

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ – UNIOESTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM FILOSOFIA

**MARCIO GUEDES BERTI**

**A RELAÇÃO ENTRE LEI, DELITOS E PENA EM HEGEL**

TOLEDO  
2017

MARCIO GUEDES BERTI

## A RELAÇÃO ENTRE LEI, DELITOS E PENA EM HEGEL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Oeste do Paraná para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Área de concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Linha de pesquisa: Ética e Filosofia Política

Orientador: Prof. Dr. Tarcilio Ciotta

TOLEDO  
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)  
(Sistema de Bibliotecas – UNIOESTE)

Berti, Marcio Guedes.

B543r A Relação entre Lei, Delitos e Pena em Hegel / Marcio  
Guedes Berti. --- Toledo (PR), 2017.

94 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Oeste do  
Paraná, Campus de Toledo, 2017.

Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

Inclui bibliografia

1. Filosofia do direito. 2. Delitos. 3. Pena. I. Universidade  
Estadual do Oeste do Paraná. II. Título.

CDD 20.ed. 340.1

MARCIO GUEDES BERTI

## A RELAÇÃO ENTRE LEI, DELITOS E PENA EM HEGEL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Oeste do Paraná para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Este exemplar corresponde à redação final da dissertação defendida e aprovada pela banca examinadora em 14/08/2017.

### BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Tarcilio Ciotta  
UNIOESTE

---

Prof. Dr. Alessandro Severino V. Zenni  
UEM – CESUMAR - UNIVEL

---

Prof. Dr. Jadir Antunes  
UNIOESTE

Dedico este trabalho à minha família, em especial à minha esposa Paula Tessari Freire, e aos meus filhos Bruno Freire Berti, Thiago Freire Berti e Giovanna Freire Berti, bem como à minha mãe, Roseli Albertina Guedes Berti, à memória de meu pai, Marcio Berti, e ao meu irmão, Marcus Vinícius Guedes Berti, pois, sem vocês, este trabalho não se concretizaria.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que todos os dias de minha vida me deu forças para nunca desistir.

Ao Departamento de Pós-Graduação *Stricto* Senso em Filosofia da Universidade do Oeste do Paraná, Campus de Toledo, Paraná.

Ao meu orientador, Professor Doutor Tarcilio Ciotta, por seu apoio e amizade, além de sua dedicação, competência e especial atenção nas revisões e sugestões, fatores fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Aos professores que destinaram parte de seu precioso tempo para participarem desta pesquisa, sobretudo os professores do mestrado que de alguma forma contribuíram para minha formação.

Aos colegas de mestrado da turma 2015 pela recepção calorosa e companheirismo desde o início dessa jornada.

Aos familiares e amigos (novos e antigos) que sempre me incentivaram e apoiaram nessa jornada.

Aos colegas de docência e às Coordenações da Univel – União Educacional de Cascavel e Unipar – Universidade Paranaense, Campus Cascavel, por sempre me apoiarem e me incentivarem a transpor todos os obstáculos para alcançar o título de Mestre em Filosofia.

Aos meus colegas de escritório, Advogados Juliano Huck Murbach, André Vinícius Beck Lima, Celso Guerra Souza Junior, Arlindo Rialto Júnior, Antônio Carlos Marteli e Luiz Fernando de Vicente Stoinski, por todo o apoio e auxílio nos afazeres cotidianos da advocacia, que foram fundamentais para que eu pudesse cumprir os créditos e me dedicar à pesquisa deste trabalho.

Por fim, um agradecimento especial aos amigos Alfredo Copetti Neto, Alessandro Severino Valler Zenni e Alexandre Barbosa da Silva, que sempre me incentivaram no campo da pesquisa e serviram de inspiração para a conclusão deste trabalho.

.

“Quando o arbítrio e a ilegalidade se aventuram audaciosamente a levantar a cabeça, é sempre um sinal certo de que aqueles que tinham por missão defender a lei não cumpriram seu papel”.

Rudolf Von Ihering - A Luta Pelo Direito

## RESUMO

BERTI, Marcio Guedes. *A Relação entre Lei, Delitos e Pena em Hegel*. 2017. 94 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2017.

RESUMO: O trabalho desenvolvido nesta dissertação abordou o conceito hegeliano da teoria da pena, a partir da obra *Filosofia do Direito* (FD, 2010), sendo que para tratar especificamente de referido assunto, foi necessário analisar outros conceitos trazidos por Hegel em sua FD, sobretudo o conceito de vontade e o injusto, sendo um caminho necessário para a compreensão da proposta hegeliana no que se refere a teoria da pena. Pretendeu-se, também, trazer a concepção da teoria da pena hegeliana para os dias atuais, estabelecendo-se um diálogo entre a teoria da pena proposta por Hegel com o Direito Penal contemporâneo. O trabalho fez uma abordagem sobre a estrutura da filosofia do direito hegeliana, após o que tratou sobre o conceito de vontade e suas determinações, o conceito de pessoa e as determinações objetivas da vontade. Em seguida, analisou-se o injusto em suas diversas modalidades, quais sejam: a injustiça de boa-fé, a fraude, a violência e o delito e o direito de emergência, para somente após analisar a a teoria da pena, momento em que o trabalho abordou a finalidade da pena sob os aspectos da pena como retribuição (negação da negação), e da pena como libertação do indivíduo, finalizando com o estabelecimento de uma análise entre a teoria da pena hegeliana e o Direito Penal contemporâneo. O trabalho também retoma os conceitos de dolo e culpa presentes na moralidade hegeliana, tudo com a finalidade de compreender como as leis se formam e se efetivam na sociedade, o que são e qual a sua finalidade.

**PALAVRAS-CHAVE: Leis; Delitos; Pena.**



## ABSTRACT

BERTI, Marcio Guedes. *The relation between laws, crimes and punishment in Hegel..* 2017. 94 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2017.

**ABSTRACT:** The line of work followed in this dissertation approached the Hegelian concept of the theory of the punishment, from the point of view of Hegel's *Elements of the Philosophy of Right* (EPR, 2010). To specifically deal with the aforementioned subject, tackling other concepts brought up by Hegel in EPR was deemed necessary, chiefly the notion of will and the unjust, being this the necessary course for the understanding of the Hegelian proposal of the theory of punishment. It was also intended to bring the concept of the Hegelian theory of punishment to the present day, establishing a dialogue between the theory of punishment proposed by Hegel and the contemporary Criminal Law. This paper approached the structure of the Hegelian Philosophy of Right, after which it dealt with the concept of will and its significance, the concept of person and the objective specificities of will. Subsequently, the unjust was analysed in its various modes, namely: good faith leading to injustice, fraud, violence and crime, and emergency law, to, then, analyse the theory of punishment, a point in which the paper tackles the purpose of punishment from the perspective of punishment as retribution (negation of the negation), of punishment as liberation of the individual, culminating in an analysis of the Hegelian theory of punishment and contemporary Criminal Law. The paper also brings back the ideas of intent (knowledge of wrongdoing) and guilt in the Hegelian morality with the aim understanding how laws are formed and how they become effective in society; what they are and what their purpose is.

**KEYWORDS:** Law; Crimes; Punishment

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>CONCEITO DE VONTADE EM HEGEL</b> .....	<b>17</b>
<b>2.1</b>	<b>Introdução: A Estrutura da Filosofia do Direito em Hegel</b> .....	<b>17</b>
<b>2.2</b>	<b>Conceito de Vontade e suas Determinações (vontade natural, arbítrio e vontade universal</b> .....	<b>20</b>
<b>2.3</b>	<b>O Conceito de Pessoa: Direito Abstrato</b> .....	<b>38</b>
<b>2.4</b>	<b>Determinações objetivas da vontade</b> .....	<b>49</b>
<b>3</b>	<b>O INJUSTO</b> .....	<b>53</b>
<b>3.1</b>	<b>Introdução: Breves Apontamentos Sobre o Injusto</b> .....	<b>53</b>
<b>3.2</b>	<b>A Injustiça de boa-fé</b> .....	<b>54</b>
<b>3.3</b>	<b>A Fraude</b> .....	<b>56</b>
<b>3.4</b>	<b>A Violência e o Delito</b> .....	<b>57</b>
<b>3.5</b>	<b>O Direito de Emergência (Estado de Necessidade)</b> .....	<b>58</b>
<b>4</b>	<b>FUNÇÃO DA PENA</b> .....	<b>62</b>
<b>4.1</b>	<b>Introdução: Finalidade da Pena</b> .....	<b>62</b>
<b>4.2</b>	<b>A Pena como Retribuição (negação da negação)</b> .....	<b>67</b>
<b>4.3</b>	<b>A Pena como Libertação do Indivíduo</b> .....	<b>70</b>
<b>4.4</b>	<b>Conclusões: A Relação entre Leis, Delitos e Pena em Hegel (um diálogo com o Direito Penal contemporâneo)</b> .....	<b>73</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>87</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>91</b>

## INTRODUÇÃO

Esse trabalho pretende elaborar um estudo, a partir da obra *Princípios da Filosofia do Direito* de Hegel<sup>1</sup>, quanto à teoria da retribuição lógico-jurídica da pena, ou seja, a relação entre lei, delitos e penas em Hegel.

Através deste trabalho procurar-se-á definir se a pena, em Hegel, possui apenas a função retributiva, ou se ela é, também, um meio de libertação do próprio apenado. A pesquisa concentra-se na análise da verdadeira função da pena a partir da filosofia do direito hegeliana. Portanto, o problema a ser investigado nesse trabalho, é pensar se realmente a finalidade da punição seria uma retribuição do Estado ao indivíduo que transgride a vontade universal, fazendo prevalecer sua vontade individual, ou se é algo para além disso, como a própria elevação do sujeito para um estado de libertação com o cumprimento da pena. A teoria retributiva da pena foi desenvolvida na Idade Média, uma época em que a teologia e a política eram estritamente ligadas pelo eixo do Direito Divino, no qual a identidade do soberano era confundida com o Estado, já que concedidos por Deus.

Neste período, era imposto um castigo às condutas imorais ou a algum pecado cometido, que afrontasse a Igreja ou o Estado na figura do soberano; para imposição desse castigo foi adotado o termo *poena*, que em latim significa castigo, expiação ou suplício. Segundo essa teoria, a pena é retribuição ao mal praticado pelo agente (*punitur quia peccatum este*), proporcional à culpabilidade (pena justa ou proporcional, surgindo após a prática do delito, como castigo ao delinquente. Seus maiores expoentes são Platão (428 a.C-348 a.C.), Santo Tomás de Aquino (1225-1274), Giambattista Vico (1668-1774), Immanuel Kant (1724-1804) e George W. Friedrich Hegel (1770-1831). Para Hegel o Estado é muito mais do que as instituições estatais.

Na visão hegeliana, o Estado é uma comunidade ética, é a encarnação visível e terrena do Espírito Absoluto, é uma instituição quase sagrada que visa organizar os homens para viver segundo sua natureza livre e racional. Atacar

---

<sup>1</sup> Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio / G. W. F. Hegel ; tradução Paulo Meneses ... [et al.]. – São Leopoldo, RS : Ed. UNISINOS, 2010. Doravante, no interior do texto, iremos nos referir a esta obra de Hegel com o título sintético de *Filosofia do Direito* e nas citações utilizaremos a sigla (FD) seguida do símbolo (§) e do número do parágrafo. (Exemplo: FD § 34).

as leis do Estado, não submeter-se ao propósito/comando, equivale a infringir as próprias normas da moralidade e da eticidade. A punição do delinquente é uma ação ética do Estado que visa, sobretudo, afirmar a superioridade da comunidade, do todo e da racionalidade sobre os indivíduos, a parte e a irracionalidade, de modo a elevar a comunidade ética e, também, o delinquente, que ao cumprir a pena irá se libertar e refletir sobre o mal causado.

Este trabalho tem por objeto pesquisar e sistematizar, sob a perspectiva da *Filosofia do Direito* hegeliana, a relação necessária entre reconhecimento da vontade livre e constituição moderna das instituições, bem como devem ser pensadas as instituições para que elas sejam capazes de dar conta de demandas de reconhecimento depositadas no conceito de "liberdade".

Tratam-se de questões que nos levam necessariamente a uma outra, esta sim uma questão central, a saber: o que devemos entender por "liberdade" neste contexto? A teoria retributiva da pena encontra em Hegel um de seus maiores defensores. Segundo G.W.F. Hegel:

A violação do direito enquanto direito, quando ocorrida, é certamente uma *existência* exterior *positiva*, mas que é nula *dentro de si*. A *manifestação* dessa sua nulidade é a aniquilação dessa violação, que entra igualmente na existência, - a efetividade do direito, enquanto sua necessidade mediando-se consigo pela supressão da sua violação (FD, § 97)

E complementa:

O supressumir do crime é *retaliação*, na medida em que é, segundo seu conceito, violação da violação, e em que o crime, segundo seu ser-aí, tem uma extensão qualitativa e quantitativa determinada, com isso, sua negação, enquanto ser-aí, tem também tal extensão. (FD, § 101)

No contexto do Estado Democrático de Direito, calcado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal), a aplicação de

qualquer sanção reclama uma justificativa razoável, capaz de convencer, até mesmo aquele que a sofre, de sua necessidade e pertinência.

Nesta esteira de considerações, pretende-se com a presente pesquisa, realizar uma abordagem crítica da teoria da pena em Hegel, no intuito de vislumbrar se tais teorias são capazes de explicar, de maneira convincente, a aplicação de sanção privativa de liberdade, com enfoque, sobretudo, na teoria retributiva hegeliana da pena.

A partir da obra *Filosofia do Direito* de Hegel, publicada pela primeira vez no ano de 1.817, defende-se a ideia de que a lei provê a pedra angular do Estado Moderno. Nesta obra, Hegel faz uma crítica irônica à obra de Karl Ludwig Von Haller, e coloca em discussão o conceito de livre arbítrio, demonstrando que este só pode ser entendido no complexo contexto social da propriedade privada e relações contratuais, compromissos morais, vida familiar, economia, sistema legal e politeuma, de modo que um indivíduo não seria inteiramente livre, a menos que seja participante em todos estes diferentes aspectos da vida do Estado.

Hegel, nesta obra, discute três esferas de versões do direito, sendo a primeira aquela afeta ao direito abstrato, onde ele discute a ideia de não-interferência como forma de respeitar os outros, e, julgando tal assertiva insuficiente, Hegel passa para a fase da moralidade, onde propõe que os seres humanos devem refletir sobre sua própria subjetividade em relação aos outros, a fim de respeitá-los, passando, em seguida, para a terceira fase, calcada na vida ética, onde ele integra os sentimentos individuais subjetivos e as noções universais do direito. Aqui, sob a vida ética, Hegel coloca em discussão temas sobre família, sociedade civil e Estado.

Hegel também demonstra que o próprio estado está incluído na totalidade maior da história mundial, na qual estados individuais se erguem, conflitam uns com os outros e eventualmente caem. Para Hegel, o curso da história segue aparentemente no rumo de uma sempre crescente atualização da liberdade; cada época histórica sucessiva corrige algumas falhas das precedentes. Contudo, Hegel não logrou êxito em demonstrar como o estado moderno solucionaria problemas como pobreza e divisão de classes sociais.

Afastando-se da concepção moral e ética do castigo defendida por Kant, Hegel desenvolveu a teoria da pena como retribuição jurídica ao delito. Portanto, o delito e a pena, na concepção hegeliana, não poderiam jamais ser tomados como males sensíveis – o primeiro voltado à vítima e à sociedade, e o segundo ao delinquente– pois essa visão do fenômeno criminal é meramente superficial. Não haveria racionalidade em se querer um mal a alguém simplesmente porque já ocorreu outro mal. Hegel entendia descabida, portanto, qualquer discussão acerca do mal em que a pena consiste ou do bem que se pretende alcançar com ela (prevenção, intimidação, correção, etc). Para a teoria hegeliana, a aplicação da sanção penal deveria estar relacionada a uma ideia, qual seja, fazer justiça. A imposição da pena, pois, deveria pressupor ser ela justa por si e em si.

Para Hegel, o direito é a realização da liberdade do espírito, e essa liberdade é a única realidade concebida pelo homem. A teoria hegeliana considera que o delito não pode destruir o direito, muito embora seja considerada sua negação. O retribucionismo jurídico considera o direito a expressão da vontade geral, como uma vontade racional. O delito, destarte, como manifestação da vontade individual do delinquente, se contrapõe à vontade geral racional, manifestando-se como vontade individual irracional, cabendo, assim, à pena, reafirmar a racionalidade do direito.

Na concepção hegeliana, a pena atende uma exigência da razão, é uma necessidade lógica, que encontra amparo em um processo dialético intrínseco à própria ideia de direito. O delito, por sua vez, representa uma violência ao direito, que é anulada por uma violência posterior imposta pela pena.

O delito, nesta esteira, constitui uma negação ao direito. A pena, de outro lado, constitui a negação do delito. Sendo, portanto, a pena, a negação da negação ao direito, acaba se tornando em sua afirmação, ou seja, sua reestruturação. Tal relação pode ser compreendida da seguinte forma: a vontade universal, representada pela ordem jurídica, constitui a tese. O delito é a sua antítese, pois através dele o indivíduo nega vigência ao ordenamento jurídico. Sendo assim, a pena corresponde à síntese, pois expressa a negação da negação da vontade universal.

A teoria de Hegel, desta forma, encontra um ponto convergente com a teoria de Kant, assentada na ideia essencial de retribuição e reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. A diferença entre as teorias de Hegel e de Kant, pois, repousa no fato de que aquela se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade.

Hegel parte da premissa de que a pena além de buscar a justiça, tem por escopo devolver o mal causado pelo delito, e que o homem é livre para agir, e se optou pelo crime, deve receber uma penalidade maldosa como foi sua conduta. Trata-se da ideia de retribuir o mal causado à sociedade, pelo cometimento do delito, considerando ainda o livre arbítrio do indivíduo, pois é possível optar pela realização ou não de uma infração, e a realização do ilícito autoriza ao Estado impor uma sanção ao condenado.

Na lição de Néelson Hungria<sup>2</sup>, “a pena, como retribuição, traduz primacialmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece”.

Para poder se fazer uma análise das proposições de Hegel a respeito da pena, deve-se partir de sua própria afirmação de que “o que é racional é real e o que é real é racional.”<sup>3</sup> Isto significa que o direito é a expressão da vontade racional (vontade geral/universal), ou seja, uma liberação da necessidade. Para Hegel, a racionalidade e a liberdade são a base do direito. Já o delito, entendido como a negação do direito, é a manifestação de uma vontade irracional (vontade particular), dessa forma, configura-se a comum contradição entre duas vontades.

---

<sup>2</sup> SHITANTI, Tomaz M., Curso de Direito Penal, Parte Geral, 2º edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 184.

<sup>3</sup> Na primeira parte do aforismo, Hegel afirma que "o mundo não é um amontoado caótico de substâncias, mas o desdobramento progressivo de uma espiritualidade racional (chamada respectivamente de Absoluto, Espírito, Ideia, Razão, Deus), que se exprime inconscientemente na natureza e conscientemente no homem". Na segunda parte, segundo a qual a racionalidade coincide com a realidade, indica que a "razão não exprime uma abstração, um dever-ser ideal ou utópico, mas a estrutura profunda do mundo real", cf. NICOLA, Ubaldo. *Antologia Ilustrada de Filosofia: das Origens à Idade Moderna*. Tradução de Margherita De Luca. São Paulo: Globo, 2005.

Para Hegel, a pena é a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido na sociedade civil, ele supõe que a ação realizada determina a pena, não chega a fixar sua modalidade, mas demonstra sua equivalência.

A pena, destarte, não é apenas um mal que se deve aplicar só porque antes houve outro mal, porque seria irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior. A imposição da pena implica no restabelecimento da ordem jurídica violada pelo delinquente.

Não se pretende nesta dissertação, abordar todo o conteúdo da obra *Filosofia do Direito* de Hegel, pois o foco do estudo concentra-se na teoria da pena, sob a perspectiva hegeliana.

Contudo, para que seja possível abordar a teoria da pena, mister se faz, antes, percorrer um caminho, tratando do conceito de vontade, de pessoa, de coisa, de propriedade e de contrato em Hegel para, somente após, na sequência das determinações da vontade, poder ser analisada a teoria da pena.

É que sem analisar os momentos (Stufen) constituintes da vontade livre, não se pode analisar a teoria da pena em Hegel, pois para ele a vontade livre deve ser compreendida como a base sob a qual está construído todo o sistema do Direito.

A ciência filosófica do direito tem seu fundamento numa concepção de liberdade da vontade distinta da tradição moderna, do direito natural, da ideia de vontades que se reúnem num contrato ou mesmo da concepção subjetivista da liberdade. Este fundamento parece apontar na direção de uma reflexividade da vontade livre, isto é, na concepção de uma vontade livre racional que só se efetua na medida em que é livre em si e para si, uma vontade livre autodeterminante, que é a forma e o conteúdo de si mesma.

Cabe, pois, com isso, levantar a questão de como é possível a integração da forma e do conteúdo do arbítrio (momento insuficiente da vontade livre) para que a vontade possa ser concebida como autodeterminação livre em si e para si.

Sendo assim, este trabalho busca entender em que consiste a reflexividade da vontade, como ela se relaciona e engloba os três momentos da



liberdade e como ela dá origem ao sistema do direito, para que seja possível tratar a perspectiva do injusto e, por conseguinte, da teoria da pena.

Diante deste contexto teórico o primeiro capítulo tratará do conceito de vontade em Hegel, abrangendo suas determinações, tais como vontade natural, arbítrio e vontade universal, bem como o Direito Abstrato e as determinações da vontade. No segundo capítulo, será abordado o injusto e, no terceiro e último capítulo, o trabalho abordará a função da pena na visão hegeliana.

## 2. CONCEITO DE VONTADE EM HEGEL

### 2.1. A estrutura da *Filosofia do Direito* de Hegel

A *Filosofia do Direito* de Hegel, como se sabe, não é uma filosofia do sujeito, tendo em vista que Hegel, na sua filosofia geral, é visto como idealista *objetivo*, pois para ele o absoluto não é pura subjetividade, ao contrário, é unidade de subjetividade e, também, de objetividade.

Destarte, Hegel divide sua *Filosofia do Direito* de maneira não apenas diática, mas, sobretudo, triadicamente, pois entre direito abstrato e eticidade existe a moralidade. Assim, a *Filosofia do Direito* hegeliana, parte da ideia de que o indivíduo enquanto ser, é livre para pensar e agir de acordo com sua razão.

Hegel abre a Introdução da *Filosofia do Direito* afirmando o seguinte sobre o objeto dessa ciência: "A ciência filosófica do direito tem por objeto a ideia do direito e sua efetivação" (§ 1º). Isso significa que o objeto da filosofia do Direito implica duas coisas: 'o conceito de direito', que são as estruturas da razão que o pensamento ético ocidental comporta, e a 'efetivação desse conceito' no mundo social, isto é, as normas éticas e suas instituições que

fazem com que o mundo social se apresente como uma estrutura da liberdade (Cf. GALLEGO<sup>4</sup>)

Como ensina Vittorio Hösle<sup>5</sup>:

Esta divisão – a *differentia specifica* do projeto hegeliano da filosofia prática em relação a quase todas as outras concepções da tradição – pode ser interpretada como linear, mas também, igualmente, como dialética. De um lado, pode-se observar um crescimento contínuo em realidade: enquanto o direito abstrato não é sancionado nem subjetiva nem institucionalmente e, assim, carece de qualquer realidade, na moralidade, com a vontade subjetiva, é alcançado um existir do conceito”: “Foi assim determinado um chão mais alto para a liberdade; na ideia encontra-se agora o lado da existência, ou seu real momento, a *subjetividade* da vontade. Somente na vontade, enquanto vontade subjetiva, pode a liberdade ou a vontade existente em si ser real. No entanto, a liberdade é um chão movediço – “enquanto *singularidade subjetiva*, ela é determinada contra o geral. De fato, a execução da “moralidade” *in concreto* mostra em que contradições essa pura subjetividade se enreda. Elas resultam do fato de que a norma que a subjetividade se dá é abstrata – um geral vazio que não pode ser mediado com os deveres específicos e, por isso, pode servir com demasiada facilidade para a legitimação do próprio bem. O bom da moralidade é, além disso, uma norma que permanece puramente interior e, apesar de sua alta pretensão, *pode* mas não tem de existir na realidade – “a contradição onilateral” como “o Ser absoluto que, no entanto, ao mesmo tempo, não.

É possível afirmar, portanto, que Hegel expõe no §4º a tese que desenvolverá ao longo da *Filosofia do Direito*, dizendo:

O terreno do direito é, em geral, o *espiritual* e seu lugar e seu ponto de partida mais precisos são a *vontade*, que é *livre*, de modo que a liberdade constitui sua substância e determinação, e o sistema do direito é o reino da liberdade efetivada, o mundo do espírito produzido a partir dele mesmo, enquanto uma segunda natureza”. (FD, § 4)

<sup>4</sup> GALLEGO, Carla. O conceito de vontade na introdução da filosofia do Direito de Hegel. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/1841606/hegel--o-conceito-da-vontade>, Acesso dia 21.05.2016

<sup>5</sup> HÖSLE, Vittorio. O Sistema de Hegel. Tradução: Antonio Celiomar Pinto de Lima. Revisão Técnica: Nélio Schneider. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2007, p. 508/509.

Segundo Dudley Knowles<sup>6</sup>, esse parágrafo tem por base o seguinte argumento: i) se a vontade é livre; ii) e o sistema do direito é a efetivação da liberdade; iii) então, as instituições éticas, sociais e políticas constituem o reino da liberdade efetivada. E a tarefa de Hegel na *Filosofia do Direito* é explicar o direito como esse 'reino da liberdade efetivada'.

Sendo assim, pode-se dizer que o conceito de Direito para Hegel abrange o denominado direito abstrato, como também a moralidade e a eticidade, de maneira que dentro da *Filosofia do Direito* hegeliana, pode-se entender por Direito como suma de Direito, moralidade e eticidade, razão pela qual afirmou-se acima, tratar-se de uma divisão não apenas diática, mas triádica.

O que Hegel chama de Direito não é o direito abstrato (sentido estrito), que nos vem dos romanos, nem o direito natural. "É a existência da vontade livre"; é a "liberdade consciente de si", o direito da pessoa, por exemplo, é apenas um momento no devir desta liberdade. No sentido hegeliano, podemos ainda situar o direito na história do espírito.

Hegel, ao criar o seu sistema, prega a necessidade do indivíduo passar pela família, após pela sociedade civil e pelo Estado, quando então completaria o caminho da eticidade, a fim de chegar à realização através da liberdade, que se efetiva no próprio Estado.

A filosofia, segundo Hegel, penetra no âmago racional do Estado "a fim de encontrar a pulsação interna e sentir ainda uma batida mesma nas configurações externas" (2010, p. 42). Contudo, ele tem o cuidado de distinguir entre aquelas formas externas e "as relações infinitamente múltiplas que se formam nessa exterioridade" (2010, p. 42).

Hegel pensa o Estado como sendo um organismo constituído por várias esferas, formando, assim, um sistema de coerência e estabilidade. Portanto, ao distinguir a esfera família, da esfera sociedade civil e da esfera de Estado (que constituem o organismo), Hegel volta-se para a análise de como as instituições

---

<sup>6</sup> KNOWLES, D. "Hegel and the Philosophy of Right". In: Routledge Philosophy Guide Book. p.25-6.

particulares franqueiam aos membros da sociedade a identificação com fins que transcendam o imediatismo e as vontades egoísticas.

Na sua *Filosofia do Direito*, Hegel vai abordar uma enriquecedora síntese de inúmeras determinações, cuja oposição ele tentou superar desde o início das suas obras filosóficas, onde subjetividade e substancialidade, conceito e existência, liberdade e necessidade, espírito e natureza são, nesse conceito, fundidos em uma unidade do qual resultam a relação da objetividade do direito abstrato e da subjetividade da moralidade.

## 2.2. CONCEITO DE VONTADE E SUAS DETERMINAÇÕES (vontade natural, arbítrio e vontade universal)

Em sua *Filosofia do Direito*, Hegel começa pela figura do direito abstrato, buscando escrutinar a liberdade que está depositada nas estruturas do direito, mas, neste momento, apenas enquanto determinação externa do querer jurídico. Será somente o delito, como uma espécie de última etapa do direito abstrato, que irá revelar a que se refere, verdadeiramente, o direito abstrato, a saber, revelará a dimensão da liberdade subjetiva que subjaz ao indivíduo.

Ainda sob o direito abstrato, importa que “a *subjetividade da liberdade*, por si infinita, constitui o princípio do ponto de vista da moralidade” [FD, § 104], a saber, “o ponto de vista moral é o ponto de vista da vontade enquanto infinita, não meramente em si, mas por si” [FD, § 105]. A moralidade é o direito da vontade subjetiva [FD, §107].

Destarte, a evidência dos momentos da autodeterminação da subjetividade aperfeiçoa-se no direito abstrato através da propriedade (que é o meu externo), pelo contrato (que é o meu mediado através de outra vontade), pelo delito (que revela a preponderância da vontade particular sobre a vontade universal), aliás, é através do delito que se manifesta a infinita possibilidade da vontade autodeterminar-se e, assim, ter-se a vontade por si, independentemente daquilo que é em si [FD, § 108].

Nesse percurso, Hegel chega à moralidade, onde demonstrará qual o caminho da subjetividade rumo ao bem, que será revelado como substância [FD, § 130] e essência [FD, §§ 132, 133]. A moralidade é, pois, a superação do momento da particularidade, mas é a sua conservação, eis que a universalidade não ultrapassa a revelação da própria substância dessa particularidade [FD, § 129].

Em Hegel, o conceito de liberdade possui relação com moralidade e eticidade. A moralidade hegeliana tem a virtude de expor a liberdade subjetiva, que se materializa no mundo e sem a qual a objetividade seria um nada. Já a eticidade, de seu turno, é o domínio das instituições, das regras, valores e costumes presentes nos comportamentos individuais e coletivos dos indivíduos. É possível, inclusive, ao invés de se denominar moralidade e eticidade, falar-se em moralidade subjetiva e moralidade objetiva, pois para Hegel, a moralidade é questionada pela “autodeterminação da vontade”, ou seja, pelos propósitos e intenções que movem o sujeito, pois uma vontade só se determina, quando decide e “por meio da decisão, a vontade se põe como vontade de um determinado indivíduo frente a outro (...). Uma vontade que não decide nada não é uma vontade real”, cf. Goldim.<sup>7</sup>

Em Hegel, as determinações da vontade natural, de arbítrio e a vontade universal mostram a constituição dialética da própria vontade no seu processo de autodeterminação como vontade livre (que é vazia, sem conteúdo determinado).

O pressuposto a partir do qual se inicia o movimento de determinação da vontade livre é o conceito de pessoa jurídica, pois a vontade livre precisa determinar-se, dar-se um conteúdo e, sua primeira forma de fazer isso, é exteriorizar-se na “coisa” apropriando-se do mundo externo.

Assim, o processo de apropriar-se da coisa (mundo exterior à vontade) passa pelas mediações da “posse”, “uso” e “alienação” que constituem o conceito de “propriedade”, de maneira que essa apropriação da “coisa”, que se converteu em “propriedade”, representa a vontade particular do sujeito.

---

<sup>7</sup> GOLDIM, José Roberto. Seminário sobre a Obra de Tadeu Weber. *Moralidade e Eticidade em Hegel*. <https://www.ufrgs.br/bioetica/tweber.htm>. Acesso em 10 de maio de 2016.

Desta forma, a mediação entre vontades particulares, a partir de coisas exteriores à vontade, é efetivada por meio do contrato, que se refere à vontade comum (que é sempre particular) e ao à vontade universal, ainda.

Portanto, o “contrato”, por se referir à vontade comum, não abarca todas as determinações da vontade; por isso, fora da circunscrição do “contrato” a vontade dos contratantes permanece livre, o que demonstra a insuficiência do “contrato” na mediação da vontade, de modo que a insuficiência/limitação do “contrato” na mediação do “contrato” vai além da insuficiência na mediação da vontade, uma vez que ele pode ser desrespeitado/descumprido. Com isso, a vontade particular pode ser afetada/prejudicada sob vários aspectos e em diferentes graus; primeiro, quando não há a intenção de enganar, mas de fato, a vontade do outro foi afetada/prejudicada; segundo, quando se torna o “direito como aparência” fazendo de conta que se o respeita, mas, na verdade, se tem com isso, a intenção de prejudicar a outra vontade (má-fé); terceiro, quando se desrespeita a vontade do outro indiscriminadamente ignorando/afrontando todo o sistema do direito constituído (o crime); daí emerge a necessidade de reparar o dano e/ou estabelecer o próprio direito.

Destarte, uma vez praticado o delito (violação do direito/prevalência da vontade particular), a pena aplicada pelo estado ao transgressor do contrato ou do próprio “direito em si”, representa a forma pela qual a vontade particular é reconduzida a reconciliar-se como “direito em si” e consigo mesma, tomando consciência, com isso, que fora do direito não há liberdade.

Esse percurso de determinação da vontade livre não se consuma aqui, se tratando apenas do processo de mediação da vontade que se dá no âmbito dos princípios do direito positivo moderno, sendo necessário prosseguir com esse movimento de determinação da vontade e atingir um novo estágio, qual seja, a “moralidade” (vontade subjetiva) que se determina de forma objetiva na “eticidade” através das diferentes instituições, o que será objeto de estudo dos capítulos “2” e “3” da presente dissertação.

Desta forma, segue-se que, segundo Hegel, toda decisão é uma escolha, e quem escolhe deixa, ou como ele menciona “renuncia à totalidade” e se “compromete com a finitude”, isto é, se coloca limites, de maneira que o que determina essa escolha são as circunstâncias históricas, a cultura, os hábitos,

e costumes. Todo esse movimento de concretização, limitação, mediação social da liberdade é o âmbito da eticidade.

A eticidade, portanto, trata das determinações objetivas ou da mediação social da liberdade, tendo, assim, um conteúdo e uma existência que se situam num nível superior ao das opiniões subjetivas e caprichos pessoais, eis que as instituições e leis existentes em si e para si. Sendo assim, se na moralidade o sujeito é avaliado a partir dos aspectos subjetivos determinantes no seu agir, na eticidade ele é considerado como membro (Mitglied) de uma comunidade ética, ou seja, é qualificado, a partir das determinações objetivas - dos resultados e consequências - de suas ações, de modo que sua vontade livre tem que mediar-se com a vontade livre do outro, a fim de se universalizar. O imediato tem que ser mediado, para que possa estabelecer um princípio ético universal.

É importante frisar que na "subjetividade ética" desaparecem as vontades particulares, enquanto imediatas e naturais, uma vez que, submetidas ao processo de mediação, reconhecem que sua dignidade se funda nessa substancialidade. (...), cf. Goldim.<sup>8</sup>

A lei moral, portanto, não tem validade apriorística ou que poderíamos chamar de validade natural imediata. O critério de moralidade passa a ser a possibilidade de universalização a posteriori, isto é, a universalização resultante da mediação das vontades envolvidas e afetadas. Na eticidade, enquanto identidade da vontade universal e particular, há uma coincidência entre deveres e direitos. "Por meio do ético, o homem tem direitos, na medida em que tem deveres, e deveres, na medida em que tem direitos" (FD, § 155). Só pode ter deveres quem tem, ao mesmo tempo, direitos. Um escravo, portanto, não pode ter deveres. Na perspectiva hegeliana, o universal, ao concretizar-se, se individualiza. Isso significa que a concretização sempre se dá num conteúdo determinado, num povo, numa comunidade ética, numa instituição, ao passo que a universalidade kantiana permanece no plano formal e, por isso, meramente abstrato. Kant exclui da moralidade as instituições e os costumes. Se, para Kant, o princípio supremo de moralidade é atemporal, em Hegel, ele se constitui no movimento histórico de determinação da Ideia da

---

<sup>8</sup> Op. Cit.

liberdade. Hegel emprega a expressão “eticidade” no sentido da expressão grega “*ethos*” que significa uma orientação da vida fundada no costume, no convencionalismo e na proveniência<sup>9</sup>. A eticidade é, para Hegel, uma comunidade integrada, na qual a vontade e a ação dos indivíduos singulares são a expressão de uma compreensão conjuntamente praticada da liberdade. Na verdade, essa compreensão da liberdade dos sujeitos está caracterizada pela relação assimétrica de poder e domínio. Ela está fundada no poder da substância ética da comunidade, que rege a vida dos indivíduos como seus acidentes<sup>10</sup>.

É importante salientar que, para Hegel, a estrutura da eticidade se funda em três aspectos, sendo eles (i) as instituições e os estabelecimentos da comunidade ética são objetivos e substanciais, na medida em que eles são determinados independentemente dos sujeitos singulares. Hegel vira o princípio da sua crítica da moral, colocando que os sujeitos singulares não podem estabelecer nenhuma distinção objetivamente obrigatória entre o bem e o mal a partir de si mesmos, de tal modo que uma universalidade da vontade ética existindo independentemente dos sujeitos singulares tem que determinar a vontade particular dos sujeitos singulares; (ii) que a ação dos singulares é determinada pelo poder da substância da comunidade ética não significa, para Hegel, que ela está determinada de modo estranho aos indivíduos. Antes pelo contrário, os sujeitos singulares adquirem sua identidade pela relação aos conteúdos dos costumes e das instituições. Eles se identificam de forma emotiva com a substância ética da comunidade. O compromisso para com a comunidade ética não deve ser apenas uma mera proclamação, mas deve ser estabelecido nos costumes diariamente praticados; e (iii) A auto compreensão ética dos indivíduos é concretamente vivida por todos eles. Ela se manifesta em um modo de ação tornado hábito, e no caráter ético, na virtude e na retidão do preenchimento ético do dever, no qual a boa ação se torna uma certa

---

<sup>9</sup> Hegel esclarece o conceito de “eticidade” e sua distinção à “moralidade” no seu escrito *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*. In: *HW2*, 504 e *FdD* § 33.

<sup>10</sup> A concepção da eticidade de Hegel contém uma contradição: por um lado, Hegel afirma que os fundamentos da eticidade seriam manifestações racionais da vontade livre. Por outro lado, ele insiste no fato de que os indivíduos não são sujeitos dessas instituições, mas são subordinados às finalidades desses “poderes éticos” (*FdD* § 141). Sob o conceito de “substância” se esconde o sujeito real da eticidade: o Estado soberano moderno que associa os membros da sociedade burguesa ao coletivo ético em abstração do seu fazer e praticar diferente.



evidência, isto é, uma prática natural. Apenas na medida em que os indivíduos cumpram os seus deveres éticos independentemente das suas ponderações pessoais e dos interesses particulares, lhes concede o direito à sua liberdade subjetiva-moral e o prosseguimento dos seus interesses individuais.<sup>11</sup>

Sendo assim, a eticidade e a moralidade se comportam uma a outra como a moral coletivamente praticada e a moralidade individual. Hegel estabelece a prioridade da eticidade frente à moralidade individual. Uma doutrina ética dos deveres é possível para ele apenas no terreno da substância ética, porque o princípio da subjetividade moral, com efeito, contém a determinação formal do dever, mas não pode determinar os deveres concretos contedúísticos. Hegel deduz o conteúdo dos deveres do poder da substância ética e das suas exigências. A moral coletivamente praticada da eticidade está ancorada no poder da substância ética. Nela a obrigatoriedade dos deveres éticos têm sua objetividade, enquanto o dever-ser da moral individual permanece como um dever-ser insatisfeito e insatisfazível, sem objetividade. No âmbito da eticidade, a moralidade está integrada apenas no sentido

---

<sup>11</sup>A doutrina dos deveres de Hegel engloba as seguintes espécies principais de deveres:

I. O homem deve casar-se (§ 160 anotação); amar o seu cônjuge (§§ 161-162) dentro do matrimônio monogâmico (§ 167), espiritualizar sua pulsão sexual natural (§ 163-166), adquirir e bem administrar um patrimônio familiar (§§ 170-172), amar (§ 173) e educar suas crianças (§ 174). A criança deve amar os seus pais (§ 173) e lhes obedecer (§§ 174-175).

II. Como membro da sociedade burguesa (§ 187) o indivíduo deve satisfazer suas necessidades e as necessidades de outros pelo trabalho (§§ 187, 196ss.), formar-se (§§ 187, 197) e cumprir os deveres específicos e direitos da sua classe [Stand] (§ 207), respeitar os direitos de cada pessoa (§§ 34-102, 134, 209ss.), observar as leis (§§ 211ss.), no litígio submeter-se à lei e às regras da administração da justiça (§§ 219ss.), promover o bem-estar universal e o bem-estar de cada indivíduo (§§ 125, 130, 134, 230ss.), colaborar com a educação dos cidadãos (§ 239), aderir a uma corporação e cumprir os deveres lá válidos (§§ 250ss.).

III. Como cidadão o homem tem que submeter a própria esfera privada (inclusive o direito privado e o bem-estar privado, de si mesmo, de sua família, de sua corporação, de sua classe [Stand] e da sociedade burguesa em geral) ao fim último político (§§ 268) e com a disposição do espírito patriótico de obedecer às leis (§ 268). Ele deve participar de modo leal na vida política, tomar a seu cargo e cumprir os deveres do papel político que lhe cabe (§§ 237-319, 337) e, se for necessário, sacrificar-se pelo Estado (§§ 334-328). Aos deveres que o Estado impõe aos seus cidadãos, pertence também o dever de pertencer a uma religião que não contradiga os alicerces do Estado (§ 270 e anotação); já que o homem sem religião não tem nenhuma consciência dos fundamentos espirituais do Estado; falta-lhe por causa disso, a correta disposição política de espírito” (Adriaan Th. Peperzak. Hegels Pflichten- und Tugendlehre [A doutrina dos deveres e virtudes de Hegel]. In: G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts. Klassiker auslegen. Ludwig Siep (Org.). Berlin: Akademie-Verlag, 1997, 188s.).

eticamente não-específico da moralidade: a vontade dos sujeitos singulares deve identificar-se com seus propósitos e suas pretensões. Ela se reduz à identificação subjetiva com as instituições éticas do Estado; isto não representa nenhum aspecto especificamente ético da moralidade. De outra maneira, enquanto direito do sujeito singular que põe ele mesmo a norma e adquire sua orientação da vida a partir da autodeterminação subjetiva, o ponto de vista moral não está integrado. Ele encontra seu papel e sua significação no âmbito da sociedade burguesa, de modo que dentro dessa sociedade burguesa, cada um pode conduzir sua vida individual de forma autodeterminada, independente, a partir da sua própria compreensão.

Contudo, sob a moral não se compreendem as possibilidades de desdobramento que a sociedade burguesa oferece profissionalmente ao indivíduo. Hegel acentua a possibilidade do engajamento espontâneo altruísta dos indivíduos na sociedade burguesa. Aqui a moralidade tem o significado da disponibilidade subjetiva para o apoio caritativo. Pois a pobreza é um problema que a sociedade burguesa não pode resolver a partir de si mesma<sup>12</sup>, até que Hegel se desencontra do terceiro caminho entre a subjetividade moral e a eticidade deparada, no qual os sujeitos singulares chegam racionalmente a acordo sobre sua finalidade conjunta, o bem, na sua socialização ética. A eticidade teria que ser ancorada em uma prática racional da sociedade, em que os indivíduos singulares com seus interesses particulares se mediarão à universalidade.

Para Hegel, a vontade determina a si mesma, pois quando reflete seu conteúdo está refletindo sobre si. A liberdade não tem limites em Hegel, ou não pretende tê-los. No espírito, tal como este é em si para si, na determinação é simplesmente a sua verdadeira relação da consciência (um lado fenomênico da vontade), a qual não é uma coisa em si. As determinações volitivas (querer, desejar, amar) são próprias da vontade refletida em sua individualização, sendo conteúdos que se determinam pela consciência.

---

<sup>12</sup> Complementar à entrega dos pobres à moralidade privada (FdD § 207) Hegel propõe como solução do problema da pobreza abandonar a população (a plebe) ao seu destino e a remeter à mendicância pública. Ele defende, portanto, a exclusão político-social da população, que mesmo assim está excluída da sociedade burguesa (FdD § 245 anotação). Essa proposta, na verdade, fica em contradição à apresentação da Filosofia do Direito § 242 anotação que seria melhor se os poderes públicos atuassem contra a pobreza do que a caridade privada.

A vontade livre em si é a vontade imediata ou natural (determinações), são conteúdos da vontade que aparecem como existentes (estímulos – apetites, desejos, inclinações) formando a vontade autodeterminável por natureza. Este conteúdo é para mim e me pertence no absoluto. Com a decisão a vontade se põe como vontade de um indivíduo determinado (distinto) frente ao outro. Por isto a verdade é única pertencente ao indivíduo. É o pensamento uma atividade universal e (objeto e conteúdo) permanece como algo universal. Temos a liberdade da vontade segundo a determinação da infinitude como sendo o *arbítrio* onde está localizado: a reflexão totalmente liberta, abstraída do todo, da dependência do conteúdo e da matéria considerados tanto em seu interior ou externamente.

A determinação da vontade como uma coisa-em-si é em si e para si, verdadeiramente infinita, pois que é ele mesmo o objeto de autodeterminação. O objeto não é para ela outra coisa senão um limite, a vontade que volta para si. O direito é algo sagrado, é a existência do conceito absoluto (a área da liberdade incondicional), liberdade autoconsciente. Existe também uma esfera do direito formal (em seu sentido abstrato “*periculosus arbitrius*”) na qual este é levado em si a determinação e realidade a outros momentos de sua ideia tendo por ele determinação de um direito mais elevado.

Desta forma, a *Filosofia do Direito* de Hegel avaliza o princípio da liberdade do indivíduo, e assenta que a sociedade deveria permitir que seus membros pudessem agir de acordo com o espaço desta liberdade, contudo, Hegel quando aborda o conceito de liberdade não é direto, pois ele se escora mais no conceito de vontade do que da liberdade propriamente dita.

Portanto, para Hegel, quando o sujeito pretende algo, ele não age impulsionado pela verdadeira liberdade, sob a perspectiva de que o conteúdo da vontade individual é manifestada por impulsos imediatos, caso em que a liberdade, neste momento, ainda não é capaz de fazer com que o indivíduo se autodetermine.

E aqui é importante destacar que Hegel entende que a liberdade é a característica essencial do espírito, de modo que essa liberdade é que determina o espírito, revela sua essência e o modo pelo qual o indivíduo se manifesta no mundo.

Na Introdução da *Filosofia do Direito*, Hegel trata das três figuras do conceito de vontade, sendo eles (i) o conceito de vontade natural, (ii) o livre arbítrio e, por último, (iii) a vontade livre em si para si (ou da vontade substancial). E para que se possa compreender a teoria da pena hegeliana, é imprescindível a compreensão destes conceitos (momentos) de vontade.

Portanto, é possível esquematizar a *Filosofia do Direito* de Hegel de maneira que seja possível compreender a vontade natural como sustentação da seção “Direito Abstrato” da *Filosofia do Direito*; o livre arbítrio, como figura correlata da “Moralidade” e, por último, a vontade livre substancial (ou vontade livre infinita em si e para si), como a base da “Vida Ética”, ou “Eticidade”.

E para que seja possível abordar o estudo da teoria da pena em Hegel, é mister investigar o resultado do processo de objetivação da vontade no mundo do Direito, pois quando Hegel faz a introdução da *Filosofia do Direito*, deixa assentado expressamente no § 1º que “A ciência filosófica do direito tem por objeto a idéia do direito e sua efetivação” (FD § 1), de maneira que é possível observar que o objeto da *Filosofia do Direito* hegeliana implica em analisar o conceito de direito, que são as estruturas da razão que o pensamento ético ocidental comporta, bem assim como a efetivação desse conceito no mundo social, ou seja, as normas éticas e suas instituições, que fazem com que o mundo social se apresente como uma estrutura da liberdade. Hegel, ao tratar do conceito de vontade, enuncia que ela apresenta três momentos de constituição, sendo o primeiro momento deste conceito o da absoluta abstração ou universalidade, ou seja, a vontade, aqui, contém unicamente o elemento da pura indeterminação (ou da reflexão do eu em si), donde se dissolvem as limitações da vontade frente à natureza, às necessidades, desejos e instintos imediatos existentes. Trata-se, destarte, do puro pensamento do indivíduo sobre si mesmo. O que Hegel propõe aqui é o pensamento puro, ou seja, a capacidade do indivíduo de abstrair-se do conteúdo de sua atividade mental e voltar sua atenção apenas para a forma daquela atividade. Assim, o pensamento sobre a maneira do pensamento constitui um comportamento reflexivo, pensado. Para Hegel, a o pensamento puro é universal, pois não possui nenhum sujeito que possa ser identificado como aquele que tem a atividade mental, de maneira que se ao esvaziar a

mente de quaisquer dos conteúdos determinados, o sujeito determinado também é perdido. Esse momento da vontade é unilateral, pois é apenas um dos componentes da vontade.

O segundo momento da vontade é onde um sujeito determinado possui um conteúdo determinado, ou seja, a vontade particular. Igualmente o eu é a passagem da indeterminação sem distinção para a diferenciação, pois ao determinar e colocar uma determinação como um conteúdo e objeto, este conteúdo tanto pode ser dado pela natureza quanto produzido pelo conceito de espírito. Por meio deste, introduza si mesmo como determinado, o eu. Via de regra, entra no ser-aí o momento absoluto da finitude ou a particularização do eu. Diferentemente do primeiro, este é o momento da vontade particular, pois enquanto na universalidade o que imperava era a indeterminação tanto do sujeito desejante quanto do conteúdo da vontade, na vontade particular tem-se um sujeito determinado, um 'eu', que quer algo determinado. Por exemplo, quando quero um biscoito, sou 'eu' o sujeito com desejo e o biscoito é o objeto ou conteúdo determinado da minha vontade. Hegel, também aqui neste segundo momento, aponta para a incompletude (unilateralidade), pois a vontade particular também se apresenta insuficiente para ser uma vontade livre. Segundo Hegel a vontade não pode ser apresentada com o simples “eu desejante”, pois ela se esgotaria no momento da satisfação dessa vontade, ou seja, no momento da satisfação do desejo. No caso do momento acima, a vontade acabaria no momento em que o sujeito desejante comesse o biscoito. A vontade, pois, cessa de querer aquele objeto determinado e passa a querer outro e assim doravante. É uma vontade infinita, sem fim. Platão já dizia que ninguém pode desejar o que tem, e que o sujeito só deseja aquilo que lhe faz falta. Para Platão, o indivíduo sempre vai desejar aquilo que ele não tem.

Voltando a Hegel, ele ainda aponta um terceiro momento da vontade, que se constitui pela unidade do primeiro e do segundo momentos. A vontade seria, assim, a unidade dos dois momentos anteriores, ou seja, a individualidade da vontade ou a autodeterminação, a particularidade refletida em si e, assim, reconduzida à universalidade. Aqui a autodeterminação do eu de colocar-se como um negativo de si mesmo, ou seja, de colocar-se como

sujeito determinado e limitado em si, de modo a permanecer identificado consigo mesmo e universalizado na determinação de unir-se apenas consigo.

Na verdade Hegel uniu a posição de dois filósofos, quais sejam: Hobbes, para o qual o indivíduo age livremente quando nada o impede de fazer o que deseja, e Kant, para quem a esfera individual da liberdade reside justamente na resistência aos desejos e vontades. Para Hegel, portanto, tais premissas, quando tomadas individualmente, são afirmativas (ou afirmações) falsas, devendo ser unidas e combinadas em única teoria, a fim de que seja possível estabelecer uma maneira de aceitar essas duas posições sem divergências.

Para Hegel, a vontade contém o elemento da pura indeterminação ou da pura reflexão do eu em si mesmo, e nela se evanesce toda a limitação, todo o conteúdo fornecido e determinado ou imediatamente pela natureza, as carências, os desejos e os instintos, ou por qualquer intermediário; a infinitude ilimitada da abstração e da generalidade absolutas, o puro pensamento em si mesmo.

Por isso que Hegel, no § 7º da *Filosofia do Direito*, afirma que:

a vontade é unidade desses dois momentos; - a particularidade refletida dentro de si e por isso reconduzida à universalidade – singularidade; a autodeterminação do eu em pôr-se em um como negativo de si mesmo, a saber, como determinado, delimitado, e permanecer junto a si, ou seja, em sua identidade consigo e sua universalidade e na determinação de não fundir-se senão consigo mesmo. – O eu determina-se na medida em que é a vinculação da negatividade consigo mesma; enquanto é essa vinculação consigo, ele é também indiferente em relação a essa determinidade[;] ele a sabe como sua e da ideia, como uma mera possibilidade pela qual não está ligado, porém nela ele apenas é, porque nela se põe. – Tal é a liberdade da vontade, que constitui seu conceito ou sua substancialidade, seu peso, assim como o peso constitui a substancialidade do corpo.

É importante frisar que, para Hegel, se há um lugar em que mais se evidencia a liberdade como autodeterminação esse lugar é o da moralidade (segunda figura da Filosofia do Direito hegeliana), pois é na moralidade que se fundamenta a subjetividade da vontade livre, eis que é na moralidade que se

investiga a autodeterminação da vontade, os propósitos e as intenções do sujeito.

Hegel, nesse ponto, refere-se ao “direito moral”, que é, em verdade, “direito da vontade subjetiva” e, segundo esse direito, a vontade é e reconhece só o que é seu, ou seja, reconhece como seu apenas o que sabia e o que queria fazer, determinando-se, pois, o que de mais importante existe na autonomia do indivíduo, o que seja: o direito de moralidade como direito de autodeterminação, pois o sujeito deve saber e reconhecer somente o que se origina de sua vontade. Não é por outro motivo, aliás, que Hegel escreve no § 132 da *Filosofia do Direito*: “O direito de não reconhecer o que eu não considero racional é o mais elevado direito do sujeito”. O direito de autonomia é aqui o direito da vontade subjetiva. A vontade subjetiva é livre moralmente, na medida em que as determinações são inteiramente postas como as suas e queridas por ela<sup>13</sup>. Isso demonstra, portanto, que a autonomia da vontade é o critério de moralidade e de responsabilidade, pois somente um ato livre é que pode ser responsabilizado, eis que a moralidade cuida das condições da responsabilidade subjetiva. Nesse aspecto, ensina Thadeu Weber<sup>14</sup> que:

É oportuno insistir que na realização da minha vontade ou de meu fim “conservo minha subjetividade”, mas ao mesmo tempo a supero como “subjetividade imediata”, isto é, individual minha. Ora, a subjetividade exterior “é a vontade dos demais”. O reconhecimento do meu querer e saber inclui, ao mesmo tempo, a subjetividade exterior. Por essa razão, a realização dos meus fins inclui o reconhecimento da vontade dos outros, isto é, requer o reconhecimento da liberdade como princípio universal.

A vontade é o aspecto ativo do pensar ao dirigir-se à exterioridade. Pelo agir a vontade determina-se ou se coloca a diferença, e só pode expressar um querer se representa um objeto, e só representa um objeto quando se move pelo querer. Assim, a ideia é essa unidade do saber do homem do que é realmente essencial ao pensamento, a liberdade. O saber da ideia é o saber do

<sup>13</sup> Cf. HEGEL, G.W.F. *Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften III*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, § 503.

<sup>14</sup> WEBER, T. *Ética e Filosofia política – Hegel e o formalismo kantiano*. 2.<sup>a</sup> Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 114.

homem “que a sua essência, fim” (vontade) “e objeto” (intelecto) “é aliberdade” (*dass ihr Wessen, Zweck und Gegenstand die Freiheit ist*). Esse saber do saber da liberdade é a ideia<sup>15</sup>.

Portanto, para Hegel a liberdade do espírito só é real no momento em que ele tem consciência da sua liberdade, como liberdade de todos, no plano do universal e não no plano da subjetividade (particularidade).

Registre-se que o princípio sobre o qual se assenta a *Filosofia do Direito* de Hegel é a liberdade (ou vontade livre), tanto que Hegel deixa claro no § 4<sup>o</sup><sup>16</sup> da *Filosofia do Direito* que “o sistema do direito é o reino da liberdade realizada”.

Para discorrer sobre o tema proposto, é imperioso compreender o conceito de vontade livre, posto que as bases da teoria hegeliana do crime e da pena, são traçadas a partir dos conceitos das vontades individual e livre. Daí que, o injusto, neste particular, se mostra como uma aparência do que deve ser (§ 82 da *Filosofia do Direito*), pois que, a partir da compreensão destes conceitos de vontades (individual e livre), é que se pode compreender o conceito de injusto, que na visão hegeliana se caracteriza pelo desrespeito de uma vontade livre, particular, a um contrato universal. Com efeito, Hegel ao colocar que o indivíduo é capaz de autodeterminar-se, colocando a liberdade como determinação fundamental da vontade, ressalta como a vontade de se autodeterminar se torna livre.

Como já dito acima, para Hegel, a vontade, para ser livre, precisa se determinar, alcançar um objeto através de um sujeito, na medida em que a vontade só é, de fato, vontade, no momento em que se determina, ou seja, quando quer algo; Nesse sentido, ensina Weber<sup>17</sup> que:

---

<sup>15</sup> Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 1996, p. 242.

<sup>16</sup>“O terreno do direito é, em geral, o espiritual, e seu lugar e seu ponto de partida mais precisos são a *vontade*, que é livre, de modo que a liberdade constitui sua substância e sua determinação e que o sistema do direito é o reino da liberdade efetivada, o mundo do espírito produzido a partir dele mesmo, enquanto uma segunda natureza”. (A Liberdade Efetivada na Eiticidade de Hegel, Barbara Santiago de Souza)

<sup>17</sup> WEBER, T. *Hegel, liberdade, estado e história*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 54-55.



Para Hegel, a realização da vontade inclui decisão e, como tal, uma vontade só se põe como vontade de um indivíduo. Uma vontade, que não se decide por algo, não é real. Ao decidir-se, porém, a vontade se limita. A possibilidade de determinação não significa ainda a sua realidade. Mas, ao determinar-se, a vontade entra numa contradição. Enquanto forma, ela é infinita; enquanto conteúdo, no entanto, é finita. Acontece que a vontade, enquanto formalmente infinita, não pode ser separada do conteúdo. Quando a este, existe a possibilidade de escolha. O conteúdo da autodeterminação é, pois, finito.

A citação acima direciona para o teor dos §§ 8 e 9 da *Filosofia do Direito*, onde Hegel se ocupa de retomar a vontade particular e a caracteriza a partir da forma e do conteúdo, como ensina Gallego<sup>18</sup>. Não por outro motivo, que Vanin<sup>19</sup> assevera:

O homem comum crê ser livre se lhe é permitido agir arbitrariamente, mas reside precisamente no arbítrio que ele não seja livre. Se eu quero o que é racional, não ajo enquanto indivíduo particular, mas sim, segundo os conceitos da eticidade em geral: numa ação ética faço valer não a mim mesmo, mas a Coisa. O racional é a estrada principal, na qual cada um anda, na qual ninguém se distingue.

Nesse sentido, o professor César Augusto Ramos, no seu texto “Liberdade subjetiva e Estado na filosofia política de Hegel<sup>20</sup>” ensina que:

Com o arbítrio, a análise especulativa da vontade livre desemboca na afirmação da liberdade de um sujeito que arbitra segundo os critérios da particularidade, em favor deste ou daquele conteúdo da vontade “decidente” individual. Assim, o arbítrio delinea um momento fundamental para a consolidação do princípio da livre subjetividade. Trata-se da liberdade que registra a expressão de um sujeito que quer e só assim é indivíduo), e que quer livremente (e só assim é sujeito livre).

---

<sup>18</sup> GALLEGO, Carla. O conceito de vontade na introdução da *Filosofia Do Direito* de Hegel. In: *Dissertatio*, UFPel, Pelotas, v. 27-28, 2008. Disponível em: <<http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/27-28/27-28-5.pdf>> Acesso em: 09.06.2016.

<sup>19</sup> VANIN, Andrei Pedro. Vontade e liberdade de arbítrio na Introdução da *Filosofia do Direito* de Hegel. Disponível em <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/Urutagua/article/viewFile/21642/12001>. Acesso em 13.06.2016.

<sup>20</sup> RAMOS, C, A., Liberdade subjetiva e Estado na filosofia política de Hegel. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000, p. 66.

Destarte, além de o arbítrio desembocar na liberdade de um sujeito de se autodeterminar a partir de um critério subjetivo (de particularidade), a liberdade está inserida na intenção hegeliana de reforçar o liame entre liberdade e vontade de um sujeito, eis que vontade sem liberdade é palavra desprovida de sentido, posto que a liberdade só se torna concreta e efetiva enquanto vontade, ou seja, enquanto sujeito.

O arbítrio, portanto, é a vontade que decide e resolve, ou seja, A liberdade da vontade é, conforme esta determinação, arbítrio, no qual estão contidos ambos, a livre reflexão que abstrai de tudo e a dependência do conteúdo e matéria dados interior e exteriormente. Visto que este conteúdo, necessário em si como fim, é determinado ao mesmo tempo como possível frente àquela reflexão, assim, o arbítrio é a contingência enquanto é vontade.

Existem dois pontos cruciais no arbítrio. No primeiro, há uma diferença entre forma e conteúdo da vontade, tal como explanado no § 13 da *Filosofia do Direito*, de modo que pela resolução e decisão a vontade se coloca a si mesma como vontade de um indivíduo determinado, e é esse o elemento que determina a forma da vontade enquanto arbítrio, ou seja, a forma da vontade é dada pela perspectiva do sujeito que resolve e decide. Contudo, em relação ao conteúdo, este não é concebido como produto do sujeito, uma vez que é dado pela natureza, ou melhor, o indivíduo considera não ter escolhido os desejos que o assolam. Sendo assim, Hegel pode concluir que o arbítrio é uma concepção de vontade que é livre na forma, mas não livre no conteúdo, eis que este é dado, como dito, pela natureza. Sendo assim, essa vontade se apresenta a si mesma como livre na medida em que escolhe, resolve e decide, mas, por outro vértice, o seu conteúdo (os desejos que ela tem) é concebido como determinado por circunstâncias externas ao próprio sujeito desejante.

O segundo ponto, que é uma conclusão do primeiro, é que o arbítrio é dito livre em um sentido, mas não é livre em outro, na medida em que ele é livre em si, mas não em si e para si, de tal forma que a reflexão, a universalidade e unidade formal da autoconsciência, é a certeza abstrata da vontade de sua liberdade, mas ela ainda não é a verdade da mesma, porque ainda não tem a si mesma como conteúdo e fim, o lado subjetivo, portanto, é

ainda diferente do objetivo. Destarte, o conteúdo dessa autodeterminação permanece, por isso, pura e simplesmente apenas um finito. Por assim dizer, o arbítrio é antes a vontade como contradição, em vez de ser a vontade em sua verdade, existindo, aqui, uma ruptura entre a forma (livre reflexão do eu), a universalidade e o conteúdo (autodeterminação) da vontade pelos desejos (particularidade), de maneira que aquilo que a priori parece ser um ato livre e isento de qualquer determinação externa (a decisão), é, em verdade, um ato que é determinado por um conteúdo externo, dado pela natureza, e não inerente ao indivíduo. Portanto, se o conteúdo do arbítrio é uma determinação externa ao sujeito, por óbvio que a vontade não logra êxito em se desvencilhar das divisões impostas pelos desejos, desaguando naquilo que Hegel vai denominar de “má infinitude”, ou seja, a satisfação imediata dos desejos e inclinações acaba se convertendo em insatisfação, donde se verifica que a satisfação de determinado desejo não se apresenta como suficiente na medida em que reclama a satisfação de todos os outros desejos que sucedem o lugar daquele e assim doravante.

Nos termos do § 17 da *Filosofia do Direito*, os desejos em si mesmos não possuem qualquer padrão de medida, devendo ser ordenados e classificados pelo arbítrio. Em referido parágrafo, diz Hegel:

A contradição, que é arbítrio (§ 15), tem, enquanto dialética dos impulsos e das inclinações, o fenômeno, o fato de que eles se perturbam mutuamente, a satisfação de um exige a subordinação ou o sacrifício da satisfação do outro etc.; e como o impulso é somente uma simples orientação de sua determinidade e como, por isso, não tem sua medida dentro de si mesma, assim essa determinação da subordinação ou do sacrifício é o decidir contingente do arbítrio, que procede a tal propósito com ajuda de um entendimento que calcula em qual impulso há mais satisfação a ganhar ou que procede segundo qualquer outra consideração.

Segue-se, pois, a partir daí, que toda a ordenação e classificação que são atingidas pelos desejos, serão sempre resultado de algo exterior aos próprios desejos, sendo que, para Hegel, o sujeito somente se afasta das inclinações naturais e purifica seus instintos através da cultura, ou seja, apenas

através da educação que o indivíduo se torna plenamente capaz de adquirir a dimensão universal da sua vontade. Para Hegel, a produção da universalidade do pensamento só é atingida quando a reflexão relacionada aos instintos outorga a este a universalidade formal, o purificando de sua forma bruta exterior.

Tanto é assim, que Hegel, no § 187 da *Filosofia do Direito*, assinala que a cultura refere-se a dois processos, sendo o primeiro representado pelo processo que se caracteriza pelo desenvolvimento histórico do indivíduo como o progresso da singela comunidade da Grécia antiga para a modernidade, onde se incorpora o princípio da liberdade individual inserido em um sistema ético e social, de modo que o segundo processo se dá com a educação, aqui representada como processo de formação do sujeito. É "o duro trabalho contra a mera subjetividade da conduta, contra a imediatez do desejo, assim como contra a vaidade subjetiva do sentimento e o arbítrio do gosto<sup>21</sup>". Deste modo, é possível observar que os dois sentidos da cultura quais sejam, o desenvolvimento histórico-cultural da antiguidade clássica até a modernidade e a educação do indivíduo, é possível observar que ambos implicam em um processo de libertação dos indivíduos em relação aos elementos imediatos da vontade, de modo que essa libertação somente se dá através da criação de instituições às quais o sujeito seja submetido e por meio das quais atingem um grau cada vez mais elevado de racionalidade. Portanto, enquanto a vontade tem como conteúdo, objeto e fim a universalidade, a si mesma como forma infinita, não é somente em si, senão também vontade livre para si a verdadeira Idéia<sup>22</sup>.

É possível afirmar, portanto, que a verdadeira liberdade do indivíduo só é alcançada com racionalidade, e que esta racionalidade só é conquistada através da cultura, da educação. Mas, mais ainda, a liberdade do indivíduo só é atingida quando houver mediação, que se dará através do confronto entre a vontade individual do indivíduo e a vontade universal (vontade geral). E aqui é preciso ter presente que para Hegel a primeira forma objetiva de comunidade universalizadora de interesses é a família, para quem se trata da figura inicial e

---

<sup>21</sup>HEGEL, G.W.F. § 187. p. 191.

<sup>22</sup>HEGEL, G.W.F. § 21. p. 67.

ainda natural da "eticidade", ou seja, daquela esfera do ser social que, com base em formas interativas de práxis, irá definir normas comunitárias para a ação dos indivíduos. Já a terceira e mais universal figura da eticidade, para Hegel, seria o próprio Estado.

Porém, como mediação entre a família e o Estado, aparece na formulação hegeliana madura da eticidade uma segunda figura, que ele chama de "sistema dos carecimentos" e do "trabalho dividido", ou seja, precisamente a esfera da "sociedade civil". E aqui Hegel nos adverte para o fato de que a "sociedade civil" enquanto esfera relativamente autônoma é um fenômeno específico da modernidade, já que no mundo antigo o âmbito das relações econômicas (que forma o essencial da "sociedade civil") estaria compreendido no interior da família, ou seja, *do oikos*.

Para Hegel, como se sabe, a figura plena da universalidade autoconsciente, isto é, da vontade geral em si e para si, é o próprio Estado, considerado por ele como "realidade da idéia ética", "realidade da vontade substancial", "realidade da liberdade concreta". Não é por outro motivo, aliás, que Hegel observa que "nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas, orientadas unicamente pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal", conforme § 260 da *Filosofia do Direito*.

Para Hegel, o interesse comum não deve ser concebido a partir de um conceito de oposição ao interesse privado, pelo contrário, pois é necessário admitir um campo de mediação que articule dialeticamente o privado e o universal através do movimento do particular. Assim, o processo de universalização que ordena a vontade geral não deve ser apresentado como resultado do apelo ético dos indivíduos, mas deve ser tomado como aquisições de consciência de interesses que se tornam comuns ou que tendem a se universalizar. Desta maneira, o portador material da vontade geral deve ser um organismo (ator coletivo e/ou instituição) no qual os interesses privados não sejam "recalcados" pelo interesse comum ou universal. Esta a razão pela qual, ao elaborar sua noção de hegemonia (ou "catarse") como "passagem do momento meramente econômico (ou egoístico-passional ou corporativo) para o momento ético-político (ou universal)", o que significa também a "passagem do

'objetivo' ao 'subjetivo' ou da 'necessidade à liberdade"', Gramsci<sup>23</sup> revela ter recolhido e desenvolvido o essencial dessa sugestão hegeliana.

Para Hegel, portanto, o homem é algo para além do indivíduo; assim, indivíduo e comunidade se identificam, precisam um do outro por uma questão óbvia e por uma razão muito simples, qual seja, a de que o particular existe no universal tanto quanto o homem existe na comunidade; um, não é a expressão do outro, mas síntese em uma superação. E aqui ganha relevo o Direito, pois para Hegel o Direito é, por assim dizer, a própria racionalidade situando a vida comunitária como saída obrigatória da vontade livre, tal como será visto no tópico seguinte.

### 2.3. O CONCEITO DE PESSOA.

Filosoficamente, homem é pessoa e personalidade; já para o Direito, pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e obrigações, mas não só isso, ou seja, não só o homem, para o Direito, é apresentado como pessoa, mas também outras entidades como associações, sociedades empresariais e de economia mista, os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e a União, as autarquias públicas, enfim, todos estes são considerados pessoas pelo Direito.

No campo do Direito, quando o portador dos direitos e deveres for o indivíduo, estar-se-á diante de uma pessoa física; quando forem entidades, estar-se-á diante de pessoas jurídicas. Assim, a primeira (pessoa física) seria a pessoa natural, e a segunda (pessoa jurídica) a pessoa artificial, no sentido de não ser real, mas construída.

Em Hegel, o conceito de pessoa está relacionado à esfera jurídica, ou seja, à capacidade jurídica do indivíduo, tratando-se de uma manifestação abstrata e indeterminada, na medida em que todas as pessoas são portadoras de direitos e deveres e, sob este prisma, fundamentalmente iguais.

Para Hegel, a personalidade contém a capacidade jurídica e constitui o conceito e base do direito abstrato que, por este motivo, ainda é formal.

---

<sup>23</sup> GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del carcere*, Turim, Einaudi, 1975, p 1.244.

Segundo Hegel, o homem vale porque é homem, reconhecendo igualdade formal entre os homens.

Portanto, o ponto de partida para a concretização da noção de liberdade, em Hegel, é a efetivação da ideia de dignidade humana, ou seja, a pessoa de direito, de onde se inicia o desenvolvimento da vontade racional e autônoma.

Como se sabe, os fundamentos da dignidade da pessoa humana ganhou destaque a partir da revolução francesa e dos ideais iluministas, sendo que Kant foi o percussor na universalização da ideia de dignidade, vinculando-a à autonomia moral do homem enquanto faculdade de determinar-se a si mesmo e agir em compasso com determinadas leis. Kant elevou a pessoa como centro do universo, tanto que proclamou, em um de suas fórmulas do imperativo categórico, a pessoa como *fim absoluto*, de modo que jamais poderia ser utilizada como meio.

Concomitantemente, teorias jusnaturalistas justificavam a dignidade da pessoa humana na própria natureza do homem, vinculando-a a um pretensão “estado de natureza” do qual os direitos inalienáveis teriam derivado.

No sistema hegeliano, a dignidade humana está atrelada a ideia de eticidade, *locus* que sintetiza o individual e o universal, de tal maneira que a dignidade se materializa como resultado de um longo processo histórico. O homem, enquanto pessoa, nunca havia sido reconhecido como sujeito titular de direitos, o que ocorreu somente após conquistas históricas da humanidade, que possibilitaram o reconhecimento da liberdade para todos os homens, posto que, entre os gregos e os romanos, apenas alguns eram livres. Por este motivo, Hegel afirma no § 36 da *Filosofia do Direito que*, “todos devem ser pessoas e respeitar os outros como pessoas”.

Em Hegel, a dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada com o conceito de liberdade. Como se sabe, Hegel sucedeu e contemporizou diversas teorias que se dedicaram ao conceito de dignidade de pessoa, podendo ser citadas as teorias de Spinoza, Fichte e Kant, contudo, diferentemente desses filósofos, Hegel desenvolveu um sistema que esclarece o desenvolvimento da liberdade desde o momento lógico, ou seja, da ideia ao Espírito Absoluto.

Sobre o conceito hegeliano de pessoa, ensina Lima Vaz<sup>24</sup> (1992, p. 197):

(...) a metafísica hegeliana da pessoa propõe-se como alvo recuperar toda a riqueza ontológica que a tradução depositara nesse conceito. Esse propósito hegeliano poderá ser mais bem entendido se considerarmos que para Hegel (como para Kant) o conceito de pessoa é determinado essencialmente pelo conceito de liberdade, não na sua incidência psicológica ou moral, mas como conceito do *ser-em-si* e do *ser-para-si*.

Em sua tríade (ideia – natureza - espírito) Hegel trilha o caminho da liberdade desde seu conceito, que se encontra perfeito na ideia - mas que ainda está em si, inconsciente no homem-, passando pela exteriorização na natureza, até atingir o cume da plena consciência no Espírito, momento em que já não é mais apenas em si, mas, também para si, ou seja, ciente de sua plenitude. Para Hegel, a ideia tem realidade, mas não existência, pois necessita manifestar-se na natureza para atingir efetividade. Já no Espírito, aquilo que existe retorna para junto do que tem realidade, de modo que a natureza remete à ideia. Assim, o elemento objetivo da manifestação da liberdade desnuda-se na sua exteriorização (*Dasein*), ou seja, o desenvolvimento do Espírito é o movimento da realização da liberdade. O homem é elemento do Espírito, pois existe na natureza e também é ideia, sendo que o sujeito é, outrossim, um dos momentos do Espírito, o Espírito Subjetivo. Assim, é relevante dizer que o Espírito Objetivo representa, juntamente com o Espírito Subjetivo, o aspecto histórico do desenvolvimento de autoconsciência da liberdade, que vai desaguar no Direito e no Estado, pois para Hegel entende que a dignidade humana se constrói e se realiza mediante a relação com o outro. Em Hegel, o reconhecimento de outra pessoa igualmente digna, somente pode ser entendida mediante o reconhecimento de uma coletividade constituída a base das relações.

O conceito de dignidade humana é tratado por diversos filósofos modernos e contemporâneos, sendo que o maior interlocutor de Hegel, foi

---

<sup>24</sup> VAZ, Henrique Cláudio Lima. Antropologia filosófica II. Edições Loyola, São Paulo, 1992.



Kant, para quem a dignidade da pessoa humana provém da capacidade que o homem possui de agir e pensar de forma racional. Para Hegel, diferentemente, a dignidade da pessoa humana se constrói e se realiza mediante a relação com o outro. Em Hegel, o ser humano não nasce digno; ele se torna digno somente quando assume sua condição de cidadão dentro de uma comunidade ética, pois apenas com o relacionamento com o outro é que o indivíduo é reconhecido como humano, sendo que o efeito desse reconhecimento recíproco é a própria dignidade humana. É a partir deste reconhecimento que se verifica a liberdade do homem.

Como ensina Kurt Seelman<sup>25</sup> (2013, p. 106):

(...) se se atribui como objeto da dignidade aquilo que precede qualquer reconhecimento, subtrai-se dela, na procura da “vida humana pura”, a dimensão social, para adquirir-se, por meio disso, a indisponibilidade da dignidade.

Ainda nas palavras de Seelman (2013, p. 112):

Diferentemente de Kant, esse respeito recíproco do primeiro estágio como pessoa, como legitimado à detenção de direitos, não é um mero dever de virtude, mas, expressamente, um *imperativo jurídico*. Ao lado e até mesmo antes do dever de respeito dos direitos individuais, impõe-se, então, o imperativo jurídico de respeito desse centro de competência que é o homem, ao qual dizem respeito os direitos individuais (...).

O conceito de pessoa em Hegel é atrelado à esfera jurídica, ou seja, à capacidade jurídica do indivíduo, mesmo estando, ainda, no campo de uma capacidade em potência, uma manifestação ainda abstrata e indeterminada, uma vez que todas as pessoas são dotadas de direitos e obrigações, de modo que, por este motivo, são fundamentalmente iguais. A personalidade jurídica constitui a capacidade jurídica e constitui o conceito e a base do direito abstrato

---

<sup>25</sup> SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo. (Org). Dimensões da Dignidade. 2ª ed. revista e ampliada 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

que, por este motivo, é ainda formal (HEGEL, 2010, § 36). Nas palavras hegelianas (ou de Hegel) (2010, § 209):

O homem vale assim, porque ele é homem, não porque ele é judeu, católico, protestante, alemão, italiano etc. Essa consciência, pela qual o pensamento vale, é de uma importância infinita, - apenas é insuficiente quando se fixa, enquanto cosmopolitismo, num opor-se à vida concreta do Estado.

Verifica-se, portanto, que Hegel reconhece uma igualdade formal entre os indivíduos, deixando claro que esse reconhecimento só é realmente efetivo dentro da vida concreta do Estado, enquanto comunidade ética. Destarte, para Hegel, o início da ideia de liberdade e, conseqüentemente, a materialização do fundamento da dignidade humana, é o sujeito de direito, pois é aqui que a pessoa dá o início do desenvolvimento da vontade racional e autônoma. Portanto, não é no fictício estado natural ou na ideia abstrata acerca das características humanas inatas que se concentra e se fundamenta a dignidade, mas, ao contrário, é na sua objetivação, ou seja, no Estado e no Direito.

Daí a razão pela qual o Direito Abstrato, quando apresenta pela primeira vez a ideia de pessoa, a propriedade é tida como direito fundamental do homem, pois é justamente no ato de se apropriar de algo que o indivíduo se torna pessoa e reconhece sua individualidade. Por isso que Hegel, em seus §§ 41 e 43 (2010), respectivamente, ensina que:

A pessoa precisa se dar uma esfera externa de sua liberdade, a fim de ser enquanto ideia. Porque a pessoa é a vontade infinita sendo em si e para si nessa determinação primeira ainda totalmente abstrata, esse seu aspecto diferenciado, que pode constituir a esfera de sua liberdade, é igualmente determinado como o que é imediatamente diverso e separável dela (FD, § 41).

A pessoa, enquanto conceito imediato e, por isso, também essencialmente [indivíduo] singular, tem uma existência natural, em parte, em si mesma, em outra parte, como aquilo com o que se relaciona com o mundo exterior. – É apenas nessas Coisas que são imediatamente tais, e não determinações que são capazes de se tornar Coisas pela mediação da vontade, que aqui se fala a propósito da pessoa, a qual está, ela mesma, em sua imediatidade primeira. (FD, § 43)

Assim sendo, a violação ao direito fundamental da propriedade implica, necessariamente, na violação aos direitos da personalidade, na medida em que a propriedade, para Hegel, é a manifestação da vontade livre que permite ao indivíduo se tornar pessoa e adquirir consciência de si e de sua liberdade, de modo que sem a garantia desse direito (de propriedade) o homem se vê lesado na sua condição de pessoa.

Assim, é no Direito Abstrato que o indivíduo, na posse, na propriedade e no contrato é livre, de modo que a violação da posse, da propriedade e do contrato é a injustiça, pois pelo Direito Abstrato não é possível que um indivíduo imponha sua vontade subjetiva sobre a vontade do outro, reprimindo-a, eis que o contrato é vinculado ao reconhecimento de duas vontades livres e abstraído de bases materiais. Daí a injustiça, que, tal como o direito, decorre da vontade livre, só que do confronto entre duas vontades livres, ou seja, decorre da divergência entre vontades.

Registre-se que, em Hegel, as coisas, em si, não são justas ou injustas. O injusto decorre de duas vontades livres, pois as vontades, mesmo em se tratando de um contrato, ainda guardam sua liberdade, a ponto de, inclusive, violar o contrato. A vontade livre pode, também, ser contrária à vontade geral (direito abstrato) causando danos e injustiças. Daí a importância das determinações objetivas da vontade.

Como dito acima, é no Direito Abstrato que o indivíduo, na posse, na propriedade e no contrato, é livre, de modo que Hegel começa a tratar do Direito Abstrato a partir do § 34, afirmando que:

A vontade livre em si e para si, tal como é em seu conceito abstrato, está na determinidade da imediatidade. Segundo essa, a vontade é sua própria efetividade negativa em relação à realidade, efetividade que apenas está em relação, abstratamente, consigo mesma – vontade dentro de si singular de um sujeito. Segundo o momento da particularidade da vontade, essa tem um conteúdo ulterior [feito] de fins determinados e, enquanto singularidade excludente, ao mesmo tempo tem em vista esse conteúdo como um mundo externo, imediatamente encontrado diante de si.

Em Hegel, a esfera do Direito Abstrato se diferencia internamente nas três Seções intituladas pelos conceitos de propriedade (§§ 41-70), contrato (§§ 72-80) e de injusto, este entendido em sentido amplo do delito que nega o direito. Destarte, para tratar do direito abstrato, é necessário rememorar que, para Hegel, o objeto da *Filosofia do Direito* assenta-se no direito como forma de autorrealização (de liberdade), ou seja, a estrutura que se transforma em instrumento que alicerça a materialização da liberdade como fundamento da sociedade moderna. Por este motivo, no § 1º de sua *Filosofia do Direito*<sup>26</sup>, Hegel prescreve que: “A ciência filosófica do direito tem por objeto a ideia do direito, o conceito do direito e sua efetivação.” Trata-se, assim, da ideia que elege a liberdade como realização e o Estado como efetivação do direito, de modo que liberdade e Estado se complementam ao absorverem o indivíduo como ser político.

O Direito Abstrato se apresenta como a primeira das três partes com as quais Hegel, juntamente com a moralidade (parte II) e a eticidade (parte III), articula a sua *Filosofia do Direito*, como sendo “a esfera da objetivação e efetivação da vontade livre, porém, não da vontade enquanto arbítrio, mas da vontade livre que se tem a si mesma na sua universalidade através da complementação de conteúdo, objeto e fim (§ 21) e a vontade livre em si e para si (§ 34)”.

O objetivo do Direito Abstrato de Hegel é, em verdade, ressaltar o sentido do ter, que constitui o conteúdo do Direito Abstrato como pressuposto para a moralidade, ou seja, para o ser livre. Assim, a parte intitulada “Direito Abstrato” da *Filosofia do Direito* de Hegel, consiste no primeiro grau do Espírito Objetivo, momento mediador entre o Espírito Subjetivo e o Espírito Absoluto. Desta forma, analisando o sistema hegeliano como um todo, o Espírito Subjetivo é o momento em que o conceito de vontade livre é descoberto, enquanto que a existência desse mesmo conceito somente irá concretizar-se no Espírito Objetivo (Cf. MENEGONI, 1993, p. 72<sup>27</sup>).

---

<sup>26</sup> Op. Cit., p. 47.

<sup>27</sup> MENEGONI, Francesca. *Soggetto e struttura dell'agire in Hegel*. Trento: Ed. Verifiche, 1993.

Como assinalado por Marcos Lutz Müller<sup>28</sup>:

O direito de que trata Hegel na 1ª Parte da *Filosofia do Direito*, *O Direito Abstrato*, é “*abstrato*” em vários sentidos: 1) porque Hegel enuncia e desenvolve aí, nos termos da sua teoria especulativa do conceito de liberdade, apresentada sucintamente na *Introdução* à obra, somente os princípios e conceitos fundamentais do moderno direito privado e, também, do direito penal, os quais fundamentam filosoficamente o direito no sentido jurídico, mas considerado independentemente da sua respectiva posituação no Estado e da sua aplicação jurisdicional; o direito no sentido jurídico estrito é, assim, uma esfera parcial, “*abstrata*”, do direito no sentido amplo, que é, este, co-extensivo à esfera do espírito objetivo e ao conjunto das formas de objetivação da liberdade; 2) porque, embora tenha uma “*efetividade imediata*”, por ser objetivação primeira e mais elementar da liberdade, e embora não seja, também, apenas o ordenamento jurídico na sua validade normativa abstrata, ele é, todavia, “*de início, porém, somente como um dever-ser(Sollen)*” (§ 86), pois enquanto expressão da vontade racional e universal que é ainda só em si, ele é “*somente algo exigido*”, “*direito em si*” (§ 87), portanto, “*abstrato*” no sentido de que nele a liberdade é efetiva de maneira somente “*imediata*”; 3) precipuamente, porque o seu princípio fundamental é a “*personalidade [enquanto] contém a capacidade de direito e constitui o conceito e a base, ela própria abstrata, do direito abstrato*” (§ 36): a personalidade é a vontade livre em si e para si objetivada “*na determinidade da imediatez*”, ela é uma “*efetividade que só se relaciona abstratamente a si*” (§ 34) e que só tem consciência da sua liberdade enquanto “*universalidade formal*”, que está numa “*relação simples a si, na sua singularidade*” (§ 35).

Isso se dá em razão daquilo que já foi explicitado acerca da vontade individual do sujeito (Espírito Subjetivo), sobretudo no que se refere ao entendimento entre o querer e o pensar. Portanto, isso se deve porque o momento subjetivo é marcado pelo desenvolvimento da mediação capaz de tornar a inteligência e a vontade uma só forma de determinação, onde, através da suprassunção de ambos os aspectos em uma inteligência que quer ou, em outra forma de denominação, na vontade pensante, ela nada mais é do que a capacidade de tomar uma decisão, analisando, destarte, quais serão as consequências do seu querer. Coloca-se, assim, o indivíduo, diante de uma forma de teorização da vontade ou do pensar volitivo, culminando com o

---

<sup>28</sup> MÜLLER, Marcos Lutz. O Direito Abstrato de Hegel: Um Estudo Introdutório (1ª Parte), Analytica. Volume 9, número 1, 2005. p. 163/164.

espírito livre, que, por sua vez, é o princípio de objetivação do Espírito Subjetivo, denominação dada à vontade livre no seu âmbito ainda subjetivo – a qual é a forma do princípio, enquanto ativo, do próprio Espírito Objetivo.

Ressalte-se que Hegel entende que o relacionamento individual (atínente ao próprio sujeito) quando confrontado com um objeto, exterioriza-se em um ser-ai exterior(a coisa exterior) (*Dasein*), passando, após, esse relacionamento individual com outro mediante a coisa (atínente a outro indivíduo), assumindo, daí, a forma do contrato que aflora por meio do enfrentamento com o negativo (pretensão resistida do outro indivíduo), ou seja, da vontade subjetiva que quer algo que se opõe ao direito formal, estando, segundo ROSENFELD (1995, p. 76)<sup>29</sup>, “*diante do que se caracterizam, em diferentes graus de oposição ao direito, como fraude, coerção e crime.*”

Portanto, é na propriedade que o sujeito deposita a sua vontade pessoal através da sua racionalidade e de um elemento jurídico que permite ao indivíduo o direito de apropriar-se de algo de forma a preencher sua infinitude, através de um movimento que para Hegel surge com a suspensão da subjetividade através da sua vontade livre e não em função da concretização da posse (que é possuir uma coisa para satisfazer um desejo, uma carência, um impulso).

De bom alvitre destacar que, em Hegel, a pessoa está na esfera do Direito Abstrato quando sua vontade está dirigida para a propriedade (como algo externo e imediato) e para a vontade de outro indivíduo, sendo que aqui se dará a mediação das vontades de ambos, através da forma universal, ou seja, as relações do indivíduo com um objeto e com outras vontades estão submetidas a uma limitação que é imposta através de regras que se originam do espírito universal que prescreve que todos os indivíduos são iguais e direitos e deveres.

Portanto, quando o sujeito atinge o grau em que a propriedade se consubstancia não apenas pela coisa (ser-ai), mas através da vontade de um e da vontade de outro, surge a mediação pelo contrato, ou seja, havendo relação de vontade de propriedade mediada (resistida) por outra vontade de possuir a

---

<sup>29</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. *Política e Liberdade em Hegel*. São Paulo: Ed. Ática, 1995.

mesma propriedade, há união de vontades (vontade de comum de mais de um sujeito) sobre um mesmo objeto, surgindo, pois, daí, o contrato. Registre-se que esta vontade comum, que se apresenta como *conditio sine qua non* para o surgimento do contrato, pois é a concretização da união da vontade de um sujeito em alienar a coisa com a vontade de outro em adquiri-lá, por meio de uma outra propriedade ou de um valor universal (p.ex. dinheiro). Aqui, ambas as vontades (de alienar e de adquirir) se exteriorizam através de uma coisa.

Contudo, é possível que haja um conflito em razão de interesses antagônicos que permeiam a vontade de um e de outro indivíduo, em caso de ambos pretenderem que prevaleça sua vontade individual sobre a do outro. Deste modo, é necessário que a vontade subjetiva de um indivíduo se adéque à sua condição de ser social (que vive em uma sociedade sob a égide de um Estado), em que se impõe a convivência harmônica entre os indivíduos desta sociedade de forma moral, pois do contrário nos depararemos com a violência (o injusto<sup>30</sup>).

O injusto concretiza a partir do momento em que ocorre a violência, que é tipificada por um comportamento que transcende a individualidade do sujeito, alcançando a exterioridade de outro, sem que haja o consentimento deste. Portanto, a violência (o injusto), surge através da predominância de um cerceamento da liberdade de um indivíduo, seja por conta de um dano material, de uma coação ou de um crime propriamente dito, pois neste caso não há apenas uma violação à liberdade de outro indivíduo, mas trata-se, também, de uma negação do direito. Nessa toada, frise-se que o crime se apresenta como a forma mais radical e transgressora do injusto, que se caracteriza, sobretudo e primordialmente, pela prevalência da vontade individual sobre a vontade universal.

Assim é que o injusto irá se apresentar não como algo interno ao direito, mas sim constituindo-se como caminho importante de construção do “Direito Abstrato” através da subjetividade livre da “moralidade”. Assim sendo, o injusto pode apresentar-se sob a forma de injustiça de boa fé - quando não há intenção de danificar a vontade do outro -, fraude—quando toma o direito como

---

<sup>30</sup> Objeto do Capítulo II desta dissertação.

aparência, ou seja, usa a forma do direito para enganar-, e crime -quando suprime o próprio direito, donde surgirá um ato cometido por um indivíduo por meio da utilização da violência, que se apresentará como importante instrumento de oposição a abstratividade do direito, exigindo, destarte, que ocorra uma resolução do conflito mediante a imposição da regra universal sobre a vontade subjetiva do indivíduo.

Para Hegel, pois, ocorre a violência (o injusto) quando a vontade do indivíduo não for agasalhada pelo “Direito Abstrato”, cujo conteúdo só se completará pela moralidade subjetiva do próprio indivíduo, colocada sob abstração universal das leis. Portanto, quando o direito responde a uma vontade subjetiva transgressora da vontade universal, ele reage, em verdade, contra o inessencial presente em cada indivíduo, sendo que essa reação se dá através da pena (negação da negação), posto que quando ocorre o crime (que é a negação (violação) do direito por uma vontade subjetiva que não reconhece as leis universais como conteúdo da moralidade), o direito reage negando a sua negação por meio da aplicação de uma sanção (punição). Tem-se, assim, a negação da violência pelo direito como forma de sua própria efetivação, sendo o início da esfera da “moralidade”, que impõe ao indivíduo a reflexão do universal (vontade geral) através das leis. É através da pena que esta reflexão do indivíduo se faz presente, negando a aparência de conceito que surge na forma do crime.

A pena, em Hegel, surge como forma de enfrentamento da vontade subjetiva com a formalidade do direito, de maneira que a negação da negação empregada por intermédio da justiça e da punição (que decorrem da vontade universal), e se apresenta não apenas como uma exigência do dever-ser que se estabelece forma soberana, mas, sobretudo, da forma soberana com que se apresenta a própria lógica do conceito de vontade livre.

Feitas essas pequenas observações sobre o injusto e a pena, registrando-se que o estudo desses institutos será objeto de abordagem mais aprofundada nos próximos capítulos, cabe aqui, apenas, a análise do Direito Abstrato hegeliano, sobretudo do conceito de pessoa. E, desde logo, vale ressaltar que o “conceito hegeliano de pessoa assenta-se na figura jusnaturalista do indivíduo singular, originariamente portador de direitos



subjetivos, desvinculado, num primeiro momento, das relações intersubjetivas sociais e políticas concretas, nas quais, para Hegel, o exercício efetivo de sua liberdade já está sempre inserido e é por elas mediado” (Cf. MÜLLER, p. 164).

#### 2.4. DETERMINAÇÕES OBJETIVAS DA VONTADE

Como já dito acima, é através da manifestação da vontade livre que o indivíduo se torna pessoa e adquire consciência de si e de sua liberdade. Já foi visto, também, que a propriedade é tida como direito fundamental do homem, pois é justamente no ato de se apropriar de algo que o indivíduo se torna pessoa e reconhece sua individualidade, bem como que, através da mediação de duas vontades livres convergentes nasce o contrato, ao passo que o injusto (quebra do contrato) se dá quando há imposição de uma da vontade livre subjetiva que contrarie a vontade universal.

Tanto é assim que Hegel define a sua sociedade civil, no § 199 da *Filosofia do Direito* (2010, p. 197) dizendo:

Nessa dependência e reciprocidade do trabalho e da satisfação dos carecimentos, o egoísmo subjetivo transforma-se em contribuição para a satisfação dos interesses de todos os outros, - na mediação do particular pelo universal, enquanto movimento dialético, de modo que adquire, produz e frui para si, e ele precisamente nisso produz e adquire para a fruição dos demais. Essa necessidade, (...) é doravante para cada um o patrimônio estável, universal (...).

Hegel compreende a sociedade civil como sendo o momento essencial da totalidade social, de modo que a figura plena de uma universalidade autoconsciente (vontade geral em si e para si) é o próprio Estado, tido por ele como “realidade da ideia ética ou realidade da vontade substancial ou, ainda, realidade concreta”.

O Estado é a terceira figura da eticidade, sendo a síntese da dialética da família e da sociedade civil, de modo que a ordem do Estado eleva o nível dos

momentos da família e da sociedade civil, ao mesmo tempo em que os conserva.

Registre-se, ainda, que o Estado, na dialética hegeliana, possui uma dupla dimensão, pois, de um lado, representa uma parte do todo, ou seja, a esfera que trata exclusivamente do universal, e, de outro, designa a própria totalidade concreta, que preserva em si todas as esferas do ser social, ou seja, o direito abstrato, a moralidade, a família e a sociedade civil.

Eis a razão pela qual Hegel enfatiza no § 260 da *Filosofia do Direito* (2010, p. 235) que:

O Estado é a efetividade da liberdade concreta; mas a *liberdade concreta* consiste em que a singularidade da pessoa e seus interesses particulares tenham seu *desenvolvimento* completo e o reconhecimento de seu direito para si (no sistema da família e da sociedade civil-burguesa), como, em parte, *passem* por si mesmos ao interesse do universal, em parte, com seu saber e seu querer, reconheçam-o como seu próprio *espírito substancial* e são *ativos* para ele como seu fim último, isso de modo que nem o universal valha e possa ser consumado sem o interesse, o saber e o querer particulares, nem os indivíduos vivam meramente para esses últimos, enquanto pessoas privadas sem os querer, ao mesmo tempo, no e para o universal e sem que tenham uma atividade eficaz consciente desse fim. O princípio dos Estados modernos tem esse vigor e essa profundidade prodigiosos de deixar o princípio da subjetividade completar-se até o *extremo autônomo* da particularidade pessoal e, ao mesmo tempo, o *reconduz* para a *unidade substancial* e, assim, mantém essa nele mesmo.

Essa dialética do particular e do universal encontra em Hegel uma de suas principais manifestações concretas, as "corporações". Assim, Hegel, para além do liberalismo, registra o fato de que "o trabalho, na sociedade civil, se fraciona (...) em vários ramos"; e, por isso, "essa igualdade *em-si* da particularidade, enquanto algo *comum*, assume existência *para-si* na corporação" (§ 251 - 2010, p. 226).

Como bem observa Carlos Nelson Coutinho<sup>31</sup>:

---

<sup>31</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. "Hegel e a Dimensão Objetiva da Vontade Geral", in Corutinho, C.N. – De Rousseau à Gramsci, cap.2, São Paulo: Boitempo, 2011.

Ao falar em "corporações", Hegel introduz assim —já na esfera da "sociedade civil" — um ator coletivo, cuja vontade não é mais singular e ainda não é plenamente universal, mas que é, sim, *particular*. Vejamos como Hegel define as relações entre as corporações e a sociedade civil, por um lado, e o Estado, por outro: "A sociedade civil — diz ele — é o campo de luta do interesse privado *singular* de todos contra todos; mas, do mesmo modo, tem aqui lugar o conflito desse interesse privado com o interesse de grupos *particulares*, e, por outro lado, desses dois tipos de interesse com os pontos de vista e ordenamentos mais elevados [*universais* ou estatais]. O espírito corporativo, que se gera na legitimação dos interesses *particulares*, converte-se em si mesmo no espírito do Estado, dado que é no Estado que encontra o meio de alcançar seus fins particulares (§ 289).

Portanto, em Hegel, o interesse corporativo se apresenta como uma espécie de mediação entre o interesse exclusivamente privado e a universalidade encampada pelo Estado, que em um modo de superação, concomitantemente, elimina, conserva e eleva a particularidade para um nível superior.

É que a particularidade da vontade, como arbítrio do indivíduo, apresenta-se como conteúdo contingente de qualquer finalidade. Assim, essa particularidade (vontade subjetiva) deve ser entendida no sentido de que aquilo que se quer, independentemente do conteúdo, é, no início, apenas um conteúdo que pertence à consciência de si e um fim a se realizar.

Já a vontade, quando objetiva, tem a si mesma como destino e está, destarte, conforme seu conceito. Todavia, a vontade objetiva, enquanto desprovida da consciência de si, se apresenta como vontade emergida no seu objetivo e no seu estado, seja qual for o seu conteúdo.

Registre-se, portanto, que a objetividade se trata da maneira unilateral que se opõe à(s) determinação(ões) subjetiva(s) da vontade, sendo, pois, o imediatismo da existência como realidade exterior, de modo que a vontade só se torna objetiva no momento em que realizar os seus fins. Logo, o destino absoluto ou, se preferir, o instinto absoluto do espírito livre, que é o de ter a sua liberdade como objeto (objetividade dupla pois será o sistema racional de si mesma e, simultaneamente, realidade imediata), a fim de ser para si, como

ideia, o que a vontade em si - uma palavra, o conceito abstrato da ideia da vontade - é, em geral, a vontade livre que quer a vontade livre.

A atividade da vontade, portanto, para suprimir a contradição da subjetividade e da objetividade, ou seja, para conduzir os seus fins de um ao outro domínio e para permanecer em si embora objetivando-se constitui (a não ser na modalidade formal da consciência imediata (§ 8) em que a objetividade apenas é a realidade exterior imediata) o desenvolvimento essencial do conteúdo substancial (§ 21). Neste desenvolvimento, o conceito conduz a ideia, que começou por ser abstrata, à realização da totalidade do seu sistema, que, em ambas as formas, se mantém idêntica como substância estranha ao contraste de um fim puramente subjetivo e da sua realização. O fato de uma existência em geral ser a existência da vontade livre constitui o Direito. O Direito é, pois, a liberdade em geral como Ideia.

O Direito, em Hegel, é a existência do conceito absoluto da liberdade consciente de si, o que implica dizer que a diversidade das formas do Direito se origina nas diferentes fases do desenvolvimento do conceito de liberdade, de modo que diante do direito mais formal e, assim, mais abstrato e mais limitado, o domínio e a fase do espírito em que os posteriores elementos inseridos no conceito de liberdade atingem a realidade e possuem um direito mais elevado porque mais concreto, ou seja, mais rico e mais verdadeiramente universal.

Eis a razão pela qual cada fase do desenvolvimento da ideia de liberdade tem o seu direito particular, porque é existência da liberdade numa das determinações que lhe são próprias. Quando se fala de oposição entre a moralidade subjetiva ou objetiva e o direito, apenas se entende por direito o direito formal da personalidade abstrata. A moralidade, subjetiva ou objetiva, o interesse do Estado, constituem, cada um, um direito particular, pois cada um deles é uma determinação e uma realização da liberdade. Só podem entrar em conflito quando, por serem direitos, se colocam na mesma linha; se o ponto de vista moral subjetivo do espírito não fosse também um direito, não fosse também uma das formas da liberdade, de modo algum poderia entrar em conflito com o direito da personalidade ou com qualquer outro. Com efeito, um direito contém o conceito da liberdade, a mais alta determinação do espírito em face da qual tudo o que lhe é alheio não possui existência substancial.

Contudo, vale ressaltar que o conflito é limitado e, por conseguinte, se trata de algo que se submete a outro elemento, pois apenas o direito do Espírito do mundo é absoluto e sem limites. Assim, o subjetivo está sempre limitado ao objetivo, pois este é absoluto e ilimitado.

As determinações objetivas da vontade emanam do Espírito absoluto e balizam as determinações subjetivas da vontade, de modo que se houver a imposição da vontade individual (subjetiva) sob a vontade universal (objetiva), haverá o injusto, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

### 3. O INJUSTO

#### 3.1. INTRODUÇÃO

Como visto no capítulo anterior, a *Filosofia do Direito* de Hegel é fundamentada na ideia de liberdade (FD, § 4º) “eis que o terreno do direito é, em geral, o *espiritual*, e seu lugar e seu ponto de partida mais precisos são a *vontade*, que é *livre*, de modo que a liberdade constitui sua substância e sua determinação e que o sistema do direito é o reino da liberdade efetivada, o mundo do espírito produzido a partir dele mesmo, enquanto uma segunda natureza”. Portanto, o reino do direito é o reino da liberdade realizada.

Já foi dito em linhas passadas que no nível do direito abstrato existe uma relação contratual entre duas vontades ainda desprovidas de mútuo respeito, eis que ainda não mediarão seus interesses individuais, de modo que, nesse nível, o conceito é considerado em momento anterior a autodeterminação e a efetivação, vale dizer que, aqui, as vontades não restaram superadas e conservadas diante da vontade universal, ou seja, do direito em si. Portanto, diante dessa relatividade do direito abstrato é que surgem as possibilidades das injustiças, que se tratam de uma mera aparência do que “deve ser” o direito em si (essência).

Não é por outro motivo que no § 82 da *Filosofia do Direito*, Hegel diz que:

No contrato, o direito em si é, enquanto algo posto, sua universalidade interna, enquanto algo comum do arbítrio e da vontade particular. Esse fenômeno do direito, em que ele e seu ser-aí essencial, a vontade particular concordam imediatamente, ou seja, de maneira contingente, progride no ilícito até a aparência, - até a contraposição do direito em si e da vontade particular. Mas a verdade dessa aparência é ser nula, e o direito se restabelece através do negar essa sua negação, processo pelo qual sua mediação, de retornar de sua negação a si, se determina como efetivo e válido, quando inicialmente era apenas em si e algo imediato.

Assim, a relação que se estabelece do direito em si com a vontade particular é proveniente da essência com seu aparecer, de modo que aquela se refere ao necessário e verdadeiro, e a aparência, quando dissociada da essência, se torna injustiça, ou seja, uma indeterminação da qual é necessário se libertar.

Portanto, Hegel estabelece três níveis de lesão ao direito que uma vontade particular rendida exclusivamente ao próprio arbítrio pode causar; são elas: (i) a injustiça de boa-fé, (ii) a fraude e (iii) a violência e o delito. Analisa-se cada qual.

### 3.2. A INJUSTIÇA DE BOA-FÉ

A injustiça de boa-fé é o primeiro nível de injustiça, onde a vontade de um indivíduo é lesada involuntariamente; onde o injusto, por equívoco, é tomado como justo (no Direito contemporâneo, remonta-se à ideia de culpa). Destarte, a injustiça (lesão) causada não decorre de um ato voluntário, consciente. Pelo contrário, aliás, na medida em que aqui predomina a involuntariedade da lesão.

Remontando à ideia de culpa, a injustiça de boa-fé pode ser a ela equiparada, cujo conceito, de forma impecável foi esclarecido por Maggiore, no sentido de que se trata de “una condotta volontaria (azione o omissione) che cagiona un evento antiggiuridico non voluto ma prevedibile, ed eccezionalmente preveduto, e tal che poteva, con la dovuta attenzione,

evitarsi”.<sup>32</sup> Costa e Silva a traduziu magistralmente, *verbis*: “culpa é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.<sup>33</sup>

Quando Hegel outorga a nomenclatura “injustiça de boa-fé”, por certo quer se referir a ausência de dolo, de vontade, na conduta do agente que acaba por violar o Direito e causando um mal a outrem. Como bem explicado por José Frederico Marques, “diferente é, sem dúvida, o matar alguém (crime doloso) do causar a morte de alguém (crime culposo). Querer tirar a vida de alguém, e consegui-lo, é ação eminentemente finalística, enquanto que produzir o mesmo evento lesivo, por imprudência, negligência ou imperícia, é conduta em que predomina a causalidade objetiva.”<sup>34</sup>

Como se sabe, sobre um mesmo objeto podem existir duas ou mais vontades divergentes, ou seja, em relação a um mesmo objeto diversas pessoas podem reivindicar seus direitos levando em consideração única e exclusivamente o “seu fundamento jurídico particular”. É daí que surgem os conflitos jurídicos (de interesses). Aqui é que nascem os conflitos jurídicos, que são, em verdade, conflito de interesses entre duas ou mais vontades sobre um mesmo objeto e, para a solução deste conflito é imperioso reconhecer a universalidade do direito como instrumento de decisão, de modo que a coisa deve ser entregue a quem tenha direito a ela.

Sobre isso, Hegel diz no § 85 da *Filosofia do Direito*, que:

“Esse conflito, em que a coisa é disputada *a partir de um título jurídico* e que constitui a esfera do *litígio jurídico civil*, contém o *reconhecimento* do direito como o que é universal e decisivo, de modo que a Coisa deve pertencer àquele que tem direito. O litígio concerne somente à *subsunção* da Coisa sob a propriedade de um ou de outro; - um juízo *simplesmente negativo*, em que apenas o particular vem a ser negado no predicado de meu”.

---

<sup>32</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Diritto Penale, vol. I, tomo I, 1.951, p. 460.

<sup>33</sup> Código penal, vol. I. 1943, p. 117.

<sup>34</sup> MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, Capinas : Bookseller, 1997, p. 266.

Registre-se, no entanto, que a injustiça de boa-fé é a lesão menos gravosa e nega apenas a vontade particular, respeitando o direito universal, porquanto há o reconhecimento do direito de modo que o indivíduo quer e deve ter o que lhe corresponde por direito. O que ocorre aqui na injustiça de boa-fé é uma confusão entre o direito e a vontade particular, um equívoco. Assim, existe o reconhecimento do direito, a despeito do indivíduo “confundir o que quer com o direito” (FD, § 86).

### 3.3. A FRAUDE

Num segundo estágio, a fraude se apresenta como uma modalidade mais gravosa de lesão do que a injustiça de boa-fé. Ao cometer uma fraude, o indivíduo é apenas uma aparência. Hegel, no § 87 da *Filosofia do Direito* diz:

“O direito em si, em sua diferença com o direito enquanto particular e sendo-aí, é enquanto um direito reivindicado, no caso determinado como essencial, mas nisso é, ao mesmo tempo, apenas um direito reivindicado [;] segundo esse aspecto, é algo meramente subjetivo e, com isso, algo essencial e meramente aparente. Assim, o universal rebaixado pela vontade particular ao nível de algo apenas aparente, - em seguida, no contrato, ao da comunidade apenas exterior da vontade, é a fraude”.

Na fraude, pois, um engano é propositalmente provocado com a finalidade de se proceder a conclusão de um contrato, de modo que uma informação relevante é ocultada pelo vendedor justamente porque, caso a informação chegue ao conhecimento do outro, o contrato não se finaliza. Destarte, na fraude, há o reconhecimento do direito, contudo a conduta é contrária a ele.

O Código Civil brasileiro, sobre o tema, dispõe que:

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra



parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

A respeito do assunto o Professor Venosa<sup>35</sup> doutrina dizendo que: “A fraude consiste em procedimento astucioso e ardiloso tendente a burlar a lei ou a convenção preexistente ou futura”.

Nestor Duarte<sup>36</sup>, comentando o artigo 147 do Código Civil, explica que: “O silêncio é reconhecido como uma das formas de manifestação da vontade, conforme as circunstâncias, e, também, tem significado quando configura comportamento ilícito”.

### 3.4. A VIOLÊNCIA E O DELITO

A violência e o delito são as formas mais graves de causar dano e prejuízo a outrem. Aquele que comete um delito, o faz porque quer, age com dolo, portanto, não respeitando o direito (FD, § 90). Neste estágio de atuação o sujeito despreza o direito do outro, pois sua vontade é, justamente, violar a liberdade e o direito de alguém. A. Valcárcel<sup>37</sup>, comentando o delito, ensina: “o delito é uma forma de violência contra o direito e, para restabelecer o equilíbrio, essa violência deve ser anulada pela violência que o direito traz implícito, violência, ademais, que só se manifesta nesse caso”. Daí a famosa expressão hegeliana da pena constituir a negação da negação.

Como bem explica Bitencourt<sup>38</sup>, “dolo é a *consciência* e a *vontade* de realização da conduta descrita em um tipo penal (...). O dolo, puramente natural, constitui o elemento central do *injusto pessoal* da ação, representado pela *vontade consciente* de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo.”

---

<sup>35</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010 (coleção direito civil; v. 1), p. 404.

<sup>36</sup> DUARTE, Nestor. Código Civil Comentado / Cezar Peluso (coord.) – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 104.

<sup>37</sup> VALCÁRCCEL, Amelia. *Hegel y la ética*. Barcelona: Anthropos, 1988, p. 338.

<sup>38</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, 1. 19ª ed., rev. ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015. P. 354.

Sendo assim, toda vez que houver uma violência contra o direito, este está autorizado a agir como forma de restabelecer o equilíbrio restituindo e reparando o dano causado. Não se trata de castigo imposto ao delituoso pela sociedade, mas sim de forma de justiça ao sujeito que deliberadamente violou o direito causando dano a outrem. Trata-se da recomposição da ordem jurídica e, também, de concessão de liberdade ao próprio indivíduo que violou o direito, porquanto ao violar o direito o sujeito se vê fora do Estado, sendo que para Hegel não há liberdade fora do Estado. Vale ressaltar que o delito não é algo irracional, mas, ao contrário, é algo querido pelo sujeito, “expressão de uma vontade particular livre que, livremente, se opõe ao direito<sup>39</sup>”, o que legitima, pois, a punição do delituoso.

### 3.5. O DIREITO DE EMERGÊNCIA

Aqui, no direito de emergência, está em jogo uma ameaça à vida. Aliás, até os dias atuais a ideia hegeliana de direito de emergência se faz presente no nosso direito positivo como causa excludente de ilicitude, nos termos dos artigos 23, inciso I e 24 do Código Penal, sob a denominação de “estado de necessidade”, *verbis*:

Art. 23 do Código Penal - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

Art. 24 do Código Penal - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

E neste particular (direito de emergência), sob o ponto de vista da moralidade, há uma crítica hegeliana ao formalismo e rigidez da moral kantiana, pois, para Hegel, Kant incorre em nítida contradição quando propõe a

---

<sup>39</sup> VALCÁRCEL, Amelia. Op. Cit. p. 342.

validade universal da lei moral através do imperativo categórico, mas admite uma exceção. Assim, ao admitir a exceção, Kant, para Hegel, incorre em contradição, pois toda a sua lógica em torno da moral gira em torno da proposta de uma lei universal.

Contra-pondo-se a Kant, Hegel defende que em casos de extrema necessidade, deve-se abrir uma exceção, ou seja, uma exceção de violar o direito quando há uma ameaça à vida. Trata-se de um direito, e não de simples concessão, de modo que “a necessidade do presente imediato pode justificar uma ação injusta, pois, com sua omissão, se cometeria, por sua vez, uma injustiça, e na verdade a maior injustiça, a total negação da existência da liberdade” (FD, § 127). Importa ressaltar que o direito de emergência não anula a lei, mas demonstra o grau de sua relatividade em face da justiça, pois a defesa da vida justifica qualquer atitude tomada *contra legem*. Por tal razão, decorre do direito de emergência “o benefício de competência pelo qual se deve deixar ao devedor instrumentos de trabalho, roupas e em geral a porção de seus bens que, embora sejam de propriedade do credor, são necessários para sua manutenção, de acordo com sua posição social”, tal como disposto no § 127 da *Filosofia do Direito*:

A particularidade dos interesses da vontade natural, reunida em sua totalidade simples, é o ser-aí pessoal enquanto *vida*. Essa, *no perigo último* e em conflito com a propriedade jurídica do outro, tem a invocar (não enquanto concessão, porém enquanto direito) um *direito de miséria* [*direito de emergência – jus necessitatis*], visto que, de um lado, se encontra a violação infinita de um ser-aí, e nisso a privação total do direito, e, do outro lado, encontra-se apenas a violação de um ser-aí delimitado, singular, da liberdade, em que se reconhece o direito como tal e ao mesmo tempo sua capacidade jurídica do que apenas é lesado *nessa* propriedade.

Assim, pode-se concluir que a dignidade da vida humana é inviolável, e nos dias atuais, constitui um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito e da república Federativa do Brasil, *ex vi* do disposto no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal. Assim sendo, nenhum outro direito pode se sobrepor ao direito à vida, de modo que as condições necessárias para manter

a preservação da vida humana devem ser preservadas custe o que custar e, assim, obviamente, o direito de propriedade pode ser sacrificado por um bem maior, a vida.

Trata-se o direito de emergência, de um recurso voltado contra a injustiça ou as consequências injustas da aplicação da lei, de maneira que a resolução dos conflitos reclama ponderação e hierarquização, a ponto de estabelecer como garantia de proteção à vida, qualquer exceção a própria lei. Tal como reza o direito, a emergência é atual e requer uma decisão para o presente imediato, pois o futuro está entregue à contingência.

Sobre o estado de necessidade, Zaffaroni<sup>40</sup> explica que:

Nesta hipótese legal, aquele que sofre o mal menor não cometeu qualquer ato contrário ao direito, e, não obstante, deve suportar o mal, porque quem o infere encontra-se em uma situação de necessidade, em que o conflito fático lhe impõe uma escolha. (...) O fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo.

Registre-se, brevemente, que o direito de emergência colide frontalmente com o formalismo da moralidade kantiana, uma vez que esta não admite exceções, uma vez que Kant não reconhece os direitos de equidade e de necessidade, a despeito de fazer menção a eles como direitos presumidos. Em verdade, o fundamento do exercício do direito de emergência (estado de necessidade) reside na distinção entre leis e princípios, de modo que quando a aplicação da lei culminar com consequências injustas, deve-se recorrer aos princípios, que podem nem estar escritos. É uma questão de justiça, e não de direito, portanto. Talvez por isso Eduardo Couture<sup>41</sup>, quando propôs os dez mandamentos do advogado, tenha sido tão enfático ao dizer que o dever do advogado é lutar pelo direito, e, quando encontrasse o direito em conflito com a

---

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal brasileiro : parte geral / Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, - 11. Ed., rev. atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 530/531.

<sup>41</sup> Juan Eduardo Couture Etcheverry, jurista e advogado uruguaio.

justiça, o dever de luta era para fazer prevalecer a justiça (*nesse caso, em detrimento do direito*).

O Professor Damásio de Jesus<sup>42</sup>, sobre o estado de necessidade/direito de emergência, ensina que:

Tem como fundamento um estado de perigo para certo interesse jurídico, que somente pode ser resguardado mediante a lesão de outro. Há uma colisão de bens juridicamente tutelados causada por forças diversas, como um fato humano, fato animal, acidente ou forças naturais. Em tais casos, para proteger interesse próprio ou alheio, o Direito permite a lesão de outro bem, desde que seu sacrifício seja imprescindível para a sobrevivência daquele. Se há dois bens em perigo de lesão, o Estado permite que seja sacrificado um deles, pois, diante do caso concreto, a tutela penal não poderia salvaguardar ambos.

Não é por outro motivo que Hegel diz que, “a intenção de procurar meu bem-estar e o dos outros (...) não pode justificar uma ação injusta” (FD, § 126), pois uma ação injusta, em casos tais, afrontaria o Direito.

Portanto, para Hegel, a injustiça impera justamente à medida em que se permite que uma vontade particular se imponha diante da decisão do Estado (vontade geral). A injustiça ocorre sempre que se deixa prevalecer uma vontade particular, ou seja, quando o interesse particular se sobrepõe aos interesses do Estado, vale dizer, quando o subjetivo buscar tirar vantagem do coletivo, pois o sujeito deve ser compreendido como o todo e, se parte ataca o todo, surge a injustiça e esse ato precisa ser coibido de modo pontual pelo Direito.

O reconhecimento do Direito não significa o conhecimento total da ciência jurídica por todos os homens, pois o Direito existe enquanto pensamento e hábito de um povo particular e isso proporciona vantagens para saber o que é correto e objetivo para uma determinada comunidade. Assim, o Direito é algo inserido na vida dos homens e no seu conhecimento pelo querer e pela estabilidade proporcionada a todos os membros sociais, por serem

---

<sup>42</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal, vol. 1 : parte geral – 28. ed. rev. – São Paulo ; Saraiva, 2005, p. 369.

homens e não por serem ou quererem suas particularidades de vontades subjetivas.

A violência e o crime, segundo Hegel, estão ligados ao fato da propriedade, eis que quando se tem a posse de algo que foi alvo da violência e do crime, estes está ligado à concessão de valor atribuído a coisa. Assim, se a posse da coisa, propriedade, estiver ligada à necessidade e não à posse ou à violência e o crime, seria uma ação possivelmente aceita. A coação e a submissão são ações decorrentes das relações de posse e domínio, na medida em que o homem está sujeito a coação e a submissão por outro. A coação e a submissão traduzem um modo de impor violência ao outro. Com isso, as ações decorrentes de submissão de um ser por outro é um ato injusto, sendo, portanto, a prática de um ato de injustiça.

Portanto, sempre que houver a prevalência da vontade subjetiva em detrimento da vontade geral, o Estado deve atuar e restabelecer a ordem, pois o Direito expressa a vontade racional, sendo, o delito, a negação dessa vontade. Assim, o restabelecimento da vontade racional e geral se dá através da pena, que segundo a dialética hegeliana se traduz na negação da negação ao Direito, o que será objeto de estudo no próximo capítulo.

#### 4. FUNÇÃO DA PENA

##### 4.1 Introdução: Finalidade da Pena

A discussão em torno da finalidade/função da pena não é nova, longe disso; porém, ainda atualmente, muito se discute nos âmbitos filosófico e jurídico qual seria, afinal, a verdadeira função da pena.

A problemática deste trabalho reside em analisar a relação entre lei, delitos e pena em Hegel e também demonstrar como o pensamento hegeliano é entendido e aplicado na contemporaneidade pelos operadores do Direito, vale dizer, assim, que se pretende, também, analisar o impacto do pensamento hegeliano quanto à teoria da pena no Direito contemporâneo.

Quando o assunto é a aplicação da pena e sua finalidade, a obra de Beccaria<sup>43</sup> é sempre lembrada e festejada, pois é difícil não concordar com a sua afirmação de que:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.

A origem da pena é simultânea ao surgimento do Direito Penal, ramo do direito público encarregado de punir aquele que incorre no preceito primário da norma (conduta típica), sujeitando-se ao seu preceito secundário (pena). Como bem definido por Von Liszt<sup>44</sup>: "Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas, establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia"

Ao longo dos anos, o Direito Penal tem dado diferentes respostas aos problemas afetos à criminalidade, sobretudo pela utilização da pena como forma de "retribuir o mal causado" e, ao mesmo tempo, através da punição, "prevenir o cometimento de novos crimes". Portanto, a discussão sobre a efetiva função da pena reside em saber se ela possui caráter eminentemente retributivo, ou se, ao lado disso, também possui uma função de preventiva, vale dizer, de prevenção geral da criminalidade.

E toda essa discussão, que atravessa o tempo, se trava justamente porque a pena é a forma mais comum de reação ao delito. Na concepção moderna de Estado, e mencionando a finalidade preventiva da pena, Berdurgo ensina:

"La pena es un mal – por la privación o restricción de bienes jurídicos que siempre implica; um mal, por outro lado, necesario – por que todo sistema que considera ao hombre

---

<sup>43</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, p. 27.

<sup>44</sup> LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Editora Reus : Madrid, 1926. Traduzido da 18ª ed. alemã. Adicionado com a História do Direito Penal na Espanha por Quintiliano Saldaña.

como elemento nuclear sólo puede recurrir a la pena cuando sea necesaria para el mantenimiento de tal sistema; debe estar prevista em la ley – que actuará como garante de la seguridad jurídica, o, lo que es lo mismo, em prol del principio de legalidad; impuesta y ejecutada conforme a ella – la ley actúa como garante a lo largo del proceso y la ejecución: solo se impondrá al responsable del delito – responsabilidad penal personal; y únicamente estará dirigida hacia la prevención del delito – como ,única finalidad coherente y racional, com el *ius puniendi* próprio de um Estado social y democrático de Derecho.

O Professor Damásio Evangelista de Jesus<sup>45</sup> conceitua pena como “uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”

Como se sabe, o Direito é forma de controle social, sobretudo nas sociedades complexas. Cuida-se, pois, o Direito, de um controle formal estabelecido por normas e regras de condutas que indicam aos membros de determinada sociedade aquilo que se deve e que não se deve fazer sob pena de imposição de uma sanção, a qual é interpretada e aplicada pelo Estado através do Poder Judiciário.

O Direito Penal, por sua vez, é o ramo do Direito encarregado de tutelar os interesses de diversos bens jurídicos, como a vida, a honra, o patrimônio, dentre outros, sendo que suas principais características são as seguintes: (i) trata-se de ramo do Direito Público; (ii) é exercido pelo Estado, que detém seu monopólio; (iii) é utilizado com a função de proteger interesses e valores (bens jurídicos); (iv) se referindo a uma organização política democrática, o Direito Penal ao ser aplicado deve respeitar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, os quais derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, oportunas são as palavras do penalista alemão Hans Heinrich Jescheck, para quem “o Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência

---

<sup>45</sup> Op. Cit., p. 519.



humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica.”<sup>46</sup>

Em complemento, o Professor Luiz Regis Prado, assevera que “para sancionar as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de peculiares formas de reação, penas e medidas de segurança.”<sup>47</sup>

Como forma de controle social, o Direito Penal se utiliza da (i) norma, e o faz por força do princípio da legalidade (reserva legal), previsto no artigo 1º do Código Penal, que toma por base mandamento constitucional igualmente expresso no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, (ii) do processo, pois ninguém será privado de seus bens, de seus direitos ou de sua liberdade sem o devido processo legal, nos termos do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal; (iii) e da sanção, através da imposição da pena (preceito secundário da norma), que também decorre do princípio da legalidade (ou da reserva legal – art. 5º, inc. XXXIX, da CF).

Portanto, o Direito Penal é embrionário da norma em face à exigência de uma lei anterior que defina determinada conduta como criminosa e estabeleça, para ela, a respectiva sanção (*nullum crime sine lege / nulla poena sine lege* - princípio da legalidade ou da reserva legal), pois “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (arts. 1º do CP e 5º, inc. XXXIX, da CF).

Não é por outro motivo, aliás, que o Professor Paulo César Busato<sup>48</sup> ensina que:

Não é possível castigar alguém senão pela violação de uma norma contida em lei penal incriminadora. Mesmo diante da constatação concreta da existência de uma conduta socialmente desvalorada de modo tão grave que atinja as raias da intolerabilidade, para que haja persecução pelo Poder Judiciário é imprescindível prévia incriminação emanada do Poder Legislativo. Caso o fato não goze de previsão legal estrita, não poderá ser objeto de persecução em juízo.

---

<sup>46</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho penal, I, p 3-5.

<sup>47</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120 – 10 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

<sup>48</sup> BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo : Atlas, 2013, p. 39.

Para Muñoz Conde e Garcia Arán, norma é toda regulação de condutas humanas relacionadas com a convivência. A norma, portanto, tem por base a conduta humana que pretende regular e sua missão é a de possibilitar a convivência entre as distintas pessoas que compõem a sociedade<sup>49</sup>.

Esclarecem referidos doutrinadores que:

En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo - segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc. - los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de las conductas humanas más precioso y vigoroso. Nasce así, secundariamente, la norma jurídica que, a través de la sanción jurídica, se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social, la sociedad. Tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia.<sup>50</sup>

A sanção penal (pena), portanto, tem a função de dar uma resposta ao transgressor da ordem jurídica estabelecida pela norma (pelo Direito), que incorre, assim, em fato típico (conduta descrita na norma como crime). Desta forma, quando o sujeito comete um crime, ou seja, pratica a conduta descrita na norma penal, surge para o Estado a pretensão punitiva, ou seja, a pretensão de punibilidade, que nada mais é do que a afirmação, através de uma sentença condenatória firme, de que não concorre, no caso concreto, nenhuma razão para deixar de aplicar uma pena.

---

<sup>49</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho penal: parte general, 2007, p. 33.

<sup>50</sup> Op. Cit., p. 34.

Ultrapassados os conceitos que legitimam o Direito Penal, e, portanto, a aplicação da pena, resta definir qual é, afinal, a função da sanção penal, da pena.

Existem três teorias que definem a finalidade/função da pena, sendo elas a (i) teoria retributiva ou absoluta; (ii) teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção e (iii) teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória.

Para a teoria retributiva ou absoluta a pena tem a função de punir o autor do fato típico, de modo que a sanção penal nada mais é do que uma retribuição ao mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo, previsto pelo Direito e aplicado pelo Estado.

Já para a teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção, a pena possui fim prático de prevenções geral e especial, pois teria a função de intimidar o ambiente social, prevenindo, assim, o cometimento de crimes em razão do medo em sofrer a punição (prevenção geral), bem como serviria para readaptar o criminoso para o convívio social (prevenção especial).

Por fim, a teoria mista ou eclética, afirma que a finalidade da pena é tanto punir o criminoso pelo mal causado, como prevenir a prática de crimes, seja pela readaptação do criminoso, seja pela intimidação coletiva.

O estudo, doravante, volta-se à análise da função da pena na visão hegeliana.

#### 4.2. A PENA COMO RETRIBUIÇÃO (negação da negação)

Após analisar todas as teorias que tentam explicar qual seria a função da pena, cabe analisar aquela adotada na *Filosofia do Direito* de Hegel; para isso, entretanto, é mister compreender, propriamente, quem foi Hegel em que contexto ele escreveu sua obra (FD).

Pois bem. Hegel era um idealista romântico e seu pensamento era projetado e prospectado para o futuro. Hegel considera a razão absoluta, porém, esse pensamento não é racional, pois a razão, tal como entendida por Hegel, diferentemente de como entendida por Kant, é uma força criadora que a

tudo impulsiona e que, em definitivo, é o único que é (Hegel dizia “que todo racional é real e todo real é racional”), de modo que essa visão da “realidade” não pode ser obtida mais do que como uma *intuição primária*, a partir da qual se derivam todas as consequências do sistema<sup>51</sup>.

Como já foi estudado no capítulo I, para Hegel o homem só atinge a liberdade passando pelos três estágios, quais sejam, o subjetivo, quando o homem tomava conhecimento de si mesmo (autoconsciência); o objetivo (antítese) em que o homem, já livre, relaciona-se com outros homens livres; e o estágio do espírito absoluto (síntese), em que o espírito da humanidade eleva-se sobre o mundo.

Verifica-se, assim, que para Hegel o ponto de partida do devir é a ideia pura (tese), que para se desenvolver se confronta com algo oposto, a natureza (antítese), que nada mais é do que a ideia alienada, o mundo privado de consciência. Deste confronto antitéticos entre tese e antítese, nasce a síntese, o Espírito, quando, então, a um só tempo, pensamento e matéria tomam consciência de si através da natureza.

Por esse movimento dialético, a razão passa por todos os graus, quais sejam, o subjetivo (tese), o objetivo (antítese) e o do espírito absoluto (síntese), vale dizer, desde o da natureza da ignorância, da natureza viva, da vida humana individual até a vida social.

Pois bem. Para Hegel, a pena se apresentava como uma necessidade lógica de caráter retributivo talional, por se tratar de uma sanção à violação do contrato (vontade universal), de modo que se o delito é a negação do direito, e a pena é a negação do delito (de acordo com a regra de que a negação da negação é uma afirmação), a pena seria a afirmação do direito, imposta simplesmente pela necessidade de sua afirmação.

Assim, pode-se dizer que, para Hegel, a pena seria uma retribuição lógico-jurídica imposta àquele que viola o direito através do delito. Eis aqui o afastamento da concepção moral e ética do castigo de Kant.

Todavia, é preciso ter presente que para Hegel a pena não poderia ser compreendida como um mal ao delincente, pelo fato deste ter cometido um

---

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. Cit. p. 261.

mal à sociedade, pois não haveria racionalidade em se pretender um mal a alguém (pena) pelo fato de ter ocorrido outro mal (delito), de maneira que para o filósofo era descabida qualquer indagação sobre o mal em que a pena consiste ou o bem que se pretende alcançar com sua imposição, pois sua aplicação deveria estar relacionada com uma única ideia, ou seja, fazer justiça. Assim, a imposição da pena, para Hegel, pressupunha ser ela justa em si e por si, pois, como já foi dito, Hegel considerava o direito a como realização de liberdade do espírito, de modo que essa liberdade é a única concebida pelo homem.

Portanto, para Hegel o direito nada mais é do que a realização da liberdade do espírito (Hegel dizia que o sistema do direito é o reino da liberdade realizada<sup>52</sup>), sendo essa liberdade a única concebida pelo homem. Sendo assim, o delito não pode destruir o direito, entendido este como fruto de uma vontade universal e racional, muito embora seja considerado sua negação.

Sendo assim, sendo o direito a expressão da vontade universal, que é racional, o delito se apresenta de forma absolutamente contrária, e caminha em rota de colisão, pois se trata de uma manifestação da vontade individual, que é irracional, do delinquente, de modo que a pena se apresentaria como forma de reafirmar a racionalidade do direito, tratando-se, pois, de um retribucionismo jurídico alicerçado na expressão da vontade geral.

Portanto, para Hegel, a pena atende a uma exigência da razão, constituindo-se em uma necessidade lógica legitimada por um processo dialético intrínseco à própria ideia de direito, segundo a qual o delito se apresenta como uma violência ao direito, que vem a ser anulada por uma violência posterior, a pena.

Como se verifica, portanto, o delito constitui a negação do direito, e a pena, por sua vez, constitui a negação do delito, sendo, pois, a negação da negação, de tal sorte que, constituindo a pena a negação da negação, acaba se apresentado como a afirmação do direito, sua reestruturação, a recomposição da vontade geral sobre a vontade universal.

---

<sup>52</sup> *FD*, § 4º.

Dialeticamente, essa estrutura pode ser compreendida da seguinte forma: a vontade geral e racional que representa a ordem jurídica, e constitui a tese; o delito, por sua vez, é a sua antítese, pois é fruto da vontade individual e irracional do delinquente, pelo qual se nega vigência ao ordenamento jurídico; ao fim e ao cabo, a pena se apresenta como a síntese, pois se afirma como a negação da negação e nasce do confronto antitético entre tese (direito) e delito (antítese), fazendo prevalecer aquela em detrimento desta.

A ideia de retribuição, assim, é evidente, contudo, não como forma de causar um mal ao delinquente, mas sim como forma de restabelecimento da ordem jurídica e, por conseguinte, da vontade geral e racional, violada pela vontade individual e irracional do delinquente. Hegel, portanto, fundamenta-se no princípio de que o Estado busca, através da pena, a manutenção da ordem jurídica.

#### 4.3. A PENA COMO LIBERTAÇÃO DO INDIVÍDUO

Como se sabe, a realização da liberdade do indivíduo somente se realiza no Estado, portanto, diante da submissão ao Direito, onde se dá, pois, a materialização da liberdade do espírito humano. Destarte, para Hegel, a conduta do delinquente é conflitante, eis que, a par de afirmar sua própria liberdade, almeja negar a existência da liberdade da sociedade.

O delinquente, entretanto, ao violar a ordem jurídica, praticando o crime e negando o Direito, provoca a reação da lei (do Estado), no sentido de fazê-lo perceber que o Direito é a única liberdade possível do espírito, pois o ordenamento jurídico reflete a vontade geral (que é absoluta) e, mediante aplicação da pena, nega a vontade individual do delinquente, que se apresenta como forma de lesão jurídica.

Portanto, para Hegel, a pena se apresenta como o único instrumento colocado à disposição do Estado capaz de restabelecer a ordem jurídica violada pelo crime (negação do Direito), sendo, na verdade, uma forma de retribuição de natureza jurídica, de modo que através de sua concepção

dialética, Hegel emprega à pena um sentido de negação da negação ao Direito, como já dito no item anterior.

Hegel reconhece na pena como sendo uma verdadeira violência contra o indivíduo, necessária e justa, porquanto tem o condão de anular a violência do delito. Para Hegel, violência se elimina com violência, sendo que a responsabilidade criminal tem como pressuposto a conduta racional do delinquente. Vale ressaltar que a fundamentação retórica hegeliana se fundamenta na liberdade do indivíduo, concebida a partir da autoconsciência emanada pelo convívio em uma sociedade racionalmente organizada.

Mas mais que isso, para Hegel a pena se reveste de caráter libertador para o indivíduo, pois, repita-se, a liberdade se dá apenas no reino do Direito.

Não é por outro motivo, aliás, que Hegel afirma no § 100 da *FD* que:

a pena como que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implícita na sua vontade existente, no seu acto. Porque vem de um ser de razão, este acto implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito. [...] Considerando-se assim que a pena contém o seu direito, dignifica-se o criminoso como ser racional.

Para Hegel, portanto, além do restabelecimento da ordem jurídica, a pena representaria a própria libertação do delinquente, pois a punição se apresenta como um direito do criminoso. Tal afirmação pode, a princípio, soar contraditória, mas encontra seu fundamento no fato de que, para Hegel, o criminoso é um ser racional e como tal deve ser tratado, pois, do contrário, o delinquente seria visto como um indivíduo natural ou não-racional.

Daí porque Rosenfield<sup>53</sup> esclarece:

---

<sup>53</sup> ROSENFELD, Denis. *Justiça e pena capital – o teatro da morte*. Filosofia Política: nova série, v. 5. Porto Alegre: L&PM, 2000, p. 192.

a repressão que se abate sobre o criminoso, da qual resultará a pena, é considerada por Hegel um ato de justiça, produto das instâncias jurídicas, do Estado, que preserva, assim, a vontade de todos os cidadãos. Ele não age, bem entendido, como instância particular, porém como instância universal, como expressão da vontade geral, que, por este intermédio, atua conforme àquilo que lhe é de direito, sob pena de não exercer a sua função própria, a finalidade segundo a qual existe. No corpo da vítima foram atingidos o Estado e a liberdade de cada um dos seus membros. Na punição e na pena, o criminoso é tratado como ser racional, numa espécie de 'boa circularidade', isto é, a lei é posta por esta ação, a lei é reconhecida nesta ação, e se isto não ocorrer é a própria efetividade da lei e, por seu intermédio, do Estado que está em questão.

A pena, pois, é um suprassumir ao criminoso, pois permite que sua vontade permaneça hígida para negar a liberdade dos outros; contudo, o criminoso, ao materializar sua vontade praticando o crime, ele a nega a si própria. Por tal razão, é necessário vencer essa relação através da reconciliação do criminoso com a sua comunidade ética, e isto se dá a partir do momento em que sua vontade livre para negar a liberdade dos outros também é negada.

Essa reconciliação do criminoso para com sua comunidade ética, todavia, segundo Hegel, perpassa pela situação na qual se encontra inserida a sociedade, bem assim pela maneira com que ela, sociedade, trata da periculosidade de determinados crimes.

Este o motivo pelo qual Hegel diz, no § 218 da *FD* que “um código penal pertence, sobretudo, a seu tempo e à situação da sociedade civil-burguesa nele”, destacando, por conseguinte que, a justificação da periculosidade vem diminuindo o castigo, tornando as penas mais moderadas, pois a reconciliação do criminoso com a sociedade está atrelada ao grau de desenvolvimento desta, de modo que a medida da reconciliação também seria fruto do tempo e da situação em que se encontram criminoso e comunidade, sobretudo no que se refere aos aspectos culturais vigentes à época.

Isso porque, havendo maior cultura do indivíduo e das instituições éticas, maiores serão as chances de reinserção do criminoso perante sua comunidade, sobretudo em face da participação na racionalidade do sistema que está fundamentalmente baseado a perspectiva de que as liberdades



individual e coletiva se complementam. Portanto, quanto menor o nível cultural, tão menores serão as chances de reinserção, porquanto haverá uma menor reflexão, um menor discernimento por parte do indivíduo e das suas dimensões éticas.

O criminoso, sendo um ser racional, tem ciência de que a imposição de sua vontade individual em detrimento da vontade geral, negando a liberdade do outro, fere o ordenamento jurídico, que é fruto da vontade racional e universal. Portanto, tem o criminoso ciência de que, ao praticar o crime, se desvia do Estado e fere a comunidade ética, ou seja, trata-se de um agir fora do Estado, em um campo onde não há liberdade, de modo que a pena serviria também para, além de reafirmar o direito e restabelecer a ordem jurídica, servir de instrumento de libertação do próprio delinquente, posto que através da pena estaria sendo reinserido dentro de sua comunidade e, por conseguinte, reconduzido para dentro do Estado.

Isso em razão do fato de Hegel fundar o Estado na dimensão da eticidade, como ente fundante e garantidor da sedimentação social fruto de uma história social permeada pelos conflitos em torno de conceitos que organizam a forma de vida dos indivíduos como a liberdade, a autonomia, o bem comum, as regras sociais, dentre outros.

Assim, a pena serviria para (i) negar a negação, (ii) reafirmar o direito, (iii) restabelecer a ordem jurídica violada pelo delito e (iv) libertar o delinquente, que é reconduzido para dentro do Estado, de onde se desviou ao cometer o crime, negando a liberdade do(s) outro(s), tendo ciência disso pois, afinal, trata-se de um ser racional.

#### 4.4. CONCLUSÃO: A RELAÇÃO ENTRE LEIS, DELITOS E PENA EM HEGEL (um diálogo com o Direito Penal contemporâneo)

Em Hegel há uma relação dialética entre as leis, os delitos e a pena, de modo que em certa medida poder-se-ia dizer que a lei é a tese, o delito a antítese (pois nega a tese), e a pena seria a síntese (eis que criada a partir do

confronto da tese com a antítese), sempre em um movimento dialético, portanto.

O pensamento hegeliano sobre a teoria da pena possui, ainda hoje, na contemporaneidade, relevância e influência. Não se ignora o fato de Hegel ser um idealista, todavia, suas proposições acerca do Estado e do Direito, materializadas na sua obra *Filosofia do Direito* (1820/1821), sempre serviram de inspiração para compreensão da complexa relação entre cidadãos e Estado.

Ao contrário do que muitos dizem não se trata o Estado Hegeliano de um Estado autoritário; ao contrário disso, trata-se o Estado Hegeliano da realização da família e da sociedade civil-burguesa, de tal sorte que, os indivíduos, elevados à condição de cidadãos, nele se realizam; e se realizam com observância das regras e das instituições e, portanto, na liberdade, sobretudo na liberdade individual, de modo que para Hegel não caberia cogitar-se de oposição da liberdade individual à instância estatal, pois, para o filósofo, se trataria de um único propósito de realização da liberdade em suas várias acepções. Merece destaque, ainda, o fato de Hegel colocar como central, sob o ponto de vista de sua concepção de Estado, a necessidade de uma Constituição, tendo como finalidade estabelecer regras para as relações internas do Estado para consigo mesmo e desse com a sociedade<sup>54</sup>.

De fato, o convívio social reclama observância às regras objetivas de conduta social, bem como a presença do Estado, pois, do contrário, a sociedade estaria lançada à própria sorte e viveria um anarquismo.

Hegel trata o indivíduo como um ser dotado de razão, sendo que, por este motivo, seria impossível pensar em uma vida isolada do homem que não em convívio em sociedade. Daí as máximas “ubi societas ibi jus, ubi jus ibi societas”, ou seja, onde há sociedade, há direito, onde há direito, há sociedade. Portanto, não existe sociedade sem Direito, nem Direito sem sociedade.

Como dito por Reinhold Zippelius, o homem é feito para a vida em comunidade e é apenas por meio dela que se pode alcançar o pleno

---

<sup>54</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. Apresentação da Tradução e da Atualidade da *Filosofia do Direito* de Hegel. Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio / G. W. F. Hegel ; tradução Paulo Meneses ... [et al.]. – São Leopoldo, RS : Ed. UNISINOS, 2010, p. 16/17.

desenvolvimento de nossas aptidões, ou seja, o exercício mesmo de nossas experiências sociais<sup>55</sup>.

Uma sociedade organizada reclama observância às regras objetivas de condutas (Direito) a fim de que as relações entre os indivíduos desta sociedade e destes com o próprio Estado sejam baseadas na equidade, sendo que a transgressão destas regras objetivas de conduta acaba por acarretar na imposição das respectivas sanções.

Como bem pondera o ilustre Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>56</sup>:

O direito é um dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em porque por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente.

O Direito coordena as relações sociais, sejam elas entre os indivíduos que compõem a sociedade, sejam entre estes e o próprio Estado. O Direito Penal, pois, dentro deste contexto, se apresenta como de fundamental importância, na medida em que se materializa como instrumento garantidor de bens jurídicos.

Nesse sentido, Cesare Beccaria<sup>57</sup> em sua majestral obra já dizia:

Leis são as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. Cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração, eles sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança. A soma de todas essas porções da

---

<sup>55</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, n. 1.1, p.1.

<sup>56</sup> JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7ª edição revista e ampliada. Atlas, São Paulo, 2013, p. 1.

<sup>57</sup> BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima – São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 12.

liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal.

Conforme ensina Claus Roxin<sup>58</sup>, o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível, através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas.

Bem de ver, pois, que essa finalidade do Direito Penal, de servir de instrumento garantidor de convivência social pacífica, está condicionada a um instrumento limitador, qual seja, a pena. E dentro desse contexto, a pena vem sendo objeto de estudos jurídicos, sociais e filosóficos quanto à sua finalidade. Seria a pena um instrumento de retribuição (punir o mal com o mal)? Ou seria a pena um instrumento de reconciliação (do infrator com a sociedade lesada com sua conduta)? Ou, ainda, seria a pena uma forma de instrumento de prevenção, onde através da sua imposição estar-se-ia prevenindo o cometimento de novos crimes?

Hegel tratou da pena através da teoria absolutista/retributiva. Pretende-se, aqui, estabelecer um diálogo entre a teoria proposta por Hegel no século XIX e o Direito Penal contemporâneo, a fim de aquilatar se a proposta hegeliana acerca da teoria da pena é, atualmente, adequada ou não.

Pois bem. Para falar de pena como instrumento limitador do qual se utiliza o Direito Penal para regular a vida em sociedade, é preciso, primeiramente, analisar o contexto social no qual estamos, hoje, inseridos.

Na sociedade contemporânea, é fato que a violência e a criminalidade se encontram na pauta do dia, protagonizando as manchetes de jornais e revistas e programas televisivos sensacionalistas. A sociedade, por sua vez, vive em clima de insegurança e de desconfiança e descrédito no sistema da justiça e, sobretudo, quanto a eficiência estatal.

Com isso, deposita-se no Direito Penal a esperança de que, através dele, todos os problemas sociais relacionados com a criminalidade e a violência sejam resolvidos. Seria, pois, o Direito Penal, aos olhos da sociedade,

---

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. Política Criminal e sistema jurídico-penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

a “salvação da lavoura”. Com isso, abre-se espaço para o Direito Penal simbólico, onde através do incremento das leis penais, tenta-se transmitir uma sensação de segurança à sociedade, mas que, em verdade, é utópica.

Por conta disso, um dos mais novos fenômenos constitucionais que vem sendo tratado em nosso direito é o da legislação álibi (Direito Simbólico). A Legislação álibi nada mais é do que uma resposta pronta e rápida do Estado para a sociedade, que clama por mudanças diante da insatisfação, via de regra, com a violência urbana.

Aparentemente, a legislação-álibi transmite a ideia de que o Estado está respondendo normativamente aos problemas sociais, inserindo no seio social uma “pseudo” sensação de bem estar na população. Entretanto, trata-se de medida estatal utópica, pouco eficaz na prática, eis que essa solução aparente dos conflitos fica apenas no plano ideológico e simbólico, uma vez que na realidade, no plano da efetividade, não há o resultado prático que a sociedade espera. Nesse sentido, aponta o Professor Marcelo Neves<sup>59</sup> que:

... a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a Legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ‘ideológica’.

No Brasil o Direito Penal é o ramo jurídico que mais sofre com esse fenômeno, devido ao grande clamor da sociedade que espera por uma redução da criminalidade. Assim, o Estado, como forma de calar a voz do povo e transmitir uma imagem de eficiência governamental, cria leis penais da noite para o dia sem pensar nas conseqüências que essas leis irão originar, ocorrendo assim um abarrotamento legislativo.

A sociedade, é inegável, possui um sentimento punitivista. Há, sem dúvida, uma necessidade punitiva pairando no ar e, muito disso, se deve à

---

<sup>59</sup> NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007 (Coleção Justiça e Direitos), p. 39/40.

imprensa sensacionalista, que através de suas notícias potencializam o sentimento de insegurança social.

Infelizmente a população se deixa induzir pela mídia sensacionalista e acredita que todos os problemas relacionados com criminalidade e violência serão resolvidos com (i) redução da maioria penal, (ii) agravamento de penas e (iii) criminalização de condutas. O professor José Renato Nalini<sup>60</sup>, sobre o tema, aborda bem a questão dizendo:

A mídia é detentora de imenso poder na sociedade moderna. A imprensa constrói e destrói reputações, cria verdades, conduz a opinião pública coletiva por caminhos nem sempre identificáveis e para finalidades muitas vezes ambíguas. Seu poder é tamanho que as concessões são disputadas por políticos, por líderes religiosos e por grupos com a intenção de empolgar outras espécies de poder, seja econômico ou político. A informação inseriu-se no mercado. É um bem da vida com valor comercial apurável. Para alcançá-la, os profissionais dos órgãos de divulgação não se permitem hesitar se precisam ferir outros interesses, sobretudo aquele consubstanciado na **verdade**. O que interessa mesmo é a versão, nem sempre o fato.

Zaffaroni<sup>61</sup>, sobre a influência da mídia, também trata do assunto com propriedade:

Os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais, em qualquer de seus níveis e, fundamentalmente, em dois níveis que devem ser cuidadosamente diferenciados: a) transnacionalizado; e b) o que responde às conjunturas nacionais. Em nível transnacional, os meios de comunicação de massa ocupam-se da precoce introjeção do modelo penal como um pretense modelo de solução dos conflitos através da “comunicação de diversão”, isto é, justamente da introjeção que parece mais inofensiva. Em nível das conjunturas nacionais, os meios de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão de eficácia do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas

---

<sup>60</sup> NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 11ª ed., ver., atual. e ampl. Revista dos Tribunais. 2014. p. 378.

<sup>61</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 128/129.

integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo. Mais concretamente, são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem” quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram) “*profecias que se auto-realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem por outra”, etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), “*produção de indignação moral*” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.).

Para se estabelecer qual, deveras, a função da pena, é mister questionar qual, efetivamente, o papel do Direito Penal na sociedade. Seria, realmente, o Direito Penal, apenas um instrumento garantidor dos pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, como defendido por Roxin? Em verdade, esse é o objetivo declarado do Direito Penal, contudo, existe um outro objetivo, que é o real, o latente, e esse objetivo nada mais é do que, efetivamente, garantir as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais, sendo, de um lado, o capital, entendido como a propriedade privada dos meios de produção e de circulação de riqueza, e, de outro, o trabalho assalariado, entendido como a energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado, assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre outra<sup>62</sup>.

A pena é um pressuposto do Direito Penal, seu instrumento limitador. Portanto, para Hegel, a pena seria a retribuição justa ao mal injusto do crime, necessário para realizar justiça e restabelecer o Direito (*punitur, quia peccatum est*<sup>63</sup>). Vale rememorar que Hegel define crime como negação do direito e a pena como negação do crime e, portanto, como reafirmação do direito, considerando a justiça retributiva como a única digna do ser humano (FD, § 99). Aqui Hegel discorda da teoria da coação psicológica da pena proposta por

<sup>62</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal / parte geral. 5ª ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 7.

<sup>63</sup> Punido, porque pecou.

Feuerbach, pois, ao contrário de Hegel, este não tratava o homem como um ser dotado de honra e liberdade, mas como um cão ameaçado com um bastão.

Explica Cezar Roberto Bittencourt<sup>64</sup> que, “segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais”.

Deste modo, a pena seria a imposição de um mal necessário diante de seus atos negativos que prejudicavam a sociedade e a integridade do Estado.

Neste caráter retributivo, Gilberto Ferreira<sup>65</sup> esclarece que “a pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação quanto a sua utilidade. Ocorrendo o crime, ocorrerá a pena, inexoravelmente. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado”.

Portanto, de acordo com a teoria retribucionista, a pena justificar-se-ia não pela finalidade a que se presta, mas sim pela realização de um ideal de justiça.

Antônio Henrique Graciano Suxberger<sup>66</sup> sobre o tema afirma:

A pena consubstancia retribuição da culpabilidade do sujeito, considerada a culpabilidade como decorrente da idéia kantiana de livre arbítrio. Esse é seu único fundamento e, com amparo nesse argumento, é que se diz que, se o Estado não mais se ocupasse em retribuir, materializar numa pena a censurabilidade social de uma conduta, o próprio povo que o justifica também se tornaria cúmplice ou conivente com tal prática e a censura também sobre o povo recairia.

É possível, atualmente, tecer críticas jurídicas à proposição hegeliana da teoria da retributiva da pena, pois ela tem por objeto a natureza expiatória (compensatória) da sanção penal.

Como bem explica o Professor Juarez Cirino dos Santos<sup>67</sup>:

---

<sup>64</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000; p . 68.

<sup>65</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; p. 25.

<sup>66</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano, *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; pg 110



retribuir, como método de expiar ou de compensar *um mal* (o crime) com *outro mal* (a pena), pode corresponder a uma *crença* – e, nessa medida, constituir um *ato de fé* -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito (a) o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus -, (b) o Direito Penal tem por objetivo proteger bens jurídicos – e não realizar vinganças. Por outro lado não é científico porque a *retribuição* do crime pressupõe um dado indemonstrável: a *liberdade de vontade* do ser humano, pressuposta no *juízo de culpabilidade* – presente em fórmulas famosas como o *poder de agir de outro modo* de WELZEL<sup>68</sup> -, não admite prova empírica. Assim, a pena como *retribuição* do crime fundamenta-se num dado indemonstrável: o mito de liberdade pressuposto na culpabilidade do autor.

De fato, em um Estado Democrático de Direito a pena não pode ser vista como um mero castigo dirigido a infligir sofrimento ao indivíduo que praticou o delito, pois a pena, para além do seu caráter retributivo, destina-se a prevenir a prática de outros crimes e a ressocializar o agente, sendo que no ordenamento jurídico nacional, a função ressocializadora deve ter primazia, sobretudo em face do que determina o artigo 5.6 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “as penas privativa de liberdade terão como finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Bem por isso, a teoria hegeliana não é de todo desprezível, ao contrário, aliás, pois evidentemente ela possui os seus méritos. Contudo, para uma melhor compreensão e, sobretudo, melhor fundamentação acerca da finalidade da pena e, por via oblíqua, da própria razão de ser do Direito Penal, deve-se conjugá-la com outra teoria, qual seja, a da prevenção.

Nesse sentido, a partir da conjugação das teorias retributiva e da prevenção (geral e especial), a pena representaria (i) retribuição pelo injusto materializado pelo cometimento do crime, através da compensação (expição) da culpabilidade, (ii) bem como pela prevenção especial positiva, através da correção do delinquentes por meio da ação pedagógica da execução penal, além da prevenção especial negativa, que se apresenta como segurança no seio social, transmitida pela neutralização do criminoso e, por fim, (iii) pela

---

<sup>67</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Op. Cit. p. 423.

<sup>68</sup> WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, p. 138.

prevenção geral negativa, que se dá pela intimidação de criminosos através da intimidação penal e pela prevenção geral, como também pela prevenção geral positiva, que se concretiza pela manutenção/reforço da confiança social na ordem jurídica<sup>69</sup>.

Na contemporaneidade, pode-se dizer que a pena se constitui em uma sanção imposta pelo Estado-Juiz, através do Poder Judiciário (que detém o monopólio do exercício da jurisdição), mediante o devido processo legal (onde se deve garantir todos os direitos e garantias fundamentais ao acusado), cuja finalidade é a retribuição ao delito praticado, como também a atuar como instrumento preventivo de novos crimes, possuindo, para além destas finalidades, uma outra, talvez a mais importante, que reside na pretensão de promover a reeducação do criminoso, retirando-o momentaneamente do convívio social, reafirmando os valores protegidos e tutelados pelo Direito Penal.

Obviamente que não se pretende discutir neste trabalho se, de fato, a pena teria o condão de, efetivamente promover uma mudança no criminoso, no sentido de reabilitá-lo para o convívio social.

Soa inequívoco que quando se fala no caráter ressocializador da pena, se trata de uma função inequivocamente utópica e, mais que isso, hipócrita. O sistema penal brasileiro é um instrumento constante de violação de direitos humanos, na medida em que os que integram este sistema estão largados á própria sorte.

Não é por outro motivo, aliás, que o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, buscando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário brasileiro (ADPF 347).

Entretanto, no campo ideológico e jurídico, tampando os olhos para a realidade do sistema prisional que decorre, sobretudo, da imposição da pena pelo Direito Penal, é possível afirmar que, na contemporaneidade, adota-se a teoria eclética/mista da pena.

---

<sup>69</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Op. Cit. p. 428/429.

Assim, Hegel contribuiu para o que se entende hoje sobre teoria da pena (função da sanção penal), devendo ser levado em conta, entretanto, que Hegel era um homem do seu tempo, e, obviamente que, com o passar dos anos e com a evolução social, era esperado que sua teoria sofresse mudanças, aperfeiçoamentos e complementações.

Se não é possível, atualmente, afirmar que a pena possui apenas o caráter retributivo, lado outro é possível afirmar que esse caráter não foi suprimido, antes, foi complementado, posto que ao se adotar, na contemporaneidade, a teoria mista/eclética da pena, não se desprezou as formulações hegelianas quanto ao tema.

Destarte, parece evidente que o pensamento hegeliano permaneceu vivo no tempo; prova disso é que, qualquer manual de Direito Penal que se preze, fará menção à teoria hegeliana da pena, ainda que seja para criticá-la.

Contudo, a despeito de toda a discussão que se trava em torno da real função da pena, parece haver um consenso quanto ao fato de que a imposição da sanção penal pelo Estado não se mostra eficaz no combate à violência e à criminalidade, seja no campo da retribuição, seja no da prevenção.

A realidade do sistema carcerário brasileiro nos mostra que não há a mínima condição da pena promover a ressocialização do apenado, muito pelo contrário, pois diante das péssimas condições de nossos presídios, os presos, de maneira geral, saem do sistema mais perigosos e mais propensos ao crime do que quando nele ingressam.

Mas convém ressaltar, que Hegel, quando elabora sua teoria da pena, o faz no plano idealista, conforme explana o Professor Paulo Queiroz<sup>70</sup>:

Convém dizer que, tanto em KANT quanto em HEGEL, a justificação da pena é uma justificação 'idealista'. Significa dizer que o direito penal de que aí se trata não é o direito como ele é, histórica e praticamente, mas como deve ou deveria ser, idealmente falando. Daí porque, ainda que tal fundamentação do direito de punir não tenha correspondência na realidade jurídica, nem por isso tal teorização perde o seu significado e o seu valor.

---

<sup>70</sup> QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal. Legitimação Versus Deslegitimação Do Sistema Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

Portanto, nesse plano idealista, Hegel estabeleceu seu método dialético de modo que a pena (negação da negação) se transforma na reafirmação do direito, sendo um direito imposto, que serve como instrumento de manifestação do direito (vontade geral) e supressão do mal causado pelo crime (vontade particular do delinquente), pois, como já mencionado, o indivíduo vive em função do Estado e somente por viver assim ele, indivíduo, é considerado.

Por esse motivo que Paulo Queiroz conclui que “a pena para Hegel apresenta-se, em conclusão, como condição lógica inerente à existência mesma do direito, que não pode permanecer sendo direito senão pela negação da vontade particular do delinquente, representada pelo delito, pela vontade geral (da sociedade) representada peça lei”<sup>71</sup>.

No plano material e na contemporaneidade, obviamente que a teoria da pena hegeliana não se apresenta como a mais adequada para determinar as funções manifestas, latentes e, sobretudo, para legitimar a pena. Isso porque a teoria absoluta defende a proteção da sociedade por meio da pena, o que se sabe se tratar de um argumento equivocados, na medida em que a pena jamais garantiu a segurança da sociedade, pois os crimes nunca deixaram de existir devido a existência da pena e também nunca diminuiu a sua ocorrência, mesmo naqueles países em que há pena de morte das mais dolorosas.

A ideia de retribuição de um mal é muito taxativa, sendo que as teorias absolutas não explicam a forma como esta punição irá se proceder e o sentido desta. Demais disso, essas teorias afirmam que somente com a retribuição de um mal poderá se realizar a justiça, o que não é verdade, pois há várias maneiras de se fazer justiça, de modo que a pena é apenas um dos meios, não o único e absoluto.

Vale ressaltar, ainda, que no plano material a pena nada mais é do que um instrumento a serviço do Estado, que pode ou não ser utilizada a depender da vontade deste (vide recentemente o caso dos irmãos Batista que conseguiram anistia do Estado pelos crimes cometidos). Portanto, a pena não é uma imposição absoluta, que deve necessariamente ser aplicada toda vez

---

<sup>71</sup> Op. Cit. p. 23.

que ocorre um crime, na medida em que o Estado tem a discricionariedade de, em determinados casos, decidir se é ou não oportuno aplicá-la.

Mas o maior equívoco da teoria hegeliana da pena (absolutista), reside na ideia que a ela, a pena, seria um instrumento de realização da justiça, sobretudo quando referida teoria é deslocada do plano idealista para o material e do século XIX para os dias atuais, pois é fato público e notório que o sistema penal é precário, desumano, e não tem eficácia no que se refere a ressocialização do apenado, longe disso, aliás, pois trata-se de um sistema desigual e desproporcional e, por conseguinte, injusto, que serve, quase que exclusivamente, para criminalizar a pobreza. O sistema penal é, infelizmente, seletivo, eis que pune quase que absolutamente cidadãos das classes menos favorecidas da sociedade, que não encontram o necessário amparo do Estado e da sociedade.

É preciso, na contemporaneidade, encontrar outros meios de resolução de conflitos, que não através da pena, sobretudo levando-se em conta o caráter subsidiário do Direito Penal, nem sempre observado pelo Poder Judiciário.

Como bem argumenta Claus Roxin<sup>72</sup>:

O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.

O professor italiano Luigi Ferrajoli, precursor da teoria do garantismo penal, defende a ideia de um direito penal mínimo com apoio do princípio da intervenção mínima, defende que o direito penal só deve atuar em casos de extrema relevância e necessidade, e somente quando os demais ramos do direito não forem eficazes para solucionar o conflito, ou seja, o poder punitivo

---

<sup>72</sup> ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Veja, p. 32.

somente será usado em *ultima ratio*. Edson Miguel da Silva Junior<sup>73</sup> sintetiza as idéias de Ferrajoli:

Essa revitalização do princípio da intervenção mínima e do garantismo penal passou a ser denominada de direito penal mínimo ou minimalismo penal que tem como proposta central a mínima intervenção do Estado, com a máxima garantia do direito de liberdade do cidadão. Em outras palavras, a prisão somente deve ser aplicada para se evitar um mal maior para a sociedade, em decorrência da sua falência (alto custo, ineficácia e injustiça); bem como, a conhecida seletividade do sistema penal deve ser combatida pelas garantias individuais. Em resumo, o direito penal mínimo, reconhecendo certa utilidade social no controle penal, aponta para a descriminalização (abolição de vários tipos penais, tendo como critério a fragmentariedade e subsidiariedade), despenalização (criação de vias alternativas que solucionam o conflito penal sem aplicação de pena) e desinstitucionalização (diversificação da resposta penal, transferindo o conflito para os sujeitos envolvidos).

O garantismo penal é, pois, uma característica do direito penal mínimo. Trata-se de um meio de proteção garantido aos cidadãos contra atos arbitrários do Estado. O próprio Ferrajoli<sup>74</sup> conceitua o garantismo penal:

[...] Precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

---

<sup>73</sup> JUNIOR, Edson Miguel da Silva. Direito Penal mínimo. Disponível em: <<http://www.juspuniendi.net/dogmaticapenal/Artigos/Direito%20penal%20minimo.htm>>. Acesso em: julho de 2017.

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

Hodiernamente, a pena não pode ser considerada justa em si, como defendido por Hegel, pois com a perda de legitimidade do sistema carcerário e diante da ineficácia da pena como instrumento de (i) realização de justiça, (ii) diminuição da criminalidade e (iii) ressocialização do apenado, a aplicação da pena se mostra, ao contrário, injusta, pois colide frontalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a despeito do pensamento hegeliano não ter sido de todo desprezado pelo direito penal contemporâneo no que toca à teoria da pena, que adota a teoria mista/eclética, é mister ressaltar que o caráter retributivo da pena está longe de se caracterizar como instrumento de materialização da justiça e de reafirmação do direito, sendo necessário que, em tempos atuais, onde a violência e a criminalidade estão na pauta do dia, se pense para além do encarceramento demasiado através da aplicação desenfreada de penas privativas de liberdade que, há muito, não cumprem com as finalidades idealizadas pelo Estado e pela sociedade.

## 5. CONCLUSÃO

Para concluir, observa-se que, a despeito do pensamento hegeliano se dar no plano ideal (e não no material), há uma tentativa de fundamentar o convívio social com base na lei e na ordem (*Law & Order*), sendo o Estado o protagonista no papel fundamental de garantidor, por ser a expressão da vontade geral, vale dizer, da sociedade.

Assim, em Hegel, é inconcebível a transgressão da vontade geral através da vontade individual, pensamento que ainda prevalece na contemporaneidade, pois o Direito Penal comina uma sanção ao transgressor da norma (que é a expressão da vontade geral).

Há, sem dúvida, uma carga hegeliana na formulação do Estado contemporâneo, sobretudo no que diz respeito à afirmação da vontade geral através das leis.

Isso porque compete ao Poder Legislativo Federal, ou seja, ao Congresso Nacional, a elaboração das leis penais, conforme determina a Constituição Federal, em seu art. 22, inc. I.

Assim, o Direito Penal representa a vontade geral (da sociedade), pois as leis penais são elaboradas pelo povo através de seus representantes eleitos pelo sufrágio universal ou diretamente (leis de iniciativa popular). Não é por outro motivo, aliás, que a Constituição Federal determina que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

A despeito de ser passível de crítica um sistema que determina que aquele que manda também se submete, o fato é que na concepção do Estado contemporâneo há muito do pensamento hegeliano, sobretudo quanto à legitimidade da vontade popular expressa pela lei, bem como pela legitimidade dos atos do Estado por representar inequívoco interesse público e social.

A ideia de primazia do interesse público sobre o privado, ao que parece, deriva das proposições hegelianas, na medida em que essa primazia, nas palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>75</sup>, representa:

a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável e justifica a existência de diversas prerrogativas em favor da Administração Pública, tais como a presunção de legitimidade e a imperatividade dos atos administrativos, os prazos processuais e prescricionais diferenciados, o poder de autotutela, a natureza unilateral da atividade estatal, entre outras.

Comungando a mesma ideia, o Professor Hely Lopes Meirelles<sup>76</sup> observa que o princípio da primazia do interesse público:

se manifesta especialmente na posição de superioridade do poder público nas relações jurídicas mantidas com os

---

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 20.

<sup>76</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95.



particulares, superioridade essa justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Para ele, o interesse coletivo, quando conflitante com o interesse do indivíduo, deve prevalecer.

Portanto, fica evidente que quando se fala em posição de superioridade do poder público sobre o particular, está presente o pensamento hegeliano no sentido de que o Estado representa a vontade geral e, por isso, deve prevalecer sobre o particular, aqui considerado como vontade individual.

Isso fica claro nos ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que ressalta a importância da observância do princípio da primazia do interesse público sobre o privado, sobretudo no momento de elaboração das leis, bem como no momento de sua execução pelo Estado. Conforme ensina a professora que “todas as normas de direito público têm a função específica de resguardar interesses públicos, mesmo que reflexamente protejam direitos individuais.”<sup>77</sup>

Destarte, firme na premissa de que a Constituição da República de 1988 está em sintonia com as conquistas do Estado Social, a professora Di Pietro entende que “a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim estatal. Por tal razão, o ordenamento constitucional contemplaria inúmeras hipóteses em que os direitos individuais cedem diante do interesse público.”<sup>78</sup>

Sendo assim, decorrendo a pena de um mandamento que decorre do Direito Penal, que por sua vez emana da lei, que por sua vez emana da vontade popular, nasce, aí, a legitimidade da aplicação da pena por ser a expressão da vontade social, que constitui o Estado.

Por postremo, a despeito de haver quem, na contemporaneidade, teça críticas ao princípio da primazia do interesse público sobre o privado, sobretudo pelo fato de, não raro, tal princípio ser utilizado como fundamento para legitimar arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais<sup>79</sup>, o fato é

---

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 68-69.

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 95-97.

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

que a carga do pensamento hegeliano presente nessa ideia é altíssima e inquestionável e é, sem dúvida, a ideia primária que confere legitimidade a todo o sistema penal contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, 1. 19ª ed., rev. ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Neury Carvalho Lima – São Paulo: Hunter Books, 2012.

BOBBIO, Norberto. Estudos sobre Hegel. Direito, sociedade civil, Estado. Tradução : Luiz Sérgio Henrique e Carlos Nelson Coutinho. UNESP. Editora Brasiliense. 2ª edição, 1991.

\_\_\_\_\_. Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política / Norberto Bobbio. Tradução ; Marco Aurélio Nogueira, - Rio de Janeiro : Paz e Terra, 12ª edição, 2005.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo : Atlas, 2013.

COUTINHO, Carlos Nelson. “Hegel e a Dimensão Objetiva da Vontade Geral”, in Coutinho, C.N. – De Rousseau à Gramsci, cap. 2, São Paulo: Boitempo, 2011.

DUARTE, Nestor. Código Civil Comentado / Cezar Peluso (coord.) – Barueri, SP : Manole, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir : nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. 42. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro : Vozes, 2014.

GALLEGO, Carla. O conceito de vontade na introdução da filosofia do Direito de Hegel. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/1841606/hegel--o-conceito-da-vontade>, Acesso dia 21.05.2016

\_\_\_\_\_. O conceito de vontade na introdução da *Filosofia Do Direito* de Hegel. In: *Dissertatio*, UFPel, Pelotas, v. 27-28, 2008. Disponível em: <<http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/27-28/27-28-5.pdf>> Acesso em: 09.06.2016.

GOLDIM, José Roberto. Seminário sobre a Obra de Tadeu Weber. *Moralidade e Eticidade em Hegel*. <https://www.ufrgs.br/bioetica/tweber.htm>. Acesso em 10 de maio de 2016.

GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del carcere*, Turim, Einaudi, 1975, p 1.244.

HÖSLE, Vittorio. O Sistema de Hegel. Tradução: Antonio Celiomar Pinto de Lima. Revisão Técnica: Nélio Schneider. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio / G. W. F. Hegel ; tradução Paulo Meneses ... [et al.]. – São Leopoldo, RS : Ed. UNISINOS, 2010.

JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho penal, vol. I.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. 7ª edição revista e ampliada. Atlas, São Paulo, 2013.

JUNIOR, Edison Miguel da Silva. Direito Penal mínimo. Disponível em: <[www.juspuniendi.net/dogmaticapenal/Artigos/Direito%20penal%20minimo.htm](http://www.juspuniendi.net/dogmaticapenal/Artigos/Direito%20penal%20minimo.htm)>. Acesso em: julho de 2017.

KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Tradução, textos adicionais e notas : Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo – SP. 1ª Edição. 2003

KNOWLES, Dudley. “Hegel and the Philosophy of Right”. In: Routledge Philosophy Guide Book.

MENEGONI, Francesca. *Soggetto e struttura dell’agire in Hegel*. Trento: Ed. Verifiche, 1993.

MÜLLER, Marcos Lutz. O Direito Abstrato de Hegel: Um Estudo Introdutório (1ª Parte), Analytica. Volume 9, número 1, 2005.

MAGGIORE, Giuseppe. Diritto Penale, vol. I, tomo I, 1.951.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, Campinas : Bookseller, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho penal: parte general, 2007.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007 (Coleção Justiça e Direitos).

NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 11ª ed., ver., atual. e ampl. Revista dos Tribunais. 2014.

PEPERZAK, Adriaan Theodoor. Hegels Pflichten- und Tugendlehre [A doutrina dos deveres e virtudes de Hegel]. In: G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts. Klassiker auslegen. Ludwig Siep (Org.). Berlin: Akademie-Verlag, 1997.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120 – 10 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal. Legitimação Versus Deslegitimação Do Sistema Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMOS, C, A., Liberdade subjetiva e Estado na filosofia política de Hegel. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Política e Liberdade em Hegel*. São Paulo: Ed. Ática, 1995.

\_\_\_\_\_. *Justiça e pena capital – o teatro da morte*. Filosofia Política: nova série, v. 5. Porto Alegre: L&PM, 2000.

\_\_\_\_\_. Apresentação da Tradução e da Atualidade da *Filosofia do Direito* de Hegel. Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio / G. W. F. Hegel ; tradução Paulo Meneses ... [et al.]. – São Leopoldo, RS : Ed. UNISINOS, 2010.

ROXIN, Claus. Política Criminal e sistema jurídico-penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Veja.

SHITANTI, Tomaz M., Curso de Direito Penal, Parte Geral, 2º edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal / parte geral. 5ª ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano, Legitimidade da Intervenção Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo. (Org). Dimensões da Dignidade. 2ª ed. revista e ampliada 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAYLOR, Charles. Hegel e a sociedade moderna (*Hegel and modern society*). Tradução Luciana Pudenzi. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2005.

VANIN, Andrei Pedro. Vontade e liberdade de arbítrio na Introdução da *Filosofia do Direito* de Hegel. Disponível em <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/Urutagua/article/viewFile/21642/12001>. Acesso em 13.06.2016.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. Antropologia filosófica II. Edições Loyola, São Paulo, 1992.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010 (coleção direito civil; v. 1).

VALCÁRCEL, Amélia. *Hegel y la ética*. Barcelona: Anthropos, 1988.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia política – Hegel e o formalismo kantiano*. 2.ª Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hegel, liberdade, estado e história*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. *Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e dignidade da pessoa humana*. Editora Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2013.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, n. 1.1.