

O TEMPO E A PENA

José de Faria Costa

Universidade de Coimbra

§ 1. Considerações iniciais

Não há, na história da humanidade, escultor maior do que o tempo. O seu ininterrupto avançar fica indelevelmente marcado em nós, nos nossos rostos e nos nossos corpos. Mas as rugas e o encarquilhar da pele que denunciam a passagem de *Cronos* manifestam-se, do mesmo jeito, na nossa comunidade e nos múltiplos aspectos que a compõem, densificam e caracterizam. São manifestações diversas daquelas que nós, homens e mulheres de carne e osso, sofremos. Por certo que sim. Não deixam, porém, de ser manifestações igualmente verdadeiras e intensas. E, não raras vezes, ainda mais intensas, tão fortes que se usam denominar por momentos de ruptura. Momentos em que o cinzel do tempo, guiado, umas vezes, pela força indomável de ímpetos de irracionalidade e, outras, pela razão, provoca uma fenda que rasga o património espiritual e cultural em que nos encontramos mergulhados. E tais mudanças reflectem-se, como não poderia deixar de ser, no direito.

§ 2. As diferentes compreensões do tempo

Antes, contudo, de nos debruçarmos sobre a influência do tempo na mundividência jurídica, importa que se clarifique o pedaço da realidade que tratamos quando falamos do tempo.

Há, em termos simples, posto que não simplistas, duas formas de entender o tempo: uma que se liga à sua linearidade e outra que se relaciona com a sua amplitude. Dito de um outro jeito: podemos falar do tempo olhando-o na sua clássica divisão em passado, presente e futuro ou, em óptica diversa, vislumbrá-lo como um horizonte compreensivo tão vasto que se identifica em tempo longo e tempo breve.

Este modo de perceber o tempo não prejudica — sublinhe-se — a sua tradicional repartição em ontem, hoje e amanhã (palavras aqui utilizadas, é bom que se diga, no seu sentido interpretativo mais generoso). Conquanto não se confundam e sejam independentes, as mencionadas compreensões do tempo interligam-se sem que, com isso, se anulem ou se afastem totalmente. Nós podemos, por exemplo, referirmo-nos a um tempo longo que corresponde a um pretérito muito distante ou ao milénio vindouro. Assim como podemos, em um prisma distinto, caracterizar como tempo breve o mês passado ou o que passará. E podemos fazê-lo porque ao vermos o tempo desta forma, vemo-lo como a unidade que ele é e não tão-só como a medida que ele nos proporciona no modo como observamos e valoramos o mundo que nos rodeia.

§ 3. O tempo e a sua repercussão no direito (penal)

§ 3.1. O pensamento jurídico — seja este entendido como o pensamento pensado e pensante mas também como o pensamento aplicado — é parte constituinte e constitutiva do aglomerado de pedaços de realidade que nos envolve. E, como tudo, está sujeito à implacável influência de *Cronos*, balanceando entre a constância que nos oferece a segurança e a certeza jurídicas e a mudança que visa

adequar a malha da normatividade aos problemas contemporâneos. É, como com facilidade se depreende, um equilíbrio complexo entre invariância e transitoriedade.

Para além disso, é um dado indesmentível que o direito, à semelhança do que sucede com os seres humanos, metamorfoseou-se pelo tempo. O direito de hoje é bem diferente daquele que existia na Idade Média ou no *Ancien Régime*. Neste sentido, o direito é mutável, evolutivo. Mas, no âmbito de um determinado período histórico, o direito apresenta constância, pelo menos no que respeita às grandes linhas metodológico-interpretativas.

Não se ignore, porém, que o nosso tempo — este tempo em que fervilha o caldo cultural em que estamos inseridos e que é comumente denominado “pós-modernidade” ou, como preferimos, “tardo-modernidade” — e a fugacidade de tudo o que nele se encontra não se coaduna já com a vivência de um tempo que se possa dizer breve. A efemeridade está tão exponenciada que o metrópolo da nossa vida — individual e colectiva — é o instante. O agora. O “este momento” em que o acontecimento acabou de ocorrer ou está a terminar e que é já do conhecimento de todo o mundo. O imediato que percorre o planeta, levado pela velocidade dos meios digitais, gerando uma enganosa necessidade de informação. Uma pseudourgência no acesso a factos que se passam em uma outra cidade, em um outro país ou, até, em um outro continente.

O presente ou, por outras palavras, este nosso tempo está imbuído do transitório que é o frenesim do nosso quotidiano. Todavia, esta pulsão para a *direct life* conduz-nos a, por pressa ou falta de tempo — falta que, em boa verdade, não raras vezes resulta não da sua ausência mas de uma gestão ineficiente daquele bem irrepetível e tão escasso que é o tempo —, ingressar por um caminho muito perigoso. Um caminho onde, por exemplo, o ensino adquire a profundidade de um esboço e os autores de outrora — com obras que contribuíram ou assinalaram a ruptura do seu tempo — permanecem empoeirados nas mesas e estantes que os guardam. Um caminho que progride para a absolutização do instante, do que é efêmero.

§ 3.2. Esta tendência de deificação do transitório esculpe o direito do nosso tempo, imprimindo-lhe os contornos da brevidade

com que se tenta apaziguar a inquietude reguladora do agora e do dia de amanhã. O que, para o saber jurídico, pode representar fragilidade.

O acto legiferante tem, por seu horizonte, o futuro ou o presente-futuro. Este é um dos princípios basilares da ordem jurídica: salvas pontualíssimas excepções, as leis valem para o futuro. Mas valem, concretize-se, para um futuro que se perspetiva com um mínimo de constância (ressalvando-se aqui a legislação temporária que, como a sua designação sugere, vigora por um período previamente determinando, ainda que sujeito a uma condição). É, de resto, por esta razão que as características basilares das normas legais são a generalidade e a abstracção.

Assistimos, contudo, nos nossos dias, a uma morte precoce dos actos legislativos. Uma morte que, por vezes, é mesmo anunciada antes da sua produção, o que desvirtua, por completo, a ideia de perenidade que se lhes está associada. Perenidade que, diga-se, é imprescindível a uma análise profunda da legislação e da sua aplicação às situações que a realidade lhe pode colocar, incompatível com a torrente legiferante dos últimos tempos.

As leis precisam de tempo. Precisam de tempo para serem feitas. Precisam de tempo para serem estudadas e consolidadas no conhecimento jurídico-comunitário. Precisam de tempo para que, por meio da sua interpretação e da sua aplicação a situações concretas, sejam aprimoradas e densificadas. O mesmo é dizer: a legislação — melhor, a boa legislação — não coabita com a impaciência do instante em que vivemos. E não escassas são as normas jurídicas que corroboram o que acabámos de afirmar.

Pense-se, por exemplo, no tipo legal do crime de violência doméstica, previsto e punido no artigo 152.º do Código Penal. Não vamos aqui problematizar a (des)necessidade desta norma incriminadora, atenta a protecção penal dos bens jurídicos que aqui possam estar em causa que era — e continua a ser — conferida por outros tipos legais de crime, como sejam os crimes contra a integridade física, os crimes sexuais ou, até, pelo homicídio. O que propomos é um outro exercício reflexivo. Centremo-nos em uma das circunstâncias que, estando verificadas, agrava o crime de violência doméstica, majorando o limite mínimo da moldura penal de um para dois anos

de prisão: a ocorrência do facto no domicílio comum (n.º 2). Se não ignorarmos — e em direito, por sobre tudo no âmbito do direito penal, não o podemos fazer — que o fenómeno que motivou a criação do tipo legal de crime referido é, via de regra, perpetrado na casa comum da vítima e do agressor, só podemos concluir que, por pressa de legislar, se tomou como elemento agravante uma circunstância que é habitual nas situações que a norma incriminadora visa tutelar e que, por essa razão, deveria integrar o tipo-padrão.

Permitam-nos mais um exemplo — e, creiam, seriam muitos mais se o nosso intento se traduzisse na apresentação de uma enumeração taxativa —, respeitante ao direito dito adjectivo. Olhemos, então, a temática dos recursos. A alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal determina, na sua redacção actual, que «[n]ão é admissível recurso (...) de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos». Este é, pois, uma das excepções ao princípio da recorribilidade (artigo 399.º do mesmo Código). Quer-se, assim, tornar a justiça menos demorada para os processos tidos como “bagatelas penais”. Mas com este desiderato atropelou-se uma das garantias fundamentais que um Estado de direito democrático como o nosso concede ao arguido: o direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa). Com o propósito de se tornar os processos penais mais céleres, impossibilitou-se que uma pessoa, absolvida em primeira instância mas condenada em sede de recurso, não possa recorrer de uma decisão que lhe é desfavorável. Ou seja, o arguido não pode recorrer daquela que é a primeira decisão penal que tem contra si, a qual lhe atribui a prática de um crime — que, note-se, pode não corresponder a um “crime de menor importância”, mas antes consistir em um crime de homicídio privilegiado ou em um outro agravado pelo resultado morte do ofendido — e, por conseguinte, lhe aplica uma sanção. E, sublinhe-se a traço grosso, não o pode fazer mesmo que a pena aplicada seja a mais gravosa: a de prisão (até cinco anos).

§ 3.3. O procedimento atinente à feitura e à aplicação de uma lei é deveras complexo. Estuda-se no presente aquela que se apresenta como a melhor solução para resolver ou disciplinar

situações futuras, tendo igualmente em mente que a sua aplicação, a verificar-se em sede judicial, será realizada no passado. De facto, pode-se afirmar que a juridicidade vive naquilo a que Gerhart Husserl designou, no seu *Recht und Zeit*, como a “estrutura tridimensional do tempo”. Os principais actores dos poderes legislativo, executivo e judicial — ou seja, o legislador, o político e o juiz — têm o seu campo de intervenção especialmente vocacionado, respectivamente para o futuro, o presente e o passado. O que se refracta nas diversas narrativas destes actores: na legislativa, mesmo que predomine o tempo verbal presente, é-nos previamente comunicado que aquele “presente” só o será a partir de um dado momento; na narrativa político-executiva é-nos transmitida a adopção das medidas que se entendem por pertinentes na actualidade; e, por último, na narrativa judicial predomina o pretérito, consolidando no presente um pedaço da realidade que é, na verdade, passado. Formas ou maneiras de consolidação jurídica que, embora não se confundam, relacionam-se de jeito tantas vezes cruzado e que, por isso, se adensam reciprocamente. Ao criar uma norma jurídica, o legislador deve conhecer o seu passado e o estado actual da questão que vai regular. O político, apesar de procurar soluções para problemas hodiernos, não esquece o impacto de outras medidas tomadas no passado para situações semelhantes, as quais poderão ser as consequências daquelas para o futuro. E o julgador, não obstante reconstituir a franja da realidade pretérita que consubstancia o processo, não pode desatender aos comportamentos presente e futuro (neste caso, em termos hipotéticos) dos sujeitos processuais.

§ 3.4. O acto legiferante visa, como mencionámos anteriormente, o futuro, ainda que este seja o presentefuturo, isto é, o futuro inscrito em uma lógica de tempo muito breve. O que, para o direito penal, pode revelar-se antagónico à sua essência.

São múltiplas as conexões que se podem estabelecer quando falamos do tempo e do direito penal. Mas tais relações são, de igual modo, particularmente intrincadas. O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (anterior, escrita e certa), por exemplo, é afastado com a entrada em vigor de uma lei descriminalizadora. A certeza que é dada pelo trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória

pode, destarte, desabar perante uma norma penal posterior mais favorável. A não absolutização da proibição da retroactividade da lei penal revela-nos o quão complexo é a articulação entre o tempo e o direito penal. Mas o raciocínio será ainda mais complexo se quisermos pedir ao direito penal aquilo que ele não nos pode dar.

A pressa e a urgência que temos em legislar sobre tudo, ou seja sobre qualquer coisa por mais anódina que ela seja, inspiram-nos a estar antes do acontecimento, antes da própria realidade. Se há ramos do saber jurídico que podem ser parcialmente alimentados com o estudo de situações futuras, o direito penal não é deles paradigmático. Antes pelo contrário. O direito penal não anda à frente do seu tempo; é da sua natureza, como direito de *ultima ratio* que é, surgir como a última resposta possível da comunidade a uma determinada violação de um bem jurídico. A resposta que, se a gravidade da ofensa o justificar, pode encontrar correspondência naquela que é a sanção mais restritiva da nossa ordem jurídica: a privação da liberdade.

O direito penal olha e interessa-se pelo desvalor do resultado das nossas condutas. Mas não constitui sua preocupação a prevenção *ante-delictum*. Não cabe ao direito penal vestir a farda de um polícia de giro de modo a proteger o futuro futurante. Perspectivar o direito penal como um meio de prevenção de infrações é vê-lo como uma disciplina jurídica que não se rege pelo princípio da intervenção mínima. É vê-lo como uma “coisa” diferente e distante do que é a sua essência. Isto não obsta, porém, a que normas penais protejam pedaços da nossa realidade e que essa protecção se reflecta no futuro, como sucede com a criminalização de comportamentos ofensivos do meio ambiente que possam comprometer o salutar desenvolvimento de todos.

§ 4. A relação entre o tempo e a sanção criminal (por sobre tudo a pena)

§ 4.1. Tal como o leque de incriminações espelha o modo-de-ser de uma comunidade histórico-espacialmente situada, também as sanções que daquelas podem resultar retratam os valores

que são defendidos por essa mesma comunidade. A pena é mais do que a consequência que a ordem jurídica atribui à prática de um crime; ela é, outrossim, reflexo da concepção que o ser humano tem sobre si próprio e sobre os seus referentes axiológico-normativos. Por esta razão, a pena é, a par do crime, parte da estrutura elementar do direito penal.

Um olhar, mesmo que breve, para o pretérito distante da nossa história comunitária permite-nos perceber a evolução que as penas sofreram com o tempo e com os valores que foram entretanto perfilhados. A paulatina abolição da pena de morte e a supressão da pena de castigos corporais ilustram a sua progressiva humanização, ocorrida a partir do século XVIII. Mas a relação entre o tempo e a pena é mais densa e mais profunda do que o redesenho histórico dos tipos de sanções admitidas.

Temos para nós que a aplicação de uma pena cumpre uma finalidade muito específica: o restaurar da relação onto-antropológica que é fundamento do próprio direito penal. Partimos, assim, do pressuposto de que o direito penal nasce, vive e alimenta-se das constantes relações comunicacionais que se tecem entre o “eu” e o “eu” e entre o “eu” e o “outro”. O “outro” a quem, na sua singularidade, reconheço ser semelhante ao “eu” e, por isso, com ele me identifico. Mais: que dele careço atendendo à incompletude genésica que caracteriza todos os homens e todas as mulheres de carne e osso. Por isto, a relação comunicacional que estabelecemos é de cuidado. De um cuidar do “eu” que se cuida cuidando o “outro”. Mas esta relação de cuidado é, em simultâneo, de perigo, uma vez que o crime — e a ofensa que ele representa — é conatural à convivência humana. *Ubi societas, ibi crimen*. A pena surge, assim, como um elemento reparador e, por isso, integrante da própria comunidade. E, neste sentido, a pena é ela mesma um bem.

§ 4.2. Ao defendermos uma concepção onto-antropológica não estamos, todavia, a propugnar pela a-historicidade do crime e da pena. A relação comunicacional primeva que constitui a pedra angular do nosso modo-de-ser comunitário é, ela própria, reveladora da sua incessante transitoriedade. Da transitoriedade inerente à condição humana. De uma transitoriedade que não se harmoniza,

porém, com a dimensão do instante, devendo o crime e a pena serem perspectivados na circunstância que é o ser humano. Viver por um determinado tempo. Por um tempo que se diga breve. E é neste tempo breve que se inscrevem, pelo menos em parte, a actividade legislativa e o acto de julgar. Ainda que o acto legiferante pertença, em princípio, ao tempo longo, quando nos movemos no campo do direito penal e queremos que as penas sejam eficazes e cumpridoras das suas finalidades, é no tempo breve que tais sanções devem ser aplicadas e cumpridas.

Expliquemo-nos melhor para que dúvidas não subsistam: via de regra, o legislador tem o futuro por horizonte e o juiz dedica-se ao passado. A aplicação de uma sanção criminal assenta na reconstrução, em tribunal, de uma parte do nosso passado comunitário, por forma a apurar, no fim do respectivo processo, se um crime foi ou não cometido para, tendo-se alcançado uma resposta positiva, se determinar a correlativa consequência. Não é, porém, somente de analepses (construídas) que o discurso judicial é feito: ele sê-lo-á quanto à verificação do crime; no que toca à aplicação da pena, o acto de julgar é também prognose. É futuro que se inscreve no tempo breve que é o da nossa existência. No mesmo tempo breve que é também ponto de referência para a actividade do legislador, desde logo porque este não pode conceber «penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida» (artigo 30.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

§ 4.3. O tempo breve é ainda referente legislativo quando nos debruçamos sobre a perseguição penal. O Estado é, como sabemos, o detentor do *ius puniendi*. Ou seja, só ao Estado — e, em particular, ao poder judicial — a comunidade reconhece legitimidade para perseguir os autores de crimes, punindo-os. Cabe assim ao Estado o restabelecimento da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo que foi quebrada com a prática do crime, o que acontece por meio da aplicação e do cumprimento de uma pena. Em alguns casos, contudo, o normal decurso do tempo tem um efeito pacificador e reparador. É o próprio tempo que recupera a relação comunicacional fundante do direito penal — e da própria

comunidade — e que conduz à paz jurídica. Há, pois, um tempo (breve) para, em um primeiro momento, se apurar a (in)existência de responsabilidade criminal e para, em um segundo momento, se limitar a esfera jurídica de alguém — correspondendo este limite, em muitos casos, à privação temporal da própria liberdade — como sanção pelo cometimento da infração criminal. Alguém que, note-se, sentirá, do mesmo passo, que o resultado desvalioso que a sua conduta originou já foi, pelo curso do tempo, sanado. E é esta ideia de paz jurídica que preside à consagração de normas prescricionais.

§ 5. Notas conclusivas

O quadro compreensivo em que nos ancorámos assenta, como visto, ainda que de um jeito resumido, em uma relação diacrónica entre o tempo e o direito e entre o tempo e a pena. Não é unitária nem simples a relação que se estabelece entre aqueles conceitos. Ao invés, é plural e complexo o jogo de reflexões que se podem fazer: o tempo na criação e na aplicação do direito, o tempo como limite à definição e à aplicação da pena. Em comum, a sua inscrição em um tempo breve. O tempo da nossa existência que, seres humanos que somos, a ele estamos irremediavelmente condicionados. Nós somos um tempo e um espaço. O direito, o crime e a pena também.