

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

DANIELLE LIMA DE PAULA

Pressupostos para uma Teoria Penal na Filosofia do Direito de Hegel

Vitória
2019

DANIELLE LIMA DE PAULA

Pressupostos para uma Teoria Penal na Filosofia do Direito de Hegel

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia. Área de concentração: Ciências Humanas
Orientador: Prof. Dr. José Pedro Luchi

Vitória
2019

E eu fiquei compreendendo que eu adoro o meu Brasil. O meu olhar pousou nos arvoredos que existe no início da rua Pedro Vicente. As folhas movia-se. Pensei: Elas estão aplaudindo este meu gesto de amor a minha pátria (...) toquei meu carrinho e fui buscar mais papeis. A vera ia sorrindo. E eu pensei no Casemiro de Abreu, que disse: “Ri criança. A vida é bela”. Só se a vida era boa naquele tempo. Porque agora a época está apropriada para dizer: “Chora criança. A vida é amarga” (CAROLINA DE JESUS).

Agradecimentos

Agradeço a meus pais, Luzia Alves Lima de Paula e Custódio de Paula, pelo amor e apoio a mim cotidianamente ofertados. A eles dedico estes escritos. A Lia, minha amada irmã, que também contribuiu, tornando meus dias mais amáveis com seu carinho e dedicação. Aos meus amados sobrinhos, Gustavo Henrique de Paula e Pedro de Paula da Silva, que alegram meu ser e me fazem ter forças para acreditar num mundo mais justo e feliz. A Cleiton Gil Barbosa, meu amor e meu veterano em filosofia, que compartilha comigo todo o seu saber. Gratidão, por tornar tudo isso possível ao seu lado.

Ao meu estimado orientador, José Pedro Luchi, com o qual tive o privilégio de acompanhar, desde o meu primeiro período do curso, grandiosas discussões filosóficas, que me fizeram sentir de perto o amor pelo saber, ao ouvi-lo lecionar em História da filosofia. Nunca esquecerei as aulas sobre os pré-socráticos e seu entusiasmo: gratidão.

Aos amados amigos que contribuíram em toda a jornada acadêmica. Com vocês apreendi e compartilhei os maiores ensinamentos filosóficos, principalmente as noites no centro acadêmico de filosofia (caverna de Platão), as longas conversas e momentos vividos. Em especial, Luana Brito, Bianca Ladislau, Alline Garcia e Sabrina Paradizzo.

À UFES, por me proporcionar momentos tão significativos em minha jornada na terra.

Pressupostos para uma Teoria Penal na Filosofia do Direito de Hegel

Resumo

A presente dissertação busca empreender uma hipótese de interpretação de teoria penal baseada na finalidade de prevenção especial, com o intuito de retomar na obra os Princípios da *Filosofia do Direito* de Hegel a pena como promoção da liberdade social. Para isso, são apresentadas as raízes conceituais do espírito objetivo as quais apostam, a partir de contraposições com a filosofia prática kantiana, na racionalidade imanente das instituições históricas e sociais para ancorar o conceito de vontade livre em si e para si, e não simplesmente na subjetividade. Tal conceito é desenvolvido em suas etapas lógicas e políticas nas quais a questão da pena é abordada de diferentes modos. Apresenta-se uma abordagem da pena sob o ponto de vista da liberdade negativa da pessoa de direito, expondo-se tanto a deficiência do direito abstrato e sua falta de ancoramento no Estado quanto o entendimento basilar do crime como lesão ao justo. É exposta a análise para uma teoria da pena, a teoria da ação como base para a moralidade subjetiva, a qual implica na necessidade do conceito de imputação objetiva para consideração da punição. A pena e a sua finalidade também é exposta no âmbito da eticidade, o qual apresenta elementos férteis para o direito penal contemporâneo. O objetivo central do presente trabalho é, justamente, compreender em que medida a pena, como dignificação da racionalidade do criminoso, enquanto uma pressuposição de seu reconhecimento como ser livre, poderá alcançar o ponto de vista objetivo e subjetivo, no intuito de restabelecer o direito pela lei. E como será possível a reconciliação do direito consigo mesmo na pena; ainda, como o criminoso reconcilia-se e reconhece-se na lei, o qual será protegido por meio de uma ação penal. Assim, busca-se atualizar em si o movimento lógico das esferas de liberdade, com o intuito de determinar a natureza do ato criminoso. Nesse sentido, honrar o indivíduo criminoso como ser racional será o fundamento hegeliano para a proposta penal de prevenção: seja ela geral positiva, seja ela especial.

Palavras-chaves: *Filosofia do direito, Liberdade, Vontade, Crime, Pena.*

Abstract

The present dissertation tries to undertake a hypothesis of interpretation of penal theory, based on the purpose of special prevention with the intention of understand in the work the Principles of Philosophy of Right of Hegel the penalty as promotion of social freedom. In order to do so, the conceptual roots of the objective spirit are presented which, from oppositions with Kantian practical philosophy, are formulated on the immanent rationality of historical and social institutions and are anchored in the concept of will and freedom in itself and for itself. Such a concept is developed in its logical and political stages in which the question of the penalty is approached in different ways. It is presented an approach of the penalty from the point of view of the negative freedom of the person of right, exposing the deficiency of the abstract right and its lack of anchoring in the State and the basic understanding of the crime as an injury to the just. It is exposed the analysis for a theory of the penal and the theory of the action, as an ground for the subjective morality, which implies in the necessity of the concept of objective imputation for the consideration of the punishment. The issue of punishment is set out in ethics, which presents fertile elements for contemporary criminal law. The central objective of the present work is precisely to understand in what extent the penalty, as a dignification of the criminal's rationality, as a presupposition of its recognition as a free being, can reach the objective and subjective point of view, with the aim of restoring the right by the law, through the reconciliation of the right with itself in the penalty; and how the criminal reconciles himself and is recognized in the law, in which the former will be protected by a criminal action. Thus, it is sought to actualize the logical movement of the spheres of freedom, in order to determine the nature of the criminal act. In this sense, honoring the criminal individual as a rational being will be the Hegelian foundation for the criminal proposal of prevention: be it general positive or special.

Keywords: *philosophy of right, freedom, will, crime, punishment.*

Sumário

Introdução.....	8
Capítulo 1: O Espírito Objetivo no Sistema Hegeliano.....	14
1.1 Notas sobre a filosofia política hegeliana.....	14
1.2 A crítica de Hegel ao conceito Kantiano de Razão e prática.....	18
1.3 Do conceito de Espírito à filosofia do espírito objetivo.....	24
1.4 A Estrutura da <i>Filosofia do direito</i> de Hegel.....	29
1.5 O Conceito de Vontade Livre: universalidade, particularidade e singularidade.....	34
1.6 As Figuras de Desenvolvimento do Conceito Especulativo de Vontade Livre.....	42
Capítulo 2: O <i>direito abstrato</i> em Hegel: as determinações da vontade abstrata.....	49
2.1 Notas preliminares do <i>direito abstrato</i>	49
2.2 A herança kantiana da concepção hegeliana do direito.....	50
2.3 Princípios do <i>direito abstrato</i>	55
2.4 A igualdade formal dos proprietários e a desigualdade material de riquezas.....	58
2.5 O Contrato e o contratualismo.....	69

2.6 A dialética do crime em Hegel e a pena como sua supressão.73

Capítulo 3: A teoria penal em Hegel: inspirações e dificuldades na dogmática penal contemporânea82

3.1 Introdução a proposta penal hegeliana82

3.2 O movimento dialético do crime e da pena como proposta para uma teoria da pena em Hegel.....84

3.3 A teoria da ação em Hegel.....93

3.4 A *moralidade subjetiva* em Hegel: aspectos da imputação da ação como base para punição.....98

3.5 Aspectos contemporâneos da teoria da pena em Hegel106

3.6 Discussões finais sobre a proposta penal em Hegel113

Conclusão122

Referências Bibliográficas:.....127

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento desta dissertação focaliza o tema dos pressupostos da pena em Hegel, que pretende estabelecer, por meio do desdobramento lógico do conceito de vontade livre, a finalidade da punição, bem como a sua fundamentação. Com base nas estruturas da filosofia política hegeliana, questiona-se, ao longo de todo este trabalho, se a pena que se propõe nos *Princípios da Filosofia do Direito* de Hegel (2009a), é uma forma de particularização do direito, que visa necessariamente a afirmação do direito, que se expressa como a garantia e a existência da liberdade por meio da autorrealização dos sujeitos. Denota-se que tal expressão representa a reinserção social do criminoso através da pena, determinada por um Estado ético racional.

De outra maneira, para além desta definição sobre a pena, questiona-se se o crime, dentro do movimento lógico do conceito do direito, possui sua origem enquanto universal no Estado e, ao mesmo tempo, representa o que subjetivamente cada indivíduo adequado a essa universalidade sanciona como justificação para o crime, segundo uma lei existente. Hegel propõe que não há crime, enquanto lesão do direito, sem que haja uma lei instituída pelo Estado, todavia, para que a lei seja tomada como existente, e seja revelado o porquê de sua racionalidade, deve-se interpretar a relação do indivíduo e o seu tempo correspondente a circunstâncias da sociedade em que se encontra, para que se entenda como essa lei dada é exemplo da compreensão de liberdade.

Nesse sentido, reflete-se sobre a fundamentação de uma teoria penal em que o criminoso pressuponha o seu reconhecimento como um sujeito livre através da pena. Todavia, como fazer com que o caminho empreendido, apesar de calcado na conexão entre o crime cometido e a pena, que visa a suprimi-lo, não se torne um mal pelo mal?

Observa-se que as possibilidades de se construir uma fundamentação teórica da pena calcada na vontade livre, segundo Hegel, concebem o indivíduo essencialmente como um ser livre e racional e tal racionalidade exige a liberdade do Estado refletida no

sujeito e nas instituições. Todavia, questiona-se porque uma sociedade que se julga racional poderá tratar alguns de seus indivíduos como animais, isto é, um indivíduo sem honra e liberdade, impondo-lhes uma reprimenda penal? A resposta para essa questão foi dada pelo próprio Hegel. O que ele supõe é que a racionalidade do Estado, que se pretende livre, conceitualmente, deva atualizar-se por meio do movimento lógico figurativo de todas as vontades particulares. (ROSENFELD, 1995, p.101). À medida que o criminoso se reconhece como ser livre, a pena será justa em si, o ser em si da vontade desse agente, que contém o próprio direito, também o torna como ser racional (HEGEL, 2009a, §100, p. 89).

O objetivo desta dissertação é, justamente, analisar, em que medida a pena, enquanto dignificação do criminoso, concebido como ser racional, a partir do movimento lógico da vontade livre – iniciado no *direito abstrato*, passando pela *moralidade subjetiva* e por último pela *eticidade* – coadunam tal dignificação do criminoso com a funcionalidade da pena, seja ela de retribuição, de prevenção geral ou de prevenção especial. Trata-se de reestruturar a posição de Hegel em sua proposta penal da modernidade, de reestabelecer uma conexão com a atualidade, questionando se ainda é possível, por meio de sua filosofia política moderna, observar princípios que possam se enquadrar nos Estados Democráticos de Direito.

Inicialmente, é necessário demonstrar como Hegel empreende o seu projeto filosófico, a partir dos paradigmas do pensamento moderno. Destaca-se a sua concepção de espírito objetivo, em que se localiza o desenvolvimento do conceito de *liberdade*, formulado a partir de uma crítica a Kant, propondo-se uma redefinição dos conceitos de *razão* e *liberdade*. Pretende-se a partir da questão da vontade, apresentar como o espírito efetiva-se como modo de proceder e agir na experiência sensível e seu entendimento sobre a vontade livre que se autodetermina-se de três modos: vontade natural, vontade do arbítrio e vontade racional.

A perspectiva essencial do presente estudo é a análise da compreensão de *liberdade* que Hegel empreende em cada esfera de determinação específica do conceito de vontade livre e essas fases desenvolvidas serão os pressupostos para teorizar a pena.

Tal questão ficou evidenciada a partir de uma construção lógica, que conceba racionalidade tanto para o indivíduo quanto para o todo que o cerca, por meio de uma

reconciliação do direito consigo mesmo através da pena (HEGEL, 2009a, §220, p. 196). A esse propósito, a racionalidade do direito é considerada como a do criminoso, sempre voltada para as formas de mediação entre a vontade livre em si, a vontade livre para si e a vontade livre em si e para si, determinando-se, progressivamente, em cada uma das esferas da liberdade, o *direito abstrato*, a *moralidade subjetiva* e a *eticidade*. O presente estudo examinou essas noções, valendo-se também das ideias de comentadores hegelianos, como Marcos Lutz Müller, Denis Rosenfield, Tarcilio Ciotta, Victório Hösle, entre outros, para tornar mais proíficas e robustas as proposições firmadas. Além disso, busca-se desenvolver, através das determinações conceituais jurídicas e morais, a proposta de justificação penal em retributivas, de prevenção geral positiva ou de prevenção especial. A partir das considerações supracitadas, examina-se se o contexto dos fins da pena em Hegel, que remete ao teor da dogmática jurídica contemporânea, quando pautados em reconhecimento do sujeito com outros sujeitos e com seu meio social.

Assim, a trajetória percorrida para a compreensão do problema formulado e enfrentado nesta dissertação está abordada nos seguintes capítulos e subcapítulos.

No capítulo 1, denominado *O Espírito Objetivo no Sistema Hegeliano*, expõe-se uma breve introdução sobre os aspectos do sujeito na filosofia política hegeliana. Em seguida, aborda-se uma exposição crítica acerca da filosofia kantiana, ao propor uma redefinição dos conceitos de razão e de liberdade.

No momento seguinte, abordam-se os conceitos de *espírito* e a *filosofia do espírito objetivo*, que se encontram nas próprias estruturas sociais e determinam e configuram ideia de liberdade. Dentro dessa perspectiva, compreende-se que o norte da *filosofia do direito* de Hegel (2009a) é a ideia da liberdade ou da vontade livre, e o seu propósito é efetivar o conceito de direito em cada uma de suas partes: o *direito abstrato* (§33), a *moralidade subjetiva* (§105) e a *eticidade* (§142). Finalizando o primeiro capítulo, a partir do *espírito objetivo*, explicita-se o conceito de *vontade*, a partir de suas próprias determinações: a universalidade, a particularidade e a singularidade. Por fim, pretende-se chegar às figuras de desenvolvimento do conceito especulativo de vontade livre: a vontade natural, a vontade como arbítrio e a vontade universal, que serão as três fases que possibilitam as normas do direito e o próprio princípio que as gera, isto é, o

princípio dessas fases de desenvolvimento da ideia da vontade livre é a própria liberdade da vontade, e essa liberdade realiza-se nas várias formas do direito por meio do desenvolvimento lógico do seu conceito.

No segundo capítulo, firma-se a primeira base teórica para o estudo da pena, qual seja, o *direito abstrato*. Esse desenvolve-se a partir da primeira figura do desenvolvimento especulativo da vontade livre, uma releitura dos produtos ativos das determinações lógicas da vontade, a partir de seu movimento de imediação das coisas.

Posteriormente, reflete-se acerca da determinação expressa pela personalidade (HEGEL,2009a,§36) e do surgimento dos direitos da pessoa como ponto de partida do *direito abstrato*; a propriedade (*Ibid.*,§41), como o direito da pessoa a apropriar-se de sua realidade empírica, bem como expor sobre o conjunto de elementos próprios à propriedade: a tomada de posse (*Ibid.*§54), o uso da coisa (*Ibid.*§59) e a alienação da propriedade (*Ibid.*§65); o contrato (*Ibid.*§72) como a supressão do livre arbítrio do proprietário, mediante o reconhecimento recíproco entre os mesmos e as suas limitações. Finalizando o segundo capítulo, examina-se a última parte do *direito abstrato*, o injusto (*Ibid.* §82) e a sua superação por meio da dialética da pena. O crime (*Ibid.* §90), nesse sentido, apresenta-se como a negação do direito, isto é, uma violência e a anulação do direito; a pena, por sua vez, constitui a negação da negação que o crime produziu.

Sobre o terceiro capítulo, o mesmo articula-se em cinco momentos distintos: 1. Aspectos da teoria penal em Hegel; 2. A teoria da ação em Hegel; 3. A *moralidade subjetiva* em Hegel: aspectos da imputação da ação como base para punição; 4. Aspectos contemporâneos da teoria da pena em Hegel; 5. Discussões finais sobre a proposta penal em Hegel.

Na primeira subseção, qual seja, “Análise da teoria penal em Hegel”, aloca-se uma teoria filosófica da pena, a partir dos estudos dos principais pesquisadores hegelianos e suas inspirações. Assim, o que se busca empreender é uma discussão filosófica sobre a retribuição penal hegeliana tentando desmistificá-la como finalidade da pena, bem como traçar os principais pontos de discussão da filosofia política hegeliana, por meio da especulação da vontade livre.

O segundo subitem trata especificamente da teoria da ação em Hegel, com vistas a expor as distinções entre ação e culpabilidade, e, por meio dessa crítica, tomar a teoria da ação como base para a construção teórica da imputação penal em Hegel.

No terceiro momento, aborda-se sobre a *moralidade subjetiva*, com vistas à análise dos pressupostos sobre a ação e seus desdobramentos dentro da vontade subjetiva, apontando Hegel como um dos precursores de uma questão específica para o direito penal, a imputação objetiva.

O penúltimo item cuida do estudo da possibilidade de justaposição da teoria da pena em Hegel na contemporaneidade e das dificuldades concernentes em seu bojo teórico sobre *a moralidade subjetiva e a eticidade*. Isto é, aborda a questão de retomada da imputação objetiva os seus problemas teóricos na dogmática penal, bem como a legalidade hegeliana. Aponta-se, por um lado, a pena em Hegel poderá ser fundada como prevenção geral positiva, juntamente a uma crítica da atualidade ao juízo de imputação objetiva. Trata-se de uma crise de fundamentação da teoria da culpabilidade, utilizando seus critérios de responsabilização através da ação culposa. No último momento, é possível demonstrar que a teoria da pena hegeliana possui algumas características de pena de prevenção geral positiva, assim como o jurista Gunther Jackobs, mas, por outro lado, tais características não asseguram aludir a pena em Hegel com essa finalidade. Assim justifica-se que para Hegel a finalidade da pena de prevenção especial, apresenta-se pressuposta desde o direito abstrato, mas será fundada no ponto de vista da *eticidade*, especificamente através da reconciliação do sujeito criminoso com seu meio social, e onde há o reconhecimento do sujeito enquanto participante e agente ativo de um todo que o cerca.

Desse modo, o *direito abstrato* até a *eticidade* serão imprescindíveis para a estruturação da análise da justificação hegeliana sobre a pena. Além disso, inicia-se a teoria penal na categoria do injusto, que nega o direito e a pena construída como agulhão dialético, por sua vez, representa a afirmação do direito, ou a sua reestruturação. Todavia, deve-se frisar que a afirmação do direito, bem como sua estruturação, serão pressupostas na esfera do *direito abstrato*, assim como o reconhecimento do criminoso como ser livre e racional. Mas, o caminho a seguir, através do método hegeliano especulativo será interpretar a lei dada e sua racionalidade,

ou seja, como essa lei dada é exemplo da compreensão de liberdade e se possui o sentido de cumprir todas as suas determinações.

A compreensão de liberdade na época atual, ao mesmo tempo que consegue ser universalmente válida, isto é, positiva, também será aceita racionalmente pelo sujeito. Por esse olhar contemporâneo, os princípios constitucionais fundamentais num Estado Social e Democrático de Direito devem ser tutelados pelo aparato estatal que é a única estrutura que se reconhece legítima para a imposição de uma pena, por exemplo, e, sobretudo, o Estado é aquele que deve dar garantias de validade para uma série de direitos fundamentais e limites ao seu direito de punir.

Hegel, assim, será aquele que propõe a pena inicialmente como uma disposição para a liberdade. Contudo, no ponto de vista da *eticidade*, a liberdade será efetiva através das instituições. Nesse Estado vão surgir, intersubjetivamente, relações que podem desenvolver cidadãos a cometerem crimes, bem como, dentro de um regime jurídico o Estado legitima-se através da lei a punir os criminosos. Mas, deve-se frisar, que o ato de punição ao criminoso através do Estado, torna-se o maior exercício jurídico de proteção à liberdade e reafirmação da validade do direito.

Capítulo 1: O Espírito Objetivo no Sistema Hegeliano

1.1 Notas sobre a filosofia política hegeliana

Tendo em vista o objeto central desta dissertação, isto é, os pressupostos para uma teoria penal na *Filosofia do direito* de Hegel (2009a), inicia-se o percurso investigativo, a partir da apresentação do solo teórico no qual Hegel baseia sua filosofia política. Neste solo, inicialmente, é determinado o conceito de subjetividade, bem como é destacado como Hegel já parte de uma visão crítica a seus antecessores para formular seu próprio pensamento, no que se refere ao tema da liberdade. A imposição de uma cisão necessária entre liberdade e práticas sociais é o ponto gravitacional da discordância de Hegel com Kant. De porte desse saber, vislumbra-se o conceito original capaz de combater a radical cisão da liberdade com o mundo sensível: o conceito de espírito. Esse pretende ser um conceito que reestabelece o sujeito no seio de seu contexto histórico e social e, a partir dele, é possível abordar o conceito hegeliano de vontade, tendo em vista que o espírito se torna efetivo como a vontade de um agente. Assim, ao estabelecer tal conceito e suas divisões, abordam-se as determinações lógicas que constituem a vontade livre.

Cabe frisar que Hegel apresenta, como elemento central da modernidade, a subjetividade, e essa é a marca cultural deste tempo e o princípio interior da autoconsciência moderna. Portanto, a crítica de Hegel aos seus precursores Kant e Fichte, por exemplo, tem como alvo a subjetividade. Será através de seu próprio momento de reflexão, por um movimento imanente, que a subjetividade gera uma bipartição do mundo, a qual advém da estrutura da autorreferencialidade do sujeito, e este é o ponto da crítica de Hegel à moralidade kantiana. Para Kant, um sujeito concreto deveria obedecer cegamente à razão, regido por um princípio formal, o qual não realiza a unidade entre o ideal (razão) e o real (mundo). “Esta ciência do [aspecto] ético, que

fala da identidade absoluta do ideal e do real, não age, portanto, segundo suas palavras, mas sua razão ética é, na verdade, e na sua essência, uma não identidade do ideal e do real” (HEGEL, 2007, p.57-58). Assim sendo, Hegel propõe um projeto filosófico calcado na liberdade, que coadune razão teórica e razão prática, baseado em um método e conceitos que expressem o pensamento enquanto ação e justifiquem a liberdade.

Hegel formula seu sistema filosófico, calcado em uma razão como sujeito, segundo o conceito de espírito, na medida em que a evolução do sujeito é guiada normativamente pela liberdade do espírito.

O pensamento político moderno apresentou mudanças de paradigmas diante de modelos de justiça da filosofia do direito, estabelecendo leis e princípios formais, de um lado, através do método procedimental, e, de outro através do jusnaturalismo, que afirma a liberdade negociada e igualdade formal. O modelo hegeliano de justiça, formado a partir do método especulativo, inicia-se admitindo um estado de conflito na luta de todos contra todos. Conforme apontado no *Leviatã*, esse conflito vigente na vida social tinha como finalidade a questão da sobrevivência. Porém, em Hegel, esse conflito, enquanto uma luta do indivíduo em sociedade, tinha como fim o reconhecimento. Assim, mediante um caráter dialético da realidade e do pensamento, o objeto resultante do pensamento especulativo é a ideia do direito, ou seja, o seu conceito e a sua realização (HEGEL, 2009a, §1, p.1).

Denis Rosenfield, em sua obra *Política e liberdade em Hegel* (1995), aborda que “Hegel estrutura sua obra do direito por meio do desdobramento das figuras da vontade livre harmonizando-as na ideia da liberdade consigo mesma” (ROSENFELD, p. 21). A interpretação citada presume que a vontade livre em Hegel se movimenta progressivamente, através do meio da atividade dos indivíduos e suas expressões, isto é, pessoa, sujeito, comunidade social, com a intenção de alcançar um novo conceito de indivíduo. Esse é o processo de formação da ideia da liberdade, ou o modo pelo qual a ideia progride a conhecer na imediação do ser (*ibid.* p.21.).

Com efeito, a sociedade moderna, caracterizada pelo capitalismo e liberalismo, pretende superar as relações de dominação tradicionais mediante um Estado livre. E um projeto moderno está comprometido com a liberdade como fundamento da autonomia do sujeito e pela sua capacidade de autodeterminação. Essa nova concepção de

realidade, justificada por meio da independência dos indivíduos em relação ao social, ensejou novas concepções teóricas sobre a pena e a sua justificação e finalidade, através da tradição jurídica e filosófica da época. Exemplo dessa nova concepção foi a adoção da pena como restrição da liberdade, isto é, a prisão-pena como a própria condenação ao encarceramento.

Ora, a modernidade ter como pressuposto a liberdade e a autonomia dos indivíduos também contém dentro de si uma contradição, ao se pensar na questão da pena e a sua justificação. Primeiramente, porque as consequências jurídicas do delito trazem limitações que afetam seriamente a liberdade humana, segundo porque passa a trazer uma ideia de restauração da ordem jurídica, muitas vezes deixando de lado a ressocialização do condenado. Contudo, a filosofia, na modernidade, debruçou-se sobre uma nova concepção de vida humana, buscando calcar teorias que contenham elementos que fundamentem uma justiça penal, que concorra em favor de princípios morais, que respeitem e salvaguardem a dignidade humana e o reconhecimento de todos no seu seio social, representando uma evolução criminal para época. Nesses moldes, surgem teorias ancoradas em legitimar o monopólio do Estado em punir, ou seja, o seu *ius puniendi*¹ e a aplicação da pena ao indivíduo que cometeu o delito, surgindo, assim, teorias *jusfilosóficas* sobre a finalidade ou propósito da pena.

Com isso, apreende-se, nos estudos sobre a pena, que essa possui um caráter limitador do arbítrio punitivo estatal, assim como retira do aspecto particular a chamada vingança privada e cria uma justiça imparcial que, ao cometimento de um crime, decida-o, pautado em regras formais, conduzindo à harmonia social. Assim, na modernidade, Hegel foi um dos expoentes nas novas concepções filosóficas sobre a pena, desde sua juventude, em seu *Sistema da vida ética* (1991), até a *Filosofia do direito* (2009a). Essa última será analisada nos próximos subcapítulos.

O caminho para uma teoria da pena pressupõe, afinal, um breve percurso introdutório em seu primeiro contato com as considerações sobre o crime. É preciso ver a pena, a partir da formação de seu pensamento, na obra *Sistema da vida ética* (1991). Nessa obra, o crime é explicado como elemento promotor da evolução nas relações

¹ O “[...] *ius puniendi* compete exclusivamente ao Estado através de seus representantes nos vários órgãos, abrangendo todas as áreas do ordenamento jurídico circunstância que afasta a vingança pessoal” (CARLETTI – PEDROTTI, 1995, p.417).

humanas: o crime representa uma maturação nos processos de intersubjetividade à medida que apontam, primeiro, para a possibilidade de se romper os contratos firmados a “negação da eticidade natural e de seus níveis de interação” (LIMA, 2014, p. 325-nota).

O crime, nesse texto, indica a insuficiência do direito abstrato (o jusnaturalismo moderno) e seus pressupostos, como respeito à propriedade e honra, quando esses são entendidos como direitos naturais e não sociais. Nesse sentido, contra o crime exige-se um Estado bem formado constitucionalmente e capaz de impor sanções dentro desse ordenamento jurídico e que não se baseie apenas na relação abstrata do direito: “[...] pelo que se põe também nesta liberdade a possibilidade do não-reconhecimento e da não-liberdade” (HEGEL, 1991, p. 35). Assim, conforme expõe Axel Honneth, em *Luta por reconhecimento: a gramática da moral dos conflitos sociais* (2003), Hegel entende que o *direito abstrato* abre essa possibilidade de crime, pois o indivíduo não é reconhecido em sua totalidade, apenas como aquele que pode dizer sim ou não em relação às ofertas sociais (HONNETH, 2003, p. 50).

Para Hans-Georg Gadamer, em sua obra *Hegel e Heidegger in: Hegel, Husserl, Heidegger/* (2012), a questão da pena no jovem Hegel tem como proposta produzir uma ordem jurídica. Ele reconhece que a coação jurídica não é a realidade da pena, propriamente dita, mas pretende fazer com que o criminoso retorne à sociedade. Desse modo, a pena deixa de ser coação para ser restabelecimento a unidade que outrora foi quebrada (GADAMER, 2012, p. 131).

Assim, em continuidade a essa última proposição, prepara-se o caminho para os pressupostos da pena em Hegel, a partir de seus escritos mais fecundos da filosofia política. A teoria da pena será construída de forma progressiva, tentando superar os momentos que não mais se sustentam teoricamente e resgatando o que ainda é de racional efetivo no mundo atual.

1.2 A crítica de Hegel ao conceito Kantiano de Razão e prática

A discussão que se segue propõe expor a influência kantiana nos escritos de Hegel, bem como a crítica que esse formula contra o primeiro.

Kant, na obra *Crítica da Razão Pura* (2001), credita uma dupla função à razão: de um lado, a razão é o fundamento da liberdade como autonomia, de outro lado, a razão é fundamento da possibilidade de conhecimento enquanto entendimento que produz representações. E isto é a cisão kantiana entre razão prática, que trata da liberdade, e razão pura, que trata do conhecimento. Nessa última, Kant distingue entre dois “Eus”. O primeiro pertence ao sujeito singular empírico e o outro pressupõe um eu transcendental, definido como “[...] o princípio supremo de todo conhecimento humano” (KANT, 2001, p. 160).

O que Kant propõe é um sujeito transcendental e pressuposto que contém dentro de si as condições de possibilidade de acesso ao mundo dos objetos. No entanto, conforme sua crítica, a autoconsciência desse “eu penso” não implica na capacidade de conhecer a si mesmo, ou seja, ele pode ser pensado, mas é impossível conhecê-lo. O “Eu” transcendental kantiano pertence às coisas que podem ser pensadas, como Deus, liberdade e mundo, mas nunca poderão ser objetos do entendimento, pois estão além de toda experiência possível. Para eles, não há leis subjetivas do entendimento que regem o conhecimento objetivo dos fenômenos, mas, apesar de não se tornarem objetos da razão especulativa, tais conceitos podem ser comprovados pela razão prática:

Ora como a proposição *eu penso* (considerada problematicamente) contém a forma de todo o juízo do entendimento em geral e acompanha todas as categorias, como seu veículo, é claro que as conclusões extraídas dessa proposição só podem conter um uso simplesmente transcendental do entendimento, que exclui qualquer ingerência da experiência e de cujo progresso, depois do que anteriormente indicamos, não podemos previamente formar um conceito favorável (KANT, 2001, p. 357, A348).

Desse modo, o “Eu transcendental” é também um conceito da razão prática, ou seja, do reino da liberdade ou moral, e o “Eu empírico” é também um objeto do entendimento, ou da razão especulativa, o reino da ciência. Kant parte do conceito de

transcendental não para conhecer o objeto, mas para possibilitar as condições do conhecimento do sujeito. Diferentemente da visão clássica, o que ele pretende é investigar as condições de possibilidade da experiência a partir de uma perspectiva transcendental.

O problema das noções de “Eu transcendental” e um “Eu empírico” apresenta-se na dificuldade intrínseca do movimento realizado por eles. O “Eu empírico” necessitará, como conhecimento objetivo, do primeiro, para legitimá-lo. De igual forma, o “Eu transcendental” não poderá ter valor prático ao se valer da razão subjetiva abstrata para o pensamento enquanto conceito. Desse modo, a filosofia de Kant não se ocupa com o conceito de sujeito enquanto tal, mas apenas com as possibilidades de conhecimento, diferentemente da filosofia de Hegel, que coloca o sujeito no centro de suas preocupações. Assim, Hegel tematiza a dualidade entre razão e liberdade, objetividade e subjetividade, como aspectos de um mesmo sujeito inter-relacionando-os.

Segundo Hegel, Kant esvazia de função a razão ao retirar sua capacidade de emitir juízos acerca daqueles certos objetos e ao relegá-la à mera abstração subjetiva. Assim, na concepção de Hegel, as ideias transcendentais, quando desprovidas de toda realidade, são apenas puros pensamentos vazios: “Segundo Kant, o suprassensível é incapaz de ser conhecido pela razão, a ideia suprema não tem simultaneamente realidade” (HEGEL, 2009b, p. 20).

Na esteira da diferença entre razão e entendimento, a razão tem como característica a possibilidade de se pensar conceitos infinitos e incondicionados; o entendimento fica restrito à capacidade cognitiva de pensar os fenômenos, sendo incapaz de pensar o todo, “[...] como uma finitude insuperável e fixa da razão” (HEGEL, 2009b, p. 31); Contudo, o pensamento racional não é legítimo se não encontrar validade alguma na experiência, pois, segundo Kant, o que “a razão profere serão apenas silogismos sobre puros conceitos ou ideias (FELIPPI, 1998, p. 47)”.

Sob um último aspecto, Kant, pelo recurso do idealismo transcendental, distingue a coisa em si dos fenômenos, pelo fato de que somente se pode conhecer as coisas como tal como elas se apresentam na experiência e nunca em si mesmas. A palavra fenômeno vem do grego *phainómenon*, que significa “aparição”, “manifestação e “aquilo que aparece”. Aquilo que aparece é o objeto da intuição sensível que, por

meio da espontaneidade da razão, liga esse dado sensível às categorias. Esse processo impossibilita que a razão conheça o objeto em si mesmo, pois somente se conhece do objeto aquilo que a razão pode alcançar, por meio dos seus processos de cognição. A coisa em si ou *noumeno* é a realidade do pensamento puro, ou seja, não está presente no fenômeno, mas é uma intuição da razão. Para Kant, ao contrário do fenômeno, o *noumeno* não pode ser alcançado e, por isso, não é possível conhecê-lo, pois sua realidade não está no mundo sensível e o intelecto apenas conhece o que lhe é dado pela sensibilidade:

Também na parte analítica da Crítica se demonstrará que o espaço e o tempo são apenas formas da intuição sensível, isto é, somente condições da existência das coisas como fenômenos e que, além disso, não possuímos conceitos do entendimento e, portanto, tão pouco elementos para o conhecimento das coisas, senão quando nos pode ser dada a intuição correspondente a esses conceitos; daí não podermos ter conhecimento de nenhum objeto, enquanto coisa em si, mas tão somente como objeto da intuição sensível, ou seja, como fenômeno. (KANT, 2001, p. 51 XXVI).

Hegel acusa Kant de demonstrar, em sua filosofia, a impossibilidade do conhecimento racional ao considerar a razão como superação necessária, porém apenas formal e não real das categorias do entendimento: “Perguntaram e responderam o que é o universo segundo um cômputo inteligível para uma subjetividade senciente e consciente ou para uma razão imersa na finitude e despojada da intuição e do conhecimento do eterno” (2009b, p. 29-30).

O que Hegel toma como objeto de análise é essa impossibilidade kantiana de superar o formalismo do pensamento reflexivo, no que se refere às antinomias que estão entre entendimento e razão, mundo sensível e inteligível, finitude e infinitude:

Já nas antinomias, uma vez que o entendimento só pode ter função diante da matéria sensível, pois em si mesmo é mera forma, pensar vazio, não pode pensar objetos transcendentais, além da experiência sensível. Sua função é formular juízo, na medida em que atribui uma coisa à outra, ou o conceito ao conteúdo sensível, considerando sempre essas coisas como separadas e diferentes, estabelecendo entre elas uma relação de exterioridade (SALGADO, 1996, p. 43).

Dessa maneira, o que caracteriza a lógica transcendental são as condições *a priori* do sujeito para pensar os objetos, com base na experiência e para a experiência. Contrariamente, afirma Joaquim Carlos Salgado, em *A idéia da Justiça em Hegel* (1996), a lógica hegeliana é dialética; nessa o sujeito e o objeto serão eliminados

enquanto posições rígidas, resultando, por meio do processo de conhecimento, nas determinações do próprio pensar e do próprio objeto, deixando de lado as condições subjetivas do pensar (SALGADO, 1996, p. 44).

As antinomias e contradições são pensadas por Kant como inerentes à razão e não aos objetos, à medida que é apenas utilizada como entendimento. Assim, Deus, alma e liberdade, como exemplos de antinomias, não carregam contradição, apenas o entendimento se contradiz ao pensá-los como objetos. No entendimento da lógica transcendental, as coisas não podem conter contradição. Entretanto, na lógica dialética as coisas carregam em si a contradição, uma vez que, no plano da totalidade absoluta e seu movimento, as coisas trazem consigo sua negação como constituição dialética. “A razão é, portanto, o lugar adequado de pensar a contradição das coisas, não o entendimento até então usado para pensá-las em sua finitude” (SALGADO, 1996, p. 45).

Para Hegel, colocar as contradições apenas na razão significa somente acentuar o dualismo, pois colocaria uma possível coerência ao mundo. Assim, o que Hegel condena em Kant é a cisão entre o sujeito que conhece e o objeto conhecido, sendo incapaz de pensá-los inter-relacionados, o que, para Hegel, é de onde surge o conhecimento verdadeiro. Para o filósofo alemão, um sujeito que não encontra sua própria essência, por estar limitado a conhecer o mundo apenas pela aparência, é um sujeito alienado.

A crítica que Hegel faz acerca da filosofia prática de Kant vem desde sua juventude, devido aos aspectos práticos da vida humana e dirige-se especialmente à abstração e ao formalismo dos fundamentos kantianos. Para Kant, a lei moral é fruto dessa da razão que concebe conceitos para além de toda a experiência, sendo regulada apenas pelo uso prático da capacidade de se autodeterminar. Então, é essa autodeterminação como característica da razão que lhe permite dar a lei a si mesma, sendo totalmente independente da experiência, dos objetos apreendidos e do próprio sujeito empírico (FELLIPI, 1998, p. 56).

A razão prática kantiana possui como lei fundamental o imperativo categórico formulado por: “age de tal maneira que a máxima de tua ação possa valer universalmente”. Tal imperativo das leis práticas é expresso em “deves porque deves”,

isto é, a lei moral é afirmada como um dever-ser e fundamenta-se na liberdade da razão, sendo, por isso, a ética de Kant a da autonomia, pois a razão cria leis para si mesma e não é condicionada empiricamente. Logo, a aplicação prática desse princípio realiza-se na experiência, todavia, sua formulação, enquanto norma reguladora, é universal e abstrata e, portanto, não há conteúdos concretos a serem seguidos. Por isso, a ética de Kant é considerada formal, por não abarcar a coletividade e nem todas as ações humanas.

O formalismo da lei moral transcendental é uma das principais críticas de Hegel, ou seja, a autodeterminação da razão baseada no pensar universal e abstrato, dando lei a si próprio, o que implica em conservar a mesma positividade do poder exercido de forma externa. O que Hegel critica é o fato de limitar o pensamento reflexivo, ao opor o universal e particular, bem como diferenciar o conceito e realidade. Com isso, o indivíduo, no âmbito do universal, mantém-se apenas em seu conceito abstrato, alheio à sua essência de ser vivo. Para Hegel, as leis não podem ser algo mais elevado que o indivíduo, pois esse será sacrificado pelo universal:

A expressão empírica e popular pela qual esta representação, que aprende a natureza ética simplesmente pelo lado de sua identidade relativa, se é tão recomendada, é que o real, sob o nome de sensibilidade, tendências, faculdade inferior de desejar etc. (momento da multiplicidade da relação) está, com a razão (momento da unidade pura da relação), em desacordo (momento da oposição da unidade e da multiplicidade), e que a razão consiste nisso, [a saber:] querer pela autoatividade e autonomia própria absoluta, e limitar e dominar esta sensibilidade que foi tratada (momento da determinidade desta relação, que nele a unidade, ou negação da multiplicidade, é o primeiro) (HEGEL, 2007, p. 60).

Kant tentou, por meio de seu método, centralizar o sujeito no processo de conhecimento e de tratamento do real. Hegel concorda que qualquer investigação se inicia no sujeito, pois é ele quem indaga, coloca as questões e considera o objeto. Todavia, assim como o sujeito é o ponto de partida, também é o ponto de chegada. No entanto, o sujeito em Hegel vai além de ser um início e um fim, mas é um meio entre eles, visto que somente pelo sujeito o objeto é conhecido, atingido e o aparecer do objeto é um aparecer para o sujeito. Sendo assim, caso aquele apareça para si mesmo não há como o sujeito comprovar, de modo absoluto, tal aparecimento. O objeto está fora ou permanece para além do sujeito. Desse modo, Hegel expõe que esse aparecer do

objeto é um imperativo, pois é um aparecer que objetiva mostrar-se sempre para um sujeito.

Assim, tal dualidade é o ponto crucial para a crítica de Hegel acerca de Kant em sua formulação sobre a possibilidade de o sujeito conhecer absolutamente o objeto. Para Kant, não há possibilidade de o sujeito conhecer efetivamente o objeto e, a partir de sua constatação, fica sedimentada a dicotomia sujeito e objeto, considerando que não há uma reconciliação entre ambos, mas apenas uma convenção pacífica. Logo, Hegel opõe-se a Kant, uma vez que o sujeito é quem efetiva o objeto. Não que ele negue a exterioridade e as especificidades deste, porém acredita que o sujeito possa tê-lo em si. De fato, o que Hegel pretende é fundir a relação sujeito e objeto, resultando que um sem o outro não consegue assegurar a devida sustentação, pois é preciso reconhecer-se um no outro.

Hegel critica a filosofia kantiana do dever-ser ou o formalismo da lei moral transcendental, mas não se deve negar que é a partir da fundamentação de Kant do conceito de liberdade que Hegel envereda-se para a construção de seu pensamento filosófico. A autora Maria Cristina Fellipi (1998), atribui Hegel como tributário à filosofia moral de Kant do projeto da *Aufklärung*, mas sua crítica reporta-se à fundamentação e justificação de tal projeto, ou seja, critica o conceito de liberdade kantiano que se baseia na distinção entre um mundo inteligível e outro empírico, e atribui apenas ao homem pensando como conceito, ao sujeito abstrato, ficando o homem empírico, concreto, reduzido à condição de objeto do conhecimento (FELIPPI, 1998, p. 45-46).

Nesse sentido, a pretensão de Hegel é buscar uma identidade não mais formal como a kantiana, deixando de lado o método reflexivo para o dialético, pesando o todo como unidade dinâmica. Na *Filosofia do direito* (2009a), ele apresenta que é um equívoco o distanciamento entre o sujeito e objeto, pois este não pode ser desconsiderado, levando em conta que sujeito é definido na relação com ele. E o reconhecimento que o sujeito tem em si num outro de si mesmo que é o objeto (HEGEL, 2009a, p. 29, §26), ou seja, o princípio universal que Kant deveria ter buscado.

1.3 Do conceito de Espírito à filosofia do espírito objetivo

Na célebre formulação filosófica de seu pensamento, Hegel desenvolve um sistema, com certa autonomia e a partir de uma lógica própria. No *espírito objetivo*, dedica-se aos estudos das instituições da liberdade, a partir de sua obra *Filosofia do direito* (2009a). Assim, apresentar preliminarmente a filosofia do *espírito objetivo* em Hegel é indispensável para uma construção estrutural, com a intenção de fixar informações que devem estar presentes no pensamento do leitor posteriormente ao que for desenvolvido. Considerando os fundamentos da filosofia política de Hegel, destaca seus escritos de juventude² com a pretensão de redefinir o solo teórico da consideração da razão e liberdade (TAYLOR, 2014).

Hegel já parte de uma visão crítica a seus antecessores para formular seu próprio pensamento, no que se refere ao tema da liberdade. Vale salientar que, embora partindo de seus antecessores, Hegel visa a superar tais filosofias precedentes, apelando para possibilidade de reconciliar ambos os conceitos, razão e liberdade (FELLIPI, 1998, p. 69).

No que se refere à temática de razão e a liberdade³, os dois constructos são paradigmas do pensamento moderno. Por um lado, o ser humano é dotado de razão, ou

² Os escritos de juventude nesse caso podem ser reportados ao texto *Diferença entre o sistema de filosofia, de Fichte, e o de Shelling* (1801), no qual ele objetiva positivamente suas colocações, contrapondo-se a uma nova concepção de filosofia; bem como *Fé e Saber* (HEGEL, 2007), e *As maneiras científicas de tratar o direito natural* (HEGEL, 2003), obras essas consultadas.

³ Em relação aos conceitos de razão e liberdade, Hegel parte das definições modernas, mas modifica o modo original. Para este momento da discussão, deve ser patente que Hegel considera por Razão (Vernunft) não apenas o seu uso como entendimento (Verstand). Isto é, a modernidade kantiana entendeu o uso da razão como entendimento, ou seja, capacidade de construir juízos a partir de um objeto posto fora da razão e, por isso, objeto de reflexão. Assim, entendimento sempre trata de um objeto cindido e alheio à razão. Hegel pretende que razão como Vernunft seja aquela que rompa as barreiras das posições rígidas, entendimento e objeto, e consiga alcançar a unidade da totalidade, daí que Habermas afirme que Hegel quer fornecer à razão um “poder de unificação” (HABERMAS, 2002, p. 42); essa seria a razão (Vernunft) especulativa ou ideal: “[...] se o absoluto fosse *composto* de finito e infinito, então a abstração do finito seria, sobretudo uma perda, mas na ideia o finito e o infinito são um só” (HEGEL, 2007, p. 33). No tocante à liberdade, o processo é parecido. A liberdade, apreendida especulativamente pela ideia, não é uma que se baste na cisão entre a autonomia racional e a natureza; ou entre ditames da razão e práticas sociais. Para Hegel, a liberdade deve conter em si a união desses elementos.

seja, é capaz de estabelecer e obedecer aos pressupostos normativos de comportamento e, de outro, é, em si, livre e autônomo, apto a delimitar, por si, o fundamento de sua ação como autonomia (FELLIPI, 1998, p. 21). Os novos paradigmas da filosofia estão pautados, de um lado, na cultura científica, isto é, em uma sociedade que seja ordenada e regulamentada por lei; e, de outro lado, baseado em indivíduos livres, que tenham vontade de se liberar de toda e qualquer opressão. Como Hegel afirma na *Filosofia do direito* (2009a), uma das grandes mudanças paradigmáticas na história da filosofia está na consonância das condições e possibilidades de que um princípio seja capaz de sustentar laços sociais e, de maneira concomitante, garantir a autonomia dos sujeitos implicados:

O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permitirem que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio (HEGEL, 2009a, §260, p. 226).

A liberdade foi colocada como predicado universal do sujeito após os processos movidos pelo Iluminismo e Reforma, emergindo a subjetividade abstrata, resultando numa concepção de sujeito. Nessa ótica, Hegel pretende ir contra essa nova concepção formulando um novo conceito de sujeito que pretenda ser calcado no contexto histórico social de sua realidade concreta. Define-se, então, que a sua crítica se refere à concepção metafísica da razão e liberdade em especial reportada ao filósofo Kant. Pode-se, assim, concluir que Hegel apresenta uma redefinição e um novo conceito de sujeito: o espírito (FELLIPI, 1998, p. 44). O espírito é, em Hegel, o substrato cultural que perpassa todos os indivíduos em uma sociedade, na qual cada um perde sua posição de particularidade e vem a reconhecer o outro como a si mesmo, comungando os mesmos valores e práticas sociais:

[...] o espírito é, antes, algo diferenciado em si mesmo, apesar de sua simplicidade: pois [o] Eu põe-se a si mesmo em contraposição a si; faz de si seu objeto e retoma dessa diferença — que decerto é primeiro abstrata, ainda não concreta — à unidade consigo mesmo. Esse “ser-junto-a-si” do Eu, em sua diferenciação, é sua infinitude ou idealidade. Essa idealidade, porém, só se verifica na relação do Eu à matéria infinitamente multiforme que se lhe contrapõe. Quando o Eu o abarca, esse material se torna ao mesmo tempo contaminado e transfigurado pela universalidade do Eu; perde sua subsistência singularizada, autônoma, e recebe um ser-aí espiritual (HEGEL, 1995, §381, p. 19).

Portanto, o espírito em Hegel significa uma nova concepção de ser humano, diferentemente do “Eu penso” cartesiano e do “Eu transcendental” Kantiano”. “O conceito de *espírito*, nesse sentido, era sua primeira tentativa de superação do princípio da subjetividade” (FELIPPI, 1998, p. 87). No que é atinente à necessidade de superação do princípio da subjetividade, visto que o mundo moderno apresentava falsas identidades devido o positivismo da moral, tanto na religião quanto nas instituições políticas, a identidade que deveria ser absoluta é incompleta. As leis positivas, no caso, submetem o indivíduo e o impedem de ascender à liberdade.

As críticas de Hegel ao seu tempo são dirigidas às estruturas socioculturais, a partir das quais ele coaduna pensamento filosófico e realidade social, por meio da atualização da experiência humana e dos fundamentos lógicos que elas apresentam. O mal-estar de seu tempo, ou seja, as experiências de crise movidas pela Reforma Protestante, o questionamento do poder político das instituições religiosas, a Revolução Francesa, trouxeram consigo a “subjetividade abstrata” (FELLIPI, 1998, p. 84). Concebe, assim, que subjetividade abstrata é derivada da filosofia transcendental e suas radicais cisões, que originam uma subjetividade meramente formal, sem garantia de acesso prático ao mundo. Contrariamente a essa concepção, Hegel questiona e reformula um novo conceito de sujeito, baseado no diagnóstico que trouxe de sua juventude, bem como ingressa em um novo método, o dialético. “Hegel formula seu sistema filosófico tentando recuperar a imagem do homem real e o compromisso da filosofia com o contexto histórico e social a partir do qual os seres humanos, de fato, existem” (FELIPPI, 1998, p. 84).

Mediante tais colocações, a filosofia do sujeito, para Hegel, é utilizada como finalidade de suspender e elevar (*Aufhebung*) a razão centrada no sujeito. Em outras palavras, a partir de um movimento lógico reflexivo, quer dizer, uma reflexão ativa, negativa e produtiva em seu processo de unificação consigo, que não visa a expor um conteúdo lógico da existência ética, político-social, mas objetiva apreender conceitualmente essa realidade, como sendo dotada do poder, de vir a ser outra de si mesma.

A partir do confronto dialético, há coalizão entre lógica e política. Vale salientar que, como pressupostos básicos, Hegel apresenta a evolução do conceito, sendo os fatos

históricos sociais sua exteriorização contingencial. Assim, a crítica ao seu tempo, parte daquilo que impede o indivíduo de ascender à liberdade, sendo que essa, “[...] segundo advoga, é o ideal normativo de todo ser humano” (FELLIPI, 1998, p. 83).

Como apresentado anteriormente, o conceito de espírito em Hegel origina-se em seus escritos de juventude, com base nos quais coaduna com a ideia romântica originária da crítica e tentativa da superação do dualismo kantiano. Fellipi (1998) aborda o fato de leituras apontarem o nascimento do conceito de espírito em outros autores. O conceito de espírito interpretado por uma leitura romântica já era desenvolvido por Fichte e Schelling, sendo que o primeiro apresentava um idealismo subjetivo em um Eu absoluto, ao passo que o segundo evidenciava um idealismo objetivo que pretendia salientar o mais alto nível da natureza. Contudo, apesar de basear-se na tradição romântica, Hegel recusa tais idealismos a partir de respostas que solucionem as oposições entre razão e natureza, subjetividade e objetividade para, desse modo, conceber a noção de Espírito em moldes originais (FELLIPI, 1998, p. 86).

É nessa perspectiva, com base na obra *Fenomenologia do espírito* (2002), que o sujeito só é sujeito em relação ao objeto e vice-versa, isto é, o sujeito não é mais sujeito nem objeto, mas espírito. É o que Hegel anuncia com a famosa frase “o eu que é nós e um nós que é eu”, em que esse eu, enquanto sujeito particular, está submerso em relações sociais e históricas, sendo um sujeito da realidade social (FELLIPI, 1998, p. 89). Assim aduz Hegel:

Para a consciência, o que-vem-a-ser mais adiante é a experiência do que é espírito: essa substância absoluta que na perfeita liberdade e independência de sua oposição – a saber, das diversas consciências-de-si para si essentes – é a unidade das mesmas. Eu que é Nós, Nós que é Eu (HEGEL, 2002, §177, p. 142)

Dito de outro modo, a concepção que ele tem em mente é de um sujeito que se autodetermina, que tem como justificativa a liberdade autodeterminada, sendo que essa liberdade é a consequência do desenvolvimento do espírito. Nessa ótica, a substância para Hegel é o próprio sujeito que se efetiva por meio do movimento do pôr-se-a-si-mesmo, ou media-se consigo mesmo para tornar-se outro. De modo esquemático, o sujeito reflete a si mesmo no seu ser-outro, e essa restauração do vir-a-ser de si mesmo é a verdade (HEGEL, 2002, §18, p. 35). O espírito, além de substância, é sujeito, que se autodetermina, a partir de um processo de desenvolvimento em sua inter-relação. A

experiência da autoconsciência é uma inteiração de apreensão e entrelaçamento de indivíduos que se reconhecem.

Porém, o processo que sucede através do sistema filosófico e fenomenológico será aquele que perpassa pela alienação até chegar ao reconhecimento. Primeiramente, a alienação da autoconsciência, como forma de submissão, precisa ser superada para finalizar o processo reflexivo. Para que seja possível tal processo deverá haver mediação entre duas autoconsciências, as quais Hegel conceitua como trabalho ou cultura. O reconhecimento será o móbil de forma que tornará externo o si da consciência, num movimento reflexivo, tomando a forma de liberdade.

Como se pode notar, o caminho filosófico apontado procurou demonstrar como a filosofia hegeliana estruturou-se até chegar a uma filosofia do espírito, em que espírito significa o Eu como ideia lógica, imediata e abstrata, mas que se expressa em seu autodesenvolvimento no mundo real vivido. Em resumo, o sistema da filosofia do espírito hegeliano significa o terceiro momento do absoluto (FELIPPI, 1998, p. 107). O movimento que Hegel pressupõe se inicia na ideia lógica abstrata e imediata, até chegar ao sujeito do processo que se autodetermina. É no desenvolver desse caminho histórico que o espírito perpassa cada etapa, a saber, do *espírito subjetivo* ao *espírito objetivo* e deste ao *espírito absoluto*.

Sob essa ótica, o conceito de espírito tem como significação a ideia de uma razão que pensa um sujeito real, ele é a exteriorização histórica que representa a concepção do mundo em que a razão se autodetermina, ou, “a substância é essencialmente sujeito” (HEGEL, 2002, §18, p. 35).

Revela-se, com isso, que Hegel constituiu enquanto introdução e propedêutica da consciência, com vistas à pressuposição entre a identidade do ser e do pensar. O indivíduo somente é espírito na relação entre duas autoconsciências, ou seja, na relação de reconhecimento mútuo. Dito deste modo, a *filosofia do espírito* tematiza o indivíduo com ser autoconsciente e que se refere ao “[...] espaço filosófico de conceituação das estruturas fundantes da sociedade humana” (FELIPPI, 1998, p. 109).

É nessa perspectiva que a filosofia do *espírito objetivo* já se encontra pressuposta desde o início do sistema. A intenção de Hegel era demonstrar que,

diferentemente de seus antecessores, o ponto de partida já é o resultado de um processo de desenvolvimento do próprio sistema filosófico como um todo. É nesse sistema filosófico que Hegel desenvolve a *Filosofia do direito* (2009a), na qual expõe a efetividade do conceito de espírito, qual seja, como autoconsciência que pressupõe outra autoconsciência, mas que só no espírito se concebe como realidade efetiva (FELIPPI, 1998, p. 109). Essa efetividade encontra-se nas próprias estruturas sociais e determina e configura a ideia de liberdade.

1.4 A Estrutura da *Filosofia do Direito* de Hegel

O *espírito objetivo*, enquanto segundo momento do sistema, tem como ponto de partida a ciência filosófica do direito, na qual se pensa a ideia da liberdade. Tal ideia de liberdade consiste na objetividade do espírito, qual seja a forma de saber a vida ética. A *Filosofia do direito* (2009a) constitui-se especulativamente e define-se, então, que o seu ponto de partida é, portanto, a ideia de liberdade, substância efetivada do espírito:

A ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é, por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito a ideia, portanto esta é a razão do objeto, ou, o que é mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria (HEGEL, 2009a, §2, p. 1).

Segundo argumenta o filósofo Marcos Lutz Müller em seu artigo *O direito abstrato de Hegel: um estudo introdutório* (2005), tal denominação é concebida através de uma perspectiva sistemática na qual a liberdade, que é em si e para si, é concebida como inteligência de uma vontade intrinsecamente racional e universal. Isso significa que a liberdade da razão torna-se efetiva e objetiva no mundo, através da inteligência e vontade humana, as quais criam a esfera da realidade do direito enquanto relações entre vontades singulares (MÜLLER, 2005, p. 163-164). Por esse viés, Hegel amplia o conceito de direito, não se restringindo somente à sua validade normativa como ordenamento jurídico, nem às instituições da sua aplicação jurisdicional. E, assim, para Müller:

[...] portanto direito *lato sensu*, se configura no registro fenomênico como o conjunto das condições sociais e institucionais (jurídicas, morais e éticas, para especificá-las nos termos da tripartição da obra) da efetivação e da universalização da liberdade, entendida como a liberdade de todos os singulares. Devidamente reconhecidas nessa função de serem, ao mesmo tempo, expressão e condições de promoção da liberdade, essas determinações adquirem poder e validade na consciência para reger o exercício das liberdades (MÜLLER, 2005, p. 163).

Com efeito, a direção resultante desse processo de objetivação e determinação completa do conceito de vontade livre é a ideia e, logo, a definição especulativa do direito é “a liberdade enquanto ideia” (MÜLLER, 2005, p. 164).

Em síntese, o que norteia a *Filosofia do direito* (2009a) é a ideia da liberdade ou a sua vontade livre, tendo como propósito a efetivação do conceito do direito em cada uma das três partes da obra, a saber: o *direito abstrato, a moralidade subjetiva e a eticidade*; resultando tal sistema como o “reino da liberdade realizada”. Desse modo, é possível vislumbrar, na introdução, o conceito do espírito objetivo, a saber:

O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo (HEGEL, 2009a, §4, p. 12).

Compreende-se que tal obra foi criada no interior do sistema hegeliano como sendo a esfera da objetivação e efetivação da vontade livre. E corresponde a uma extensão do tema sobre a filosofia do *espírito objetivo*, situada na obra *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (2011), bem como outras obras as quais Hegel não teria sido tão claro devido ao objetivo didático que tem essa última (MÜLLER, 2005, p. 161-162). Ela é o conjunto de instituições sociais e políticas com vistas à efetivação e universalização da liberdade, isto é, são as formas de concretização da ideia da liberdade na modernidade, e o conjunto das determinações e condições de liberdade.

Para Hegel, alguns modelos de liberdade encontram-se em vigor na modernidade, porém são insuficientes, o que quer dizer que são compreendidos como liberdade abstrata ou negativa e liberdade formal e contemplam, respectivamente, o capítulo *direito abstrato e moralidade subjetiva* na obra em comentário. O modelo negativo compreende as doutrinas de liberdade, no qual a mesma é estabelecida pelo

contrato. É negativa, pois o sujeito a abstrai de suas relações naturais instintivas e passa a conviver segundo arbítrio da vontade estabelecida contratualmente: “[...] é isso o que a representação põe para si como liberdade e não passa, portanto, de liberdade negativa [...]” (HEGEL, 2009a, §5, p.14). O modelo formal compreende aquelas doutrinas para as quais a liberdade está na autonomia racional, ou seja, universalidade do pensamento: “[...] tal supressão e tal passagem ao plano do universal é o que se chama atividade do pensamento” (HEGEL, 2009a, §21, p.26).

Contudo, na *eticidade* (§142) ambos os modelos anteriores de liberdade não subsistem sozinhos, necessitando um do outro para garantir um conceito não deficiente de liberdade. A *eticidade*, segundo Victorio Hösle, na obra *O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade* (2007), não está subordinada ao arbítrio das pessoas jurídicas ou à necessidade moral, conforme os outros modelos anteriores de liberdade, mas o sujeito depende das instituições éticas existentes em si e para si (HÖSLE, 2007, p. 511). Assim, ela, além de ser unidade de subjetividade e objetividade também constitui intersubjetividade. Tais instituições, para Hegel, são interpretadas como um Estado racional em si mesmo enquanto um domínio ético historicamente efetivado.

Partindo das questões apresentadas, primeiramente deve ficar claro que Hegel articula seu pensamento político por um processo específico de etapas. O que ele apresenta na *Filosofia do direito* (2009a) é a articulação em etapas do processo de movimento objetivo da ideia que cria a si mesma uma esfera de atuação, ou seja, essa objetivação da ideia terá força própria de um processo de figuração que atribui a cada indivíduo e a cada época o poder de pensar (transformar) o mundo, sendo a atividade mediante a qual o espírito apresenta-se a si mesmo. É o processo de constituição de cada figura da liberdade, a partir de conexões lógicas que tornam possível a formação de um novo conceito de estado. (ROSENFELD, 1995, p. 19).

Consoante discorre Salgado (1996), para quem o *espírito objetivo* tem no direito a explicitação da ideia lógica da liberdade a partir de uma dialética. Conforme a exposição anterior, a *Filosofia do Direito* é regida por uma trilogia, a saber: *o direito abstrato, a moralidade subjetiva e a eticidade*. A primeira instituição versa sobre o espírito e sua relação com as coisas do mundo exterior; considerado, por Salgado, uma

analogia à dialética da consciência com o mundo na relação de conhecer; a segunda versa sobre a subjetivização⁴ da vontade, isto é, a procura que o espírito faz de si mesmo como consciência de si; e, na última, o espírito move-se através da relação consigo e não mais em relação direta com a coisa, ou seja, o movimento que realiza é a tomada de consciência de si, em que o sujeito se reconhece no outro, tendo como base do direito a sociedade civil que é propulsionada através da força de trabalho e as suas relações (SALGADO, 1996, p. 323-324).

Dessa forma, o “conceito do direito”, significa as estruturas da razão segundo o pensamento ético, bem como 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 estruturado pela liberdade.

Por outro viés, Hösle (2007) ensina que tal projeto hegeliano da *Filosofia do Direito* “[...] pode ser interpretado como linear, mas também, igualmente, como dialética”. O que o filósofo contemporâneo pressupõe é um crescimento progressivo em realidade. Em outras palavras, de um lado o *direito abstrato* carece de qualquer realidade, na *moralidade*, a vontade subjetiva alcança um conceito, à vontade em si pode ser real, mas também é considerada um chão movediço (HÖSLE, 2007, p. 508-509).

Por último, a *eticidade* ultrapassa o conceito de direito e chega-se à ideia deste, na qual objetividade e subjetividade são plasmadas em unidade. Em resumo, no *direito abstrato* há uma relação reconhecida juridicamente, isto é, uma relação intersubjetiva do sujeito com a objetividade das coisas, mas essa relação somente existe implicitamente. Tal relação é considerada deficiente por possuir uma finalidade para além de si mesma, na qual o outro é apenas meio para se chegar à coisa, e essa é o meio pelo qual se unem as pessoas, expondo um caráter não verdadeiro de relacionamento. A deficiência do *direito abstrato* está na instrumentalização imanente do contrato posto como a injustiça e, desse modo, esta será subsumida através da pena, com vistas a progredir dialeticamente através de outro conteúdo de estágio do direito, a saber, a *moralidade objetiva*.

⁴ “O momento de subjetivização da vontade” é um termo alçado por Salgado (1996), ao realizar uma comparação da dialética do Espírito Objetivo de Hegel, segundo sua trilogia, à da *Fenomenologia do espírito* (SALGADO, 1996, p. 323).

Na moralidade objetiva, Höslé (2007) aponta que o sujeito, além de ser o existir do direito, é o seu conteúdo, tendo em vista que a moral é o direito da vontade subjetiva, isto é, nessa forma de direito, a vontade somente é algo à medida que essa é a sua coisa, e essa existe para si como algo subjetivo (HÖLSE, 2007, p. 510). Todavia, essas relações intersubjetivas também serão deficientes, e assim afirma:

No entanto, também essas relações intersubjetivas são falhas – e por dois motivos. Em primeiro lugar, o cuidado com o bem do outro pode facilmente reduzir-se ao pensamento calculista e egoísta – em uma sociedade desenvolvida, “meu bem não [pode] subsistir sem o bem dos outros [...] Em segundo lugar, porém, também à moral de fato egoísta é essencial que o sujeito reflita constantemente que ele foi suficientemente bom a ponto de realizá-la, porém também poderia tê-la imitado: a ação não é institucionalizada, mas deixada ao arbítrio da reflexão particular (HÖSLE, 2007, p. 510-511).

Nessa perspectiva, a moralidade em Hegel apesar de submeter-se às leis, a subjetividade está absolutamente autônoma em face da objetividade de qualquer coisa, tanto de outro indivíduo quanto da coisa tomada pela posse quanto pelo Estado. Assim, o conteúdo dessa forma de direito é contraditório em si, pois “[...] a norma que a subjetividade se dá é abstrata” (HÖSLE, 2007, p. 509), sendo suprasumida na Eticidade. Nessa última, não se vale o arbítrio das pessoas jurídicas ou do sujeito moral, mas o sujeito depende das instituições éticas.

A eticidade é a síntese do direito e constitui a intersubjetividade, em que, em resumo, Hegel sintetiza as determinações, a saber: subjetividade e substancialidade; conceito e existência; dever e ser; liberdade e necessidade; espírito e natureza, todos unidos em unidade concreta. Para alguns pensadores, a crítica ao individualismo moderno representa apenas um conceito pré-social de liberdade, baseado em certos aspectos de retorno à pólis grega (HÖSLE, 2007, p. 512).

Diante do exposto, a pretensão era apresentar, de modo sucinto, a estrutura da *Filosofia do direito* (2009a) de Hegel enquanto síntese de diversas determinações fundidas em unidade da qual resulta, principalmente para o propósito desta dissertação, desde o *direito abstrato* até a *eticidade*. Todavia, o *direito abstrato* será a chave para compreensão de toda a construção teórica sobre a pena. Assim, toda a obra tem como proposta, ser o reino da liberdade efetivada, em que o sistema do direito é a efetivação da liberdade; logo, as instituições éticas, sociais e políticas instituem esse reino da liberdade. A primeira figura da liberdade é apenas determinação externa do querer

jurídico, isto é, a vontade natural enquanto autodeterminação como vontade livre é vazia e sem conteúdo determinado. O crime será a última etapa dessa figura do direito, e o início da construção da proposta penal, que irá revelar a verdade do *direito abstrato*, a saber, a liberdade subjetiva que subjaz ao indivíduo.

1.5 O Conceito de Vontade Livre: universalidade, particularidade e singularidade

Até este ponto, pretendeu-se apresentar a construção da filosofia política de Hegel, até chegar ao *espírito objetivo*, ou o seu ponto de partida, a saber, a *Filosofia do direito* (2009a). Frise-se que o ponto de partida de tal obra é a ideia de liberdade, enquanto determinação fundamental da vontade, qual seja, “[...] o ponto de partida do direito é a vontade que é livre” (HEGEL, 2009a, §4, p. 12).

A teoria da vontade livre é exposta sucintamente na introdução da obra citada e pode ser compreendida enquanto um movimento do espírito que se auto expõe, “[...] o conceito se desenvolve a partir de si mesmo e é somente um progredir imanente e um produzir das suas determinações” (HEGEL, 2009a, §31, p. 33). O conceito especulativo da vontade livre, concebido segundo a lógica do conceito, articula-se estruturalmente e internamente nos três momentos, a saber, *universalidade, particularidade e singularidade* (HEGEL, 2009a, §7, p.16). Desse modo, o conceito de vontade livre parte do movimento de autodeterminação universal da relação negativa, constituindo um modo lógico-especulativo.

A *universalidade* abstrata é indeterminada por ser unilateral, e a *particularidade* a nega primeiramente enquanto movimento lógico. Já a *singularidade* nega a negação ou, dito de outro modo, nega a limitação contida na *particularidade* determinada. Essa estrutura de negação da negação representa que a *universalidade* se uniu à

particularidade pela negação da limitação. E, assim, a *singularidade* reflete negativamente o conceito sobre si.

Dito de modo esquemático, o caminho por ora narrado expõe cada momento especulativo explorado por Hegel, que “[...] permeia o conceito especulativo de vontade livre racional e autônoma” (CIOTTA, 2007, p.22). Essa vontade racional ou vontade em si (HEGEL, 2009a, §10-§13. p.19) determina-se considerando o conteúdo da vontade imediata, tornando-se vontade para si, ou vontade reflexiva (HEGEL, 2009a, §14 §20, p. 21-22), a qual, por sua vez, rompe a autolimitação sendo vontade livre em si e para si (HEGEL, 2009a, § 21-§24, p. 25-28).

Para Rosenfield (1995), o processo da vontade permite em si mesma dissolver todo conteúdo dado, seja da interioridade, seja da exterioridade, e, nesse processo, concede apreender concretamente o seu conceito (ROSENFELD, 1995, p. 42). Conforme expõe, o *eu* é uma atividade do puro pensamento de si mesmo, “[...] o elemento da pura indeterminação ou da pura reflexão do eu em si mesmo” (HEGEL, 2009a, 5a, p. 13), em que, na sua indeterminidade, indica que sua interioridade organiza suprimindo os limites do puro pensamento de si e abre-se para a exterioridade do mundo. Para Hegel, o conteúdo fornecido ou determinado serão a natureza, as carências os desejos e extintos (*ibid.* p.13). Assim, anuncia o processo de movimento reflexivo da vontade, através de sua atualização, da interioridade na exterioridade. Tal processo significa que a vontade além de entregue a sua dissolução está em potência de efetivação, pois, estando acabada, será ela mesma e faz o mundo o produto de sua atividade (ROSENFELD, 1995, p. 43).

Segundo Hegel, a passagem inicia-se primeiramente no eu, que delimita, como visto, uma determinação específica que movimenta um conteúdo característico e um objeto, tanto produzido pela natureza quanto dado pelo espírito (HEGEL, 2009a, §6, p.14-15). Em continuidade, o eu entra na existência, que, assim como o primeiro momento, também é negatividade, em que o particular está contido no universal e, pelo mesmo motivo está contido no primeiro momento, constituindo o que ele já é em si (*ibid.* p.14-15). Desse modo, a vontade é a unidade de ambos momentos particulares refletidos sobre si, que se erguem ao universal, isto é, a universalidade (HEGEL, 2009a, §7c, p. 16).

Não é outro o entendimento de Ciotta (2007), ao afirmar que Hegel, ao formular na introdução o desenvolvimento lógico-conceitual da dialética da ideia da liberdade, busca desenvolver e analisar esse objeto, antecipando os principais pressupostos da ciência filosófica do direito (CIOTTA, 2007, p. 07).

Observe-se que Hegel concebe, através da ciência filosófica do direito, a reconstrução da gênese do conteúdo da vontade livre. Entende-se que a ciência do direito é desenvolvida a partir do conceito da ideia, tendo como ponto de partida do direito à vontade, que é livre. Assim, a *filosofia do espírito objetivo* em Hegel parte de onde termina a *filosofia do espírito subjetivo*, e seu ponto de partida é a unidade do espírito prático e do espírito teórico (CIOTTA, 2007, p. 9).

Desse ponto de vista, a vontade é representada por instituições históricas e livres, e, por isso, o direito resulta da liberdade. É nessa perspectiva que a vontade é livre e o sistema do direito enquanto a efetivação da liberdade em instituições as quais constituem o domínio da liberdade efetivada (HEGEL, 2009a, §4, p. 12).

Ciotta (2007) acrescenta que a vontade livre em Hegel é compreendida como autodeterminação do espírito que se movimenta em uma autoexposição. Ela é um progredir imanente em direção à ideia da liberdade, na qual tal movimento nomeado de dialética é o método que aprende o conceito. A dialética, nesse sentido, desenvolve e progride organicamente movimentando-se e autodeterminando-se em espírito como liberdade a si mesmo (CIOTTA, 2007, p. 10).

O método dialético de Hegel tem como sentido a análise da ideia da liberdade através do desenvolvimento imanente do conceito, entretanto, tal análise não está ancorada em categorias lógicas ou na lógica da essência, mas no próprio desenvolvimento. O modo pelo qual realiza tal desenvolvimento é a partir da apreensão da determinação do conceito, em que primeiro revela a si mesmo, sem perder a sua identidade própria e ao mesmo tempo realiza um movimento unitário de retorno a si mesmo, enquanto “[...] é a diferenciação entre o singular e a universalidade” (CIOTTA, 2007, p. 11). Dessa maneira, Hegel reivindica que o conceito da vontade livre está no ponto de partida da *filosofia do direito* (2009a), que se desenvolve a partir de si mesmo, segundo a lógica do conceito.

Percebe-se, portanto, que a liberdade, enquanto ideia, é concebida a partir do desenvolvimento do conceito, que irá se efetivar a partir de seu ser aí o que já é em si, sendo essas as produções do espírito e as expressões do universal contidas na ideia da liberdade.

Tal proposição tem como resultado a atividade do espírito que quer e produz, ou seja, ele é e quer, através da vontade livre “[...] um mundo objetivo que é a incessante criação e produção de si mesmo” (CIOTTA, 2007, p. 12). É por isso que a vontade é o princípio que se atualiza enquanto espírito da liberdade na mediação do mundo “[...] como uma segunda natureza a partir de si mesmo (HEGEL, 2009a, §4, p. 12)”, e o direito é a obra dessa vontade, ou seja, “o reino da liberdade”. Como já se observou, a liberdade é determinada fundamentalmente pela vontade, e a relação entre ambas constitui “[...] sua substância e seu destino (HEGEL, 2009a, §4º, p. 12)”.

Por conseguinte, o conceito de vontade, inicialmente, articula-se internamente em três momentos, a saber: universalidade, particularidade e singularidade.

A vontade contém: α) O elemento da pura indeterminidade ou da pura reflexão do eu dentro de si, no qual estão dissolvidos toda delimitação, todo conteúdo dado e determinado, imediatamente ali presente pela natureza, pelos carecimentos, pelos desejos e pelos impulsos, ou então seja pelo que for; [ela contém] a infinitude indelimitada da abstração absoluta, ou da universalidade; o puro pensar de seu si mesmo (HEGEL, 2009a, §5; p.57).

Num primeiro momento, a universalidade é a unidade abstrata que contém dentro de si mesma o seu pressuposto. É indeterminada e constitui uma unidade do conceito puramente abstrato sem conteúdo algum. “Tornar algo universal significa pensá-lo” (CIOTTA, 2007, p.13). Toma-se como exemplo quando as pessoas falam “eu”, retirando toda a particularidade e as determinações naturais, restando apenas um “eu” vazio. O movimento da universalidade em questão revela que há um espírito prático, o “eu” concreto e outro teórico, “eu” pensado, que se configura como querer, e essa atividade do espírito que contém, concomitantemente, a vontade e o pensamento.

Entretanto, tais comportamentos, um prático e outro teórico confrontam-se na representação, que os concebe como separados, primeiro porque não há como ter vontade sem inteligência e segundo que não há como comportar-se teoricamente sem vontade. Assim, ambas as diferenças são inseparáveis e são um e o mesmo, tanto na do

pensar quanto na do querer (CIOTTA, 2007, p. 14). Esse é o início do fundamento lógico-especulativo do conceito de Hegel.

A universalidade “[...] é o puro pensamento de si mesmo (HEGEL, 2009a, § 5º, p. 13)”, ou seja, essa vontade é o querer absolutamente livre, sem nenhum conteúdo particular e a raiz do conceito de vontade livre. Segundo Hegel, esse é um modo abstrato de considerar a liberdade apresentado pelo próprio entendimento que, neste caso, poderá ser perigoso. Tal perigo poderá gerar na política o terror da revolução, ou seja, a figura da revolução francesa em nome da “igualdade universal (HEGEL, 2009, § 5º, p. 13)”.

Conforme aduz Ciotta (2007), tal universalidade abstrata:

Na política, o terror, durante a Revolução Francesa, em nome da “igualdade universal”, aniquilou toda a particularidade, toda a diferença e destruiu a ordem social e institucional daquela sociedade. Por isso, tanto o fanatismo religioso quanto o terror revolucionário são formas exacerbadas de manifestação de um ideal vazio e abstrato da liberdade próprio do “entendimento”. O erro desse modo de conceber a liberdade consiste em querer realizá-la sem a mediação da particularidade necessária na sua finitização (CIOTTA, 2007, p.15-16).

Sendo assim, a universalidade é algo determinado abstratamente e que, primeiramente, suprime a determinidade e, assim, é algo abstrato e unilateral. Essa é a sua determinação e igualmente a sua “insuficiência e finitude”: uma vez que é abstração de toda a determinação, não é ele mesmo indeterminado, pois o seu ser abstrato e unilateral constitui a sua específica determinação, a sua insuficiência, a sua finitude.

No segundo momento, a particularidade é a primeira negação e apenas um dos momentos do conceito. Ela é a “[...] negação da própria negatividade da abstração absoluta ou da pura reflexão inclusa na universalidade indeterminada” (CIOTTA, 2007, p. 18). Esse movimento lógico-dialético reside na relação recíproca entre a universalidade e a particularidade, que resulta da negação de um a outro. O que Hegel propõe é que ambos então contidos um no outro, enquanto momentos igualmente negativos, com a pretensão de “superar as formas unilaterais, portanto não verdadeiras, de compreender o conceito de vontade” (CIOTTA, 2007, p. 19). A particularidade representa a primeira negação sobre a universalidade abstrata indeterminada e, ainda, um momento unilateral, isto é, um dos momentos do conceito.

Ao mesmo tempo, o Eu é a passagem da indeterminação indiferenciada à diferenciação, a delimitação e a posição de uma determinação específica que passa a caracterizar um conteúdo e um objeto. Pode este conteúdo ser dado pela natureza ou produzido a partir do conceito do espírito. Com esta afirmação de si mesmo como determinado, o Eu entra na existência em geral; é o momento absoluto do finito e do particular no Eu (HEGEL, 2009a, §6ºb, p. 14-15).

Sob esse ponto de vista, o primeiro momento da universalidade ainda não é o conceito, apenas algo determinado e unilateral, enquanto a particularidade já é “[...] a própria reflexão do conceito sobre si que se encadeia consigo mesmo enquanto autodiferenciação posta por ele” (CIOTTA, 2007, p.17). Esse entrelaçamento entre universalidade e particularidade já demonstra, através do movimento da lógica especulativa, a necessidade da particularização e da sua suspensão devido à negação de sua limitação. Essa necessidade imanente do conceito de vontade demonstra que o eu, além de querer o universal abstrato, também quer um conteúdo particular e, por isso, a vontade indeterminada nega o puro querer e particulariza-se para tornar a vontade efetiva (CIOTTA, 2007, p. 17).

Esse momento finito e particular do eu é exposto por Hegel como:

Este segundo momento da determinação é, tanto como o primeiro, negatividade e abolição. É a abolição da primeira negatividade abstrata. Assim como o particular está contido no universal assim também, e pela mesma razão, o segundo elemento está contido no primeiro e constitui uma simples posição do que o primeiro já é em si (HEGEL, 2009a, §6b, p.15).

O movimento lógico imanente do conceito da vontade, neste caso, quer demonstrar que o eu quer (universal abstrato) e quer algo (um conteúdo particular), em que esse querer algo é uma restrição da vontade, conforme assevera Ciotta: “[...] por isso a vontade indeterminada precisa negar a sua universalidade abstrata (o puro querer) e entrar na finitude (*particularização*) para tornar-se vontade efetiva” (CIOTTA, 2007, p. 17).

A negatividade aqui exposta tem o sentido dialético, representada pela negação da negação imanente à lógica do conceito, conforme expõe Hegel: “[...] conceber a negatividade imanente no universal ou no idêntico, como no eu, era o progresso que a filosofia especulativa faltava” (HEGEL, 2009a, §6, p. 15). Assim, tal negatividade representa, logicamente, os três momentos internos ao conceito: a universalidade, a

particularidade e a singularidade, que representam a base lógica conceitual da vontade livre.

Na singularidade está a unidade do conceito e suas determinidades sem abstração. Ela é a negação da negação, que suprime em unidade tanto a universalidade abstrata quanto a particularidade e as reconduz ao universal efetivo. Hegel apresenta a singularidade como a síntese do terceiro momento da vontade e, então, afirma:

A vontade é a 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 o 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 se fundir senão consigo mesmo. – O eu determina-se na medida em que é 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 (HEGEL, 2009a, §7, p. 16-17).

Assim, a singularidade é a unidade de ambos os momentos, a universalidade e a particularidade. Ela é a autodeterminação do eu. Portanto, esse é “[...] o fundamento lógico conceitual que engendra a si próprio através do movimento de negação e de negação da negação” (CIOTTA, 2007, p. 20).

Em suma, primeiramente esta coincidência, da vontade consigo mesma, deve entregar-se ao seu processo de dissolução, no qual faz no mundo o produto de sua atividade. Desse modo, um ato individual que consiste em dizer: “eu quero alguma coisa”, apresenta um “eu” individual que se dirige à particularidade de uma coisa, determinando o conceito da vontade tal como aparece sobre a forma do verbo “querer”. Para Rosenfield,

[...] este ato tende a um tipo de união entre a atividade da vontade e a individualidade do ‘eu’ na sua relação com as coisas particulares. Isso significa que o ‘eu’, na abstração de sua infinitude individual, aceita submeter-se a finitude das coisas, à diferença e a desigualdade (ROSENFELD, 1995, p. 44).

Segundo Rosenfield (1995), a vontade, nesse contexto, começa a aventurar-se na criação de um mundo próprio, aceitando os seus riscos e sabendo que a liberdade só pode ser produzida se enfrentar as suas limitações e delas apropriar-se (ROSENFELD, 1995, p. 44). Conseqüentemente, esse “eu” individual, a vontade, expõe-se de um lado a

uma perda da exterioridade estranha a ela e, de outro lado, à possibilidade de apreender o oposto na sua unidade, o positivo no negativo, o que Hegel apresenta como processo de autodeterminação.

Para Hegel, a vontade conserva em si seu movimento de autodeterminação “desde a finalidade subjetiva até a objetiva”, concretizando-se num mundo que torna subjetiva a objetividade do real. Resumidamente, para o filósofo alemão, a vontade, na realização de suas “tarefas históricas”, é condicionada pela situação efetiva de suas determinações. Nesse sentido, Rosenfield expõe um exemplo da relação entre vontade e suas tarefas históricas: “[...] uma dada época histórica reclama o fortalecimento da figura da liberdade subjetiva; num outro momento o desenvolvimento da sociedade civil burguesa, e num terceiro momento o enfraquecimento do poder estatal” (ROSENFELD, 1995, p. 45).

Este é o caminho que Hegel percorre para pressupor logicamente as determinações da vontade. Pode-se observar o ancoramento da vontade como pressuposto para o movimento especulativo da ideia do direito. Ou seja, as etapas que realiza são o movimento da vontade que ainda não sabe de si, até alcançar um conceito de vontade que seja livre em si e para si, de outro modo, uma liberdade verdadeira.

1.6 As Figuras de Desenvolvimento do Conceito Especulativo de Vontade Livre

A vontade natural, ou vontade livre em si, é aquela em potência de efetuação, ou seja, ela confronta-se com sua determinação imediata que mantém com a objetividade das coisas. Por ser imediata, o movimento (*Aufhebung*) que efetua é a sua própria naturalidade e possui um conteúdo que ela mesma se dá.

Para Hegel, o conteúdo mais imediato dessa vontade são os instintos e os desejos (HEGEL, 2009a, §11, p. 19), considerados como racionais em si, ou seja, uma racionalidade que se constitui, mas que possui uma forma imediata não plenamente conteúdo do espírito. Em outras palavras, ela possui uma dupla determinação da vontade, pelo aspecto das pulsões, desejos e inclinações e a sua forma abstrata que se opõe entre objetivo e subjetivo:

Na medida em que a determinação específica se opõe formalmente ao subjetivo e ao objetivo como existência imediata, está-se perante a forma da violação como consciência de si. Esbarra ela com um mundo exterior e, enquanto se mantém em tal determinação específica, a individualidade regressa a si, constitui o processo que realiza o fim do subjetivo mediante a atividade e intermediários (HEGEL, 2009a, §8, p. 17-18).

Destarte, a vontade em si apropria-se de sua própria finitude para o movimento de sua superação; sendo imediata, o seu estado é de sempre tender à apropriação física e “violação” do mundo. Nessa atividade de realizar fins subjetivos no objetivo, a vontade em si é negativa (HEGEL, 2009a, §5, p.14), pois estabelece uma relação com a exterioridade do mundo que exclui a satisfação do outro, visando apenas ao próprio fim. Esse modo de ser da vontade natural busca satisfazer as necessidades, porém, o que acontece é uma insatisfação permanente. Deve-se frisar que a vontade natural não é limitada ao que a natureza determina, pois ela possui um caráter racional, senão o ser humano seria apenas um animal, pois até possui a imediatez da natureza, porém a racionalidade está implícita como atividade que realiza fins.

O exemplo dado por Rosenfield (1995) deixa claro esse movimento da figuração do conceito, que possui o conteúdo mais imediato da vontade, a saber: “[...] um indivíduo sente o outro desejando os mesmos objetos, relacionando-se por exclusão” (ROSENFELD, 1995, p. 48). Assim, a vontade em si é a mais abstrata, “[...] apenas lhe pertence à decisão abstrata como tal e o conteúdo ainda não é o conteúdo e a obra de sua liberdade” (HEGEL, 2009a, §13, p. 21); sua individualidade opõe-se formalmente a outras individualidades, tornando-se uma vontade que manifesta no exterior o que ela é no interior, isto é, manifesta-se como liberdade excludente e negativa.

Essa forma de vontade está comprometida com a exterioridade finita, individual e empírica do mundo (ROSENFELD, 1995, p. 48). O eu, nesse caso, apesar de infinito só está ligado a si formalmente, mas não há mediação pelo conteúdo, e isso implica que a relação entre vontades para suas satisfações, ou seja, suas pulsões e desejos, exige uma modificação da vontade no mundo, entretanto, ela fica limitada à abstração da consciência, diante da multiplicidade objetiva.

Assim, as pulsões e os desejos são formas de aparecimento do racional, são uma forma determinada de desdobramento de conteúdo mais imediata da vontade que, apesar dessa imediatidade, não se reduz ao determinismo da natureza, por isso a vontade é racional, mesmo que implicitamente (ROSENFELD, 1995, p.49).

Para Ciotta (2007), a imediatez da natureza implicitamente investida de racionalidade “[...] é o fundamento pelo qual a vontade natural suspende sua imediaticidade e se eleva à condição moral” (CIOTTA, 2007, p. 23). Há um confronto entre a vontade natural e o conteúdo imediato dos impulsos, desejos e inclinações, que não é reconhecido na vontade natural como seu e, por isso, a vontade é indeterminada. Assim, a vontade natural determina-se sob o aspecto do conteúdo imediato da natureza e pela forma abstrata entre a oposição do objetivo com o subjetivo, suspendendo a imediaticidade do conteúdo através do pensamento que está acima da naturalidade imediata que, a princípio pode ser abstraída. E assim expõe Ciotta:

O natural no homem não se constitui num atributo isolado e independente da razão. Ao contrário, este conteúdo natural é, antes, a forma imediata do seu existir que ainda carece de liberdade. É, porém, no confronto com o elemento natural que a vontade empreende o movimento de sua autodeterminação enquanto vontade que decide. Deste modo, ela particulariza a universalidade da vontade livre, ou

seja, a universalidade da vontade entra na forma da finitude (CIOTTA, 2007, p. 24).

Deste modo, a particularização da vontade ou vontade finita através de seu ato de decisão, afirma-se, enquanto sujeito individual, subjetivamente como um ser livre por meio da liberdade de outrem, todavia, a vontade imediata que contém uma diferença entre a forma e seu conteúdo faz com que tal decisão seja somente abstrata. E tal conteúdo ainda não é a obra de sua liberdade: “É pela elevação da vontade à universalidade do pensar que a liberdade se torna o seu objeto e o seu fim, suspendendo a diferença entre forma e conteúdo” (CIOTTA, 2007, p. 23).

O segundo momento da vontade é a vontade como arbítrio. A vontade enquanto arbítrio possui como elemento a autodeterminação formal e imanente (HEGEL, 2009a, §14, p.21), e o conteúdo que lhe é dado é pela natureza e, por isso, sua atividade é autorreflexiva. Em tal determinação, segundo Hegel a liberdade da vontade do arbítrio contém dois elementos, a saber:

A reflexão livre, que vai se separando de tudo, e a subordinação ao conteúdo e à matéria dados interiormente e exteriormente. Porque, ao mesmo tempo, este conteúdo, necessário em si e enquanto fim, se define como simples possibilidade para a reflexão, o livre arbítrio é a contingência na vontade (HEGEL, 2009a, §15, p. 22).

Nesse sentido, a vontade permanece formal, pois a reflexão abstrai-se de tudo, mas mantém-se dependente do conteúdo, o qual é contingente.

Dessa maneira, Hegel considera que o momento da vontade posterior à determinação natural é a vontade como entendimento, “[...] que se eleva a um trabalho subjetivo e objetivo na determinação de ser (ROSENFELD, 1995, p. 51)”. Em outras palavras, a vontade do entendimento atualiza-se através das determinações da vontade natural, formando um novo processo:

Quando ouvimos dizer, de um modo absoluto que a vontade consiste em poder fazer o que se queira, podemos considerar tal concepção como uma total falta de cultura do espírito, nela não vê a mínima concepção do que sejam a vontade livre e em si e para si, o direito, a moralidade (HEGEL, 2009a, §15, p. 22).

O movimento de tal percurso é a liberdade, ou seja, o conceito torna-se subjetivo e objetivamente o seu próprio objeto (ROSENFELD, 1995, p.51). Dessa forma, a liberdade de se fazer o que tem vontade, ou o livre arbítrio, enquanto ato livre,

determinado, limitado por um conteúdo imposto, reflete a própria interioridade e, assim, a consciência cria subjetivamente uma universalidade que se autodetermina e que não se satisfaz com o que lhe é oferecido pela empiria como móbil de sua ação. Esse limite não superável culmina na certeza de arbítrio apenas formal e, presa nessa limitação da formalidade, a vontade estabelece escolhas, mas cada possibilidade de escolha opõe-se a outra, repetindo-se interminavelmente. O que procede é que a vontade toma consciência dos seus limites e retorna a eles como condições para sua própria mediação.

A contradição implícita no livre arbítrio (§15) manifesta-se na dialética dos instintos e das tendências: destroem-se eles reciprocamente, a satisfação de um arrasta a subordinação e o sacrifício de outro, etc.; e seu próprio determinismo, e não possui em si mesmo um moderador, a determinação que o sacrifica e subordina só pode ser a decisão contingente do livre arbítrio, até quando este emprega um raciocínio para calcular qual o instinto que possa trazer maior satisfação ou que coloque em qualquer lugar outro ponto de vista (HEGEL, 2009a, §17, p. 24).

Por conseguinte, a contradição do arbítrio apresenta consequências negativas. Primeiramente, a negação dos impulsos faz a vontade do arbítrio permanecer na abstração. Nessa dialética, a universalidade é abandonada e um impulso subordina em relação a outros, isto é, não há critério para a avaliação moral desses impulsos.

Como imanentes e positivas, as determinações da vontade imediata são boas, e o homem é caracterizado como naturalmente bom. Mas na medida em que tais determinações são naturais e, portanto, opostas à liberdade e ao conceito do espírito, e negativas têm de ser eliminadas. O homem merece então o título de naturalmente mau. O que decide entre as duas afirmações é também, deste ponto de vista, o livre-arbítrio (HEGEL, 2009a, §18, p. 24).

Conforme Ciotta (2007, p. 25), a insuficiência da vontade como arbítrio reside no fato de que a livre reflexão se abstrai de tudo, mas é dependente da exterioridade, isto é, do conteúdo que é seu fim e, desse modo, a vontade permanece apenas formal. O conteúdo deverá ser necessário em si enquanto fim e em face da vontade reflexiva será apenas algo possível e, assim, o arbítrio é apenas contingente. Nesse movimento lógico especulativo, a vontade, enquanto autodeterminada, apresenta-se reflexivamente na mediação entre a vontade natural e a vontade livre em si e para si. Neste âmbito de reflexão livre e subordinação ao conteúdo Hegel determina que:

A reflexão, generalidade e unidade formais da consciência de si, é a certeza abstrata que a vontade tem de sua liberdade, mas essa não é

ainda a verdade, pois ela não se tem a si mesma como fim e como conteúdo e o aspecto subjetivo ainda é diferente do aspecto material (HEGEL, 2009a, §15, p.22).

À vista disso, a vontade como arbítrio ainda não é a verdade da liberdade, pois não há um reconhecimento entre o lado objetivo e o lado subjetivo e, desse modo, o conteúdo dessa autodeterminação ainda é finito e contingente. A “[...] finitização do conceito de liberdade subjetiva, do livre arbítrio, mostra a sua radical insuficiência” (CIOTTA, 2007, p. 26).

Sendo assim, Rosenfield (1995, p. 52) expõe que a contradição é resolvida através do desenvolvimento das diferenças contidas no movimento da vontade, quer dizer, a partir da suspensão da contradição da vontade como arbítrio que se dá o novo momento da vontade que, agora, é em si e para si. Desse movimento, apreendeu-se que há uma mediação entre a vontade natural e a vontade substancial, pois, doravante a insatisfação da primeira surge a formação da consciência formal da segunda: é a vontade apropriando-se de seu próprio ser.

Esse novo movimento, enquanto um terceiro momento da vontade para Hegel pode ser indicado representativamente pelo indivíduo que deve atuar segundo uma universalidade produzida por ele mesmo. Ou seja, o indivíduo forma-se objetivamente no trabalho universal de criação de novas relações sociais; é a vontade racional ou vontade livre em e para si. E, assim, salienta Hegel:

[...] por natureza, tem o homem um instinto do direito, da propriedade, e da moralidade, bem como o ínsito sexual e um instinto social (...) o homem descobre em si como dado da consciência, que quer o direito, a sociedade, o estado, etc. (HEGEL, 2009a, §19, p. 25).

Nesse âmbito, o indivíduo consegue apreender-se de modo subjetivo em uma objetividade através da cultura, pois afasta-se das determinações puramente naturais e não é apenas individualidade empírica em confronto com outras individualidades. Sobretudo, o indivíduo consegue coadunar as determinações da vontade singular, convergindo-as em outras individualidades, através de processo de educação ou formação para a liberdade (ROSENFELD, 1995, p. 53).

Em resumo, a contradição da vontade enquanto abstração e da vontade como arbítrio e a sua manifestação negativa devem ser ultrapassadas, pois a finitude do conceito de liberdade subjetiva, do livre arbítrio, expõe sua insuficiência, uma vez que

não consegue se realizar positivamente por um conceito de liberdade que suspende a diferença entre forma e conteúdo. É nesse movimento de suspensão da contradição do arbítrio que ocorre a passagem à vontade livre em si e para si, que exige, por outro lado, a purificação dos impulsos, para que saia da imediatez e contingência, para ser reconduzido à forma essencial substancial (HEGEL, 2009a, §19, p. 24).

A verdade da vontade é que os impulsos venham a ser o sistema racional das determinações da vontade. O conteúdo da ciência do direito é a necessidade de apreendê-los a partir do conceito (HEGEL, 2009a, §19, p.24). A liberdade que quer a liberdade é a própria verdade que, diante de si mesmo, é o que o conceito é. A negação da negação tem, na exposição de si mesma, a suspensão de toda a limitação e toda dependência de conteúdo particular, sendo, assim, a liberdade em si e para si:

Não é só a verdade, mas é a verdadeira verdade, pois a sua definição consiste em ser na sua existência (isto é: como oposta a si mesma) o que o seu conceito é, ou ainda porque o fim da realidade do seu puro conceito é a intuição de si mesma (HEGEL, 2009, §23, p. 27).

O ponto de chegada é o *espírito objetivo* ou espírito livre e, ao mesmo tempo, o ponto de partida serve como fundamento para o direito enquanto objetivação do espírito livre. A vontade livre em si e para si é exteriorizada no direito, ou seja, é o *dasein* que exterioriza no mundo o seu conteúdo ainda abstrato, e essa é a liberdade enquanto ideia (HEGEL, 2009a, §29, p. 31).

A partir desses elementos, pode-se vislumbrar o esquema de Hegel de maneira que se compreenda a vontade natural como sustentação do *direito abstrato*, bem como o livre arbítrio enquanto figura da *moralidade* e a vontade livre em e para si pautada na *eticidade*.

Apresentar a distinção de cada determinação lógica da vontade, conforme antes dito, possibilitará o entendimento do estudo da teoria da pena em Hegel, por meio da investigação do resultado do processo de objetivação da vontade no mundo do direito. O *direito abstrato* será o próximo tema e o primeiro momento do conceito de universalidade, o qual a vontade apenas reflete o eu em si, quando se dissolvem os desejos, as necessidades e os instintos imediatos existentes. Em suma, pretendeu-se apresentar o pensamento de Hegel sobre o conceito de espírito, a estrutura da *Filosofia do direito* (2009a) e as determinações lógicas da vontade livre, com o intuito de

contextualizar a discussão que se firmará mais adiante e que será essencial para a compreensão dos pressupostos hegelianos sobre uma teoria penal.

Capítulo 2: O *direito abstrato* em Hegel: as determinações da vontade abstrata

2.1 Notas preliminares do *direito abstrato*

Como visto, a filosofia prática hegeliana reformulada como filosofia do *espírito objetivo* é caracterizada pela perspectiva sistemática da *Filosofia do direito* (2009a). Cada parte dessa obra é desenvolvida a partir do conceito de direito, o que significa que a liberdade é realizada concretamente em cada uma das formas do desenvolvimento da ideia do direito, a saber, o *direito abstrato*, a *moralidade subjetiva* e a *eticidade*.

Segundo a análise de Müller (2005), o conceito de direito em Hegel configura-se “[...] como o conjunto das condições sociais e institucionais (jurídicas, morais e éticas) da efetivação e da universalização da liberdade, entendida como a liberdade de todos os singulares” (MÜLLER, 2005, p. 163). Tais condições são específicas em cada uma das partes da *Filosofia do direito* e suas funções são de expressar e promover a ideia da liberdade (*ibid.* p.163), que, enquanto determinações, vão adquirir validade na consciência para reger o exercício de liberdades (a relação entre as vontades livres) dos membros da comunidade.

Em consequência, Hösle (2007), afirma que a *Filosofia do direito* (2009a) anuncia uma superação da filosofia do sujeito, pois desde a sua *Filosofia da História* comprovou-se sua consideração acerca de um ideal objetivo, contrariamente a Kant e Fichte, que são considerados idealistas subjetivos. A objetividade em Hegel é figurada a partir da “[...] unidade de subjetividade e objetividade, ou a ideia” (HÖSLE, 2007, p. 507). Sob essa ótica, a ideia em Hegel na obra em comento, visa ser o modo como o direito se realiza no Estado, no qual não quer apenas expressar o conceito de direito, mas também a sua realização (HEGEL, 2009a, §30, p. 32).

Em suma, como visto, a *Filosofia do direito* (2009a), pode ser interpretada como dialética que progride através do *direito abstrato*, da *moralidade subjetiva* e na *eticidade*, levando em consideração seus conteúdos e buscando ultrapassar o conceito de liberdade em cada etapa até alcançar a ideia, onde “[...] subjetividade e objetividade são integradas em uma unidade” (HÖSLE, 2007, p. 509). A esse respeito, o filósofo alemão desenvolve, logo na introdução de sua obra, o princípio que gera as normas do direito, isto é, a vontade livre, que é “[...] a vontade pensante que não quer os conteúdos dos impulsos, mas a vontade racional” (HÖSLE, 2007, p. 532).

Logo, a primeira figura da *Filosofia do Direito* (2009a), o *direito abstrato*, apresenta-se como imediação livre, enquanto a primeira expressão da realidade que se transformou em mundo da liberdade. Revela-se que o movimento dialético, por meio do desenvolvimento especulativo da vontade livre, isto é, a vontade natural, é um modelo de liberdade não suficiente. A vontade a partir da herança kantiana é, ao mesmo tempo, sua tentativa de superação dos conceitos extraídos da filosofia de seu precursor.

2.2 A herança kantiana da concepção hegeliana do direito

Para compreensão do conteúdo deste capítulo, a intenção é desvelar a base hegeliana sobre a questão da vontade, a partir da herança kantiana, e, ao mesmo tempo, sua tentativa de superação dos conceitos extraídos da filosofia de seu precursor.

Para Hegel, a revolução copernicana realizada por Kant significa um marco para a ciência e a história⁵. Assim, considera seu precursor uma das referências para a

⁵ Tal como a revolução copernicana colocou o sol como centro da galáxia e a terra como esfera que gira em torno dele, Kant posiciona o sujeito e a razão como centro gravitacional da possibilidade do conhecimento.

possível compreensão da realidade. É a partir da fundamentação de Kant do conceito de liberdade que Hegel envereda para a construção de seu pensamento filosófico.

Segundo Leonardo Vieira (1997), os pressupostos sobre os quais se demonstra que a filosofia kantiana foi herdada por Hegel assentam-se na formulação da base comum de ambos nas esferas ética e jurídica. O que se pretende expor é que a teoria de Hegel do *direito abstrato* para ser compreendida deve fazer referência à abordagem de Kant sobre a mesma questão. No entanto, apesar de ambos possuírem ideais semelhantes, como a relação entre razão e a liberdade, a vontade que se determina em si, a necessidade da esfera jurídica e ética e o fato de basearem-se na liberdade (VIEIRA, 1997, p.164), Hegel apresenta distinções sobre as quais repousam suas críticas a Kant, ao tentar redefinir tais conceitos. A crítica de Hegel, nesse sentido, é baseada no movimento da vontade, o qual foi negligenciado por Kant (VIEIRA, 1997, p.163). Então, Hegel desenvolve uma noção exclusiva do fenômeno de ética e justiça, a partir de sua concepção de liberdade.

A herança kantiana do pensamento hegeliano inicia-se na consideração da moral e do direito, como esferas da realização da liberdade, da vontade que se determina em si mesma. Com isso, as esferas do *espírito objetivo*, a saber, *o direito abstrato*, *a moralidade* e *a eticidade* “[...] podem ser interpretadas como modos de um ‘dasein da vontade livre’” (VIEIRA, 1997, p.165). A principal questão a ser pontuada como um progresso a partir de Kant foi estabelecer que, na vontade racional, não há outro fim a não ser o fim de sua liberdade. Em padrões Hegeliano, a vontade livre é aquela que quer ela mesma, ou seja, é um retorno para si mesma encontrando a própria liberdade na liberdade de outrem nas esferas do direito e da moral:

O destino absoluto ou, se se quiser, 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) (§26s), 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 (HEGEL, 2009a, §27, p. 30, grifo nosso).

Ainda segundo Vieira, outro aspecto importante da teoria de Kant que Hegel subscreve é o fato da consideração da vontade enquanto faculdade superior de desejar tendo fins universais e não apenas inferior, desejando inclinações e pulsões, isto é, fins particulares. Nessa lógica, Hegel coloca a vontade como unidade entre uma vontade

universal e uma particular. “É justamente este crescer junto (concretere) de ambas vontades e suas respectivas determinações o que viabiliza um ‘sistema do espírito que se realiza’” (VIEIRA, 1997, p.165). Nas palavras de Hegel, “A vontade é a unidade destes dois movimentos: é a particularidade refletida sobre si e que assim se ergue ao universal, quer dizer, a individualidade (HEGEL, 2009a, §7, p. 16)”.

A relação entre a vontade universal e objetiva e a vontade singular subjetiva é expressa especificamente nas formas de unidade ou identidade, sendo estas o direito e a moral. Os elementos que constituem essa unidade são, de um lado, a lei, enquanto ação objetiva e necessária, e de outro, o motivo “enquanto aquele que liga a razão de determinação do arbítrio para esta ação subjetivamente com a representação da lei, e de tal forma que a lei faça da obrigação um motivo” (VIEIRA, 1997, p. 166).

Segundo Vieira (1997), o elemento que diferencia a legislação jurídica e a ética é o aspecto subjetivo, mas ambos se determinam através da lei objetiva e da obrigatoriedade da ação (VIEIRA, 1997, p. 166). Por isso, a legislação ética tem como elemento motivador a ideia de obrigação, mas a legislação jurídica é movida não apenas pela obrigação. E, portanto, afirma Vieira:

Assim sendo, a legislação ética exige a exclusividade da "idéia da obrigação" como único elemento motivador da ação, enquanto a legislação jurídica, por sua vez, admite um outro móvel além da "idéia da obrigação", não sendo, portanto, tão exigente e excludente quanto aquela (VIEIRA, 1997, p.166).

Para Hegel, o *direito abstrato* é marcado pela imediatividade de interesse, o que significa que a vontade singular se eleva ao universal, mas não é motivada pela obrigação expressa na lei. Portanto, conforme aduz Vieira (1997, p. 167), não há uma ideia da obrigação impulsionada pela vontade subjetiva a respeitar a lei, conforme colocou Kant, mas o cumprimento dos interesses privados garantidos pela lei. Kant, nesse sentido, não expressa diferença entre o âmbito moral e jurídico.

Por conseguinte, o *direito abstrato* pode ser entendido na relação entre as vontades, mediatizada por algo exterior e exteriorizado, a qual, em sua aquisição ou

manutenção, nem sempre serão travadas por relações harmoniosas. Para Kant, essa relação será entre arbítrios⁶ e, para Hegel, entre vontades.

No capítulo sobre a propriedade para o contrato, Hegel evidencia a insuficiência da aquisição e a manutenção de propriedade meramente pela relação entre uma coisa e uma vontade subjetiva (VIEIRA, 1997, p. 167). Na passagem da propriedade para o contrato, Hegel entende que uma vontade singular necessitará de outra para formar uma vontade comum, sendo essa a condição indispensável para que se reconheça aquilo que se possui: “O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas” (HEGEL, 2009a, p. 40 §36). Conclui-se que a relação entre arbítrios ou vontades não é material por não levar em conta os fins e intenção dos agentes. Contrariamente, ela é puramente formal, pois nela é apenas considerado se a ação do arbítrio é realizada livremente e se ela pode subsistir com a liberdade de outro arbítrio, conforme uma lei universal (KANT, 2014, § 33, p. 104).

Com isso, paradoxalmente, Hegel expõe que, por um lado, o sistema jurídico deve garantir a todos os cidadãos o acesso à propriedade (HEGEL, 2009a, §36, p. 40), mas, por outro lado, permanece alheio à qualidade e à quantidade do que é possuído por eles. Assim, a igualdade formal e abstrata de todos perante a lei não esconde o “[...] solo da desigualdade” material e concreto sobre o qual todos vivem (HEGEL, 2009a, §49, p. 50).

Diante do exposto, é possível vislumbrar a base comum entre os filósofos Kant e Hegel, pelo menos no que tange ao direito e à moral. Todavia, o que diverge entre eles é a construção de um sistema da *eticidade*. Em uma das primeiras fases da concepção hegeliana do direito, o artigo sobre o Direito Natural (1802/03) é explícito sobre a dinamicidade da liberdade, inspirado no filósofo Shelling.

Hegel apresenta como o princípio do movimento e da alteração o absoluto. O mundo da natureza e do espírito constituem um conjunto como outro do movimento do próprio absoluto, que se manifesta como *ethos*. Tal movimento é nomeado por Hegel como a autoprodução diferenciada da unidade absoluta, que significa um todo ordenado e harmônico, que possibilita identificar suas leis organizadoras, sendo elas as esferas da

⁶ Na obra *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, no § 32, Kant trata da aquisição ideal de um objeto externo do arbítrio, em que trata tal aquisição como não empírica e mera ideia prática da razão.

manifestação da razão: “É justamente isto que viabiliza falar de um sistema da natureza e do *ethos*, já que eles passam a ser interpretados como momentos da autoprodução diferenciada da unidade absoluta”. (VIEIRA, 1997, p. 170). Então, o absoluto como princípio do movimento, move todos os objetos do mundo ético e natural e, por isso, Hegel qualifica o ético como “o motor de todas as coisas humanas”, haja vista que ele é o auto engendramento ético da própria razão.

Por consequência, conforme o objeto desta seção, o direito e a moral podem ser interpretados como mediações de um movimento constituído pela singularização do universal e universalização do singular. Para Kant, o direito é “o subjetivo singular” e “a moral o objetivo universal”, mas os mesmos são interpretados por Hegel como “[...] elementos constituintes de um processo de subjetivação do objetivo e objetivação do subjetivo” (VIEIRA, 1997, p. 172). A crítica reportada a Kant, segundo Hegel, é sobre a questão de não haver uma demonstração no evoluir da vontade singular e vontade universal, ou seja, em Kant não há o movimento que produz essa passagem. Há, dessa forma, uma elevação da obrigação subjetiva ao plano do universal de modo não explicitado. Logo, não se demonstra a necessidade de a esfera do direito não ser apenas relação formal entre vontades, mas antes um fim universal desejado pelos próprios parceiros de interação.

No *direito abstrato*, Hegel apresenta a insuficiência da vontade enquanto vontade natural, isto é, a vontade singular com interesses privados, a qual considera a vontade universal como instrumento para tal efetivação. A deficiência apontada por Hegel é a pedra de toque deste escrito, sendo ela em dois níveis, a saber: a *injustiça* e a *punição*.

Na injustiça a problemática recai sobre a adesão do universal na esfera jurídica e, no segundo, recai sobre a punição da injustiça, que, no interior do *direito abstrato*, é o restabelecimento da justiça por uma vontade singular presa aos seus objetivos privados, a saber, a vingança (HEGEL, 2009a, §102, p. 92). A vingança não promove o universal por visar apenas aos interesses privados, resultando que a esfera desse modelo de liberdade pressupõe um fracasso no sistema jurídico na promoção da justiça.

Segundo Vieira:

A vingança, com efeito, contém em si um lado positivo, a saber, o restabelecimento da justiça, qualificado por Hegel como a vingança, segundo o conteúdo. Todavia, como a adesão da vontade singular à vontade universal é meramente instrumental, a vingança repõe a "imediatidade do interesse" (VIEIRA, 1997, p. 173).

Diante do exposto, Hegel parte de pressupostos kantianos, ao colocar um princípio motor que interliga a vontade singular e a vontade universal, mas, ao mesmo tempo, apresenta os problemas gerados por essas atividades, sendo a essência de tal princípio a transformação, da pura identidade, à medida que ela é a não identidade "[...] entre a forma em conteúdo, da universalidade em singularidade e da necessidade em contingência" (VIEIRA, 1997, p.173). Assim, o motor de todas as coisas humanas para Hegel é o ético⁷ e a sua qualificação.

2.3 Princípios do *direito abstrato*

A pretensão desta seção é trabalhar uma introdução ao *direito abstrato*, cujo conteúdo compõe o início dos pressupostos os quais baseiam o conceito de pena em Hegel. A intenção é de apresentar que a perspectiva hegeliana considera o conteúdo desta seção totalmente abstrato e imediato. Defende-se que a intersubjetividade nessa primeira parte está implícita. No caso do *direito abstrato*, na relação entre pessoas e coisas, ao serem tematizadas as relações contratuais, o outro é apenas meio para que um eu chegue a uma coisa (HÖSLE, 2007, p. 510). Nessa perspectiva, aborda-se uma intersubjetividade deficiente que somente acontece em virtude de alguma coisa. Essa será a referência deste estudo.

De acordo com Kenneth Westphal, em seu artigo *O contexto e a estrutura da Filosofia do direito de Hegel* (2014), discutem-se, no *direito abstrato*, noções de

⁷ Leonardo Vieira (1997, p. 173) trata o ético na visão hegeliana como "o auto engendramento ético da própria Razão, a alteridade ética do próprio Absoluto". Desse modo, o ser ético finito é elevado ao absoluto, e o *ethos* significa o modo ao qual a razão move todas as coisas humanas.

liberdade ao longo da modernidade que foram se concretizando a partir do estado de natureza principalmente pelos jusnaturalistas, Hobbes, Locke etc. São as considerações sobre este Estado que baseiam as compreensões contratuais vistas nas relações de propriedade e economia em geral.

Tomadas em conjunto, a objeção mais fundamental de Hegel à tradição do contrato social é a de que as abstrações utilizadas pelas teorias do contrato social, para descrever o estado de natureza, e para descrever pessoas no interior desse estado de natureza, esquivam-se de todo um conjunto de benefícios e obrigações que possuímos enquanto membros de uma sociedade politicamente organizada [...]. Consequentemente, a teoria do contrato social é cética e acerca desses benefícios e obrigações, e é moral e politicamente irresponsável, pois impede um adequado reconhecimento e análise de tais benefícios e obrigações (WESTPHAL, 2014, p.286).

A crítica de Hegel ao contratualismo é, sobretudo, uma crítica à gênese da vida política. Ele parte da questão que o contrato subsumi a vontade particular dos indivíduos que já é pressuposta e manifesta no momento do ato do contrato. Para Hegel, os indivíduos contratantes manifestam um movimento de reconhecimento mútuo, pois, para satisfazerem suas necessidades, também é requerido, necessariamente, que cada um dos indivíduos reconheça o direito e a liberdade de arbítrio.

O contrato, nessa lógica, deve ser compreendido considerando a vontade particular, que se revela nas relações de troca entre agentes, regidos segundo princípios do direito privado. Todavia, nessa relação entre vontades que se articulam através do contrato equivale dizer que a vontade particular é incapaz de superar a própria natureza da vontade. Assim sendo, cada vontade é soberana em relação ao seu arbítrio, deixando em jogo a renúncia a dispor por violação o objeto do contrato. Assim, a crítica de Hegel parte da contradição da vontade particular em si mesma ter que renunciar pelo contrato a liberdade de seu arbítrio e, assim, submeter-se ao arbítrio de outrem, nesse caso o Estado.

Primeiramente, no *direito abstrato* a relação intersubjetiva é meramente implícita, apenas meio do sujeito na relação com a objetividade. A vontade no direito abstrato contém um conteúdo diverso que ainda é só em si, pois é dado previamente pelos impulsos.

Para Ciotta,

Segundo a divisão apresentada por Hegel no §33 da FD, o direito abstrato trata do desenvolvimento da idéia de vontade livre em si e para si em sua forma imediata; por isso seu conceito é aqui abstrato e se configura como pessoa enquanto relação de propriedade e contrato. O conceito de pessoa não depende de outras figuras – na ordem lógica de constituição da FD –, mas é o próprio fundamento, ele mesmo abstrato, do direito abstrato e, por isso, formal (CIOTTA, (2007, p. 32)).

Para Müller (2005), o que Hegel pretende, nesse primeiro momento da *Filosofia do direito* (2009a), é tratar filosoficamente o direito no sentido jurídico. De um lado, tem-se uma esfera parcial abstrata, e, de outro, no sentido amplo, o conjunto das formas de objetivação da liberdade (MÜLLER, 2005, p. 164).

Por isso, Müller denomina o direito abstrato como:

A esfera do direito abstrato expõe, então, partindo desta determinação imediata e primeira da liberdade como pessoa, a reconstrução positiva e, ao mesmo tempo, crítica, – presidida pelas estruturas lógicas da efetivação do conceito especulativo de liberdade, que atua como essência do espírito que se objetiva, – das categorias e princípios fundamentais do Direito Romano e do jusnaturalismo, na medida em que ambos constituem o fundo histórico e o molde categorial da formação do direito privado moderno, que alcançará o ápice da sua elaboração nos grandes códigos civis dos séculos XIX e XX (MÜLLER, 2005, p.166).

Hegel apresenta, no *direito abstrato*, parte dos princípios e conceitos fundamentais do direito privado e do direito penal, apelando para uma esfera abstrata que, apesar de ter uma efetividade imediata – a primeira objetivação da liberdade –, ele é uma forma deficiente e mediada de liberdade, em que a intersubjetividade é, especialmente, seu princípio fundamental é a personalidade, que contém a capacidade jurídica e ele mesmo é abstrato (HEGEL, 2009a, §36, p. 40), mas, tal questão será aprofundada na seção posterior.

O *direito abstrato* é, com isso, uma crítica de Hegel à teoria do contrato ou jusnaturalismo, na qual busca elevar sua filosofia política à universalidade da ciência do Estado. A crítica de Hegel ao contratualismo recai sobre “[...] a inserção destas relações contratuais ou da propriedade privada nas relações políticas teve por resultado as mais graves confusões no direito público e na realidade” (HEGEL, 2009a, §75, p. 72). Tal crítica ao contratualismo versa sobre os contratos serem fundados em vontade que resultavam do livre arbítrio de todos naquele Estado, guiado pelo príncipe.

Diante do exposto, através da perspectiva hegeliana a totalidade estabelece-se para os indivíduos como uma totalidade livre. Essa ideia é engendrada através de uma comunidade política, que envolve, desde sempre, a ação dos indivíduos que a compõe. A pretensão de Hegel é expor que a ação política acontece por indivíduos já estarem, desde o início, inscritos numa forma sociopolítica que se realiza historicamente. O *direito abstrato*, portanto, aborda a gênese da vida política e expressa a subjetividade da vontade particular dos indivíduos enquanto figura do direito privado. Ele pretende dividir triadicamente esta primeira seção em “pessoa (§35)”, “a propriedade (§41)” e “o contrato” (§72).

2.4 A igualdade formal dos proprietários e a desigualdade material de riquezas.

No primeiro momento, conforme adverte Müller (2005), o princípio fundamental do direito abstrato é a personalidade (§35), que contém a capacidade de direito e constitui o seu conceito e base, isto é, ser pessoa é o conceito fundamental e o ponto de partida dessa esfera do direito (MÜLLER, 2005, p. 164-165).

Hegel parte dessa categoria para pensar as relações humanas por meio da relação de direito e, desse modo, no *direito abstrato*, cada indivíduo poderá manifestar a liberdade contida em si mesmo. Entretanto, essa relação poderá implicar numa relação negativa, que significa uma relação excludente, entre os membros da sociedade. Dessa forma, é no *direito abstrato* que a pessoa do direito se relaciona com o mundo e tem a capacidade de direito, em que trata dos princípios que regem a propriedade, seja transferindo-a seja cometendo injustiças contra a propriedade:

É a personalidade que principalmente contém a capacidade do direito e constitui o fundamento (ele mesmo abstrato) do direito abstrato, por conseguinte formal. O imperativo do direito é, portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas (HEGEL, 2009a, §36, p. 40).

De acordo com Rosenfield (1995), o *direito abstrato* contém como conceito fundamental a pessoa, figurada num sujeito livre e para além de sua relação com o mundo exterior (ROSENFELD, 1995, p.72). É na individualidade de sua vontade que o sujeito se reconhece no mundo e a sua liberdade passa a ser efetiva e é nesse movimento que a sua liberdade se configura.

Com base nas exposições de Hegel, ser pessoa é ser sujeito de direitos, isto é, ter capacidade do direito a partir da autoconsciência de si, mas “[...] como um objeto exterior elevado a infinitude simples” (HEGEL, 2009a, §35, p. 40). Para ele, a personalidade começa quando o indivíduo alcança o pensamento de um “eu puramente abstrato” (*ibid.* p. 40) negando toda a concretude. “Ser pessoa” é o caminho onde o indivíduo estabelece normas que moldam o relacionamento com as coisas do mundo. Esse relacionar-se é o movimento de figuração do conceito de vontade livre, em que o indivíduo se reconhece com outrem dentro dessa relação que é jurídica (ROSENFELD, 1995, p.72). A vontade, nessa forma de direito, cria condições de realizar-se enquanto determinações imediatas. Tal realização é aquela constituída por meio de objetos de trocas comerciais subordinadas às relações jurídicas entre as pessoas. Assim, o conceito de liberdade é a forma de aparecimento a partir da coisa trocada.

Hegel pretende que a liberdade não esteja ancorada em determinações do livre arbítrio, mas essa vontade natural deverá atuar livremente em qualquer estado jurídico. E o que isso significa? Segundo Hegel, essa forma de vontade, que ainda é natural em si, deve formar-se por meio da experiência do direito, isto implica que a liberdade desperte para remodelar o movimento de figuração e reconduza-se na realidade do mundo (ROSENFELD, 1995, p74).

Portanto, é a partir do direito privado que o *direito abstrato* se realiza nas esferas das relações interindividuais. Todavia, mesmo comportando-se segundo esse direito, “a pessoa” não deixa de lado suas determinações naturais, ou, conforme diz Rosenfield, em seu texto:

[...] a pessoa age de acordo com seus desejos e pulsões na procura de uma satisfação que pode realizar-se graças as relações de direito vigentes numa comunidade determinada. Abstrato porque a pessoa encontra-se em uma relação de exterioridade no que se refere às suas próprias determinações naturais (ROSENFELD, 1995, p 75).

A crítica de Hegel a esse primeiro momento diz respeito ao direito enquanto imperativo ou interdição (HEGEL, 2009a, §38, p. 41). Conforme expõe, “[...] sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas” (HEGEL, 2009a, §36, p.40) significa dizer que o direito se limita a algo negativo, qual seja “[...] não ofender a personalidade e tudo o que lhe é consequente” (HEGEL, 2009a, §38, p.41).

Partindo deste ponto, é possível vislumbrar o caráter formal dessa esfera do direito; “sê uma pessoa e respeite as outras como pessoas” (HEGEL, 2009a, §36, p. 40), enquanto preceito fundamental, é determinado apenas como a não violação, isto é, apenas negativamente. Essa afirmação, sobretudo, demonstra que o caráter do direito formal recai sobre o modo positivo de proibições legais, e tem como fundamento a proibição, “[...] a necessidade deste direito limita-se (sempre por causa da sua abstração) a algo de negativo: não ofender a personalidade e tudo o que lhe é consequente” (HEGEL, 2009a, §38, p. 41).

Nesse ínterim, retomando, há formalidade no *direito abstrato*, pois a personalidade constitui e tem como fundamento o conceito de si como abstrata. A personalidade é, fundamentalmente, a figuração da autoconsciência que a vontade livre em si tem de si mesma, mas essa relação nega toda a determinação e validade. Assim, a abstração e o formalismo dessa universalidade, que contém o todo da personalidade posta, também perpassa as determinações ulteriores e fundamentais dessa esfera, a saber, a propriedade, o contrato e as modalidades do injusto e a pena.

A autoconsciência é concebida especulativamente na vontade singular nas suas relações finitas subjetivas (instintos, desejos) e dessa relação da vontade singular consigo mesma faz com que conheça a si mesma enquanto infinita universal e livre (HEGEL, 2009a, §35, p. 39). A personalidade é essa autoconsciência da vontade livre e a sua relação consigo mesma, a partir de sua universalidade formal, conforme conclui Müller:

Portanto, a personalidade, enquanto autoconsciência que a vontade livre singular tem da universalidade formal da sua pura relação a si, constitui esta capacidade que a vontade livre singular tem de distanciar-se e de abstrair de todos os seus desejos, impulsos e hábitos, fazendo valer está “relação absolutamente pura a si” da atividade universal do pensar no interior de toda determinação do querer (MÜLLER, 2005, p. 66).

Por conseguinte, mesmo que a vontade singular enquanto pessoa torna-se um Eu concreto, ela ainda tem consciência da negatividade universal, o que significa que ela tem autoconsciência do espírito livre, que se inicia na vontade livre com a própria universalidade do querer algo, o “[...] eu abstrato e livre, como objeto e como fim, e é, portanto, uma pessoa” (HEGEL, 2009a, §35, p. 40).

Como visto, as figuras da vontade livre, a *universalidade*, a *particularidade* e a *singularidade*, na estrutura lógico conceitual, prevalecem enquanto determinação da universalidade formal, configurando-se, inicialmente, como personalidade, e assim “[...] esta vontade livre para si, o universal, ao apresentar-se como formal, é a simples relação, consciente de si embora sem conteúdo, com a sua individualidade própria” (HEGEL, 2009a, §35, p39).

Müller (2005) entende que a crítica de Hegel ao jusnaturalismo é o ponto de partida do *direito abstrato* e o que ele pretende é reconstruir criticamente e expor seu desenvolvimento imanente para apresentar que a vontade livre enquanto pessoa é insuficiente para pensar a liberdade em sua totalidade. E assim preceitua:

O substrato histórico da elaboração do conceito hegeliano de pessoa é a 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 da sua liberdade já está sempre inserido e é por elas mediado (MÜLLER, 2005, p. 164).

No *direito abstrato*, Hegel busca elevar sua filosofia política à universalidade de ciência do estado. Tal universalidade é a exigência para o início da dialética concreta. Por tratar-se do universal abstrato e imediato, somente nessa esfera que Hegel pode reconstruir criticamente o jusnaturalismo, a partir do indivíduo e a sua liberdade negativa.

O sujeito é concebido como pessoa e é dotado de personalidade, quando, por esses parâmetros, pode exercer sua liberdade de arbítrio sem a interferência de outros. Assim, o *direito abstrato* constitui uma possibilidade da liberdade perante o conteúdo da *moralidade subjetiva e objetiva*:

A necessidade deste direito limita-se (sempre por causa de sua abstração) a algo negativo: não ofender a personalidade e tudo o que lhe é conseqüente. Só há, portanto, interdições jurídicas e a forma positiva dos imperativos de direito funda-se, em última análise, numa interdição (HEGEL, 2009a, §38, p. 41).

O *direito abstrato* é o estágio em que a pessoa somente se concretiza a partir da liberdade e na infinitude de sua personalidade. O movimento lógico dessa forma de direito inicia-se no extremo da relação com o conteúdo particular da ação. Por isto, ser pessoa é determinar-se pela oposição de sua singularidade imediata em face do mundo que se apresenta como um dado diante de si. E, assim, determina Hegel:

A individualidade da pessoa que decide e é imediata relaciona-se com uma natureza dada à qual a personalidade da vontade se opõe como algo de subjetivo; como, porém, a vontade é infinita em si mesma e universal, tal limitação da personalidade como objetiva contradiz-se e anula-se (HEGEL, 2009a, §39, p.41).

Em consequência, Rosenfield contextualiza:

A <<pessoa>> abre-se, assim, a um movimento de <<superação>> da oposição entre a sua natureza formal e abstrata e o conteúdo particular de sua ação. O trajeto será, portanto, o que vai da relação individual a si (específico da posse e da propriedade), passa pela relação com outrem (o contrato: o produto exterior de uma diferenciação interna que se apresenta sob forma do que é comum a várias vontades particulares) (ROSENFELD, 1995, p. 76).

Sendo assim, a personalidade é o direito do indivíduo ser livre para tomar posse do que lhe é exterior. Contudo, apenas poderá tomar posse das coisas e não de pessoas. A liberdade nessa forma de direito é universal na sua finitude e na sua individualidade.

À vista disso, ser pessoa é ser um portador de direitos subjetivos, mas tais direitos são desvinculados das relações intersubjetivas sociais e políticas, visto que são baseados na pretensa liberdade humana, embora abstrata e formal. E, dessa maneira, enquanto um princípio da modernidade, ser pessoa é ser livre. Consequentemente, mediante tal premissa, o sujeito possui capacidade de ter propriedade sem a mediação dos outros. Por conseguinte, a propriedade é mais do que uma posse, é o direito sobre as coisas, ou seja, é o modo em que é regulada a relação das pessoas com as coisas. Com base nisso, diz-se que esse modelo de direito imediato é a de uma pessoa particular relacionando-se consigo mesma (HEGEL, 2009a, §40, p.41). Mas, esse direito só poderá existir caso haja algum acordo entre os parceiros de interação, isto é, no reconhecimento da propriedade e de direitos privados.

A propriedade pode ser fundamentada sobre o proprietário não levar em consideração outros sujeitos, como se ele existisse sozinho no mundo.

Em primeiro lugar, sem círculo não se pode deixar claro de onde o instituto do contrato e do reconhecimento extrairia sua validade; e, em

segundo lugar, essa abordagem tem por consequência que, em última instância, tudo pode ser feito objeto de um contrato; e justamente isto Hegel contesta com razão: no capítulo sobre a propriedade tem-se antes de esclarecer o que propriamente pode ser regulamentado contratualmente (HÖSLE, 2007, p. 541).

Em continuidade, Hösle (2007) louva as reflexões hegelianas acerca da propriedade, primeiro ao sustentar que a propriedade está alocada no lugar certo. Ou seja, a posse e a propriedade em Hegel vêm antes do contrato. O autor também sustenta a assertiva de Hegel ao colocar o domínio do espírito sobre a natureza (HÖSLE, 2007, p. 541).

Pode-se afirmar que tal como em Hegel, Hösle (2007) admite que no conceito de propriedade existem relações intersubjetivas. Porém, paradoxalmente na posse, enquanto um direito do sujeito individual de tomar aquilo que precisa, é atingida a coisa e não a pessoa. Assim, é excluído o outro, a intersubjetividade. A quebra de vínculo entre pessoas no momento da posse, com isso, é uma questão que não pode ser respondida sem entrar numa injustiça contra outrem.

No que diz respeito à diferenciação hegeliana entre posse e propriedade, está em Hegel expressa uma vontade em si que se torna seu o seu próprio objeto, diferentemente da possessão, que marca a relação de exterioridade, em que o proprietário está em função de um interesse particular – pulsões, carências, desejos etc. Esse é o resultado do movimento de materialização do indivíduo. Então, argumenta Hegel:

Mas é aquele aspecto pelo qual eu, como vontade livre, me torno objetivo para mim na posse e, portanto, pela primeira vez real, é esse aspecto que constitui o que há naquilo verídico, a definição da propriedade (HEGEL, 2009a, §45, p. 47).

Mediante tal proposição, a tomada de posse evidencia a saída de si da vontade, apontando a exteriorização de um indivíduo a partir de suas motivações individuais.

Em outra leitura, Rosenfield (1995) entende que a propriedade, para Hegel, é o “direito ao direito”, por ser uma expressão do processo de determinação do conceito. É por meio do direito e propriedade que se determina a lógica da atividade da personalidade jurídica (ROSENFELD, 1995, p. 80). Enfim, a propriedade em Hegel, enquanto privada, é a forma mais abstrata e elementar de liberdade e permanece enquanto arbitrariedade pura e simples do sujeito portador de direitos.

A questão a ser tratada, finalmente, nesta seção, será aquela que fará o recorte da tese central desta dissertação, a saber: a questão da igualdade formal e a desigualdade material de riquezas na propriedade em Hegel as quais, entende-se, gerarem as aporias da injustiça (82) e o crime (90) e, por consequência, a pena.

Hegel contextualiza, a partir do ponto de vista jurídico, a prevalência da universalidade formal e abstrata, como determinidade no *direito abstrato*, por meio de quatro consequências desta perspectiva de liberdade, destacadas a seguir.

A primeira consequência é a expressão do próprio conteúdo, ou seja, “O imperativo do direito é, portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoa” (HEGEL, 2009a, § 39, p.40). Hegel trata, nesse excerto, sobre a relação de contrato entre pessoas enquanto proprietárias que se reconhecem formalmente e que somente a partir dessa formalidade estabelecem suas regras de relacionamento. Essa formalidade implica nas relações jurídicas entre os indivíduos enquanto pessoas e proprietárias (MÜLLER, 2005, p. 168).

A segunda consequência trata da universalidade formal, a qual é um dos três momentos lógicos da vontade livre, já destacados: a universalidade, a particularidade e a singularidade. A consciência que a personalidade possui desses momentos é indiferenciada (MÜLLER, 2005, p. 169). A particularidade tem o significado de interesse individual “desejo, carência, instinto etc.” (HEGEL, 2009a, §37, p. 40) e, nesse sentido, a personalidade eleva à universalidade formal apenas o que é particular. Sendo indiferente e imediatamente diversa da universalidade formal da personalidade, a particularidade é contingente. O aspecto aqui tratado sobre a diferença entre particularidade e universalidade, na autoconsciência abstrata que a pessoa tem de sua liberdade, pressupõe a raiz especulativa da diferença entre posse e propriedade (MÜLLER, 2005, p. 169). E o que isso significa? Entende-se que a diferença entre ambos, a universalidade formal e a particularidade contingente é expressa na diferença entre a igualdade formal e desigualdade material e socioeconômica. Da igualdade formal não se deriva uma igualdade material e isso não é problemático ao *direito abstrato*.

Conforme Hegel preleciona:

Mas neste aspecto particular ainda não é, neste domínio da personalidade abstrata, idêntica à liberdade. É, pois, contingente, do ponto de vista jurídico, a natureza e a quantidade do que possuo (HEGEL, 2009a, §49, p. 50).

A terceira consequência já foi tratada anteriormente nesta seção. Quando Hegel trata desse momento do direito, limita-se a algo negativo, qual seja, “[...] não ofender a personalidade e tudo o que lhe é consequente” (HEGEL, 2009a, §38 p.41). Müller (2005) evidencia que o aspecto negativo do *direito abstrato* revela-se no fato de que sua forma positiva faculta apenas interdições jurídicas, coerções. Nesse âmbito, o direito limita-se a algo negativo e abstrato: “[...] é abstrato para não lesar a personalidade e o que dela se segue” (MÜLLER, 2005, p.169). Assim, para Hegel os preceitos jurídicos têm como fundamento um conteúdo de proibição.

Por último, a quarta consequência versa sobre a relação entre a universalidade formal da personalidade e a singularidade imediata da pessoa. Como singularidade imediata subjetiva, a consciência de si enquanto personalidade é uma vontade absolutamente livre. Todavia, ela defronta-se com algo objetivo, com uma realidade dada, a natureza externa. Inicialmente, essa relação é uma contradição para a vontade externa “[...] à qual a personalidade da vontade se opõe como algo subjetivo” (HEGEL, 2009a, §39, p. 41). Entretanto, após a contradição da personalidade com a objetividade é tornada nula, devido à finitude objetiva que desde sempre está negada na infinitude da autoconsciência (MÜLLER, 2005, p.170).

Para Müller (2005), a contradição entre universalidade formal da personalidade e a singularidade imediata da pessoa resolve-se através da “coisa” tomada na posse. A pessoa singular tenta suspender essa restrição de ser apenas subjetiva e desse modo dá-se em realidade externa imediata, quer dizer, um ser-aí (dasein) que se torna o “meu” da pessoa (MÜLLER, 2005, p. 170). Com base nisso, ele expõe que:

Este “meu” exterior, que surge, assim, de uma objetivação da minha vontade pessoal, empenhada em suspender a sua subjetividade unilateral, oriunda da sua singularidade imediata, é não só aquilo que me pertence como próprio, a “minha” propriedade, mas, também, propriedade no sentido lato, de um mundo que a minha liberdade põe como a esfera externa da sua atuação (§ 41), na qual o homem afirma o seu senhorio absoluto sobre tudo na natureza (§39 NM e §44) (MÜLLER, 2005, p. 169).

A posse, para Hegel, acontece quando uma pessoa particular se apodera exteriormente da “coisa” que passa a ser sua propriedade. A exterioridade acontece a partir de uma objetivação da vontade pessoal, que se empenha em suspender a sua subjetividade unilateral, que provém da singularidade imediata (HEGEL, 2009a, §41, p.44). A propriedade, nesse caso, pertence e afirma-se pela natureza da vontade, e o indivíduo assenhora-se de toda ela. E, assim, preleciona Hegel:

Tem o homem o direito de situar a sua vontade em qualquer coisa; esta torna-se, então, e adquire-a como fim substancial (que em si mesma não possui), como destino e como alma, a minha vontade. É o direito de apropriação que o homem tem sobre todas as coisas (HEGEL, 2009a, §44, p. 46).

Então, a propriedade e a posse geram uma igualdade formal e, ao mesmo tempo, uma desigualdade material de riquezas parte do jogo dialético entre a necessidade da individualidade instituir a liberdade exterior, buscando suspender a contradição entre a vontade livre em si e para si figurada na personalidade enquanto universalidade formal da sua liberdade e, de outro modo, a limitação de ser apenas subjetiva e imersa na singularidade imediata da pessoa de outro (MÜLLER, 2005, p.173). Desse modo, Hegel pretende desenvolver essa figuração imediata da vontade livre, que apenas se expressa enquanto necessidade determinada num conceito abstrato, para alcançar a ideia: “Deve a pessoa dar-se um domínio exterior para a sua liberdade a fim de existir como ideia” (HEGEL, 2009a, §41, p. 44).

Segundo Müller, “[...] a personalidade é inteiramente abstrata e formal, o seu correlato objetivo é inicialmente, também desprovido de qualquer determinação” (MÜLLER, 2005, p. 173-174). No *direito abstrato*, a natureza é exterior a ela mesma e a propriedade é onde a vontade singular objetiva-se como a vontade imediata e exterior:

Assim, no seu elemento racional e especificamente jurídico, a propriedade não consiste em que a pessoa tenha a coisa em seu poder, em vista da satisfação das suas carências, [...] mas na objetivação da vontade pessoal na coisa, que devido a esta exterioridade a si mesma, pode ser inteiramente investida pela vontade livre da pessoa singular, que se torna, nela, vontade objetivamente livre para si (MÜLLER, 2005, p.173-174).

Para Hegel (2009a), “[...] uma coisa, qualquer coisa de não livre, sem personalidade e sem direito” (HEGEL, 2009a, §42, p. 44). A “coisa” propriamente dita significa mais do que um mero objeto exterior para a consciência, pois o indivíduo

poderá apoderar-se do que não tem fim próprio e que está totalmente submetido a ele (HEGEL, 2009a, §44, p. 46), tornando-o algo “seu”.

Fundamenta Müller (2005), que a propriedade e a posse, distinguem-se segundo os momentos lógicos do conceito de vontade livre: a primeira, enquanto o objetivo da universalidade formal da personalidade da individualidade; a segunda aparece mediante o interesse particular da vontade, através de impulsos, carências etc. (MÜLLER, 2005, p. 174). Nessa última, é uma vontade livre que se apodera de uma “coisa” para satisfação dos desejos e do livre arbítrio. Torna-se, desse modo, objetiva para ela mesma através da posse e tal aspecto da realidade constitui o que é jurídico definido como propriedade (HEGEL, 2009, §45, p. 47). Assim, define esse momento como “jurídico racional” (MÜLLER, 2005, p. 174) da propriedade, devido à sua exterioridade e “apoderamento” do indivíduo sobre a coisa.

Em consequência, além de constituir a base da relação entre propriedade e posse juridicamente, a distinção entre a universalidade formal e a particularidade da individualidade instaura uma relação de diversidade e indiferença, a partir da questão da igualdade formal e a desigualdade material de riqueza, existente na esfera do *direito abstrato* (MÜLLER, 2005, p. 174). O que procede é que esses últimos aspectos, a igualdade formal e desigualdade material, são considerados do ponto de vista jurídico do *direito abstrato* contingentes. Isso implica dizer que, juridicamente, a particularidade é indiferente à universalidade formal do indivíduo, sua consciência de sua liberdade bem como a materialidade de sua igualdade.

A contingência refere-se à existência de critérios de justiça meramente formais para a aquisição e manutenção da posse e propriedade na sociedade. Posto que a posse já concerne ao domínio da desigualdade (HEGEL, 2009a, §49, p. 50), a igualdade fica apenas em âmbito abstrato, no mesmo grau de igualdade do direito à propriedade. Disso decorre, necessariamente, que o direito à posse e à propriedade não implica nenhuma determinação quantitativa. E, assim, Hegel aduz:

A igualdade é a identidade abstrata do intelecto, sobre ela se funda a mediocridade do espírito, sempre que depara com a relação da unidade a uma diferença. Aqui, a igualdade só poderia consistir na igualdade das pessoas abstratas como tais; ora, tudo o que se refere à posse, domínio de desigualdade, fica à margem da pessoa abstrata (HEGEL, 2009a, §49, p. 50).

Segundo Hegel: “Ora, tudo o que se refere à posse, domínio de desigualdade, fica a margem da pessoa abstrata” (HEGEL, 2009a, §49, p.50). E, ainda, além da desigualdade ser inevitável enquanto uma contingência natural externa, o é também pela “diversidade e particularidade infinita” (*Ibid.* p. 50). Logo, no *direito abstrato* há diversos indivíduos com seus direitos, não sendo possível repartição em igualdade se a pessoa é abstrata. Assim, a igualdade formal de um lado e a desigualdade material de outro, tornam-se condições necessárias da propriedade livre, que “[...] não se pode falar de uma injustiça da natureza a propósito da desigual repartição da riqueza e da fortuna, pois a natureza, não sendo livre, não é justa nem injusta” (*Ibid.* p.50).

Hegel considera a liberdade moderna mais racional e, ao mesmo tempo, mais poderosa do que as pressuposições abstratas do igualitarismo e contrário à prevalência de igualdade, pois acredita que são o desenvolvimento e aprimoramento dos Estados modernos quem produz a desigualdade dos indivíduos:

A garantia, portanto, de um mínimo social – [...] – é, por um lado, em face da igualdade formal jurídica, “um *anelo* (*Wunsch*) moral [...] bem intencionado [...] mas por outro, na medida em que esse mínimo social é algo distinto da desigualdade material implicada na posse, Hegel o remete à esfera da sociedade civil” [...] (MÜLLER, 2005, p.178).

De outro modo, Rosenfield (1995) apresenta que acumular propriedade não se iguala à acumulação de direitos, pois Hegel admite que “[...] a propriedade possa expressar a dominação de uma classe social sobre a outra”, no sentido de que seja apenas “[...] um simples objeto de acumulação”. Com base nessa premissa, a quantidade de propriedade é algo completamente alheio bem como não se deriva dela a quantidade de direitos (ROSENFIEL, 1995, p. 80).

Portanto, a propriedade privada apresenta-se mais do que algo individual no jogo pelo qual a vontade toma posse da realidade imediata. Primeiro, dado a pessoa ao apropriar-se de sua natureza empírica na relação de liberdade com outrem, também se entende uma relação de liberdade e direito. E, em decorrência disso, pressupõe uma relação de direito que se concretiza por uma vontade natural que se eleva à consciência de sua racionalidade.

O trabalho da personalidade jurídica consiste em que a sua natureza empírica (em si livre) seja produzida numa determinação de modo livre. Como proprietário, o

indivíduo reflete-se na liberdade de outrem, afirmando-se e, assim, concomitantemente, coloca o direito de outro. Esse ato de reconhecer o outro é o ato de reconhecer a si mesmo, pois o outro só o é porque nós somos em nós mesmos, o outro de nós (ROSENFELD, 1995, p. 83).

Diante do exposto, a igualdade abstrata de outrem decorre da desigualdade empírica da possessão. Todavia, são contingentes os fatores diversos na determinante da aquisição da propriedade, que segundo Rosenfield

[...] não se realçam o objeto de satisfação dos carecimentos, nem as suas motivações específicas, mas o conjunto de condições que possibilitam que todos os indivíduos sejam iguais frente às suas necessidades. Todos os homens possuem os mesmos direitos de dispor das condições elementares de vida, próprias da satisfação do que lhes é vitalmente necessária (ROSENFELD, 1995, p. 83).

Apesar dessa igualdade formal, entende-se, de acordo com o texto hegeliano, que a desigualdade material não pode ser resolvida no âmbito do *direito abstrato*, posto que essa desigualdade é apenas um aspecto contingente. No interior do *direito abstrato*, a liberdade e a intersubjetividade são deficientes à medida que, primeiro, o direito à propriedade é tido como natural à vontade e, então, não é fruto de processos intersubjetivos; e segundo, a liberdade é negativa, pois baseia-se em interdição jurídica e abstrata, visto que não leva em consideração agentes concretos, apenas igualmente abstratos.

2.5 O Contrato e o contratualismo

A propriedade significa uma relação de uma pessoa com o que ela toma posse e o uso dessa coisa possuída. O contrato (§72) nada mais é do que uma forma de reconhecimento recíproco entre os proprietários, isto é, a pessoa e a sua relação com o que toma posse, bem como o uso do objeto possuído, assegurado pelo reconhecimento de outro.

Mas como existência da vontade essa sua existência para outrem é existência para a vontade de outrem. Esta relação de vontade a vontade constitui o terreno próprio e verdadeiro onde a liberdade tem uma existência. É esta mediação que constitui o domínio do contrato, esta mediação que a propriedade estabelece, não só de uma coisa com a minha vontade subjetiva, mas também com outra vontade, havendo, portanto, uma vontade comum de posse (HEGEL, 2009a, §71, p.70).

Mediante o movimento de reconhecimento em que se realiza o contrato e compreendendo esse enquanto um ser da relação imediata entre as coisas, o Estado funciona como pano de fundo que o garante. Nesse momento, as vontades particulares em relacionamento recíproco tornam a vontade abstrata em vontade comum, relacionando-se, então, pelo contrato. Assim, para entender a liberdade como uso da vontade em poder apropriar-se de objetos exteriores, é de direito ter posse, estabelecer e cumprir contratos.

Para Hösle (2007), na alienação da propriedade pelo contrato, é manifesta a intersubjetividade do *direito abstrato*, mas contida, implicitamente, na propriedade (HÖSLE, 2007, p. 547). De tal modo como a propriedade, o contrato é apenas na aparência voltado para satisfazer as necessidades, pois é um fim em si mesmo, tendo em vista que “[...] o contrato é produto do livre-arbítrio” (HEGEL, 2009a, §75, p.72). Isto posto, há uma vontade comum imediata, porém não é ainda “universal em si e para si” (HEGEL, 2009a, §75, p.72), ou seja, racional e o objeto do contrato é exterior (HEGEL, 2009a, §75, p.72). Dessa forma, a propriedade é o ser aí da minha vontade e, ao mesmo tempo, um ser para outrem, devido à relação interpessoal entre ambas pessoas. Através da troca é que o contrato se origina e torna-se um reconhecimento recíproco entre os proprietários. Assim, seria uma vontade comum a vários indivíduos e limitada.

A relação da vontade com outra vontade é o tornar-se objeto do outro através de uma relação intersubjetiva, todavia, tal relação alcança apenas as relações interpessoais privadas, sendo esse o limite para contrato, uma vontade comum e não universal, podendo somente concordar juridicamente.

Partindo de uma crítica ao contrato social, Rosenfield (1995) declara que a vontade comum no contrato está apenas posta na relação comercial, não produzindo qualquer movimento de reconhecimento, pois o contrato apenas subsume os objetos de troca. Eis porque Hegel realiza a crítica sobre o contrato social e, assim, Rosenfield

alega: “Ora, isso só pode pôr em relevo a inadequação de querer transformar a relação entre coisas em uma relação entre homens, donde a crítica da noção do contrato social” (ROSENFELD, 1995, p. 93).

O contrato social é o assenhorar-se do direito político pelo privado, pois o que pertence ao livre arbítrio – ao contrato de todos com todos – não pode ser uma relação do direito público. O que Hegel leva em consideração para o surgimento de uma sociedade são as condições historicamente determinadas segundo a forma de organização política de tal sociedade, isto é, sua lógica é deduzida a partir do fato político. E, com isso, Rosenfield preceitua:

O indivíduo, como ser de razão, consiste essencialmente em um ser político; não se pode separar a razão da política, porque aquela se produz historicamente em uma comunidade determinada e se efetua de modo pleno pela ação dos indivíduos que, reconhecendo-se nela, realizam a liberdade que aparecem neles (ROSENFELD, 1995, p. 94).

A posição de Hegel, no que diz respeito às filosofias políticas liberais, é que essas teorias isolam a consciência que os indivíduos possuem de si e de suas relações sociais. Para Hegel, o indivíduo deve agir de acordo com a racionalidade por meio dos fatos políticos de sua época.

A economia moderna baseia-se na ideia de contrato para formular suas relações de troca, e é nesse ponto que o crime se apresenta como a insuficiência do direito abstrato. Tendo em vista que o mencionado direito dispõe os sujeitos como proprietários, já se demarca toda uma parcela que não se enquadra nessa definição. Devido à posição de Hegel sobre a economia, qual seja a de entendê-la como ocasionando através da industrialização a fragmentação social e individual, o crime é inexorável ao direito abstrato. O capitalismo, de antemão, posiciona os sujeitos em desigualdade, seja em relação ao seu poder aquisitivo ou à detenção de meios de produção. Diante disso, o *direito abstrato* possui uma desigualdade sistêmica e inexorável em seu interior, podendo a mesma ser atribuída à mencionada desigualdade o fundamento do crime.

Para resumir e apontar o desenvolvimento seguinte, recapitula-se o que foi trabalhado neste capítulo até aqui. O *direito abstrato* possui três esferas distintas, a partir dos conceitos de propriedade, do contrato e o injusto, sendo esse último conceito

tema para as seções posteriores. Assim, tais esferas são os tipos fundamentais segundo a vontade livre realizada e figurada na pessoa, que se dá um ser aí:

1) primeiro, a vontade abstrata, de uma pessoa singular que se relaciona somente consigo, ou seja, é a vontade individual que tem uma relação imediata com a “coisa” externa, apropriando-se dela e, assim, objetiva nela sua vontade racional. Segundo Hegel (2009a) tal limitação da personalidade como objetiva contradiz e anula-se (§39, p.49) e coloca a realidade ou a natureza como sua. Nessa primeira esfera, é a posse, que é uma propriedade enquanto uma liberdade da vontade abstrata (§40a, p. 41).

2) No segundo momento, as vontades particulares estabelecem-se em vontade comum e reconhecem-se reciprocamente enquanto proprietárias. O contrato é o ser-aí em comum (MÜLLER, 2005, p. 171).

3) Em último, o injusto projeta-se na não execução do contrato, isto é, no ordenamento jurídico e sua universalidade objetiva, juntamente com a particularidade da vontade, quando um dos contratantes, a partir de sua vontade particular do arbítrio, age contra a vontade comum, querendo o contrário do que o direito é em si (MÜLLER, 2005, p. 171).

Esse último fundamento conceitual, demonstrado na figura do injusto, é o momento posterior da alienação e contrato. A questão do crime versa sobre o conteúdo do contrato, que é estipulado pela vontade de arbítrio dos contratantes e o modo jurídico da universalidade, que se exterioriza no contrato e perpassa a vontade comum dos contratantes. Nessa medida, de um lado, a vontade dos arbítrios e, de outro, a universalidade da forma jurídica contém uma distinção implícita no seu movimento na oposição, entre a universalidade da vontade em si e a particularidade da vontade da pessoa singular. Tal oposição desenvolve-se e aprofunda-se, resultando numa contradição interna na vontade criminosa, pois essa nega a infinitude da liberdade e o direito enquanto direito (HEGEL, 2009a, §81, p. 79).

2.6 A dialética do crime em Hegel e a pena como sua supressão

A pretensão desta última seção é tornar claro o pensamento de Hegel sobre os pressupostos nos quais ele ancorou sua tese sobre a dialética do crime (§90). Assim, a intenção é expor que o crime para Hegel é fruto de um modelo de liberdade nomeado pelo autor de negativo, no qual os indivíduos contrapõem a universalidade do direito à particularidade de sua vontade, na forma de crimes contra outrem.

A esse respeito, expõe-se que o crime é inexorável ao *direito abstrato* e baseia-se na negação da personalidade jurídica de outrem, pelo apelo ao próprio arbítrio. Em decorrência dessa negação, a pena contra o crime é a negação e o reestabelecimento do universal da lei. A pena é intrínseca à realização da liberdade e cumpre um papel restaurador da ordem atingida (HEGEL, 2009a, §99, p. 88), bem como ela deverá cumprir o papel de suprimir o crime, para que ele seja aniquilado e, enfim, o direito restaurado.

O crime para Hegel é a modalidade exemplar, para o conceito da terceira seção do *direito abstrato*, o in-justo, na obra *Filosofia do direito* (2009a), O injusto (§82) pode ser definido segundo a tradução do alemão *Unrecht* como “não direito”, conforme tradução brasileira do terceiro volume da *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (HEGEL, 1995 b). O prefixo latino “in” guarda o mesmo sentido negativo de “un” no alemão, para o caso, o que permite aludir ao crime como o “não direito”, ou seja, “não justo” (MÜLLER, 2006, p.19). Sendo assim, o injusto é a negação do direito, que significa lesão a premissas de interação já compartilhadas por sujeitos. A função do injusto é fazer ver que tais premissas não são aplicadas necessariamente por todos, pois apoiam-se em concepções individuais de liberdade. Tal lesão inicia-se na propriedade, mas Hegel entende que nisso o crime ofende a própria personalidade do outro:

Pensar a injustiça significa pensar como o direito, já posto no seu ser, torna-se uma simples aparência (Schein – Hegel, 1967a, 82) para a vontade particular. É a partir dessa oposição entre o <<ser>> da vontade e a aparência produzida pela vontade particular que se desenvolve o processo de aparecimento de uma vontade moral, que

procura precisamente <<superar>> esse fato jurídico (ROSENFELD, 1995, p.97).

A lógica interna do injusto tem sua gênese conceitual “[...] no arbítrio e na contingência da própria vontade” (HEGEL, 2009a, §81, p. 79). De um lado existe a vontade idêntica dos contratantes, posta como vontade comum, e que se desenvolve em sua forma jurídica, de outro lado, a vontade particular e imediata dos contratantes, que podem ou não realizar a vontade comum acordada.

De modo esquemático, primeiramente, no *direito abstrato*, a vontade abstrata da personalidade jurídica toma uma parcela do mundo exterior como sua. Depois, as vontades particulares em relacionamento recíproco tornam tal vontade abstrata a vontade comum, relacionando-se mediante contrato. E, por fim, a vontade particular, através da ação contra essa vontade comum, quer o contrário do direito em si. A vontade particular, que quer suprimir o direito universalmente mediado pelo seu arbítrio particular, resume-se na contradição interna da vontade criminosa, que nega a infinitude da liberdade e do direito enquanto direito (MÜLLER, 2006, p.171-172).

No que se refere ao crime, Hegel (2009a) apresenta que a “estipulação”, o conteúdo do contrato, representa o elemento jurídico substancial do contrato, a execução, o seu elemento jurídico exterior (HEGEL, 2009a, §79, p.75). A estipulação já exterioriza o conteúdo do contrato e confere obrigatoriedade jurídica, pois já contém a vontade comum que veio a se constituir (*ibid.* p.75) na forma da decisão de alienar a coisa e o reconhecimento de que essa já é a propriedade de outrem. Assim, assevera Hegel:

[...] a estipulação do contrato já por si mesma é a existência da minha voluntária decisão no sentido de que, por ela, alieno o que é meu objeto, o que deixa de ser minha propriedade e eu reconheço como propriedade de outrem (HEGEL, 2009a, §79, p. 75).

Segundo Müller (2006), “[...] a estipulação não é apenas uma promessa, mas um compromisso moral subjetivo de cumprir o estipulado futuramente” (MÜLLER, 2006, p. 20). Todavia, através da supressão pela estipulação contratual, “[...] da arbitrariedade das íntimas disposições e alterações” (HEGEL, 2009a, §79, p. 75), existe uma possibilidade das vontades contratantes não cumprirem o estipulado, demonstrando que a vontade comum é contingente, bem como também é contingente a concordância entre o arbítrio das vontades particulares e a vontade em si universal do direito efetivado no

contrato. “Na diferença entre acordo e cumprimento reside, segundo Hegel, a possibilidade da injustiça: um dos contraentes pode, mas não é obrigado a cumpri-lo e assim pode violar a propriedade do parceiro de contrato” (HÖSLE, 2007, p. 550). Logo, para Hegel (2009a), o “[...] particular para si, diferente da vontade geral, aquela vontade aparece, portanto, no domínio do arbitrário e da contingência de opinião ao que é o direito em si” (2009a, §81, p. 79).

De acordo com Müller (2006), a contingência é o elemento constitutivo do contrato enquanto possibilidade de não execução contratual, pois o universal em si do direito existe na vontade comum que tem vigência pela particularidade da vontade (MÜLLER, 2006, p.20). Com isso, a estipulação renuncia o objeto do contrato, enquanto contingência da própria vontade e aí, nela, reside a possibilidade de injustiça (HEGEL, 2009a, §81, p. 79).

Assim,

[...] o conceito abstrato de direito não integra os momentos da universalidade sendo em si e da particularidade sendo para si das pessoas proprietárias numa unidade, na qual aquela universalidade não depende da vontade particular dos contratantes para existir e viger, esses momentos são postos numa diversidade, que se desenvolve, conforme a lógica das determinações da reflexão, em direção à sua oposição e, ulteriormente, no crime, em direção à contradição entre eles (MÜLLER, 2006, p. 21).

Nesse ínterim, o movimento realizado por Hegel da passagem do contrato ao injusto, dar-se-á por meio da necessidade lógica em que os momentos do conceito serão diversos entre si. Tal diversidade ocorre entre a vontade universal do direito em si e a vontade particular para si (MÜLLER, 2006, p. 21). Na lógica especulativa, o conceito de *direito abstrato* tem como desenvolvimento ulterior a figura do contrato e os momentos de distinção entre *universalidade* e *particularidade*.

Então, Hegel aborda:

A necessidade lógica superior realiza o trânsito para a injustiça, pois, segundo ela, os elementos do conceito - aqui, o direito em si ou a vontade como geral e o direito na sua existência que é precisamente a particularidade da vontade - devem ser apresentado como possuidores de uma existência separada para si, o que faz parte da realidade abstrata do conceito (HEGEL, 2009a, §81, p. 80).

Na medida em que a passagem do contrato ao injusto tem como forma exemplar o crime, sua origem parte do imediato e contingente na concordância entre o aparecer na forma de contrato, isto é, o aparecer da universalidade interna do direito, e as vontades particulares contratantes (MÜLLER, 2006, p. 22).

Desse modo, o surgimento do injusto e a sua dissolução é explícita nos termos da dialética da essência e aparência de Hegel.

Nesta oposição da vontade particular ao direito em si, concebido logicamente como sendo a essência, esse seu aparecimento é impelido, pela sua pretensão de se independizar em face da essência e pôr-se como subsistente por si, a tornar-se um aparecer que é só aparecer, i. é, um aparecer aparente, mera aparência (*Schein*), que, uma vez posta enquanto tal, sucumbe ao poder da essência, e, assim, soçobra na sua falsa pretensão de autonomia (MÜLLER, 2006, p.22).

Ademais, o sentido próprio do in-justo é o crime que corresponde a uma forma de agravamento da oposição da vontade particular à universalidade em-sí, ou seja, ele ofende a infinitude da personalidade (MÜLLER, 2006, p. 27-28). A natureza do crime é a negação do direito, portanto a vontade criminosa é autodestrutiva, na medida em que tenta dissolver o que é próprio do espírito objetivo, que é sua própria realidade.

A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime – juízo negativo infinito em todo seu sentido. Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence – a capacidade jurídica – [...]. (HEGEL, 2009a, §95, p. 85).

No juízo negativo infinito além do ato criminoso que fere a liberdade da pessoa, também se considera ferido o próprio direito como um todo. Para Hegel o crime é, por definição, a afirmação da individualidade que nega sua existência imediata. É sempre a possibilidade da individualidade abster-se de fixar-se em uma escolha, uma decisão ou vontade, que ela mesma impôs a si. No contrato, isso quer dizer sempre a possibilidade de não cumprimento do acordado, entendido num sentido amplo, não apenas de relações econômicas ou jurídicas, mas como contrato social, implicando na concordância mútua na abdicção de uma parcela de sua liberdade para o cumprimento da lei por todos. Em síntese, o contrato é pressuposto na existência do crime e o criminoso nega a própria existência enquanto pessoa de direitos. Dessa maneira, a insuficiência de uma liberdade

pautada no contrato leva a uma intersubjetividade deficiente à medida que o outro é apenas um obstáculo à vontade particular.

Destarte, a lógica interna da figura do injusto consiste em apresentar-se apenas como mera aparência que manifesta sua nulidade intrínseca, isto é, através da negação da *universalidade* em si do direito. A pena, como consequência lógica da figura do injusto, nega novamente a primeira negação por meio da particularidade e, dessa forma, afirma-se a lei como efetiva e vigente. A negação da negação tem como fim suspender a singularidade imediata da pessoa proprietária e a *particularidade* da vontade contratante, acarretando, assim, que a *universalidade* somente seja posta como vontade em si e para si (MÜLLER, 2006, p. 21).

A dupla negação por ora narrada é a figura jurídica da pena e é essencial ao injusto em sua forma exemplar, o crime. Primeiro, nega-se a lesão do direito e, igualmente, restabelece-se o direito (HEGEL, 2009a, §99, p. 87). A figura da pena enquanto segunda negação tem como função antecipar a esfera moral e a figura ‘ética’ do juiz (MÜLLER, 2006, p. 23). O desenvolvimento completo do conceito de crime e pena por meio da dialética hegeliana é ao mesmo tempo a realização da passagem do *direito abstrato* para a *moralidade subjetiva*. Para Hegel a vontade promovida pela justiça punitiva, enquanto vontade subjetiva particular, quer o universal como tal, e este conceito já se identifica com o da moralidade. O conceito de moralidade, neste sentido, expõe uma vontade subjetiva que quer o universal. Deste modo, a figura do juiz, a qual executa a justiça punitiva, pressupõe a encarnação da moralidade.

A tese de Hegel da passagem do contrato ao injusto demonstra que o conceito do *direito abstrato* somente suspende sua abstração por meio de sua negação, sendo a injustiça necessária juridicamente, pois integra a esfera do direito abstrato na medida em que é em si imediato (HEGEL, 2009a, § 82, p.80), assim como a injustiça é a vontade imediata. A abstração do direito só é dissolvida pela injustiça à medida que, no caso concreto da vida cotidiana, a formalidade do direito é rompida por uma ação arbitrária a qual suspende a formalidade por um crime concreto.

Em consequência, Hegel articula três modalidades de injusto e suas configurações jurídicas: o injusto sem dolo ou cível (HEGEL, 2009a, §84-86), a fraude (HEGEL, 2009a, §87-89) e o crime (HEGEL, 2009a, §90-96), que correspondem às

formas de agravamento da oposição entre a universalidade do direito e a vontade particular (MÜLLER, 2006, p. 25). Segundo Hösle (2007), essa divisão do injusto é dialética e tem um sentido próprio:

[...] no primeiro caso, é violado apenas o direito subjetivo de um outro, não porém o direito em si, que permanece reconhecido; na fraude, entretanto é negado muito bem o direito em si, não porém o sentimento subjetivo do direito no outro; no crime, finalmente são violadas ambas as coisa (HÖSLE, 2007, p. 551).

Todavia, aborda-se de forma parca e resumida as primeiras figuras do injusto (§82) – sem dolo ou cível (§84) e a fraude (§87) –, para mais a frente expor o crime que é o objetivo daquele escrito.

A figura do injusto sem dolo ou cível viola apenas o direito subjetivo do outro, mas não o direito em si, pois esse ainda permanece reconhecido. A questão dessa primeira figura recai sobre a negação ou conflito de uma pretensão jurídica por parte de uma vontade em relação à outra vontade sobre uma coisa, isto é, o direito universal aqui é respeitado.

O conflito em que a coisa é reivindicada com um motivo jurídico, que é o que constitui o domínio do processo civil, contém o reconhecimento do direito como universal e soberano, de tal modo que a coisa deverá pertencer a quem tenha direito a ela (HEGEL, 2009a, §85, p. 81).

Deve-se frisar que o dano cível é onde nascem conflitos. Ou seja, quando algo é reivindicado com um motivo jurídico, sendo um ramo do processo civil, pertence à universalidade do direito que nega o particular, através da inclusão da coisa como propriedade e esse é o conflito (HEGEL, 2009a, §85-§86, p. 81-82). Diante disso, o reconhecimento do direito é como o direito deve ser e está unido ao interesse do indivíduo.

Na segunda figura, a impostura, é negado o direito em si, isto é, o direito aqui é exigido apenas como aparência e “[...] a universalidade interna da coisa é encoberta por aspectos particulares exteriores a ela, a afetando por uma falsa aparência que lesa o lado universal do contrato” (MÜLLER, 2006, p. 25). Com isso, a impostura ou fraude é a diferença não em relação ao acordado no contrato, mas quanto à coisa contratada, que é diferente do que foi prometido.

Desse modo, o crime é a negação do direito e independe da aparência em face da essência, pois, na injustiça, o direito “[...] é a forma da aparência” (HEGEL, 2009a, §83, p. 81), e o crime anula a *universalidade* do direito. Tal nulidade manifesta-se na forma jurídica da pena aniquilando a lesão do direito.

No entanto, o criminoso quer a injustiça na medida em que o direito é somente “aparência” de universalidade. Para ele, sua vontade arbitrária sobrepõe-se à abstração. Desse modo, o criminoso, além de lesar a liberdade da pessoa singular na sua propriedade, isto é, o ser-aí, ele também lesa a própria capacidade da pessoa, isto é, sua personalidade jurídica:

Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade (§85), mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence - a capacidade jurídica -, e isso sem que haja a mediação da minha opinião (como na impostura, §88). É o domínio do direito penal (HEGEL, 2009a, §95, p. 85).

Para Müller (2006), o crime, enquanto a negação do direito, ofende a infinitude da personalidade, mas somente poderá ocorrer a violência sobre a vontade livre da pessoa refletida no mundo externo, na forma de propriedade em sentido amplo, ou seja, tudo que possa ser determinado como coisa (MÜLLER, 2006, p. 27). Em consequência, a vontade livre sempre está exposta à violência exercida por outro, seja pela violência física ou coação. Contudo, deve-se frisar que, para Hegel, a violência ou coação somente poderá ser exercida contra um objeto do querer, os objetos do contrato (HEGEL, 2009a, §43a, p. 45), mas não em sua vontade livre. A lesão somente poderá ser remetida ao objeto do contrato, pois ela não poderá afetar a vontade que é constituída da universalidade do direito. “Assim, a vontade livre em si e por si não pode ser coagida” (MÜLLER, 2006, p. 27).

Em consequência, a anulação contingente da universalidade intrínseca, que é somente aparência, a partir da negação do direito pelo criminoso, apenas existe positivamente em sua vontade particular.

Daí, conseqüentemente, a tese de que esta negação infinita do direito, que quer pôr a universalidade intrínseca deste como nula e contingente, como mera aparência, só tem ‘existência positiva’ na vontade particular do criminoso (MÜLLER, 2006, p. 28).

Segundo Müller (2006), a violência ou coação destrói a si própria no seu conceito, pois é a exterioridade da vontade livre que nega a efetividade que ela mesma

se dá, isto é, o direito em si. E, assim, “[...] a violência ou coação suprime a liberdade enquanto ideia” (MÜLLER, 2006, p. 29). De fato, a própria coação autodestrói-se conceitualmente e imediatamente: “[...] a violência e a coação imediatamente destroem a si mesmas no seu próprio conceito como expressão de uma vontade que suprime a expressão da existência de uma vontade” (HEGEL, 2009a, §92, p. 84). À vista disso, torna-se necessária uma segunda coação para suprimir a primeira lesão ocorrida contra uma vontade. Essa segunda coação, com vistas a suprimir a primeira, é necessariamente e condicionalmente jurídica, e esse já é um prelúdio à *moralidade subjetiva*.

A pena para Hegel é uma ação recíproca jurídica, compreendida como autodestruição imediata da coação (MÜLLER, 2006, p.29) e, desse modo, que é concebida especulativamente enquanto negação da negação. Essa dupla negação é a manifestação da nulidade intrínseca do crime e, assim,

A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito (HEGEL, 2009a, §97, p.87).

Nesses moldes, o *direito abstrato* é necessariamente coercitivo, devido ao fato de uma coação enquanto ação exterior suprimir a existência da liberdade de uma vontade numa coisa exterior (HEGEL, 2009a, §94, p. 84-85). Assim, é coercitivo, pois deve restabelecer as premissas compartilhadas pelos sujeitos quanto à inviolabilidade de sua personalidade jurídica.

Hegel inicia sua teoria penal explicitando que o crime lesa a “ideia da liberdade” e o seu elemento substancial, isto é, o conceito de crime é tanto a lesão da universalidade em si do direito quanto do reconhecimento da personalidade por todos. Todavia, ele “[...] visa, antes de tudo, a supressão da lesão do direito enquanto tal e a aniquilação da vontade particular do criminoso” (MÜLLER, 2006, p. 29). De outro modo, a partir da determinação qualitativa da punição que sairia da esfera do direito penal para a esfera do direito cível, tomemos como exemplo a indenização por danos morais (MÜLLER, 2006, p. 30).

Em relação ao precedente, o crime foi posto como sendo a ascensão da individualidade, ou seja, essa individualidade não se fixa nem em si mesma. Ainda que ela concorde em fazer algo, ela pode também se negar a fazê-lo, o que é inexorável a

uma liberdade ainda não universal como a do contrato. Para Hegel, o crime é a negação da lei, mas, por seu próprio conceito, já contém em si mesmo sua negação, ou seja, a pena. Tal aspecto do conceito é, precisamente, aquela necessária ligação que faz com que o crime, como vontade em si negativa implique a sua mesma negação, que se exprime como pena. Dito de modo esquemático, o crime é a negação da lei e a pena é a negação da negação que o crime produziu, resgatando a universalidade da lei.

Capítulo 3: A teoria penal em Hegel: inspirações e dificuldades na dogmática penal contemporânea

3.1 Introdução à proposta penal hegeliana

A pena, na modernidade, além de sua aplicação ao indivíduo que cometeu um crime, possuía como fim legitimar o monopólio do *ius puniendi* pelo Estado, emergindo, assim, as teorias absolutas, classificadas em retributivas e preventivas⁸. A finalidade de aplicação da pena repousa, neste caso, em teorias absolutas da pena, as quais tentaram justificar o porquê se punem autores de crimes. Tais teorias absolutas da pena são de matriz kantiana e hegeliana como afirmam as doutrinas de direito penal ocidental.

Todavia, a partir das teorias absolutas demonstra-se que existem algumas incongruências nas interpretações sobre a proposta penal em Hegel. Primeiro porque tratam o conceito de pena em Hegel por um viés de retribuição, apresentando sua teoria conforme doutrinas do direito penal, fundada em vingança voltada para uma sanção ética. Segundo porque não interpretam a pena abrangendo como uma consequência jurídica e, então, pressupõe-se que Hegel legitima o poder público fundado apenas em deveres morais e éticos, deixando de lado os direitos humanos. Dessa maneira, segundo interpretações, Hegel não se enquadra no ideal contemporâneo de Democracia e Estado de Direito⁹.

⁸ São teorias absolutas todas aquelas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever (FERRAJOLI, 2002, p. 204). Na modernidade a teoria da retribuição penal visava que o crime é um mal a ser exarado pela pena, isto é, o mal pelo mal. De outro modo, a teoria da prevenção não quer punir a prática de crimes passados, mas quer evitar a ocorrência futura. Assim, a prevenção pode ser dividida em duas espécies, prevenção geral e especial: a primeira dirigida à sociedade pela coação psicológica; a segunda destina-se ao agente que comete um crime, para evitar que não cometa crimes futuramente (BITENCOURT, 2010, p.107).

⁹ Reconstruir a partir da exploração dos escritos de Hegel sobre a pena é um trabalho de grande desafio para esta dissertação. Primeiramente, por não haver nenhuma obra específica deste filósofo sobre a

Defende-se que a finalidade de retorno a fundamentação da pena na modernidade pode encontrar raízes na filosofia hegeliana do direito, através da figura da negação da negação do direito, enquanto fundamento de sua teoria penal. Em consonância, a fundamentação filosófica sobre a pena em Hegel calcada no respeito diante da vontade livre do delinquente tem o intuito de fundamentar a sua teoria penal com a proposta de prevenção especial¹⁰.

Contudo, este capítulo tem por escopo discutir especificamente uma teoria da pena construída a partir das premissas da filosofia política de Hegel, através da estrutura do movimento lógico especulativo, por meio das principais características do conceito de vontade e suas determinações, defende-se o autor quanto um teórico da prevenção penal especial. Busca-se uma discussão específica sobre a fundamentação na teoria da ação, tendo como base a imputação objetiva e o conceito de prevenção geral, mas aborda-se que este último conceito não sustenta as proposições hegelianas da pena; Primeiro porque a proposta de hipótese penal calcada na reintegração do indivíduo criminoso em seu seio social através da consideração de sua racionalidade, bem como a reestruturação do próprio direito como um todo, será o arcabouço teórico que sustenta a fundamentação racional da pena em Hegel. Aborda-se as consistências teóricas para a defesa de tal tese bem como as dificuldades argumentativas que propõe a superação de seu pensamento.

temática penal, e o autor não apresenta de modo claro a finalidade da pena em nenhuma de suas obras. Assim sendo, cada parágrafo ao qual o filósofo refere-se à punição deve ser compreendido como uma peça de um quebra cabeça, cuja organização é o desafio deste trabalho.

¹⁰ As teorias justificadoras da pena podem ser classificadas em absolutas (conforme apontado Hegel e Kant), e as teorias relativas (preventivas). De acordo com Ferrajoli (2014, p. 212), as teorias preventivas da pena poderão ser classificadas em:

1. Prevenção geral: A finalidade desta busca controlar a violência, sendo destinada a toda coletividade social. Ela pode ser dividida em:
 - 1.1 Prevenção geral negativa: Tem como finalidade a intimidação de modo coercitivo, seja ele psicológico ou físico, através da ameaça da pena.
 - 1.2 Prevenção geral positiva: Busca reforçar a vigência da norma e da ordem social através da apresentação das incidências nos casos concretos (finalidade defendida por Günter Jackobs).
2. Prevenção especial: Tem como finalidade o próprio criminoso, objetivando que não mais volte a delinquir e assim busca-se impedir a sua reincidência através da ressocialização. Esta poderá ser classificada em duas:
 - 2.1 Prevenção especial positiva: Busca a reeducação do criminoso.
 - 2.2 Prevenção especial negativa: Busca neutralizar o criminoso da coletividade social.

3.2 O movimento dialético do crime e da pena como proposta para uma teoria da pena em Hegel

No *direito abstrato*, Hegel já indica que a pena cuida de restaurar o direito que foi lesado, além de fazer o indivíduo criminoso reconhecer-se nela como um ser racional (HEGEL, 2009a, §100 p. 89). Seguindo por esse caminho argumentativo, a pena terá um conceito específico, isto é, Hegel condiciona a existência da pena ao crime e aponta implicitamente para sua finalidade, a qual defende-se nessa dissertação que seja de prevenção especial. Conforme proposições de Hegel, aponta-se que as argumentações calcadas em ressocializar o criminoso através da pena já contém dentro de si o próprio direito do criminoso, o honrando como ser racional. Dentro desta perspectiva, a pena deve ser compreendida através do desenvolvimento lógico especulativo da vontade livre com o propósito de realizar o reconhecimento do indivíduo com o seu meio, isto é, de reconhecer-se dentro de um Estado ético realizável e que este Estado seja afirmado como um Estado de direito efetivo e racional.

Os pressupostos nos quais Hegel funda sua análise filosófica do direito, partem de uma perspectiva lógica especulativa, a qual desdobra, de modo imanente, a ideia do direito em seu aspecto mais primitivo. Nessa esfera do direito privado, além de não dar conta daquelas esferas de atuação é o primeiro momento indeterminado do conceito. O que existe é uma vontade ainda individualizada e que se opõe à outra individualidade manifestando-se como uma liberdade negativa ou excludente. A atividade reflexiva da vontade parte de um caráter arbitrário da mesma, a partir da relação contratual, em que a universalidade interior aparece como comum a vontade arbitrária e a vontade particular. Isso quer dizer que o direito em sua existência essencial e essa vontade particular correspondem-se imediatamente (HEGEL, 2009a, §82, p. 80).

Conforme expõe Rosenfield, o que existe nessa relação contratual é uma justaposição de duas determinações, de uma lado, enquanto momento do conceito, determinada por várias vontades, mas que guardam a sua particularidade, e, de outro lado, o que existe é uma forma de particularidade ainda não mediada, mas que afirma o seu ser para si (ROSENFELD, 1995, p. 96). Através da relação contratual surge a

oposição entre a vontade particular em si e a vontade geral para si, exteriorizando uma ação arbitrária e injusta.

O conceito de crime parte do movimento de oposição do ser do direito privado ao caráter arbitrário de um indivíduo, que apenas visa aos seus próprios interesses, deixando de lado o caráter essencial das relações do direito e, então, conclui Hegel:

Como a vontade só é ideia ou liberdade real, na medida em que tem uma existência e em que a existência onde encarna é o ser da liberdade, a violência e a coação imediatamente destroem a si mesmas no seu próprio conceito como expressão de uma vontade que suprime a expressão da existência de uma vontade. É por isso que, consideradas abstratamente, são injustas a violência e coação (HEGEL, 2009a, §92, p. 83-84).

Em outras palavras, o indivíduo procura apropriar-se de um objeto que não lhe pertence, ou seja, viola a propriedade de outrem e, assim, também viola o próprio direito.

Como visto no capítulo anterior, para Hegel, o *direito abstrato* é o direito de coação (HEGEL, 2009a, §94, p. 84), mas tal coação é uma prática que também merece ser coagida, primeiro porque lesa a existência da liberdade, ou seja, a existência do direito, mas também nega o que Hegel propõe como universal e infinito, a capacidade do direito. Esse domínio, na visão de Hegel, pertence ao direito penal (HEGEL, 2009a, §95, p. 85). E, dessa forma, a personalidade, isto é, a capacidade jurídica, que era apenas atributo da liberdade, passará a ser o seu objeto (HEGEL, 2009a, §104, p. 94).

Conforme expõe Rosenfield (1995), a coação somente acontece sobre alguma pessoa que se deixa coagir: “[...] só quem se deixa coagir é que pode ser obrigado a tal coisa” (HEGEL, 2009a, §91, p.83). Tal ato é contrário à liberdade e pressupõe um indivíduo como um ser natural. Desse modo, “[...] a racionalidade do homem exige sempre do círculo reflexivo da efetividade que se ponha verdadeiramente em condições de efetuar o caminho de volta à sua própria subjetividade” (ROSENFELD, 1995, p. 100).

Ademais, a violência cometida contra outrem significa que aquela vontade particular está desmembrada do seu meio social e, à vista dessa situação, exige-se do direito uma atitude que possa suprimir essa primeira coação. Logo, a negação do direito pelo crime exige uma outra negação empírica, e o direito afirma-se como determinação de uma liberdade, produzindo um direito de coação. Trata-se de um direito de coação

proveniente da universalidade do direito e resulta da negação de uma violência cometida contra o conceito de direito (HEGEL, 2009a, §93, p.84)

Deve-se destacar, ainda, que a vontade apenas poderá ser coagida quando direcionada a algo externo, nesse caso a propriedade (HEGEL, 2009a, §90, p.83), na medida em que a vontade coagente é uma exteriorização que suprime a exteriorização de outra vontade. Então, tal vontade, ao voltar-se à outra vontade, estaria voltando-se contra si mesma, pois ambas são idênticas, e, assim, pode-se dizer que o direito se confirma como negação da negação (HÖSLE, 2007, p. 551).

Partindo da leitura de Hösle (2007) sobre Hegel (2009a), a legitimidade da pena deve-se por meio da coação, e essa, por ser uma contradição lógica, algo de negativo, em parte suprime a si mesma, mas ainda continua tendo que ser suprimida. Dito isto, vislumbra-se a pena como prevenção, ao menos enquanto uma necessidade exterior, mas que ainda não há uma necessidade interior (HÖSLE, 2007, p. 552).

Em continuidade, Hösle (2007) reforça sua posição sobre a finalidade da pena em Hegel, ao trazer que “[...] torna-se bastante claro que a teoria hegeliana da pena não defende de maneira nenhuma a vingança” (HÖSLE, 2007, p.553), apesar de ainda ser considerada dentre as teorias absolutas da pena. A teoria da prevenção geral em Hegel é considerada importante, principalmente em seu caráter de medição da pena (HÖSLE, 2007, p. 553), o que na atualidade denomina-se dosimetria penal¹¹.

Todavia, deve-se frisar que a prevenção geral sempre vai pressupor uma justiça penal, isto é, a ameaça da pena fundamentaria sua justiça, pois ela faz parte da natureza da pena (HÖSLE, 2007, p. 553), mas, conforme denúncia de Hösle (2007), tal teoria viola a dignidade humana. Para ele, a punição, nesse viés, também é um meio de intimidação, consistindo em um meio para outros fins e isto implica que o fundamento jurídico da pena deve ser o crime ocorrido, não seus futuros efeitos possíveis (HÖSLE,

¹¹ Dosimetria penal estabelece a individualização da pena, com vistas às características pessoais do agente, às circunstâncias agravantes e atenuantes e às causas de aumento e diminuição da pena. Segundo Zaffaroni (2006), no Brasil, a dosimetria determina quatro consequências: determinar quais são as penas aplicáveis; limitar a previsão através da escala do respectivo delito, a quantidade da pena a respectivo caso concreto e a substituição de penas em privativa de liberdade por outras (ZAFFARONI, 2006, p. 709).

2007, p. 554). Assim, a crítica de Hegel sobre uma teoria de prevenção geral negativa¹² resulta numa intimidação através da pena, mas que não visa a proteger o criminoso.

Em concordância com essa passagem, Michael Inwood (1997) entende que ameaçar o criminoso é esquecer que ele é livre e capaz e poderá agir conforme essa ameaça (INWOOD, 1997, p. 265). Isso para Hegel significa que reconhecer a pena como uma ameaça é reconhecer o criminoso como um animal irracional.

Percebe-se, nesse caso, que a pena é um produto da relação entre os indivíduos, mas que deve ser efetuada conforme a complexidade de sua estrutura, ou seja, as proporções deverão ser justas. Bem como, a justiça implica um julgamento particular e específico, que considere o sujeito criminoso um ser racional. Daí a necessidade interior da pena (HÖSLE, 2007, p. 552). Será a partir dessa premissa que se busca a pedra de toque sobre a pena e a sua finalidade em Hegel, mas a abordagem sobre tal questão será feita mais a frente.

Sobretudo, deve-se frisar que o crime dentro da esfera do direito somente foi visto por instituições já estudadas e o seu significado apenas refere-se a essas determinações (HEGEL, 2009a, §95, p. 85). Consoante essa indagação de Hegel, é possível vislumbrar onde ele aloca o crime. Trata-se de um princípio do Estado de Direito, segundo o qual “*nulla poena sine lege*”¹³, em outras palavras, só existe pena sob a égide de uma lei que a defina. Apesar da modernidade ainda apresentar tratamentos que causavam mutilações, pena de morte aos criminosos, dentre outras características degradantes aos mesmos, que aqui não caberia expor, Hegel torna basilar sua teoria da pena calcada em um dos princípios fundamentais do direito penal, o da legalidade.

¹²A teoria da pena de prevenção negativa tem a função de dissuadir a coletividade para que seja assegurados os bens jurídicos de possíveis futuras vítimas, que estão em perigo pelo risco da reprodução da ação que lesou o direito da vítima e a punição dar-se-á pela injustiça e da culpabilidade através do ato. A pena tem função utilitária, com o objetivo de intimidar quem pretenda cometer algum crime. São consideradas punições severas e que não contêm garantias quanto a sua funcionalidade, ao colocar a pena como exemplar (FERRAJOLI, 2010, p. 257).

¹³ *Nulla poena sine lege* – Não há pena sem lei que a defina. Nesse aforisma, costuma expressar juntamente com outro aforisma *nullum crimen sine lege*, o princípio da legalidade, que se enquadra na maioria dos países e sendo próprio do direito penal. Esse princípio emite a negação da punição a alguém, por um fato que não está formalmente previsto como crime em lei, até mesmo considerar circunstâncias agravantes que também não estejam prevista. Assim, como expressa a negação em punir alguém que não tenha cometido um crime, com penas não previstas em lei (CARLETTI-PEDROTTI, 1995, p. 102).

Hösle (2007) propõe que Hegel aloca a ação do criminoso de modo abstrato, pois sua ação é apenas o motivo para a punição, mas não sua finalidade. Tal finalidade compreenderia essencialmente a segurança da sociedade (HÖSLE, 2007, p. 555). Todavia, será que apenas no Estado racional da sociedade civil, isto é, apenas na *Eticidade* seria possível obter uma finalidade para a pena? A resposta de Hösle será positiva e conclui que a finalidade do Estado, quanto à realidade do direito, é a liberdade de todos os cidadãos (*Ibid.* p. 555), apesar da racionalidade do Estado apenas estar ancorada no ponto de vista da *eticidade*. Neste sentido, a proposta penal enquanto prevenção especial em Hegel poderá apenas ser considerada realizada quando alcançada o ponto de vista da *eticidade*. Entretanto, conforme o desdobramento teórico desde o *direito abstrato* vislumbra-se a construção argumentativa de Hegel sobre a pena e a ressocialização do indivíduo criminoso perpassar cada figura da liberdade.

Em continuidade, parte-se da questão que se a finalidade última da pena tem de ser a reintegração e reabilitação do criminoso no Estado, mas não há nenhuma obrigatoriedade sobre isso, nem sempre tal premissa poderá ser alcançada. Para mais, isso seria contrário aos ideais hegelianos, pois o criminoso, ao agir livremente, não há nenhuma outra liberdade a realizar (HÖSLE, 2007, p. 555). Toma-se então que somente poder-se-ia aplicá-lo ao próprio crime: “[...] é o próprio crime que nele se faz valer” (HEGEL, 2009a, §101, p. 91). Dessa forma, tal pressuposto está incorreto, dado que em Hegel não poderá haver nenhuma liberdade para o mal.

Portanto, a proposta hegeliana da pena perpassa as imediações da vontade livre, a qual no crime ainda é em si negativa (HEGEL, 2009a, §101, p. 91). Essa negação implica a reflexão externa de uma identidade intrínseca, que, segundo Hegel, o intelecto entende como igualdade. Essa essência exterior poderá prejudicar o criminoso, devendo haver conexão entre a interioridade do crime cometido e a pena, que deverá suprimi-lo, para não tornar-se um mal pelo mal (HEGEL, 2009a, §101, p. 92). A proposta de Hegel, nesse caso, demonstra a questão da proporcionalidade da pena entre o crime cometido e a pena a ser cominada. Desse modo, apesar de ainda conter algum viés de retribuição, como a pena de morte, por exemplo, pode-se afirmar, que a sua proposta penal “possui a natureza especialmente preventiva” (HÖSLE, 2007, p. 556).

Vislumbra-se, primeiramente, o papel racional das instituições que deverão ser livres em seu conceito, todavia, essa proposição demonstra uma contradição, pois ao mesmo tempo que pretenda sanar as contradições “[...] que cinge[m] as modalidades da abolição do crime (HEGEL, §2009, 103, p. 93)”, ele já aponta para o trânsito da *moralidade subjetiva*.

Precisamente, ao supor que o Estado age racionalmente e pretende-se livre, deve atualizar-se em si por meio do movimento conforme as vontades particulares (ROSENFELD, 1995, p. 101). Toma-se como exemplo que “[...] somente há crime com lei anterior que o defina”. Assim, Hegel, aloca a pena como uma forma de restauração do direito, bem como o reconhecimento do sujeito criminoso na pena a que está sujeito. Desse modo, expressa Rosenfield que “[...] honrando o criminoso, honra-se também a sua racionalidade do direito, ou, de modo inverso, se o criminoso for tratado como um ser natural, a racionalidade do direito é desconsiderada” (ROSENFELD, 1995, p. 102). Tal perspectiva responde o porquê Hegel ainda trata a pena de morte dentro da figura da pena, pois segundo sociedades que ainda não alcançaram um patamar mais elevado de direito racional, a pena de morte se enquadraria perfeitamente como pena.

Nesse sentido, o crime ofende a vontade livre-em-si, como uma ofensa à propriedade, mas, apesar de representar a exteriorização da vontade, Hegel afirma que seria um dever do Estado manter o conceito de crime. Para ele, na ação criminosa está contido o que há de racional pela pena que lhe será imposta, mesmo que o indivíduo não a queira. De fato, apesar do sujeito criminoso ser dignificado através da pena como ser racional, tal racionalidade não existirá caso “[...] o conceito e a extensão da pena não forem determinados pela natureza do ato criminoso (HEGEL, 2009a, §100, p. 90)”. De tal modo, vislumbra-se em Hegel certa noção de proporcionalidade. A pena deve fazer com que o criminoso se reconheça como um ser racional e deseje sua liberdade, isto é, ser punido é se reconhecer e ser reconhecido como livre. Tal proposição é um adendo a sua posição quanto à proposta penal de prevenção especial, em que o criminoso com a pena será ressocializado, em termos hegelianos o reconhecimento de si mesmo, através da pena.

Não é outro o entendimento de Salgado (1996), ao definir que “[...] o mundo do direito define duas determinações: a do dever e a do direito do sujeito” (SALGADO, 1996, p. 355). No dever, a determinação é negativa, isto é, a norma está sempre presente como ação contingente, uma ação negativa abstrata do indivíduo. No direito do sujeito, ou determinação positiva, é a liberdade jurídica. Para Salgado, “[...] o direito interioriza a sua própria negação e faz com que a contingência da sua negação seja o próprio direito, por meio da sanção” (*ibid.* p. 355).

A dialética do crime no *direito abstrato* pode ser apresentada de duas formas conforme Salgado (1996): a primeira, inicia-se com a negação entre o direito de um e o direito de outro; na segunda, é a negação do direito, primeiro, a negação do direito do sujeito, e depois a negação da lei, através do crime. O elemento chave que faz com que o direito reconcilie-se consigo mesmo é a sanção, nesse caso específico o crime, a pena (SALGADO, 1996, p. 355).

O que a eleva ao caráter ético é “[...] o princípio da realização da liberdade e racionalidade do direito (SALGADO, 1996, p. 356)”, apesar da pena apresentar-se externamente como um instrumento de ordem. Ela é um direito tanto da sociedade quanto do indivíduo (HEGEL, 2009a, § 95, 85) e, assim, tem como finalidade o direito do próprio criminoso, um direito a ressocializar-se e retornar ao convívio social, novamente um prelúdio à prevenção especial da pena.

Apesar de não citar diretamente a questão da finalidade da pena como retribuição ou prevenção, note-se que por meio desta concepção de Salgado (1996), existe a possibilidade de sustentar a tese de que Hegel propõe uma finalidade de prevenção especial para a pena, ao trazê-la como um direito de ressocialização do criminoso.

Ademais, a pena para Hegel não tem a finalidade de determinar a vontade do criminoso pela ameaça ou retirá-lo da vida criminosa, nem muito menos considerar a pena calcada em ações da causalidade, enquanto um “[...] determinismo abstrato da teoria psicológica-sociológica do meio (HÖSLE, 2007, p. 555)”, pois isso fugiria de sua justificação racional. E, então, percebe-se que Hegel não é adepto da prevenção geral, que pressupõe “[...] para a qual o punido é apenas um meio de intimidação (HÖSLE, 2007, p. 553)”.

A finalidade do crime ofende à própria liberdade, que contém em uma de suas formas a realização do direito, e, assim, nega reconhecimento ao direito. Em outras palavras, segundo Salgado (1996), trata-se de negar abstratamente o universal e afirmar o particular como universal (SALGADO, 1996, p. 357). Em consequência, a pena será a resposta que restabelece a vontade universal sobre a vontade particular que a exclui (*ibid.* p. 357).

Pode-se perceber que a finalidade da pena não repousa em retribuir um mal, mas funciona como própria do direito de se afirmar estruturalmente contra um crime cometido, isto é, um não direito (*Unrecht*). Hegel nega que a pena tenha algo da vingança, conforme visto anteriormente através de Hösle (2007), apesar de considerar sua forma e ação da vontade subjetiva representar uma justiça contingente. Portanto, a dissolução de um crime necessita de uma justiça isenta, que puna, mas não vingue, e, assim, a justiça seja a determinação jurídica e moral, que exige uma vontade particular e subjetiva que deseje ao universal (HEGEL, 2009a, §103, p. 93).

É partir deste ponto que a tradição da doutrina penal interpreta a pena em Hegel como retribuição. Apesar da lei penal, na leitura hegeliana, possuir características da vingança, o que difere que a vingança privada da pública é a parte de formação do Estado (HEGEL, 2009a, §102, p. 93). Através dessa formação institucional, exige-se que a contradição existente na supressão do crime prescindia de uma vontade que é particular e subjetiva, e, apenas no conceito da *moralidade subjetiva*, aspira-se o resultado de tal movimento lógico.

Quando a teoria da pena em Hegel é apontada por um viés de retribuição, ao expor sobre a pena de morte, por exemplo, significa que existe uma sociedade ainda instável. Inicialmente, seria impossível para uma sociedade deixar impune um delito cometido por um agente, pois se existe o crime este foi estabelecido pelo direito. Todavia, Hegel considera que quando as penas são rígidas não significa que são injustas em si e por si, mas devem estar relacionadas com a situação do momento.

Outro ponto de vista retributivo em Hegel, parte do alemão Winfried Hassemer *Punir no Estado de Direito* (2012), o qual interpreta que a pena justifica-se como o mal, bem como tenta resgatar o aspecto negativo da pena para o discurso normativo da

punição e afirma: para que seja preservado o sistema jurídico, esse deve conter dentro de si aspectos de retribuição (HASSEMER, 2012, p. 344).

Mas, reforça-se outra perspectiva preventiva, na contemporaneidade. Os juristas Eugênio Pacceli e André Calegari, na obra *Manual de Direito Penal* (2018), expõem que Hegel é incluído entre os defensores de concepção retributiva. Porém, em sua obra, ambos os juristas afirmam ser indevida tal inclusão. Para eles, o filósofo alemão interpreta a pena por uma perspectiva pública e própria do Estado de Direito. A pena é própria do Estado ético, em que o crime, ao negar o direito, igualmente nega a liberdade, e a pena nega o crime, a fim de que o direito seja restaurado e, assim, torne-se possível a liberdade. Nessa esfera, o crime não pode ser considerado um mal, mas uma violação do direito, a qual somente através da pena pode ser eliminada (PACCELI, CALEGARI, 2018, p. 73). Por isso, a teoria penal em Hegel, não pode ser considerada retributiva por ser pública e partir de uma determinação jurídica. Apesar de não ser bem por esse caminho que se seguem estes escritos, vislumbra-se a defesa que Hegel pressupõe a finalidade da pena, a prevenção especial.

A questão a qual defende-se neste estudo pressupõe que segundo Hegel, um código penal não poderá valer para todos os tempos e os delitos são existências aparentes que podem acarretar uma repulsão maior ou menor (HEGEL, 2009a, §218, p. 194-195).

A pena enquanto a aniquilação da lesão e uma necessidade da auto mediação ao direito não é simplesmente vingança, pois ela ao suprimir o direito que foi ferido, isto é, ao suprimir uma vontade livre existente criminoso através da ação do criminoso, será vista como contendo o próprio direito do criminoso, e por isso este será honrado como ser racional, isto é, haverá o reconhecimento do sujeito como ser livre e a racionalidade do direito também será considerada.

Diante do exposto, sobre uma teoria penal em Hegel, o crime nas doutrinas clássicas era visto como um mal e a pena seria outro mal, destinado ao criminoso. Todavia, o crime é uma coação violenta que lesa a existência da liberdade (HEGEL, 2009, §95, p.85). A pena, enquanto modalidade do justo, manifesta-se para suprimir o crime cometido (Hegel, 2009a, §99, p. 89). A vontade moral deve mediar a jurídica, para que as normas jurídicas não se convertam em simples instrumentos de dominação

sobre algum grupo específico. A ação deve ser justa, quando baseada no direito, para que possa ser verificada pela subjetividade de cada sujeito. Com isso, a ação moral e a ação jurídica complementam-se e atualizam-se uma na outra.

Desse modo, o trânsito para a *moralidade subjetiva* vai possibilitar a construção de arcabouço teórico que se inicia a partir do desdobramento sobre a pena, em que Hegel já predispõe uma crítica ao princípio da causalidade, ou teoria causal. Bem como, a partir da teoria da ação, vislumbra-se uma crise da culpabilidade, que contém como base a finalidade preventiva geral positiva, a qual, na contemporaneidade, é retomado a partir de Hegel. Todavia, busca-se empreender um caminho que entenda de outro modo essa retomada de Hegel, progredindo pelo viés da prevenção especial.

3.3 A teoria da ação em Hegel

Em perspectiva lógica, a pena em Hegel é uma necessidade de afirmação do direito e, a partir de tal premissa, ela difere-se das concepções que dominavam a modernidade.

Segundo Hösle (2007), a esfera da moralidade trata de atitudes não de ações e o sujeito tem o direito de reencontrar a si mesmo em suas determinações. Ainda não há um equilíbrio entre norma objetiva e a vontade subjetiva, contudo, o que há é uma contradição entre ambas (HÖSLE, 2007, p. 559). A contraposição justaposta nessa esfera do direito, entre objetividade e subjetividade, dá-se na medida em que a vontade interior deseja estar contida na objetivação de seus objetos, mas ela, de um lado, fica diante da realidade exterior, e, de outro, com o conceito.

Para Hegel, a fundamentação penal, no *direito abstrato*, tem como questão “[...] o que é justo ou injusto” (HEGEL, 2009a, §99, p. 88). Porém, critica representações de cunho psicológicos triviais, pautadas na essencialidade da *moralidade subjetiva*, isto é,

no aspecto subjetivo do crime. Tais representações denunciam um determinismo abstrato, que, assim como a intimidação através da prevenção geral, torna-se perigosa para o criminoso e se esse for considerado um animal instintivo apenas, também não possuiria direitos (HÖSLE, 2007, p. 555). Notadamente, a crítica aqui exposta trata-se de demonstrar o afastamento de Hegel a proposta penal de prevenção geral, tornando mais robusta a tese de prevenção especial, pois garante como meios de defesa a importância da pena como meio de racionalidade para o sujeito criminoso, isto é, a perspectiva da finalidade da pena diretamente na figura do criminoso.

Hegel pretende tratar o conceito de crime de forma bem definida, afastando-o como produção de um mal, tomando-o como uma violação do direito que deve ser suprimido, partindo de conceitos bem definidos (HEGEL, 2009a, §99, p. 89). Apesar de haver uma relação criminológica entre o meio e o crime, não há razão para o uso do princípio da causalidade. Desse modo, exige-se que cunje as modalidades da supressão do crime, o que prescindir de uma vontade que é particular e subjetiva, conforme o conceito da *moralidade subjetiva* aspira-se o resultado de tal movimento lógico (HEGEL, 2009a, §103, p. 93).

No interior das determinações lógicas da supressão do crime através da pena, Hegel denuncia que as correntes da ciência positiva de sua época eram uma das matérias mais infelizes (HEGEL, 2009a, §99, p. 88). Tal crítica estava pautada sobre uma fundamentação penal baseada em aspectos da causalidade, conforme exposto em parágrafos anteriores. Vislumbra-se, nesta seção, a análise do fundamento sobre os conceitos de causa e ação, como proposta de entender como Hegel interpreta, através da redefinição do sujeito enquanto um agente que se conhece no agir.

Segundo expõe o filósofo contemporâneo Inácio Helfer (2011), em seu artigo nomeado *teoria da ação e mediações dialéticas em Hegel*, o filósofo moderno, não discute propriamente uma teoria da ação, ao menos não à luz das discussões da atualidade, mas é possível extrair de seus estudos uma teoria qualitativa da ação, que a partir de suas características e propósitos, opõe-se à teoria causal (HELPER, 2011, p. 02).

A teoria causal da ação pode ser descrita como movimentos físicos, análogos a qualquer outro tipo de acontecimentos, tratados como desejos ou intenção humana. Em

outras palavras, a partir de uma ação humana desencadeada mentalmente, isto é, por meio de uma causa psicológica, algo é modificado (HELFER, 2011, p.8). A teoria causal compreende uma teoria física ou de cunho psicológico:

[...] forma particular de excitação do córtex cerebral, provocada por uma irritação interna ou externa ao corpo do agente, ou uma capacidade de o agente interagir com o meio ou de simplesmente deliberar sobre algo a partir de um conjunto de variáveis, em virtude do qual se estruturaria uma manifestação desejante no plano psicológico que, finalmente, desencadearia a ação de deslocamento (HELFER, 2011, p. 9).

Helfer (2011) esclarece sobre dois vieses de concepção acerca da causa. Na primeira concepção, é abordada a partir de um dualismo, em que, de um lado, seriam os movimentos motores, que são iguais a todos os acontecimentos, mas, de outro lado, o que os distingue seriam apenas algo mental: “A causa da ação seria, em última instância, circunscrita a um evento interno da mente capaz de prever e promover o que vai acontecer fora.” (HELFER, 2011, p.8).

Em outra concepção, reduz a ação do sujeito a uma reação de estímulos, qual seja, desejar ultrapassar o ponto subjetivo do agente para alcançar a compreensão objetiva das coisas, o que revelaria os componentes verdadeiros da ação. A crítica dessa concepção é projetada contra os fins de um sujeito relativizado. Tal visão parece superior à visão qualitativa, uma vez que afasta os erros que poderiam se originar da parcialidade das avaliações dos agentes (HELFER, 2011, p. 9).

No entendimento de Höhle (2011), o conceito de causa, tratado na *moralidade subjetiva* retorna à consciência heroica da Antiguidade, onde se assumia a responsabilidade por tudo que era causado (HÖSLE, 2011, p. 560). Em termos lógicos, a interpretação dos gregos sobre o agir humano ainda não estava pautado numa reflexão sobre a diferença entre fato e ação sem distinguir os seus resultados (HEGEL, 2009a, §118, p. 106). Nesse sentido, causa e culpa ainda estão unidos significativamente para os gregos¹⁴. Höhle (2007) trata de culpa imputável e essa ilustra que “[...] só se tem por culpa aquilo que também se quis” (HÖSLE, 2007, p. 560). Porém, em momentos posteriores, abordar-se-á, com mais ênfase, tal questão.

¹⁴ Deve-se frisar, que não se pode confundir injustiça e culpabilidade, com causa e culpa, pois os primeiros para Hegel não podem estar separados, para que seja imputado um crime.

A teoria da ação tem como uma de suas principais características preconizar uma diferença qualitativa entre a ação e o conhecimento (HELPER, 2011, p. 10). Em distinção à teoria da causa, não há que se falar em movimentos físicos, pois a ação não é explicada conforme definições biológicas científicas. Em síntese, segundo essa concepção “[...] o fim não é separável ontologicamente da ação” (HELPER, 2011, p. 10). Nessa prerrogativa, o fim, a partir de uma ação, não é o resultado, pois está coadunado à intensão do agente. Nesse caso, o indivíduo reconhece suas ações, porque está implicado a elas, bem como, há uma parcialidade entre suas escolhas e definições. E, assim, ação para Hegel através da interpretação de Helfer significa:

O espírito é entendido como pura atividade que existe em seu manifestar-se, por intermédio das “formas determinadas” de sua existência. Por isso, enquanto um “diferenciar-se de si mesmo”, ele é aquilo que as ações humanas fazem de si (HELPER, 2011, p. 11).

Partindo dessa interpretação, a ação em Hegel pressupõe que os indivíduos se compreendam como agentes da ação e se reconheçam como idênticos ao espírito. Um dos pressupostos de ação parte do conhecimento do indivíduo, que seria a capacidade do indivíduo de conhecer sua ação, e, portanto, saber que é responsável pelo que faz (HELPER, 2011, p. 12). Não é outro o entendimento de Hösle (2007), para quem, a partir de uma ação, será imputado a si o que estava em seu propósito.

Em sua própria concepção, Hegel expõe de modo claro que

[...] a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe perceber às condições em que atuou, por aquilo que estava em seu propósito (HEGEL, 2009a, §117, p. 104).

Conforme supracitado, a proposição em causa demonstra que existe uma vontade interior que deseja estar contida na objetividade de seus objetos, mas que ainda não há um equilíbrio entre a norma objetiva e a vontade subjetiva, o que há é uma contraposição. De um lado, a realidade exterior, e, de outro lado, o conceito (HÖSLE, 2007, p. 559).

Diante do exposto, a intenção desta seção é esclarecer a questão central sobre a *moralidade subjetiva*: a ação do indivíduo. A interpretação hegeliana sobre a teoria da ação na obra *Filosofia do direito* (2009a), deve ser tratada sob o viés da mediação lógica, em que a vontade se determina como livre. Dessa maneira, o espírito objetivo é

considerado o campo mais fértil para o tratamento da ação, que “[...] trata da liberdade objetiva que se produz através da autodeterminação real da subjetividade moral em ação” (HELFER, 2011, p. 18). Em Hegel, a ação de um indivíduo também vai pressupor consequências necessárias, às quais deverá responder. Nesse sentido, a ação também gera a responsabilização de suas consequências.

O tema da responsabilização em Hegel, juntamente com o tema sobre a intenção, vão pressupor determinações importantes para o direito penal. Dentre elas, a questão do indivíduo enquanto ser racional, pois o sujeito como um ser de razão tem de conhecer o geral para ser responsável pelas suas consequências (HÖSLE, 2007, p. 561). Em outras palavras, a interpretação hegeliana sobre a ação é essencialmente política, e pauta-se na vida livre que estava constituída nas instituições sociais e a participação social do indivíduo o torna um ser social, isto é, um ser racional (HELFER, 2011, p. 18).

Pode-se, assim, vislumbrar, que, conforme o desenvolver lógico de cada modelo de liberdade – da vontade livre nas esferas do direito, em sua efetividade – alcançam-se patamares mais elevados, mediante as categorias outrora citadas, presentes na obra hegeliana do direito. A ação, ao tratar os indivíduos como sujeitos que são responsáveis por si através de suas atitudes, conforme interpretação de Hösle (2007), já aponta que a teoria da pena em Hegel não pode ser interpretada apenas no *direito abstrato*, mas deve-se construir a partir dos pressupostos alocados em cada uma das esferas de liberdade da *Filosofia do direito* (2009a).

No ponto de vista da moralidade, a formação subjetiva particular de cada indivíduo, até conta como um ponto de vista, mas continuará nesse domínio da subjetividade. Pode-se até impor uma obrigação por meio do direito subjetivo, apreciar os bons motivos desse dever e, até mesmo, reconhecê-los. Todavia, não poderá prejudicar o direito objetivo, baseado em convicções do que seja lícito ou não numa ação (HEGEL, 2009a, §131, p.115). Para Hegel “[...] o direito da objetividade: tem que existir no mundo real, e deve ser nele reconhecido, a ação há de estar necessariamente conforme os valores deste mundo real” (HEGEL, 2009a, §132, p. 116).

Um indivíduo, ao cometer uma ação, ao mesmo tempo submete-se às leis e reconhece os direitos da objetividade. Assim, o Estado, como objetividade, contém a decisão jurídica de responsabilização e não poderá, segundo opinião própria, estar

limitado a considerações subjetivas sobre o que é justo ou injusto (HEGEL, 2009a, §132, p. 117). O Estado deverá cumprir, dentro de seus parâmetros, no terreno da objetividade, o direito de análise do que seja lícito e ilícito, tais como se apresentam no direito em vigor, publicando suas leis e costumes, para tirar o direito de exame, o seu aspecto contingente e formal. Nesse sentido, estar legitimado em poder punir torna-se o maior exercício de proteção à liberdade.

A intenção deste subcapítulo era expor uma breve introdução sobre a questão da ação com o intuito de assentar bases para se pensar sobre a perspectiva da imputação objetiva, enquanto falta de reconhecimento da norma jurídica, isto é, a unificação entre injusto e culpabilidade por meio de uma ação.

3.4 A *moralidade subjetiva* em Hegel: aspectos da imputação da ação como base para punição

Como visto, foi tratado que, através da pena, percebe-se o desdobramento lógico da vontade, havendo uma necessidade lógica de afirmação racional. Mesmo na forma mais rudimentar do direito, é possível percebê-la voltada com vistas a um sujeito racional e à restauração do direito. Em suma, a teoria penal em Hegel pressupõe dignificar o criminoso como ser racional e tal dignificação somente existirá se o conceito e a sua extensão forem determinados pela natureza do ato criminoso (HEGEL 2009a, §100, p. 90).

Em princípio, a pena como negação do crime, representa a forma de efetivação do direito, para a qual a vontade em si retorna a si através da suspensão da oposição e, assim, torna-se para si efetiva. Esse é o início para a *moralidade subjetiva*, em que o dever ser está na própria lógica de determinação da vontade livre, caminho que representa a formação da vontade subjetiva. Destarte, a partir da exterioridade para a interioridade, a vontade subjetiva quer para si a lei moral como sua autodeterminação

“[...] a personalidade que no direito abstrato é apenas atributo da liberdade passa agora a ser seu objeto, e assim, a subjetividade infinita para si da liberdade constitui o princípio do ponto de vista moral subjetivo” (HEGEL, 2009a, §104, p. 94).

Conforme abordagem na seção anterior, Hegel trouxe para o direito importantes considerações acerca da ação e, por meio dessa, a responsabilização de um indivíduo, apartado de uma teoria da causalidade. Compreende-se, como propósito desta seção, a exposição de argumentos que o identifiquem, como sendo um dos precursores da teoria da imputação objetiva, de modo que, para ele, “[...] uma ação proposital de um indivíduo, enquanto ser racional tem de ser responsável pelas consequências” (HÖSLE, 2007, p. 561).

Na *moralidade subjetiva*, abordada pelo entendimento de Hösle (2007), na responsabilização e determinação do crime e da pena, não se poderia eliminar a culpa, pois significaria não tratar o indivíduo segundo o direito e a honra do ser humano (HÖSLE, 2007, p. 562).

O tratamento hegeliano sobre uma liberdade verdadeira somente deve ser considerado por meio de um agir racional. Mas, deve-se frisar que um indivíduo criminoso, além de não agir racionalmente também não está livre plenamente (HÖSLE, 2007, p. 555). Explica-se que a relação instintiva e a autodeterminação racional seriam um estado de disposição para a liberdade, todavia, o criminoso não ser livre, não significa que não poderá ser. A liberdade poderá ser alcançada a partir da reflexão sobre o crime que cometeu e, assim, o agir humano será racional. Logo, a liberdade para o criminoso, será apenas uma suposição, e o agir racional será o meio para tornar-se livre novamente (HÖSLE, 2007, p. 556). O caminho a seguir compõe o movimento lógico do conceito de liberdade e seu progresso, desde a sua abstração até a autodeterminação da subjetividade.

Para Greice Ane Barbieri (2009), em seu texto nomeado *O aspecto positivo da moralidade na filosofia do direito de Hegel*, a *moralidade subjetiva* é um avanço em direção à ideia da liberdade, necessitando que a vontade se adapte nas situações sociais, exigindo que se aprenda a conviver com os demais indivíduos na forma moral. E, assim,

Quando o direito reage a esta vontade subjetiva e transgressora, ele reage contra o aparente, inessencial, que existe em cada indivíduo. Esta reação através da pena é a negação da negação, ou seja, quando ocorre o crime – que é a negação do direito, oriunda da vontade

subjetiva que não reconhece as leis como conteúdo da moralidade – o direito reage, negando a sua negação por meio da aplicação de uma punição (BARBIERI, 2009, p. 78).

Em Hegel, a *moralidade subjetiva*, expressa-se como a análise de condições do agir humano consciente e responsável, diferentemente de seu precursor Kant, visto que apresenta as condições do agir para que ela seja real, a partir do sujeito e por meio desse. Nesse modelo de liberdade, a vontade livre é uma vontade real que, do ponto de vista da moral, a liberdade é subjetiva, confrontando-se as decisões morais e seu conteúdo.

Para o filósofo alemão, nessa esfera do direito, a liberdade subjetiva é, inicialmente, abstrata. Significa dizer que ela é distinta do conceito, mas adequa-se na ideia, onde encontra a sua realização e, assim, a vontade que é subjetiva consegue alcançar determinações que também são objetivas as quais Hegel considera verdadeiras e concretas.

Dessa forma, a subjetividade constitui a determinação do conceito, dando-lhe a existência e somente na vontade subjetiva que pode ser real (HEGEL, 2009a, §106, p. 97). Pode-se dizer que ela representa o lado real do conceito de liberdade, em que tal movimento de autodeterminação da vontade pressupõe o progresso exprimido na evolução do direito da vontade subjetiva, que inicia no conceito, mas carece de existência para ser também ideia (HEGEL, 2009a, §107, p. 98). Assim, o ponto de vista da moral é a forma de direito da vontade subjetiva:

A vontade subjetiva, como sendo imediatamente para si e distinta do em si, é, pois, abstrata, limitada e formal. E a subjetividade não só é formal, mas ainda como delimitação indefinida da vontade, é o elemento formal por excelência da vontade (HEGEL, 2009a, §108, p. 98-99).

Isto se dá porque a relatividade da subjetividade e a sua distinção implicam um caráter de oposição à objetividade, no qual o oposto da moral não pode ser definido como imoral, mas a esfera da moral e da imoralidade são fundadas na subjetividade da vontade (HEGEL, 2009a, §108, p.99). Assim o movimento de oposição entre subjetividade e objetividade são idênticos no conceito, primeiro porque são distintos, depois porque se afirmam e, por fim, são idênticos, sendo essa vontade subjetiva ela mesma o próprio conceito.

O entendimento hegeliano de liberdade na esfera da *moralidade subjetiva*, através da imputação de uma ação, deve ter relação entre a vontade e a ação. A liberdade do indivíduo é o maior pressuposto da imputação, porque somente ela poderá tornar tal indivíduo responsável por seus atos. Logo, a ação e as suas consequências constroem o arcabouço teórico através da vontade subjetiva (HÖSLE, 2007, p. 560).

Nessa nova esfera da liberdade, são as formas pelas quais a subjetividade movimenta-se no interior do espírito objetivo, pretendendo expor as condições subjetivas constituídas da ação e a consequência dessas ações que deverão ser imputadas ao sujeito que as cometeu. Hegel expõe o seu conceito de conduta, mediante critérios sobre a imputação de um resultado causado pela ação de um agente numa existência exterior. Então, aduz:

A vontade no direito de só reconhecer como ação aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava em seus propósitos (HEGEL, 2009a, §117, p.104).

O conceito de ação, nesse sentido, deverá ser interpretado como um ponto de vista objetivo, pois o que se imputa a um agente causador não abarca apenas o seu querer, mas, para além disso, deve abarcar aquilo que era passível de apreensão pela vontade. O que Hegel realiza é uma teoria que limite a imputação a partir de sua subjetividade e o pressuposto da imputação seja firmado sobre a vontade racional.

A limitação dá-se como o sujeito constrói o mundo em si, isto é, a vontade moral coloca uma finitude para que ela reconheça as determinações da subjetividade (ROSENFELD, 1995, p. 111). O não ser da vontade é o seu limite e o sujeito percebe que esse limite é o seu ser outro. Assim, o dever-ser, quando revela um fim, ainda não é como deve ser, pois está encerrada ao movimento interior, cuja oposição com a exterioridade não foi mediada ainda (ROSENFELD, 1995, p, 112). Com isso, o infinito manifesta-se como limitado, por conta desta oposição.

Todavia,

[...] o percurso que põe <<limite>> como uma determinação da limitação e tomando consciência de que o finito e o infinito engendram-se reciprocamente, a vontade compreende agora que é o seu próprio poder de mediação, podendo doravante, determinar-se livremente e acreditando poder construir o mundo à sua vontade (ROSENFELD, 1995, p. 112).

Em continuidade, a subjetividade constitui o *Dasein* do conceito, pois na *moralidade subjetiva* quem desenvolve o conceito será a subjetividade do indivíduo. A vontade afirma-se para si, na sua interioridade, tomando consciência de si, autodeterminando-se autonomamente. O indivíduo, nesse caso, conhece a formalidade da lei, mas também sabe da existência de sua vontade subjetiva, obedecendo e reconhecendo, ainda, a lei moral dada por si mesmo e dele emana suas próprias ações (BARBIERI, 2009, p. 83). Por esse ângulo, o aspecto da vontade livre na *moralidade* é a autodeterminação do querer, que internamente se autolimita. Ela reflete a si mesma, por meio de uma barreira racional, que advém da subjetividade do indivíduo que o limita (BARBIERI, 2009, p.83).

Contudo, o indivíduo acredita naquilo que deve fazer, baseado em sua capacidade racional de autodeterminação e limite, sendo a ação praticada pelo sujeito o fio condutor do dever-ser, a partir do que o sujeito terá a possibilidade racional de agir. Deve-se frisar que a vontade expressa como as coisas devem ser e não como elas são. Essa é uma exigência da *moralidade subjetiva*.

Assim,

A ação tem sempre relação com um fim, isto porque tem um fim, para a vontade implica uma ação para atingir esse fim: toda a vontade, que expressa a subjetividade de um sujeito externamente, a faz visando algo que ela mesma não possui, pois se possuísse não seria necessária a sua busca (BARBIERI, 2009, p. 90).

Assim, a vontade subjetiva possui como conteúdo algo que reconheça como seu, isto é, sua reflexão, reconhecendo as determinações da subjetividade. O fim, segundo Barbieri (2009, p. 90), é a expressão dessa determinação da vontade moral. A vontade refletida em si, primeiro tem como conteúdo a objetividade do conceito e, segundo, não passa de uma exigência e possibilidade de não ser conforme o conceito (HEGEL, 2009a, §111b, p. 100). Tal movimento é o relacionamento entre vontades, que, quando exterior, será imediata e contingente, assim como os demais sujeitos.

No âmbito da *moralidade subjetiva*, por meio dos conteúdos da vontade subjetiva no mundo objetivo, todos devem ter os mesmos direitos. Na ação, a objetividade em si e para si, é o próprio bem-estar, que deve servir tanto para um sujeito quanto para outro. Todavia, quando a ação é somente subjetiva, pode ser o mal, devido à sua contingência e determinação como universal, isto é, como se estas fossem

universais para todos, mas não podem ser. Trata-se apenas de egoísmo do sujeito apartado do dever ser. Contribui, nessa perspectiva, Hösle:

Hegel, mostra, no entanto, que o cuidado com meu bem e eventualmente também com o bem de outros somente é normalmente justificado quando se baseia no fundamento substancial do direito; não pode, portanto, violar o direito (HÖSLE, 2007, p. 563).

E conclui:

[...] interessar-se, no caso de ações injustas, pela assim chamada intenção moral, e imaginar mal sujeitos com um coração que devesse ser bom, isto é, um coração que quer o seu próprio bem e eventualmente também o bem dos outros (HÖSLE, 2007, p. 563).

Ademais, um ato somente poderá ser imputado àquilo que o sujeito também o quis, como visto; o princípio na ação, enquanto manifestações imanentes da ação, apenas limitam-se a exprimi-las (HEGEL, 2009a, §118, p. 105). É nesse sentido que Hegel, em sua teoria da ação, afasta-se da causalidade, tomando como exemplo a ação heroica na Grécia Antiga, mas a defende a partir da reflexão na distinção entre os fatos e a ação, ou à distinção dos resultados (HEGEL, 2009a, 118, p. 106). Com tais características, defende-se que Hegel foi um grande inspirador do conceito da teoria de imputação da ação no campo do direito penal. O que ele realiza é uma teoria que limite a imputação da ação de um indivíduo a partir de sua subjetividade e o seu pressuposto está assentado sobre a vontade racional.

José Carlos Henriques (2007) entende, em seu artigo nomeado *Origem das teorias da imputação penal objetiva: antecedentes histórico-filosóficos*, que o móbil da vontade é a finalidade racional, assim, a imputação movida por esta tem como finalidade racional a ação realizada. A ação realizada por um indivíduo somente poderá ser imputada a ele a partir de sua vontade, visto que tudo aquilo que lhe for estranho à vontade é o acaso. À luz disso, Hegel conseguiu revitalizar e avançar as reflexões sobre a imputação objetiva na dogmática penal. Henriques, assim, expõe:

[...] no âmbito da dogmática jurídico-penal, das chamadas teorias da imputação objetiva, que buscaram, a princípio, estabelecer critérios objetivo-negativos de atribuição de um injusto ao seu possível autor, apresentando-se como a sistematização de um conjunto de restrições que impedem a imputação de uma determinada conduta ou de certo resultado ao agente causador, sempre de um ponto de vista estritamente objetivo (HENRIQUES, 2007, p.72).

Após a modernidade, o estudioso alemão da teoria da imputação objetiva Karl Larenz (1927) discutiu, a partir de sua tese de doutorado intitulada *A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva*, a concepção hegeliana da vontade, base para os limites da imputação objetiva no direito civil. Larenz utilizou elementos da filosofia hegeliana para fundamentar sobre os limites da vontade do indivíduo. Acerca desta tese, muito bem expõe Hösle:

Hegel, segundo K. Larenz, ‘reconheceu por primeiro esta idéia geral do direito (a saber, da responsabilidade pelo perigo) e a expressou claramente em sua em sua Filosofia do Direito – uma bela prova de que o filósofo às vezes pode estar bem à frente dos conhecimentos da ciência particular justamente também em uma questão específica’ (HÖSLE, 1997, p. 560-561).

Conforme aborda Helfer (2011), a *Filosofia do direito* (2009a) de Hegel é o campo mais propício para a teoria da ação hegeliana, a qual trata das mediações da liberdade objetiva, na autodeterminação da realidade subjetiva da moral na ação. Nesse caminho, Hegel investiga a subjetividade por meio da imputação e como se dá essa relação nas normas que estruturam a ação (HELPER, 2011, p. 15)

Quando Hegel entende que o indivíduo, enquanto ser racional, deve conhecer o geral e ser responsável pelas consequências, o geral significa a verdade do singular (HÖSLE, 2007, p. 561). Isto é, a ação contém um conteúdo que não está isolado da particularidade do exterior, mas o individual, ou singular, está ancorado em um ser pensante que contém um aspecto universal e tal aspecto é a intenção (HEGEL, 2009a, §119, p. 106). Nesse viés, o indivíduo enquanto ser pensante não poderá se escusar de sua ação e as consequências que ela ensejará.

Segundo Hösle (2007), não há que se falar em culpabilidade reduzida, atenuação de pena ou exclusão de culpa para Hegel, visto que ele apenas trata a pena como plena responsabilização ou plena inculpabilidade (crianças, capacidade cognitiva reduzida (HÖSLE, 2007, p. 563). Esse último caso é tratado enquanto ações propositais, quando não sabem as consequências de seus atos.

A intenção de um sujeito singular possui o direito de encontrar satisfação em suas ações, tonando-se meios para o objetivo final. Mas, em relação ao bem que realizo, tendo o cuidado e cuidando do bem de outro, deve ser justificado somente com base no direito,

[...] o direito da objetividade adquire a forma seguinte: como é uma modificação que tem de existir no mundo real, e também pretende, portanto, ser nele reconhecida, a ação há de estar necessariamente conforme com os valores deste mundo real (HEGEL, 2009a, §132, 116).

Quando um indivíduo realiza uma ação, está submetido às leis do direito, ao mesmo tempo que reconhece o direito objetivo. Não há circunstâncias que atenuem a culpa, pois se assim o fosse seria uma ofensa ao direito e à honra do indivíduo, calcado em sua natureza universal e não abstrata.

Por conseguinte,

Dizer que o criminoso, no momento do crime, deve ter claramente representado o seu caráter injusto e culpado, para que tal ação lhe possa ser imputada como crime, constitui uma exigência que parece salvar o direito da sua objetividade mas que nega, na realidade, a sua imanente natureza, inteligente (HEGEL, 2009a, §132, p. 118).

As circunstâncias apontadas demonstram um aspecto dado por Hegel à natureza do ato criminoso, isto é, a intenção de um indivíduo por meio de sua ação, portanto responsável pelas suas consequências, não deve ser orientada por nenhuma intenção moral benéfica, para o agente ou para os outros, que se justifique tal ação contra o direito. Por meio dessa proposição, em que está sendo analisada a imputação de uma ação, Hegel parece afastar de qualquer aspecto de proposta penal de prevenção. Todavia, Hegel não está realizando uma análise quanto à finalidade da punição, mas o caminho para ela, que seria um fim já definido pelo direito.

A intenção, até aqui, foi expor, inicialmente, a construção lógica conceitual da *moralidade subjetiva*, enquanto segundo momento do conceito do direito, em busca da ideia da liberdade. Nessa esfera da liberdade, a vontade subjetiva é a autodeterminação do querer, que internamente se autolimita, a ação praticada pelo sujeito terá como fio condutor o dever-ser e terá a possibilidade racional de agir. A partir de tais considerações, justifica-se que Hegel foi um dos precursores do conceito de imputação objetiva, ou “responsabilidade pelo perigo” (HÖSLE, 2007, p. 560), tema esse que aponta para similaridades do filósofo alemão com o jurista contemporâneo Günter Jackobs.

3.5 Aspectos contemporâneos da teoria da pena em Hegel

Vislumbra-se, nesta seção, a compreensão, por meio da construção teórica de uma teoria penal em Hegel, dentro do conceito de *eticidade*, para a qual, “[...] a ideia da liberdade tem a unidade da subjetividade moral e da objetividade do direito” (ROSENFELD, 1995, p. 143). A partir desse ponto, retoma-se a proposta em Hegel sob a discussão de uma crise no conceito de culpabilidade, enquanto legitimação e aplicação para a pena. Tal retorno tem a intenção de apresentar uma retomada da finalidade de pena de prevenção geral positiva em Hegel. Todavia, toma-se a posição que a teoria hegeliana da pena não busca reforçar a vigência da norma e da ordem social através do crime e pena, mas sustenta-se o aspecto de ressocialização e o reconhecimento do sujeito criminoso na sociedade, ou seja, defende-se que prioritariamente algumas de suas proposições apontam para a pena de prevenção especial. Busca-se, à vista disso, refletir se os resultados desta investigação propõem sua necessária superação ou se contribuem para o alcance de construção teórica que se constitua nas discussões filosóficas da atualidade.

Revela-se que a teoria penal hegeliana também pode ser elaborada por um enfoque político no campo das explicações normativas. No entanto, tal proposta poderia expressar-se como meio de possibilidade de instrumentalização do indivíduo e aumento do juízo de reprovabilidade social. Esses seriam pontos críticos de dificuldade teórica na construção de seu propósito penal.

Portanto, a proposta desta seção seria, justamente, realizar uma análise crítica dos pressupostos da pena, ancorados nas normas institucionais segundo a *eticidade* de Hegel, com vistas a destacar os resultados da racionalidade da pena em perspectiva teórica na atualidade. Mas, sobretudo, tal análise crítica será fundada em reconhecer que sua influência está para além de ser negativa, pois, ao tratar o sujeito criminoso como ser racional e analogamente conceber este indivíduo inserido dentro de um Estado racional que contenha um código penal e possivelmente um processo penal pertencente essencialmente ao seu tempo, corresponde intensificar a retomada da teoria penal em

Hegel na contemporaneidade com vistas a atualiza-lo nos debates do direito e da filosofia.

O crime empreende um caminho em que a liberdade surge como liberdade objetiva e centraliza-se completamente no seu interior, isto é, como os indivíduos estruturam-se como pessoa do direito, através da intenção e propósito. O regresso da vontade para o seu interior ou o desdobramento da liberdade dentro da vontade evidenciam a moralidade, em que o indivíduo, anteriormente, era pessoa na sua capacidade de direito.

Desse modo, a *Filosofia do direito* (2009a) cumpre, por meio da dialética, um percurso que vai da pessoa no *direito abstrato*, e do sujeito na *moralidade subjetiva*, para o indivíduo que trabalha dentro da sociedade civil e termina na sociedade política, na *eticidade*. Destarte, a realização da liberdade individual é universalmente reconhecida: é a unidade da liberdade subjetiva do indivíduo e da liberdade objetiva. Assim, essa unidade progressiva efetiva-se na forma de instituições e normas ou na liberdade efetivada no Estado (SALGADO, 1996, P. 187).

O trânsito da *moralidade subjetiva* para a *eticidade* resulta no julgamento da moralidade, no qual corresponde no Estado ou na própria ciência do direito penal que uma opinião meramente subjetiva não tem validade e nem será reconhecida. Diante disso, nessa nova esfera da liberdade que agora é efetiva, há o saber e o querer da autoconsciência (HEGEL, 2009a, §142, p. 141), dotados de caráter racional, que, por meio da liberdade, manifestará as conjunturas sociais e os acidentes (crimes), na realidade objetiva.

No direito moderno hegeliano, a vontade torna-se efetiva por meio da lei que, além de ser um instrumento de afirmação do Estado, apresenta o costume ao seu alcance, o qual poderá manifestar a sua vontade. A lei externaliza o direito, fazendo que ele ressurja no processo histórico, conduzido pelo direito objetivo e mediado pela eticidade de um povo, “[...] pois as leis em vigor numa nação não deixam de ser hábitos por estarem escritas e codificadas” (HEGEL, 2009, §211, p. 187). Além disso, na esfera da *eticidade* unifica-se o espírito com a vontade em si e para si, representada na ação, por meio da legislação. Dessa maneira, a síntese do direito moderno surge de onde a

eticidade deixa o inquietante mundo das relações familiares para sucumbir no Estado, modificando-o para as relações intersubjetivas.

Disserta sobre isso Thaisa Ribeiro (2014), em seu texto intitulado *Culpabilidade e função* (2014), no qual é possível encontrar similaridades entre o texto de Hegel e o de jurista alemão Günther Jakobs. Neste, a base conceitual para a imputação de responsabilidade advém da *Filosofia do direito* de Hegel (2009a), e, em ambos, a pena é uma contradição à norma. Todavia, o sentido da pena para Jackobs parte das categorias da dogmática do direito penal (RIBEIRO, 2014, p. 138).

Como visto, o crime como negação do direito será suprimido pela pena, que negará o crime. Em consequência, ancorado em base hegeliana, segundo interpretação de Ribeiro (2014), Jakobs compreende que, ao cometer um crime, isto é, uma vontade existente em si, a pena deve ser proporcional para todos, na vontade do criminoso, a vítima e a sociedade (RIBEIRO, 2014, p. 141). Nessa mesma linha, “[...] em Jakobs, a recuperação normativa do sentido negado pelo delito, ou a realização em plano comunicativo da prevenção geral positiva surge como ‘reação racional a quebra da norma’.” (RIBEIRO, 2014, p. 140).

A partir da premissa de crime como negação e reação racional a quebra da norma tornando o sujeito como ser racional, a pena de prevenção geral positiva, segundo Ribeiro (2014) pode ser vista tanto em Hegel quanto em Jackobs (RIBEIRO, 2014, p. 141), isto é, a finalidade da pena será aquela que protege a norma. Primeiro deve haver confiança a norma, depois deve-se obedecê-la, para, então, aceitar as possíveis consequências pelos atos cometidos (RIBEIRO, 2014, p. 146).

Ademais, deve-se frisar que Hegel afasta-se de conceitos da teoria causal e de caráter preventivo geral negativo, apontando-os como pontos de vistas superficiais. E, sob essa visão, denota-se em Hegel um caráter de pena de prevenção geral positiva. Releva-se, com isso, que tal conceito de finalidade de pena em Hegel, não deve ser confundido com o que outrora foi descrito sobre a pena na prevenção geral negativa. Sobre essa, Hegel realiza uma crítica ancorada na teoria da ameaça, que, segundo Hösle (2017), cria nos indivíduos uma coação psicológica, diante da qual se tornam apenas um meio de intimidação (HÖSLE, 2007, p. 553).

Todavia, a pena para Hegel não tem como finalidade proteger a norma, ou fazer com que o sujeito criminoso confie e a obedeça, com o fim de arcar com as consequências caso ela seja lesada por ele. Mas para Hegel a pena pretende trazer racionalidade e reafirmação ao direito, não como ameaça ao criminoso, pois senão o indivíduo não seria visto como ser racional, mas apenas como um animal.

No tocante à atualidade, o conceito de imputação pode ser concebido como uma busca em delimitar os fatos do agente, por meio da responsabilidade e dos acontecimentos acidentais, que serão entendidos como desconfiança normativa, a qual, ensejará uma pena. A pretensão dessa premissa é expor que as regras que delimitam o criminoso de uma conduta estão calcadas na imputação objetiva (RIBEIRO, 2014, p. 151). Insta frisar o conceito de imputação objetiva, que visa a imputar objetivamente as consequências jurídicas de uma ação, atribuídas a um autor, todavia, sem depender da subjetividade do autor ou da vítima (RIBEIRO, 2014, p. 151).

Mas, para Hegel, na *moralidade subjetiva*, a imputação de uma ação por um indivíduo dá-se por meio de sua intenção, que possui o discernimento do seu ato e que deverá responder pelas consequências desse, sob o ponto de vista da vontade subjetiva (HEGEL, 2009a, §120, p. 107). Com isso, um conteúdo particular, vislumbrado por um indivíduo e sua particularidade tem nele mesmo o universal para buscar sua satisfação e esse é o direito da subjetividade (CIOTTA, 2007, p. 40). Todavia, Hegel sintetiza a universalidade do direito quanto à particularidade do indivíduo. A objetividade e a subjetividade enunciam seu conteúdo e suas consequências (CIOTTA, 2007, p. 42): o desdobramento para a *eticidade*. Nessa esfera da liberdade, a imputação de uma ação ofende tanto a vontade subjetiva quanto a coisa pública, pois a ação fere a representação e a consciência da sociedade civil (HEGEL, 2009a, §194, 218).

Para Jackobs, a ação é objetivação da falta de reconhecimento da norma e, por esse motivo, retoma Hegel e a sua teoria da imputação, na qual injusto e culpabilidade estão unificados. Agir, para Hegel, seria agir culpavelmente e a culpabilidade é pressuposto para ação, comportando o injusto em si (RIBEIRO, 2014, p. 173). Para Hegel, o injusto e culpabilidade estão unificados e a ação seria a expressão externa da negação da norma. Assim, não haveria injusto sem culpabilidade, e esta é o fundamento para a pena.

Segundo Ribeiro (2014), a doutrina dominante é contrária a essa proposta, que defende uma cisão entre injusto e culpabilidade, por questões como a justificativa penal, por exemplo. Assim, tanto Jackobs quanto Hegel pensam que todo ato injusto pressupõe a imposição de uma pena, e esta qualifica-se em negação do sentido que o crime exprime (RIBEIRO, 2014, p. 174). Em Hegel, “[...] a culpa imputável só tem por aquilo que também se quis” (HÖSLE, 2007, p. 560),

Por conseguinte, no *direito abstrato* já contém um prelúdio ao tratamento da questão entre injusto e culpa, quando Hegel aborda “[...] que a significação imediata do crime apenas se refere as determinações das instituições do direito.” (HEGEL, 2009a, §95, p.85). Essa proposição inicia-se em sua própria resposta ao Estado.

Hegel expõe que o conceito e a extensão da pena apenas poderão ser determinados pela natureza do crime, isto é, a ação criminosa o que há de racional no indivíduo, o seu querer, dignifica-o como ser racional (HEGEL, 2009, §100, p. 90). Tal proposta retoma o que por ora foi tratado, quando Hegel apresenta o crime, a partir do princípio da legalidade. Quando argumenta que o crime somente se refere a determinações de instituições já estudadas, ou seja, tal proposição já é um prelúdio à *eticidade*, pois significa que, para haver o crime, deve haver uma lei que o defina. Assim, vislumbra-se a dialética hegeliana, em que o princípio já pressupõe a partir dele mesmo o seu fim, que é ele mesmo em si e para si.

A centralidade dessas proposições sobre injusto e culpa está na *moralidade subjetiva*, mas seu resultado está na *eticidade*. Para Hegel, o direito e o bem-estar são o ponto de vista do direito formal e do bem particular do indivíduo, o qual concebe como interesse da coletividade e do Estado (HEGEL, 2009, §126, p. 112-113). O bem-estar não é um bem de direito e, concomitantemente, o direito não é o bem sem utilidade (HEGEL, 2009, §130, p. 115). A sua construção teórica sobre o injusto e culpa terá como objetivo trabalhar as categorias que determinam a *moralidade subjetiva*. Contudo, sempre apontará para o momento seguinte dessa esfera da liberdade, a *eticidade*.

Na questão sobre a unificação do injusto e da culpa, o indivíduo enquanto um ser racional tem que conhecer as determinações de suas ações e, assim, ser responsável pelas suas consequências. Retirando os de “capacidade cognitiva reduzida” e “crianças”, os quais, carregam ações até propositais, mas não suas consequências, o que se admite

nesse caso, seria a retirada da responsabilização ou seria uma ação inculpável (HÖSLE, 2007, p. 562). Na vontade subjetiva, o bem não tem valor nem dignidade, caso não esteja de acordo com as intenções e apreciações do indivíduo, isto é, as ações e suas finalidades na objetividade exterior não poderão ser imputadas como justa ou injusta, pois ela é só pensamento.

Como visto, Hegel aborda na *eticidade* o valioso princípio da legalidade e este, enquanto expressão da *eticidade*, adquire seu conteúdo na subjetividade da vontade, ao compreender algumas ações como injustas. Para que seja imputado um crime a um indivíduo, deve-se ter claramente representado o seu caráter injusto e culposos, e isso constitui uma exigência que salvaguarda o direito da objetividade (HEGEL, 2009a, §132, 118). O bem que um indivíduo oferece constitui uma obrigação, porém a singularidade é distinta desse bem e permanece na vontade subjetiva, assim, o bem é o dever pelo dever, qual seja, “[...] ação exige para si um conteúdo particular e um fim definido (HEGEL, 2009a, §134, p. 118)”. Mas, será que toda a ação tem um fim ou uma intenção? Para Hegel, o dever é agir de acordo com o direito e ter a preocupação com o bem individual, mas ao mesmo tempo preocupar-se com o bem-estar de todos.

E exemplifica:

Que nenhuma propriedade existe é proposição que não tem para si mais contradição do que a de que este povo, esta família, etc., não existem ou a de que nenhum homem vive. Se, por outro lado, se afirmar e supuser que a propriedade e a vida humana devem ser respeitadas, então será uma contradição efetuar um assassinio ou um roubo (HEGEL, 2009a, §135, p. 120)

Somente haverá contradição se for estabelecido algum conteúdo antecipadamente, mas a ação deverá, segundo esse mesmo princípio, estar em concordância ou em contradição. Jackobs até concorda que exista ação inculpável, assim como visto em Hegel, todavia, isso não é relevante para o direito penal, pois esse apenas deve preocupar-se com ações culpáveis (RIBEIRO, 2014, p. 176).

Por isso, injusto e culpa em Hegel carregam determinações da *moralidade subjetiva*, as quais, de antemão, são apresentadas como unificadas. Hegel entende que ações culposas decerto são injustas e, se assim não o fosse, o indivíduo não seria tratado segundo o direito: “[...] quem nesta realidade quer introduzir a sua ação, o mesmo passo se submete às leis dela e reconhece os direitos da objetividade” (HEGEL, 2009, §132,

116-117). Obviamente, ele trata a culpa do criminoso, sua culpabilidade na *moralidade subjetiva*, mediante determinações que se desdobram, mas que se justificam apenas com base no direito, que não poderá ser violado. Como visto, o reconhecimento dessas ações somente acontecerá num Estado, ou seja, na *eticidade*.

Para Hegel, o direito e o dever em si e para si, são elementos da racionalidade, enquanto determinações da vontade, excluídos da propriedade privada, ou sentimentos, ou saber subjetivo, isto é, da sensibilidade. Eles são dependentes das determinações universais do pensamento e essas se expõem na forma de leis e princípios (HEGEL, 2009a, §137, p. 122). Desse modo, o crime realizado por meio da ação de um indivíduo, apresenta imediatamente uma satisfação através da vontade subjetiva. Essa vontade contém um aspecto positivo, pois, ao pensar a intenção do agente na ação, o mesmo, ao cometer o crime, definirá que sua ação é boa. O que o criminoso queria com sua ação era cometer o crime, o que foi satisfeito em sua vontade subjetiva criminosa. Tome-se como exemplo o ato de roubar dos ricos para distribuir aos pobres.

Assim,

Não se deve falar de homens maus pois não há ninguém que deseje o mal pelo mal, que deseje a pura negatividade enquanto tal, mas sempre se quer algo de positivo, o que, neste ponto de vista, significa algo bem (HEGEL, 2009a, §140, p. 131).

Em continuidade, a justificação para Jackobs parte da disposição à norma, todavia, conforme Hegel ela não poderá variar entre o injusto ou a culpabilidade, ou a cisão de ambos. Ela não será determinada pela punição, na ausência de culpabilidade, mas apenas valora a situação. Mesmo os inimputáveis, como visto em Hegel, não estão autorizados a cometerem crimes, eles são “desculpados”, caso cometam algum ilícito penal (RIBEIRO, 2014, p. 177)

Hegel apela para a ação do sujeito, deixando de lado a responsabilidade da totalidade do ato. Por meio de uma crítica à causalidade, funda a *moralidade subjetiva* na liberdade calcada num direito da intenção, em que “[...] a qualidade universal da ação não reside apenas em si, mas é conhecida do agente” (HEGEL, 2009a, §120, p. 107). Para ele, é na vontade subjetiva do agente que contrariamente ao direito objetivo da ação é conhecido e querido pelo sujeito como ser racional. Mas, a instrumentalização do indivíduo torna-se algo perigoso, mesmo que o fim seja a prevenção geral positiva.

Nesse sentido, a responsabilização de um sujeito por sua ação, na vontade subjetiva, deverá ser representada a partir das circunstâncias em que se encontra e por meio dos fins a ser alcançado. Porém, de forma objetiva, a representação não será apreendida em todas as relações existentes por ser finita. E, desse modo, haverá um limite no qual um sujeito poderá ser responsabilizado ou não, por suas ações mediante algumas representações.

A culpabilidade tem como fundamento as expectativas sociais, legitimar a aplicação da pena ao limitar a responsabilidade à capacidade individual ou motivo conforme o direito. Tal necessidade para legitimação, por meio da culpabilidade, é descrita por Ribeiro (2014), como filosoficamente relacionada com o reconhecimento da dignidade da pessoa (RIBEIRO, 2014, p. 217-218). Dessa forma, cabe interpretar o direito segundo o sistema social de imputação voltado para a prevenção geral positiva (RIBEIRO, 2014, p. 164). Mas imputar uma ação penal em Hegel coaduna-se a ideia de empreender não apenas proteção ao direito, pois o crime é considerado como acidentes, isto é, ele vai acontecer na sociedade civil.

3.6 Discussões finais sobre a proposta penal em Hegel

Pode-se dizer que há, na contemporaneidade, uma crise no conceito de culpabilidade que se deve tanto pelo questionamento da liberdade humana na crescente onda da neurociência (interpretações normativas pautadas na causalidade biológica) quanto por fatores de insegurança social. Contudo,

[...] não cabe perscrutar as razões biológicas causais de um comportamento com vistas a imputar ou responsabilizar um indivíduo, mas sim compreender quais são as expectativas sociais dirigidas às pessoas e mantê-las em uma estrutura comunicativa funcionalizada (RIBEIRO, 2014, p. 163).

Tal proposição demonstra um retorno a Hegel, ao tratar do afastamento da causalidade, porém Jackobs atribui um comportamento definido socialmente como racional. Mas, em Hegel, não será tão simples essa exigência, pois um comportamento socialmente tido como racional apenas poderá existir no desdobramento lógico de cada esfera da liberdade da vontade, onde progressivamente chegará a uma liberdade efetivada no Estado e poderá considerar um indivíduo livre em si e para si: ele reconhecer-se-á no direito como sujeito de direitos e reconhecerá os outros também. Logo, para Hegel, um comportamento definido socialmente, pode ser comparado por chave de interpretação, como aquele definido racionalmente por meio da liberdade realizada. Assim, o sujeito terá a liberdade e será um ser racional.

Segundo Ribeiro (2014), as principais funções da culpabilidade no direito penal, são primordiais para contenção da expansão penal e, principalmente, se fundamentada por prevenção social. A questão versa sobre a limitação da punição e a subjetivação da responsabilidade, de acordo com as capacidades individuais construídas normativamente na qualidade que visam a evitar e a motivar os indivíduos. Essas questões são reconhecidas por Jackobs, porém, dentro da possibilidade real para orientar indivíduos segundo a norma (RIBEIRO, 2014, p. 265).

Nessa proposição, é possível apresentar alguma proximidade entre Hegel e Jackobs. A culpabilidade de um indivíduo em Hegel também possui a função de limitar a punição e a subjetivação da responsabilidade do indivíduo, segundo suas capacidades individuais, construídas na norma, isto é, a lei dentro da *eticidade*. Nesse sentido, de um lado a proposta da pena em Hegel torna-se plausível na atualidade. Mas, de outro modo, pode-se apresentar a pena dentro de algumas balizas não mais aceitáveis nos debates da atualidade.

Inicialmente, deve-se frisar que a culpabilidade em Hegel tem como função, por um ponto de vista subjetivo, em que o criminoso deverá se reconciliar com a lei, que também será válida para o proteger. Tal reconhecimento da lei dar-se-á por meio de sua aplicação, a qual será submetida a uma ação processual pela justiça (Hegel, 2009a, §220, p. 196). Dessa maneira, o crime na *eticidade* será um ponto de vista do perigo social de um ato, em que, além de aumentar a importância de um crime cometido, devido à racionalidade efetivada na liberdade na *eticidade*, também contribuirá para

diminuir a severidade da pena (HEGEL, 2009a, §218, p. 194). O perigo social seria um meio para determinar a medida da lei, isto é, uma limitação da punição.

A subjetivação do indivíduo por sua responsabilidade inicia-se, em Hegel, na *moralidade subjetiva*, sob o ponto de vista da vontade subjetiva. Mas, dentro dos padrões da *eticidade*, a preocupação com as capacidades individuais acontece por meio do reconhecimento da norma do direito e do outro como um igual sujeito de direitos, e a liberdade como fundamento racional para a objetividade e a subjetividade (SALGADO, 1996, p 355). E, finalmente, pensar numa finalidade de pena de prevenção geral positiva como social, até seria possível, mas com algumas distinções, sobre as quais se comenta adiante.

Todo o processo de realização do direito em cada esfera da liberdade na obra de Hegel deve resultar num Estado ético regido por uma liberdade efetivada, em que o indivíduo está dissolvido nessa totalidade ética. Para ele, a pena cuida para a restauração do direito e o reconhecimento do indivíduo por meio de relações intersubjetivas. Assim, propõe-se um modelo de pena como prevenção especial, o que estaria além da proposta de Jackobs de prevenção geral positiva. Na prevenção especial, o fundamento da pena está ancorado no reconhecimento do criminoso com a norma, que implica além de sua proteção por meio de um processo jurídico, no qual a norma será externalizada, também haverá uma reconciliação com o próprio direito e, por meio dele, do mesmo modo o criminoso tornar-se-á um ser racional e livre, ao participar de todo esse processo.

Em progressão, na *moralidade subjetiva*, o direito atuava contra um criminoso, externalizado na forma de vingança e a vontade ainda era apenas para si, logo, ainda não existia caráter jurídico (HEGEL, 2009a, §220, p. 196). O Estado, para Hegel, é legítimo para punir, visto que dentro desse modelo de liberdade efetivada, surgem relações intersubjetivas, nas quais desenvolvem-se indivíduos, tornando-os passíveis de cometerem atos criminosos.

A pena, nessa esfera do direito efetivado, pressupõe uma igualdade formal entre todos os indivíduos na *eticidade*, calcada na legalidade em igualdade formal, em que todos deverão ser punidos igualmente pelos seus atos criminosos. O âmbito da legalidade na subjetividade da moral concebe formalmente as relações dos indivíduos entre si. Toma-se, nesse contexto, a questão dialética do princípio da legalidade, o qual

Hegel expõe como base para a realização do crime, que somente poderá acontecer sob instituições estudadas, isto é, dentro de um Estado.

Em consequência, na *eticidade*, somente haverá imposição da pena, através da lei calcada em igualdade formal, na qual, através da exteriorização da vontade, revela-se uma vontade punitiva. Todavia, ela torna-se alheia a qualquer tipo de discriminação social. E, assim, a pena será como uma realidade objetiva natural originária do crime enquanto experiência da realidade.

Como visto, a punição tem como pressuposto dignificar o indivíduo como ser racional. Através da legalidade no sistema da *eticidade*, tal racionalidade é externalizada, ou seja, a punição está fundada no exercício da vontade livre em si e para si, uma liberdade efetivada em que a ideia do direito é concretizada por meio da legalidade.

Conforme expõe Honneth em sua obra *sofrimento por indeterminação* (2007), a pena na *eticidade* é o caminho de libertação pela lei (HONNETH, 2007, p. 98), que surge como um impedimento à subjetividade da violação à norma, anula a vontade criminosa e restaura a liberdade. Ela surge como um obstáculo à subjetividade, pela violação à norma, ao suprimir a vontade criminosa, advertindo-a em sua existência, pela coação do crime.

O pressuposto da teoria penal em Hegel orienta-se como consequência natural do crime, enquanto uma vontade que é suprimida por meio da vontade criminosa, contra outrem. A *eticidade* visa a submeter o direito, ao caracterizar quais são as condutas passíveis de punição e o crime, nesse caso, faz parte dessa experiência histórica das sociedades e legislações. O direito e *eticidade* são consequências da atividade de liberdades, as quais expõem-se como formas do *espírito objetivo*, fragmentadas em experiências compartilhadas entre os indivíduos na sociedade, intersubjetivamente, e interpretações de ações e atos marcados na história (HONNETH, 2007, p. 101).

Nesse sentido, o crime não será definido apenas pela letra do direito em si, mas a coletividade no Estado de liberdade Efetiva, isto é, a ideia do direito e a sua realização neste Estado racional, expressará o espírito por meio da *eticidade* externalizada. Por meio dessa, as tipificações do injusto penal encontram-se determinadas e poderão ser

concebidas, enquanto manifestação da vontade exteriorizada em sua essência. A proposta da pena, nesse âmbito, surge para conservar a liberdade. Nessa perspectiva, o crime é definido para resguardar os bens que devem ser tutelados através da norma e o Estado ético contém a *ultima ratio*¹⁵, quando não houver mais meios de solução de conflitos. Percebe-se, então, que a proposta penal hegeliana, antes citada, perpassa cada etapa lógico-conceitual das esferas da liberdade e, *na eticidade*, a pena é justificada dentro de um sistema racional, que representa a liberdade na história.

A pena, no *direito abstrato*, pode ser concebida como uma vingança ou meramente outra coação contra um crime cometido, pois a contradição entre a violação do direito e a sua negação pela pena, produz na vontade algo que a aspire tornar-se universal. Nesse sentido, a justiça será uma determinação jurídica e, ao mesmo tempo moral, caminhando *para a moralidade subjetiva*. Cabendo a vontade moral mediar a justiça de modo que as normas não sejam instrumento de dominação a serviço de determinados indivíduos.

Demonstra, nessa sua proposição, que Ribeiro está correta, pois a pena serve, de certa forma, como um juízo de reprovabilidade, ou acautelamento social, demonstrando o avanço dos interesses sociais sobre os individuais. Inclusive, Hegel reforça na *eticidade*, sobre essa questão, confirmando-a como válida “[...] a conservação do interesse geral do Estado e legalidade entre os direitos particulares.” (HEGEL, 2009a, §289, p. 266).

Entretanto, Hegel, além de tratar o crime ou perigo social do ato, expandindo sua importância e, assim, o poder da sociedade, também considera que, por outro lado, diminui-se a importância exterior da violação e, com isso, há maior moderação na aplicação penal. Essa última passa a ser reconciliação do direito consigo mesmo na pena, do ponto de vista objetivo e, para o criminoso, há a reconciliação com a lei para protegê-lo por meio da ação jurídica, que Hegel a considerava sua.

Como visto, a pena em Hegel tem a função de restaurar a vontade criminosa, a totalidade ética. Logo, a prevenção especial torna-se necessária para a afirmação do direito, quando a vontade criminosa é afrontada e suspensa. Nessa acepção, a teoria

¹⁵ Palavra cujo significado é “último argumento” (CARLETTI – PEDROTTI, 1995, p. 459)

hegeliana da pena não à “prevenção geral”, na qual a pena é apenas um meio de intimidação a todos (HÖSLE, 2007, p. 553).

De acordo com Pacceli em sua obra *Processo e Hermenêutica na Tutela dos Direitos Fundamentais* (2012), no âmbito de Estado Democrático de Direito, quando fundada em reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, não há possibilidade de instituir normas que se fundam num caráter exclusivamente retributivo (PACCELI, 2012, p. 28). Analogamente a proposta penal hegeliana concebe o Estado como um ente suficiente que justifique a pena não como retribuição do direito, mas que o direito cuide da autodeterminação dos sujeitos, e a pena, se constituía como uma solução para o crime. A pena, nesse caso, deverá ser tanto necessidade jurídica quanto o direito do criminoso, na medida em que este poderá reinserir na sociedade.

Vale lembrar que a vontade criminosa em Hegel é fundamental para a justificativa da pena, onde percebe-se que esta vontade não poderá ficar impune para que o direito não possa ser novamente violado. A questão retoma a dialética do crime, onde este como coação ao direito, trata-se de uma coação não jurídica, porém a pena servirá como uma coação jurídica, a qual garantirá a existência da liberdade e afirmação do direito (PACCELI, 2012, p. 30). Partindo dessa argumentação, o jurista contemporâneo classifica Hegel partidário da prevenção penal, e ainda lhe atribui ser primariamente de uma prevenção especial, mas que em segundo plano ainda resta a Hegel a prevenção geral.

O partidarismo de Hegel a prevenção especial deve-se a sua concepção de pena enquanto uma coação jurídica, isto é, uma sanção penal que revela-se juridicamente necessária para afirmação do direito, e ao qual atua diretamente na vontade do criminoso, com a pretensão de reabilitá-lo segundo os padrões da *eticidade*.

Num outro viés de entendimento, interpretar Hegel na contemporaneidade pode pressupor os problemas que cercam o instituto penal de certos Estados, como o Brasil por exemplo. Assim, a pena com a finalidade de prevenção especial não consegue ser efetivado em ambientes como este. Quando Hegel propõe critérios exclusivos na culpabilidade, do mesmo modo que interpreta Ribeiro (2014), evitando discussões deterministas, conforme o exemplo da neurociência, também implica atenuar a

importância da razoabilidade individual e constitui um ponto de vista de reprovação social. Esse é um ponto bem crítico na atualidade das discussões penais.

Juntamente a uma crise da função da culpabilidade, mesmo que calcada em limitação penal, baseada nos direitos individuais e nos seus critérios, pode fomentar o aumento de um intermédio entre a prevenção geral positiva e o acautelamento social na responsabilização pela culpa. Destarte, essa crítica fundada por Ribeiro (2014), ancorada em problemas da sociedade contemporânea, nas quais os interesses privados avançam sobre os individuais, já é algo desde a modernidade e uma grande crítica a *Filosofia do direito* (2009a) de Hegel.

Contudo, alguns aspectos positivos desse retorno a Hegel evidenciam a sua importância, por meio do jurista alemão Günther Jakobs, em sua obra *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade* (2009). Para Jackobs, na dogmática penal a imputação de uma ação por um indivíduo não poderá ser somente a partir de sua vontade subjetiva, mas, dentro desse, também busca como fundamento, o reconhecimento entre indivíduos, ou seja, entre os indivíduos que interagem intersubjetivamente. A intersubjetividade, em consequência, ocorrerá através dos processos de reconhecimento de direito e deveres e a igualdade entre todos, onde moralmente serão capazes de compreender cada ato praticado (GÜNTHER, 2009, p. 272-279).

Portanto, a imputabilidade em Jackobs, assim como em Hegel, pressupõe a dignificação da racionalidade reconhecida ou constituída normativamente através da pena, na medida em que a posição penal pressupõe o reconhecimento da racionalidade do criminoso. Assim, a base da teoria penal de Jackobs aparentemente tem como compreensão a questão do reconhecimento de si no outro, bem como seria a questão da interpretação hegeliana em moldes contemporâneos. Todavia, em Hegel o reconhecimento de si no outro pressupõe um indivíduo integrado dentro do Estado ético e racional. O criminoso é um ponto culminante na finalidade da pena para Hegel, pois se ele for tratado como um animal irracional a racionalidade do direito também será desconsiderada (ROSENFELD, 1995, p. 102), e neste sentido diferentemente da retomada de Jackobs sob o viés de prevenção geral positiva, a teoria penal em Hegel de deve ser concebida pelo viés da prevenção especial.

Em última análise, Hegel, ao ser interpretado por meio de sua proposta penal de prevenção especial, atém-se, nesta dissertação, à perspectiva de a reinserção do indivíduo pressupor, no Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Todavia, deve-se lembrar que, na atualidade, o aspecto da reinserção é ofuscado por vários fatores. Tome-se como exemplo o expansionismo penal, nas sociedades de risco, o “Direito Penal do Inimigo¹⁶” ou a desumanização da execução penal por meio da inteligência artificial¹⁷.

Aspira-se oferecer de inovador, nesta análise, algumas insuficiências da fundamentação calcada em aspectos da culpabilidade, conforme exposição de Ribeiro (2014), em retorno de Jackobs à Hegel, justificadas sob a responsabilização subjetiva e vinculada às capacidades individuais. Vislumbra-se que a normatividade como instrumento primordial no direito penal pode não favorecer nem corresponder aos limites da repressão estatal ou valorização da vida humana. Os pressupostos hegelianos da pena, segundo às concepções racionais-positivas, para os seus fins, podem não priorizar os indivíduos, visto que prioriza o todo.

Assim, todos esses fatores fornecem arcabouço teórico para a discussão que se reverbera sobre o debate da punição. Quando pressupõem-se sujeitos criminosos, em

¹⁶ Gunther Jakobs, em sua obra *Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas* (2012), teoriza sobre a figura do inimigo por meio da figura do terrorista. Esta concepção é tratada no âmbito de um direito de exceção, isto é, num estado de guerra em que as regras não poderão ser as mesmas de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito, pois, se assim o fosse, teriam que tratar seus inimigos como pessoa e não como fontes de perigo.

¹⁷ A inteligência artificial é um dos temas de maior inovação no campo jurídico. Na atualidade, já a utilizam nos feitos do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) para agilizar a tramitação de processos – “Recursos Extraordinários vinculados a repercussão geral”, em parceria com a Universidade de Brasília (UNB), todavia, a presente tecnologia não julga e nem decide, apenas pretende aumentar a eficiência e velocidade das avaliações judiciais (www.stf.jus.br/vernoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038). Entretanto, a utilização desta tecnologia já avançou para padronizar o raciocínio jurídico. É um exemplo o COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), utilizado para calcular a probabilidade de reincidência de réus em alguns estados do USA. Desse modo, a justiça criminal americana pretende classificar possíveis infratores baseados em mapas de fatores de riscos com o objetivo de diminuir a criminalidade e reincidência. A tecnologia utilizada através de algoritmos parte de um instrumento de gerenciamento no sistema das prisões, com o objetivo de obter informações através da aplicação de questionários e classificar cada um de seus internos. O sistema de avaliação utiliza como critério aspectos cognitivo-comportamentais, envolvimento em crimes, histórico familiar, lazer, envolvimento com drogas, situação financeira etc. (JOHNSON, James L. et al. The construction and validation of the federal Post Conviction Risk Assessment (PCRA). *Fed. Probation*, v. 75, n. 2, set. 2011, p. 17. Disponível <www.uscourts.gov/file/18127/download>). Nesse sentido, o objetivo dessa nova tecnologia não demonstra ser compatível com algumas garantias jurídicas fundamentais, como a presunção de inocência, a individualização da pena e, principalmente, causaria a desumanização da execução penal, o que seria contrário à ressocialização do apenado. Enfim, o enquadramento de potenciais infratores estabelece o surgimento da figura do inimigo e a massificação do punitivismo.

uma situação de exceção, apartados de garantias jurídicas, ou quando a racionalidade das decisões jurídicas poderá ser controlada por sistemas especializados, com a função de tornar o processo penal mais objetivo e baseado na ciência, conforme críticas ao princípio da causalidade, deixa-se de lado o indivíduo. Essas são figuras da atualidade que deturpam o caráter da afirmação do direito em si mesmo e todas elas abrem a possibilidade de um retorno à *Filosofia do direito* de Hegel (2009a), seja para reformular algumas questões, seja para superá-las.

Nesse sentido, as garantias fundamentais enquanto interpretação que garantem a universalidade e a subjetividade num sistema de leis, contém um retorno a Hegel, primeiro porque sua obra do direito apresenta uma garantia à universalidade positiva das leis e os direitos subjetivos do indivíduo para com essa lei, existindo uma simetria nessa relação. Apresentar o princípio da legalidade pressuposto no *direito abstrato*, a imputação objetiva enquanto uma teoria da culpabilidade e injusto penal na *moralidade subjetiva*, e findar no processo penal, enquanto uma proteção necessária para o criminoso (HEGEL, 2009a, 220, p. 196), por meio da *eticidade*, propõe uma teoria penal em Hegel. Tal pressuposto pode ser coadunado a modelos contemporâneos de dogmática penal, nos quais as garantias fundamentais cumprem o objetivo de serem leis positivas, mas, ao mesmo tempo que estabelece uma mediação entre a universalidade do direito penal e as garantias subjetivas do indivíduo, está em relação a essas mesmas leis positivadas. Ambas as partes, universal positiva ou positivada em lei e o indivíduo, que é o subjetivo, constituem uma relação de reconhecimento recíproco.

Em conclusão, a partir das considerações precedentes, Hegel compreende que todos os modelos insuficientes de liberdade resolvem-se na *eticidade*; esta os subsume, amortecendo seus efeitos colaterais, através de uma integração e reconhecimento intersubjetivo adequado na existência do Estado. Neste, as condições intersubjetivas para a autorrealização da vontade são garantidas, conservadas e expandidas, de acordo com a necessidade que se faça premente. Entretanto, deve-se frisar que a *eticidade* necessita de ambos os modelos anteriores para sua conservação. Assim, a dialética não finda, bem como as transformações sociais.

Conclusão

Com o objetivo de propor uma interpretação de leitura dos trechos a luz dos *Princípios da filosofia do direito*, de Hegel (2009a) em evidência numa teoria penal, esta dissertação partiu dos fundamentos da filosofia do espírito objetivo e da pena para chegar à apresentação da proposta de culpabilidade no âmbito da *moralidade subjetiva e eticidade*, justificando a função da pena segundo Hegel.

No primeiro capítulo, foi abordado o nascimento do conceito de *espírito* e, especialmente, do *espírito objetivo*, que se deve a contraposições do pensamento hegeliano ao kantiano, este último entendido por Hegel como carregando em si a indissolúvel dicotomia entre dever e ser, ou razão e realidade empírica. A aposta hegeliana na reconciliação entre razão e suas dicotomias leva Hegel a pressupor uma racionalidade imanente ao mundo objetivo das relações intersubjetivas que se revela na estruturação de sua obra. As etapas lógicas conceituais nas quais a vontade logra êxito, como ponto gravitacional do *espírito objetivo*, em compreender-se no seio de uma racionalidade efetiva (o Estado), na qual são contempladas suas expectativas de liberdade, foram apresentadas segundo o desenvolvimento lógico do conceito de vontade livre.

A partir desses pressupostos argumentativos da filosofia do *espírito objetivo* hegeliano, foi possível apresentar, no segundo capítulo, as compreensões iniciais de Hegel acerca do que é o crime e do que é a pena. Exposta no *direito abstrato*, a existência do crime, inicialmente, está inexoravelmente ligada ao conceito de liberdade da vontade livre: o modelo negativo de liberdade, para o qual todos os sujeitos são pessoas jurídicas. Nesse modelo de liberdade negativa, a vontade realiza-se como proprietária de uma parcela do mundo exterior, onde contempla a si mesma, exteriorizada. O relacionamento entre vontades é a criação e estabilização de relação jurídica entre pessoas de direito, as quais são ligadas apenas negativamente.

O agulhão dialético para que a vontade ultrapasse a esfera meramente negativa de sua liberdade é o crime. Tal como a vontade livre em si sabe a si mesma em suas

propriedades, o sujeito tem consciência de si na capacidade jurídica de estabelecer contratos, mas a vontade criminosa ofende o direito com a afirmação de si mesma, enquanto um ato não contemplado pela norma jurídica. Há uma expressão de arbitrariedade na vontade, que revela que a vontade, enquanto permanecer nos moldes do *direito abstrato*, é arbitrária, e pretende-se portadora de direitos subjetivos, desvinculados das relações sociais das políticas concretas, e, por isso mesmo, é abstrata. O confronto do justo com o injusto revelou um conceito insuficiente de pena na medida em que, sendo o direito desvinculado da realidade política-estatal concreta, a punição seria apenas vingança, isto é, poderia opor ao crime um outro crime.

Finalmente, no terceiro capítulo, levantou-se a hipótese de trabalho da dissertação, qual seja, os pressupostos para uma teoria penal em Hegel. Tais pressupostos gravitam em torno da consideração da teoria penal de Hegel ser fundamentada, de um lado, na racionalidade do criminoso e das instituições e, de outro lado, no pioneirismo hegeliano, no que diz respeito ao conceito de imputação objetiva e às finalidades de prevenção geral positiva da pena e prevenção especial.

Inicialmente, revisitaram-se as perspectivas da pena em Hegel, no *direito abstrato*, o que revelou que a finalidade da pena pode conter aspectos de retribuição penal, na questão sobre a pena de morte, por exemplo. A proposta de prevenção geral que se concretiza como direito a coação, só funciona diante de um ser natural, assim, o criminoso é rebaixado quanto à compreensão de ausência de racionalidade em sua ação, portanto, a pena é um mal contra um mal. Todavia, defendeu-se que nos escritos sobre o *direito abstrato*, Hegel trata a pena como uma disposição para a liberdade, havendo uma pressuposição de reconhecimento do indivíduo enquanto ser racional, derrubando a tese de retribuição penal e prevenção geral.

No que se refere à *moralidade subjetiva*, importantes conceituações foram abordadas. A primeira delas é a concepção de imputação objetiva e responsabilização do sujeito por sua ação, como afirmado anteriormente: agir é agir reputavelmente. Nesse sentido, há uma ligação necessária entre o injusto e a culpa, porque há uma ligação necessária entre a liberdade e a imputação ou entre o agente e sua “[...] responsabilidade pelo perigo”. Entretanto, as tratativas da pena na *moralidade subjetiva* ainda permanecem presas a considerações acerca da intenção, cuja deficiência é o

subjetivismo, isto é, uma recusa de Hegel à ética da intenção (HÖSLE, 2007, p.574), que somente é sanada a partir da visão efetiva e superior das relações sociais e jurídicas efetivas na *eticidade*.

Na *eticidade* e sobre a relação de Hegel, em parte confluyente e em parte conflitiva, tratada por Ribeiro (2014), em referencial jurídico a Gunther Jackobs, o que ficou evidente a culpabilização do agente, ao mesmo tempo que depende da tipificação, em lei, do dano público ocasionado pela ação criminosa, isto é, o Estado é a efetivação da liberdade em norma jurídica objetiva. Nesse sentido, o crime, na *eticidade*, é tomado sempre do ponto de vista do dano público, da ofensa e culpável. Assim, a pena, por um lado, tem a finalidade preventiva positiva de reconciliar o direito consigo mesmo e restabelecer a lei validando-a. Por outro lado, pôde-se afirmar que a finalidade de prevenção especial, o criminoso reconcilia-se com a norma, ao mesmo tempo que o reconhece como ser racional, cuja dignidade deve ser resguardada, havendo proporcionalidade da pena.

Como visto, compreendeu-se a necessidade de um retorno à *Filosofia do direito* de Hegel (2009a), devido aos momentos de instabilidade institucional de vários países do ocidente, como o Brasil. Fez-se oportuno dizer que às transformações sociais, formam um processo penal defasado, a exemplo o brasileiro, o que demonstra uma crise, uma vez que a tese que ainda vigora é a lei pela lei, e a falta de garantias fundamentais dos indivíduo. Na verdade, cumpre-se um modelo rígido de criminalização, baseado em estereótipos, existindo tratamentos discrepantes de situações singulares, que pertencem a distintas classes sociais. À vista disso, retoma-se Hegel, para quem o direito penal deve pertencer ao seu tempo e corresponder a seu Estado, onde o dinâmico processo social demanda urgentemente mudanças na representação da norma vigente. Seu projeto filosófico do direito sugere isso.

Algumas interpretações de direito contemporâneas afirmam, que, devido às transformações do mundo, a prevenção hegeliana não é mais pertinente, uma vez que pressupõe legitimidade ao poder público, isto é, ao soberano, e o poder público está fundado em deveres morais e éticos (PACCELI – CALEGARI, 2018, p. 75).

Por outro viés, a compreensão hegeliana da pena dentro do Estado ético, isto é, uma liberdade efetivada, visa a restaurar o direito lesado, assim como tratar o indivíduo

criminoso como ser racional, resultando no reconhecimento da dignidade e da racionalidade desse indivíduo. Dessa forma, a filosofia política de Hegel pretende estar ancorada nos direitos da vontade, a partir do movimento de mediação e articulação lógica e histórica dos direitos universais do cidadão. Então, o sistema de direitos também é o dos deveres e estes asseguram dignidade a vontade do indivíduo, onde somente o direito adquire individualidade ao perfazer o universal (ROSENFELD, 1995, p. 40 - 41).

Dessa maneira, este texto pretendeu apresentar outro modo de interpretação a Hegel, distinto das doutrinas dominantes do direito penal, no qual esse autor é tratado como um teórico da retribuição. A intenção foi demonstrar que a perspectiva de Hegel estava ancorada completamente na proposta penal de prevenção especial, pois o apontamento das características retributivas foram explicadas conforme as determinações de cada sociedade e o caráter destas baseadas em sua época. Como visto, não se pode negar alguns aspectos retributivos, tanto no *direito abstrato* quanto na *moralidade subjetiva*, mas eles são absorvidos pelo próprio conteúdo do conceito de direito e a sua realização na efetivação da liberdade na *Eticidade*. Trata-se de Hösle (2007), por exemplo, que não aponta Hegel diretamente como retributivo, mas, em algumas de suas interpretações, demonstra alguns aspectos que o acusam: quando aceita a pena de morte (HEGEL, 2009a, §100, p.89), ou quando expõe sobre a responsabilização de uma ação injusta – apesar de intenções morais, Hegel opta pela punição. Tome-se como exemplo o fato de alguém que rouba pães para distribuir aos pobres.

Destarte, apesar de algumas proposições apontarem Hegel com viés retributivo, por outro lado, esta dissertação pretendeu por meio da estruturação de seus argumentos sobre a pena funda-la na prevenção especial, pois não há como desenvolver uma tese de finalidade de pena apenas calcada no *direito abstrato*, mas em toda a obra da *Filosofia do direito* (2009). Defendeu-se que a tese de retribuição em Hegel pode ser refutável, pois para ele a pena deverá ser concebida mediante as circunstâncias da respectiva sociedade que está cominando a pena contra um criminoso. Por um lado, caso a sociedade seja vacilante ou instável os exemplos deverão ser colocados por meio das penas, que se tornará um exemplo mediante o exemplo do delito. De outro modo, uma sociedade sólida contribui para diminuir a severidade da pena. Assim, as penas duras

não são injustas em si e por si mas devem estar relacionadas com a situação do momento. Logo, a pena em Hegel pressuposta desde o *direito abstrato* quanto ao princípio da legalidade, na *eticidade* já prescindem de uma liberdade efetivada no Estado, isto é, a pena como uma restauração do direito e do próprio criminoso a esse Estado de liberdade realizada. A retomada da teoria da pena em Hegel enquanto prevenção geral positiva, conforme exposição de Ribeiro (2014), também não pressupõe sua fundamentação penal, pois para ele desde que se alcance a *eticidade*, perpassando por todos os outros modelos de liberdade, a pena é vista como direito próprio do apenado, ou seja, a pena como promoção da liberdade social, e somente assim poderá ser executada pelo Estado.

Neste sentido, a pena deverá ser realizável segundo os parâmetros ou, conforme defende-se, na prevenção especial. A partir das considerações tecidas, a pretensão foi realizar uma construção argumentativa, com o intuito de reformular a proposta hegeliana sobre a pena e jamais afastar sua filosofia política das críticas que tentam compreender uma nova concepção de sujeito pautado no reforço das identidades e das diferenças, seja por sua lógica especulativa, seja através de concepções pautadas em reconhecimento mútuo.

Conclui-se que Hegel buscou revalorizar a dignidade humana, reconhecer a sua capacidade de liberdade em seu projeto político filosófico desde a sua juventude. Desse modo, ressignificar a dignidade humana e a questão da liberdade, são propostas de teorias basilares para os princípios fundamentais do indivíduo, lançando-o ao mundo de direitos e à revalorização de sua vida. Portanto, o princípio da *Filosofia do direito* de Hegel (2009a) é a liberdade e o respeito à dignidade expressa-se pelo respeito a liberdade, sendo essas inseparáveis. Para Hegel, não há liberdade se o indivíduo estiver afastado da estrutura social, pois os sujeitos somente formam a sua identidade quando são reconhecidos por outros sujeitos intersubjetivamente. Os sujeitos devem relacionar-se intersubjetivamente no dinâmico processo social e suscitam mudanças na representação da norma vigente, provocando alterações no acordo entre os participantes, bem como a pena deve pertencer ao seu tempo e corresponder a seu Estado.

Referências Bibliográficas:

BARBIERI, Grace Ane. Os Aspectos Positivos da Moralidade na Filosofia do Direito de Hegel. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.

CIOTTA, Tarcílio. *O Conceito de Sociedade Civil em Hegel e o Princípio da Liberdade Subjetiva* (Tese em Filosofia) – UNICAMP. São Paulo. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et alii. São Paulo: Saraiva, 2010.

FELIPPI, Maria C. P. *O Espírito como Herança: As Origens do Sujeito Contemporâneo na Obra de Hegel*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. Hegel e Heidegger in: Hegel, Husserl, Heidegger. Traduzido por Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 122-136.

HABERMAS, J. (1988). *O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. Traduzido por Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a*

Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: M. Pons, 2012. p. 335-344.

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*. Traduzido por Paulo Menezes. 2. ed. 1992. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____. *Princípios da Filosofia do Direito*. Traduzido por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.

_____. (1802). *Fé e Saber*. Tradução de Oliver Tolle. São Paulo. Ed. Hedra. 2009b. 176p.

_____. (1803). *O sistema da vida ética*. Tradução de Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1991.

_____. (1817). *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*. Traduzido por Paulo Menezes. São Paulo, SP, Loyola, 3º Vol. 1995, 443p.

HELPER, Inácio. Teoria da ação e mediações dialéticas em Hegel. Revista eletrônica Estudos Hegelianos. Jan/Jun. 2011. Nº 14, V.1, Pp. 04-20

HENRIQUES, José Carlos. Origem das teorias da imputação penal objetiva: antecedentes histórico-filosóficos PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD nº 3, p. 69-77, junho/2007.

HONNETH (1992), Axel. *Luta por reconhecimento*. Traduzido por Luiz Repa. São Paulo: Editora 34. 2003.

_____ (2001). *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. Tradução de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfere Pública, 2007.

HÖSLE, Vittorio. *O Sistema de Hegel: O Idealismo da Subjetividade e o Problema da Intersubjetividade*. São Paulo: Editora Loyola, 2007.

INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAKOBS, MELIÁ, Gunther, Manuel. *Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JOHNSON, James L. et al. The construction and validation of the federal Post Conviction Risk Assessment (PCRA). *Fed. Probation*, v. 75, n. 2, set. 2011, p. 16-29. Disponível em. Acesso em: 18 out. 2018.

LIMA, Erick. *Direito e Intersubjetividade em Fichte e Hegel*. São Paulo, SP: Editora Phi. 2014.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

_____. *Crítica da Razão Prática*. Tradução Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1994.

_____. *Princípios metafísicos da Doutrina do Direito*. Tradução Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MÜLLER, Marcos Lutz. *O Direito Natural de Hegel: pressupostos especulativos da crítica ao contratualismo*. Revista Filosofia Política. Porto Alegre, série III, n.05, p. 41-63, 2003.

_____. *O Direito Abstrato de Hegel: Um estudo introdutório (primeira parte)*. In: Revista Analytica, vol. 9, nº1, Rio de Janeiro: CFCH – UFRJ, 2005.

_____. *O Direito Abstrato de Hegel: Um estudo introdutório (segunda parte)*. In: Revista Analytica, Vol. 10, Nº1, Rio de Janeiro: CFCH – UFRJ, 2006.

NORTHPOINTE. COMPAS CORE Risk/Needs Assessment and Case Planning. Disponível em: <http://www.equivant.com/assets/img/content/Risk-Needs-Assessment.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Northpointe Pretrial: Recommendations on who to detain. Disponível em: http://www.equivant.com/assets/img/content/Northpointe_Pretrial.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

PACCELI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas. 3. ed. 2012.

PACCELI, Eugenio/ CALEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas. 4. Ed. 2018.

RIBEIRO, Thaisa Bernhardt. *Culpabilidade e função: análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Günter Jackobs (Dissertação em Direito)*. USP. São Paulo. 2014.

ROSENFELD, Denis. *Introdução ao Pensamento Político de Hegel*. São Paulo: Editora Unisinos. 1993.

_____. *Política e Liberdade em Hegel*. São Paulo: Editora Ática. 1995.

SALGADO, Joaquim. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Editora Loyola, 1996.

TAYLOR (1975). Charles. *Hegel Sistema Método e Estrutura*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: É Realizações. 2014.

VIEIRA, Leonardo. *A Herança Kantiana da Concepção Hegeliana do Direito e da Moral*. Belo Horizonte- MG. Síntese Nova Fase, Vol. 24, Nº 77, 1997, p. 163-179.

ZAFFARONI, Raul. *Manual de Direito Penal, vol. 1: parte geral*. 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006.

WESTPHAL. Kenneth. *O contexto e a estrutura da Filosofia do Direito de Hegel*. In: BEISER. F. C. (org.) *Hegel*. Tradução de Guilherme Rodrigues Neto. São Paulo: Ed. Ideias e Letras. 2014. pp. 273- 316.

WOOD. Allen. *A ética de Hegel*. In: BEISER. F. C. (org.) *Hegel*. Tradução de Guilherme Rodrigues Neto. São Paulo: Ed. Ideias e Letras. 2014. pp. 247 – 272.