limite*,

INTRODUCTION

Do our present practical-cultural circumstances allow us to explore the world of Law and legal thinking from the perspective of *time* or *temporality* without involving (as a more or less explicit reflexive horizon) a problem of *identity* and *limits* concerning Law itself? I would say they don't. The presence of this problematic core, with the corresponding leading questions (although frequently under the mask of a troubling *presence-absence*), seems in fact unavoidable, even when the exploration at stake chooses a very specific or concentrated dogmatic field or when it appears exclusively concerned with the possibilities of *linear time* (abstracting from the projections of *practical-existential time* and its permanent *re-writing of memory*). This judgment is all the more significant as it is certain that those leading questions about *sense* and *limits*, whilst seriously taken (whilst opening up the possibility of positive or negative answers!), compel us irresistibly to a *limit-interpellation*, precisely the one which asks if Law —a certain Law, *inscribed* in the

precisamente aquela que pergunta se o direito — um certo direito, *inscrito* na construção-desenvolvimento do que poderemos chamar a *Ideia da Europa* ou as *possibilidades* do Texto do Ocidente — deve ou não merecer (no presente contexto) a identidade prático-cultural de um projecto-*projectar* (*proicere*), este concebido como uma *ocasio* específica de criação de sentidos comunitários. O busílis está precisamente nesta formulação *projectar* (explicitamente assimilada da compreensão heideggeriana da *historicidade constitutiva*), entenda-se, no modo como este *significante* (mobilizando *significados* precisos justificados pela experiência da *Geworfenheit* ou do *ser-lançado no mundo*) identifica o desenvolvimento de um *círculo* prático-cultural autónomo enquanto experiência simultânea de *lançar* e de *ser lançado* (no seu próprio *lançar*), com a coerente recusa da *necessidade* e da *contingência*. Considerada como uma tensão constitutiva permanente entre *continuidade* e *mudança* — envolvendo uma *autodisponibilidade* comunitária que é simultânea e inextricavelmente *autotranscendentalidade* —, este *projectar* recusa efectivamente por um lado a natureza pré-determinada de um *plano* (no sentido ôntico ou ontoteleológico consagrado pela compreensão pré-moderna de uma *ordem de excelências* a-histórica), na mesma medida em que por outro lado rejeita a identidade de um *programa* (no sentido pragmático e finalístico que a *Zweckrationalität* moderna auto-subsistentemente justifica). É como se (no nosso esforço continuado de reconsiderar a herança do Ocidente e o seu património

deployment of what may be called the *Idea of Europe* or the *possibilities* of the Western Text— should or should not (in the present context) merit the practical-cultural identity of a project-*projecting* (*proicere*), conceived of as a specific *ocasio* for the creation of communitarian meanings. The knotty point lies precisely in this formulation *projecting* (explicitly borrowed from Heidegger's understanding of *constitutive historicity*), i.e. in the way this *signifier* (mobilizing precise *signifieds* justified by an experience of *Geworfenheit* or *thrownness into the world*) identifies the development of a practical-cultural autonomous *circle* as a simultaneous experience of *throwing* and *being thrown* (*in his own throw*), with the coherent refusal of *necessity* and *contingence*. Considered as a permanent constitutive tension between *continuity* and *change* — involving a communitarian *self-availability* which is simultaneously and inextricably *self-transcendentality* —, this *projecting* refuses in fact, on the one hand, the pre-determined nature of a *plan* (in the ontic or ontic-teleological pre-modern sense of a universal a-historical *order of Excellences*), as well as rejecting, on the other hand, the identity of a *program* (in the pragmatic-finalistic sense which modern *Zweckrationalität* self-sufficiently justifies). It is as if (in our ongoing effort to reconsider Western heritage and its present patrimony) the identity of Law as cultural artefact should be reconstituted whilst admitting that some major *signs* or *traces* recognizable in its *initial* steps —for instance, the consecration of *dignity of status* as *comparability* and

presente) a identidade do direito enquanto artefacto cultural devesse ser reconstituída admitindo que alguns dos *sinais* ou *vestígios* reconhecíveis nos seus passos *iniciais* — por exemplo, a consagração da *dignidade de status* enquanto *comparabilidade* e a institucionalização do *audiatur et altera pars* como especificação de uma *tercialidade* subjectiva e objectiva (consagração e institucionalização estas ambas enquanto componentes de uma experiência da *pessoalidade* distintamente jurídica) — persistem na trajectória subsequente como traços de identidade mais ou menos reconhecíveis, se não mesmo como *aspirational desiderata* (Fuller), ainda que permanentemente recriados e transformados (e como tal inscritos-*imersos* num *círculo produtivo* de construção, reprodução e realização). Reconhecer esta *persistência trans-contextual* (a qual justifica a plausibilidade de um *argumento de continuidade*) não significa na verdade postular (ou pelo menos consagrar) uma qualquer imunidade ou resistência à contextualização histórica. Bem pelo contrário, significa defender que o *decifrar* crítico-reflexivo dos persistentes *sinais* ou *vestígios* (e do seu potencial de aspiração) se compreende melhor, no contexto da sua indispensável *tarefa presente*, se (e na medida em que) atribuirmos o papel de mediadores específicos (como tal reconhecíveis) a tais *intenções* ou *aspirações condutoras*, intenções ou aspirações estas cujas práticas, plenamente imersas em «realidades materiais» irrepetíveis, articulam diferentes *factores* ou *dimensões* «sócio-institucionais» e «cultural-espirituais» (Castanheira Neves) e

the institutionalization of *audiatur et altera pars* as a specification of a subjective and objective *terciality* (both of them as components of a distinctively juridical experience of *personhood*)— persist in the subsequent trajectory as more or less explicitly constitutive *features of identity*, if not *aspirational desiderata* (Fuller), albeit permanently recreated and transformed (and as such inscribed-*immersed* in a *productive circle* of construction, reproduction and realization). Recognizing this *trans-contextual persistence* (which justifies the plausibility of an *argument for continuity*) does not mean in fact postulating (or at least consecrating) a kind of immunity or resistance to historical contextualization. On the contrary, it means arguing that a critical-reflexive *deciphering* of the persistent *signs* or *traces* (and their aspirational potential) is best understood in terms of their indispensable *present task* when we attribute the role of specific (recognizable) *mediators* to these *guiding intentions* or *aspirations*, whose practices, fully immersed in unrepeatable material realities, articulate different social-institutional and cultural-spiritual (or cultural-ideological) *factors* or *dimensions* (Castanheira Neves) and the corresponding contexts of signification and realization, together with the diverse problems and solutions which they generate. This assimilation of projecting as *throwing* and *being thrown* enables us in fact to understand how the reference to the same *legacy* (in its *aspirational identity*) generates unequivocally opposed solutions for integration and modes of equilibrium in different

os correspondentes contextos de significação e realização, estes por sua vez inseparáveis dos diversos problemas e soluções que vão gerando. Esta assimilação do *lançar e ser lançado* permite-nos na verdade entender como é que a referência ao mesmo *legado* (na sua identidade de *aspiração*) desencadeia soluções de integração e modos de equilíbrio inequivocamente opostos em diferentes ciclos históricos (bem como em ambientes institucionais distintos ou em diversas tentativas de interpretação). Permite-nos também entender porque é que o decifrar crítico-reflexivo da *continuidade* deve ser simultaneamente (e sem paradoxo) concebido enquanto exploração da *diferença* (ainda que não necessariamente *différance*).

A inevitabilidade deste *entrelaçar* reflexivo (com a pluralidade de questões e de respostas que exige) é notavelmente confirmada pelos quatro ensaios que se seguem, os quais correspondem fielmente ao colóquio luso-alemão que, inscrito nas actividades do grupo *O direito e o tempo* (e assim mesmo prosseguindo a «conversação responsável» aberta num encontro anterior¹), aconteceu em Coimbra com o mote *A pena e o tempo* (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 de Março de 2017).

Sem seguir a ordem da publicação (a qual respeita em pleno a sequência programada para o

historical cycles (as well as in different institutional environments or in different tentative interpretations). It also enables us to understand why the critical-reflexive deciphering of *continuity* should simultaneously (and without paradox) be conceived of as an exploration of *difference* (although not necessarily *différance*).

The unavoidability of this reflexive *intertwinement* (with the plurality of questions and answers it demands) is remarkably confirmed by the four essays which follow. They correspond faithfully to the Luso-German Symposium which, inscribed in the activities of the group *Time and Law* (and pursuing the «responsible conversation» opened up by a previous meeting¹¹), took place in Coimbra under the motto *Punishment and Time* (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, the 11th March 2017).

Without following the order of publication (which fully respects the symposium's programmed sequence), I'll allude in the first place to the essay proposed by Alexander Aichele («Time is Punishment. Some Remarks Concerning Augustine's Theory of Time»), not only because the perspective at stake is here a purely philosophical one, but also because the level of thematic configuration, whilst moving exclusively *within* St. Augustine's

¹ Refiro-me ao colóquio «O direito penal e o tempo» (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 31 de Outubro de 2015), cujos textos já foram publicados: ver *Actas do colóquio «O direito e o tempo»*, Coimbra, edição do Instituto Jurídico da FDUC, 2016.

¹¹ I mean the symposium «O direito penal e o tempo» (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 31st of October 2015), the texts of which were already published: see *Actas do colóquio «O direito e o tempo»*, Coimbra, edição do Instituto Jurídico da FDUC, 2016

colóquio), aludirei em primeiro lugar ao ensaio proposto por Alexandre Aichele («Time is Punishment. Some Remarks Concerning Augustine's Theory of Time»), não só porque a perspectiva em causa é aqui puramente filosófica, mas também porque o nível de configuração temática, ao mover-se apenas *dentro* da teoria do tempo de Santo Agostinho (e ao privilegiar o contexto prático-cultural que a sua famosa interpretação do Livro do *Genesis* reflecte), nos aparece deliberadamente como o mais concentrado deste *ensemble*, conferindo aos significantes *tempo* e *punição* a mais forte das conexões semântica e pragmaticamente possíveis (no limite de uma autêntica *identificação*): trata-se na verdade de mostrar em que termos é que, segundo S. Agostinho, se pode dizer que o «tempo é punição auto-infligida», o que significa pressupor que a «mortalidade» só pode ser concebida como punição se pudermos medir o tempo e através deste «medir» — um «medir» que envolve uma necessária *distentio animi* e esta como uma consideração efectiva da «mudança» e uma evidente «marca do mal» (em contraste com o «supremo bem» do próprio Deus, o qual «existe imutavelmente na eternidade»). Como seria de esperar, os restantes três ensaios introduzem o direito e o pensamento jurídico enquanto interlocutores maiores. É certo que «O tempo e a pena» de José de Faria Costa explora diversas possibilidades globais de compreensão da *temporalidade* — combinando as etapas do *tempo linear* com um horizonte reflexivo capaz de distinguir *tempo longo* e *tempo breve* (e assim

theory of time (and privileging the practical-cultural context which his famous interpretation of the Book of *Genesis* reflects), is deliberately the most concentrated in this ensemble, giving the signifiers *time* and *punishment* the strongest of the conceivable semantic and pragmatic connections (at the border of an authentic *identification*): following Augustine, this means claiming that «time is self-inflicted punishment», whilst presupposing that «mortality» should be conceivable as punishment «only by the measuring of time»; such a «measuring» involves in fact a necessary *distentio animi* and this one as an effective consideration of «change» and an evident «mark of evil» (in contrast with the «highest good, God himself», «unchangeably existing in eternity»). As was to be expected, the remaining three essays introduce Law and legal thinking as major interlocutors. José de Faria Costa's «O tempo e a pena» («Time and Penalty») explores in fact diverse global possibilities of understanding *temporality* — combining the stages of *linear time* with the reflexive horizon distinguishing *long time* and *brief time* (as well as re-interpreting Husserl's *tridimensional structuring*) —, projecting however immediately those possibilities into the practical world of criminal law (and criminal sanctions); this means responding to our civilizational moment —invoked as «late modernity», when not experienced as a celebration of the «ephemeral» (i.e. as the epoch of the *brief time* or *direct life*) — with a specific normative «onto-anthropological» perspective, this one preserving (reinventing)

mesmo reinterpretando a estrutura *tridimensional* de Husserl)—, fá-lo porém projectando imediatamente estas possibilidades no mundo prático do direito penal (e no problema das sanções penais); trata-se de responder ao nosso momento civilizacional — invocado como «modernidade tardia», quando não experimentado como uma celebração do «efémero» (como a época do *tempo breve* e da *direct life*) — com uma perspectiva normativa especificamente «onto-antropológica», esta capaz de preservar (e de reinventar) o papel decisivo do direito penal enquanto *ultima ratio* (e de assim rejeitar a configuração tendencialmente preventiva exigida pela «deificação do agora»), o que nos leva a reconhecer na pena um «bem» (capaz de repor a «primeira relação de cuidado-de-perigo»); trata-se também e ainda de dar uma atenção muito especial ao contraponto entre actos legislativos e judiciais (e às correspondentes «narrativas»), mostrando como é que a conexão com o *tempo longo* associável à legislação (e à sua projecção no futuro) pode ser transformada em distintas experiências de *tempo breve* sempre que consideramos as dimensões judicativa e realizadora do *sancire* jurídico-criminal (e mesmo o quadro institucional da «perseguição penal»). O texto de Joachim Renzikowski («Punishment as Time-out»), escolhendo como ponto de partida as contrastantes «punições temporais» do mundo do desporto, trata da relação entre tempo e pena como uma oportunidade reflexiva para reconsiderar o problema dos *fins das penas* em geral e os legados de Kant e de

Criminal Law's decisive role as *ultima ratio* (rejecting the tendentially preventive Criminal Law demanded by the «deification of the now»), as well as assuming punishment as a restorative «good» (reconstituting the «original care-of-peril relation»); this means also paying a very special attention to the counterpoint between the *legislative act* and the *concrete adjudication* (and the corresponding «narratives»), whilst considering how the connection with *long time* associable to legislation (and its projection into the future) may be transformed in differentiated *short time* experiences whenever we consider the adjudicative and performative dimensions of criminal *sancire* (and even the institutional framework of «criminal persecution»). Joachim Renzikowski's «Punishment as Time-out», choosing as starting point the contrasting experience of «time penalties» in sports, explores the connection between time and punishment as a reflexive opportunity to reconsider the problem of *punishment purposes* in general and Kant's and Hegel's legacies in particular, as well as to defend that the «controversy between retributivism and prevention is a pseudo problem» («any legal norm (...) is preventive [and] «retribution (...) is not an end in itself»); this path allows the author to pay a special attention to the role that the dimension «time» plays in the determination of the «degree of penalty» («punishment as loss of freedom is measured in time»), as well as to the «meaning» or «meanings» that time and temporality assume in a normative context consecrating *resocialization purposes* and the

Hegel em particular e assim mesmo defender que «a controvérsia entre retribuição e prevenção é um falso problema» («toda e qualquer norma jurídica (...) é preventiva [e] a retribuição (...) não é em si mesma um fim»); este caminho permite ao autor prestar uma especial atenção ao papel que a dimensão tempo desempenha na determinação da «medida da pena» («a pena enquanto privação da liberdade é medida em tempo»), bem como ao «significado» ou «significados» que o tempo e a temporalidade assumem num contexto normativo que consagra *finalidades de ressocialização* e o *limite normativo de validade da dignidade humana* («a pena actua idealmente como um tempo de intervalo, depois do qual o refinado criminoso regressará à sociedade como uma pessoa melhor»). A experiência do tempo é por fim só aparentemente menos significativa no ensaio de Urs Kindhäuser, o qual explora o problema da causalidade no contexto da omissão juridicamente relevante («La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omission»): a consideração da extensão *temporal* (enquanto componente do *estado de coisas* fenomenológico) impõe-se-nos na verdade aqui enquanto dimensão constitutiva do horizonte «metódico» pressuposto, precisamente aquele que mobiliza a estrutura específica (ou a *Denkform*) da(s) *alternativa(s)* («tudo o que acontece deve ser julgado a partir da referência contextual a mundos alternativos possíveis»); a exploração desta *forma de pensamento* é por sua vez menos dogmaticamente

normative *validity limit* of *human dignity* («punishment ideally works as a time-out after which the refined criminal will settle back into society as a better person»). The experience of time is finally only apparently less significant in Urs Kindhäuser's essay, which explores the problem of causality in the dogmatic context of legal relevant omissions («La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omission»): the consideration of the temporal *extension* (as a component of the phenomenological *state of things*) is here in fact a constitutive dimension of the presupposed «methodic» horizon, the one which mobilizes the specific structure (or the *Denkform*) of *alternative(s)* («everything which happens should be judged from the background of possible alternative worlds»); the exploration of this *Denkform* is in turn less dogmatically concentrated than it seems, allowing not only the opportunity to clarify the distinction between action and omission, but also the claim to identify the *decisive structure* of legally relevant causality (both in action and in omission), and, in the limit, the possibility of acknowledging the generative *form* of legal thinking (this one seriously taken as a discursive construction based *in alternatives*).

J. M. Aroso Linhares

concentrada do que parece à primeira vista, não só abrindo a oportunidade de clarificar a distinção acção /omissão, mas também permitindo identificar a *estrutura decisiva* da causalidade juridicamente relevante (tanto na acção quanto na omissão) e, no limite, reconhecer a forma geradora de todo o pensamento jurídico (este levado a sério como uma construção discursiva baseada em *alternativas*).

J. M. Aroso Linhares