



Aufklarung. Revista de Filosofia

ISSN: 2358-8470

revistaaufklarung@hotmail.com

Universidade Federal da Paraíba

Brasil

Salvadori Correio, Mateus

DIREITO E JUSTIÇA EM HEGEL: VIA DA CURA E DA EXPIAÇÃO

Aufklarung. Revista de Filosofia, vol. 2, núm. 1, abril, 2015, pp. 45-70

Universidade Federal da Paraíba

João Pessoa, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=471547044004>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe , Espanha e Portugal  
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

## DIREITO E JUSTIÇA EM HEGEL: VIA DA CURA E DA EXPIAÇÃO

[JUSTICE AND LAW IN HEGEL: THE WAY OF ATONEMENT AND THE WAY OF HEALING]

Mateus Salvadori Correio \*

**RESUMO:** Há duas teorias na filosofia hegeliana que justificam a punição: a via da expiação e a via da cura. A via da expiação parte do agente da punição e afirma que a responsabilidade do crime é do criminoso. Essa via ocupa-se essencialmente com o dever e as regras. Hegel difere da posição retributivista kantiana, pois, segundo Kant, a pena é uma necessidade ética (imperativo categórico) e para Hegel, a pena é uma necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena). Kant permanece preso à subjetividade; Hegel supera-o através de uma explicação objetiva do direito penal. Já a via da cura parte do paciente da punição e defende que a punição é um direito do criminoso. Assim, o dever é secundário e o castigo é visto como gerador do sofrimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hegel; Kant; via da cura; via da expiação; pena.

**ABSTRACT:** There are two theories on hegelian philosophy to justify the punishment: the way of atonement and the way of healing. The route of the atonement of the agent of punishment and states that the responsibility for the crime is the criminal. This pathway is concerned essentially with the duty and the rules. Hegel differs from kantian retributivista position because, according to Kant, the penalty is an ethical necessity (categorical imperative) and Hegel, the penalty is a logical necessity (denial of crime and affirmation of the sentence). Kant remains attached to the subjectivity; Hegel overcomes it through an objective explanation of criminal law. Have the path of healing part of the punishment and patient advocates that the punishment is a right of the criminal. Thus, the duty is secondary and the punishment is seen as suffering from the generator.

**KEYWORDS:** Hegel; Kant; way of healing; via the atonement; worth it.

## INTRODUÇÃO

A fundamentação racional do direito realizada por Kant apresenta um direito formal, que diz respeito apenas às normas externas de uma pessoa em relação à outra. O direito trata, assim, da relação externa entre dois arbítrios, ou seja, entre dois indivíduos com capacidades conscientes de alcançar o objeto desejado. O direito fornece apenas a forma do agir dos arbítrios. O jurídico, em

\* Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Coordenador e Professor do Curso de Filosofia da Universidade de Caxias do Sul - UCS. Membro do Colegiado do Curso de Direito na Universidade de Caxias do Sul - UCS. m@iltosche@yahoo.com.br

Kant, está relacionado com reciprocidade, intersubjetividade e coerção.

Hegel, diferentemente de Kant, não considera o direito como uma categoria autônoma. Para defini-lo, Hegel parte do *ethos* de um povo com a sua religião, a sua arte, as suas leis e os seus costumes. O direito, assim, não é formal, mas é tomado de forma histórica e concreta. É um direito de natureza ética. O individualismo e coletivismo, mais uma vez, estão em choque.

46

As leis éticas e as leis jurídicas, em Kant, são caracterizadas pelo formalismo. Segundo Hegel, o formalismo é importante, por ser uma conquista da autonomia da razão, mas ele é insuficiente. A noção de “dever pelo dever” é abstrata e insuficiente para determinar o agir. Deve-se, por isso, inserir conteúdos particulares, pois somente é possível conhecer o “meu dever” em contextos concretos e não em um vazio formalismo.

Hegel reconhece o mérito do conceito de *autonomia* de Kant, mas defende que esse conceito é insuficiente<sup>1</sup>. Conforme Hegel, “[...] o sujeito particular, oferece o Bem a relação de constituir o essencial da sua vontade, que nele encontra uma pura e simples obrigação” (Rph, § 133). Ou seja, a ideia do Bem representa a ideia do dever (uma obrigação para o sujeito). “Na medida em que a singularidade é diferente do bem e permanece na vontade subjetiva, o Bem apenas possui o caráter de essência abstrata universal do dever e, por força de tal determinação, o dever tem de ser cumprido pelo dever” (Rph, § 133). O dever é a própria ideia do Bem (o dever ser).

Deve-se, segundo Kant, cumprir aprioristicamente o “dever pelo dever”. Isso é autonomia (autodeterminação) e é nisso que está o mérito moral. Não há, assim, nenhuma determinação empírica que move o sujeito para agir. Deve-se cumprir o “dever pelo dever”. Essa é a tese kantiana que Hegel reproduz nos *Princípios da Filosofia do Direito* para criticá-la. “Como a ação exige para si um conteúdo particular e um fim definido, e como a abstração nada de semelhante comporta, surge a questão: o que é o dever?” (Rph, § 134).

Para Hegel, toda ação exige um conteúdo particular. É preciso ter um conteúdo determinado a partir do qual se age. Hegel responde a pergunta “o que é o dever?” da seguinte maneira: “dispomos apenas de dois princípios: agirmos em conformidade com o direito e [...] com o Bem-estar que é, simultaneamente, bem-estar individual e bem-estar na sua determinação universal, a utilidade de todos” (Rph, § 134). O “dever pelo dever” não contém determinações particulares.

O princípio universal kantiano independe do espaço e do tempo.

Não depende de conteúdo empírico. Hegel reconhece o avanço realizado por Kant. “É sem dúvida essencial pôr em destaque que a autodeterminação da vontade é a raiz do dever” (Rph, §135). Em Hegel, o dever consiste em agir conforme o direito e na busca do bem-estar, tanto o próprio quanto o dos demais (cf. Rph, §134).

Em cada instituição social (família, sociedade civil e Estado), a liberdade é determinada de forma diferente. “Permanecer no mero ponto de vista moral sem passar ao conceito da eticidade, converte aquele mérito em um vazio formalismo e a consciência moral em uma retórica acerca do dever pelo dever mesmo” (Rph, §135). Ou seja, para Hegel falta em Kant a eticidade, pois sem determinar o conteúdo do dever não tem como agir seguindo ou não a moral.

Kant permanece em um puro formalismo<sup>2</sup>. Por isso, o problema da efetivação do direito de equidade e de necessidade não é resolvido em sua teoria. “A não contradição no processo da universalização da vontade subjetiva, conforme a exigência do imperativo categórico, é critério insuficiente para a determinação objetiva desses valores morais” (RAUBER, 1999, p. 36). O dever somente pode ser sabido dentro de um contexto através de mediações das instituições sociais. Na moralidade, só se sabe acerca de deveres subjetivos. “Enquanto que, no nível da moralidade, o dever constitui um universal abstrato por ser carente de realidade, na eticidade ele se afirma como universal concreto, pois se situa dentro de um contexto de mediação social” (RAUBER, 1999, p. 36). Segundo Hegel,

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. Uma contradição só pode dar-se com alguma coisa, quer dizer, com um conteúdo antecipadamente estabelecido como princípio rigoroso. Só para com esse princípio a ação está em concordância ou em contradição (Rph, § 135).

Sem o princípio do “respeito à propriedade alheia” ou o “respeito à vida dos semelhantes” não seria possível caracterizar atos que desrespeitam esses princípios como atos injustos. Hegel, ao criticar o formalismo kantiano, quer ressaltar que sem a pressuposição de leis constituídas em determinadas comunidades é possível justificar atos como o roubo, a mentira, a morte, etc. Ou seja, ações imorais e injustas

poderiam ser justificadas. O princípio anunciado pelo imperativo categórico “[...] seria muito bom se já dispuséssemos de princípios determinados sobre o que se deve fazer” (Rph, § 135). E é isso que Hegel faz, a saber, superar a moralidade a partir da eticidade. O ponto de partida de Kant é a validade apriorística do imperativo. Hegel é um comunitarista e o seu ponto de partida são os costumes, os hábitos e as tradições<sup>3</sup>.

## 1. DIREITO, JUSTIÇA E LIBERDADE

A ideia jusnaturalista contratualista acerca do direito é infundada. Não é possível pensar um conjunto de normas para um aglomerado de indivíduos, ou seja, o direito como algo externo aos indivíduos e esses devendo a ele uma obediência cega. Hegel critica a postulação de uma origem pactuada e juridicamente regrada de uma vida coletiva ocorrida a partir da soma de vontades particulares. Os sujeitos individuais formam a sua identidade somente quando são reconhecidos por outro sujeito (intersubjetivamente). Para Hegel, a liberdade humana não se efetiva se estiver afastada da estrutura social.

O indivíduo somente é autônomo, podendo relacionar-se positivamente consigo mesmo, se ele for valorizado pelos demais indivíduos de sua comunidade. Se não há esse reconhecimento, o indivíduo não reconhecido parte para a luta a fim de criar as condições para tal. Quando a falta de reconhecimento não é de um indivíduo isolado, mas de um grupo social, a luta ganha contornos políticos e sociais. Para formular o seu pensamento, Hegel parte do *ethos*, da comunidade ética. Portanto, o indivíduo desde sempre está inserido em um convívio intersubjetivo.

Hegel não justifica os direitos individuais atomizados, mas elabora a teoria da intersubjetividade. Segundo ele, as duas teorias modernas acerca do direito natural – a empirista e a formal – estão equivocadas, pois ambas defendem uma teoria dos indivíduos atomizados. Hegel critica o método empírico-formal do jusnaturalismo. Seu projeto jurídico é um direito especulativo, ou seja, um direito de natureza ética, que não deve proceder do indivíduo isolado, mas da vida comunitária. Essa é a matriz filosófica da intersubjetividade.

O Estado não tem o objetivo de suprir as necessidades dos indivíduos em um estado de natureza, mas o de torná-los seres humanos completos. Assim como não se pode imaginar “o casamento

dentro do conceito de contrato” (Phd, § 75), não se pode também imaginar o surgimento do Estado via um contrato social, como pensaram, por exemplo, Hobbes, Locke e Rousseau. “A natureza do Estado não consiste em relações de contrato, quer de um contrato de todos com todos, quer de todos com o princípio ou o governo” (Phd, § 75).

A concepção de eticidade hegeliana corresponde à concepção orgânica de Estado, conforme o ideal grego, diferentemente da vertente contratualista moderna, que sustentava um atomismo político. Hegel, perante a oposição entre a liberdade subjetiva e a substancialidade ética, demonstra que a concretização da liberdade só ocorre por meio das mediações sociais e jamais de forma abstrata e imediata. Fora do Estado, segundo Hegel, não há possibilidade de uma comunidade humana viver livremente. É melhor o pior dos Estados do que a inexistência dele. Quando há a consciência dos cidadãos há a determinação da liberdade.

Platão e Aristóteles pensaram a harmonia da *pólis* grega justamente quando houve a sua decadência. Conforme Rosenfield, “suas tentativas de restabelecer a harmonia perdida estavam destinadas ao fracasso, porque desconheceram a verdade do que nascia, a liberdade subjetiva. [...] A particularidade desenvolveu-se em oposição à unidade ética” (1995, p. 285-6). O fim do mundo grego ocorreu devido à corrupção dos costumes. Nele, o papel das instituições sociais, como a família e a aldeia foram centrais para o seu desenvolvimento. Porém, quando houve um enfraquecimento dessas instituições, a cidade grega entrou em colapso. “A relação entre o indivíduo e a comunidade é de uma identidade entre a razão de ser de cada um, e a finalidade da *pólis*, a finalidade de todos” (ROSENFIELD, 1995, p. 235). O Estado hegeliano é um Estado estamental, formado por indivíduos livres<sup>4</sup>. Essa liberdade somente existe porque existem instâncias mediadoras que a concretizam. O interesse público deve representar o interesse privado através das mediações sociais.

A versão empirista do direito natural, criticada por Hegel, é composta por Grotius, Hobbes, Locke, Puffendorf, Rousseau e os juristas ligados à Escola Histórica. Eles partem das coisas observáveis da realidade e acabam descobrindo uma variedade de fatos. Esses fatos podem se substituir um ao outro e eles têm o mesmo valor, sendo que nenhum pode prevalecer sobre o outro. Desta forma, não há como saber qual é o necessário e qual é o acidental. Por isso, o empirismo elege um fato ao azar para que ele possa ser um princípio que

fundamente a unidade científica. Por exemplo, quando o empirismo pretende entender o matrimônio, ele se retém apenas em uma determinidade, “põe-se tanto a procriação dos filhos quanto a comunidade dos bens etc.” (HEGEL, 2007, p. 41) e submete a uma dessas determinidades a totalidade orgânica do matrimônio. Hegel, ao tratar do casamento, destaca que se não houver o consentimento não há o casamento. O ético do casamento está no consentimento. Se isso for ferido, o casamento é anulado. Portanto, verifica-se, através do consentimento, a mediação da liberdade no instituto casamento. Direito não é apenas a relação externa entre dois arbítrios.

O mesmo ocorre no instituto jurídico da pena, onde o empirismo aborda apenas uma das determinidades do todo. Isso ocorre também com a noção do estado de natureza. Para alguns teóricos, neste estado o homem é bom, sociável, justo etc.; para outros, o homem é mau, anti-sociável, injusto etc. Portanto, entre os próprios contratualistas há determinações totalmente diversas. Por isso, o empirismo não consegue ter a unidade necessária.

A filosofia social moderna define a vida social como sendo uma luta por autoconservação (cf. HONNETH, 2003, p. 31). Esse pensamento é sustentado principalmente por Maquiavel, que desenvolve um realismo político, o qual está ligado a um pessimismo antropológico, e Hobbes, que defende o contrato social como forma de fundamentar o absolutismo monárquico. Hegel critica a forma atomista de tratar o direito natural realizada pelos empiristas e defende, através do método especulativo, a filosofia política como totalidade orgânica.

A versão formal do direito natural, também criticada por Hegel, é tratada por Kant e Fichte. Esses pensadores partem da pura abstração e não dos fatos da realidade como partiam os empiristas. A determinação que eles partem é sem matéria (pura forma). A única lei é o imperativo categórico (para Kant). Ocorre no formalismo uma oposição entre a autoconsciência pura e a consciência real do sujeito.

Hegel ataca o formalismo no direito natural, pois o formalismo reduz o conteúdo do direito ao conteúdo da moral. Assim, o sujeito é um pensador solitário; ataca também a legalização do direito, onde a justiça é apenas a aplicação da lei (justificação do juspositivismo da Escola da Exegese). Isso é visível no momento em que Kant aborda o direito de equidade e de necessidade. Kant e Fichte partem do conceito transcendental da razão prática e a consideram o resultado da purificação das inclinações humanas. Para Hegel, direito e justiça estão intrinsecamente ligados.

Deduz-se logo que, uma vez que a unidade pura constitui a essência da razão prática, pode-se ter tão pouca consideração de um sistema de vida ética que nem mesmo uma pluralidade de leis é possível – enquanto isso que vai além do conceito puro, ou – porque este, na medida em que ele é posto como negando o múltiplo, isto é como prático, é o dever – o que vai além do conceito puro do dever, e da abstração de uma lei, não pertence a esta razão pura, assim que Kant – este que expôs esta abstração do conceito na sua pureza absoluta – reconhece muito bem que toda a matéria da lei falta à razão prática e que esta não pode erigir em lei suprema nada mais que a forma da *aptidão* da máxima do livre-arbítrio. A máxima do livre-arbítrio tem um conteúdo e inclui nela uma determinidade; a vontade pura, pelo contrário, é livre de determinidade (HEGEL, 2007, p. 61).

A vontade pura está livre de determinidades. Kant, com sua justificação universalista, não diz nada de novo em relação à determinidade. Por exemplo: “devemos respeitar a propriedade”. A universalização dessa máxima na forma da lei não diz nada de novo. A forma da lei só diz o que já está dito. Para Hegel, ao aplicar o procedimento do imperativo categórico, se está pressupondo um conteúdo moral. Portanto, não é necessária a utilização do imperativo categórico. A proposição kantiana não é um juízo sintético *a priori*, mas um juízo analítico. Nas palavras de Hegel,

a matéria da máxima permanece o que ela é, uma determinidade ou uma singularidade; e a universalidade que lhe confere a acolhida na forma é assim uma unidade pura e simplesmente analítica; e se a unidade que lhe é conferida é expressa, puramente como isto que ela é, em uma proposição, a proposição é uma proposição analítica e uma tautológica. E é na produção de tautologias que consiste, seguindo a verdade, o poder sublime da autonomia da legislação da razão prática pura; a identidade pura do entendimento, expressa no [domínio] teórico como a proposição da contradição, permanece, se vista na forma prática, precisamente a mesma coisa (HEGEL, 2007, p. 61-2).

Hegel não admite uma contradição apenas formal. Ao questionar o que é o direito e o que é o dever, Hegel diz que Kant responde que se deve cumprir o “dever pelo dever”, pois esse é o ordenamento da vontade pura. A razão, que determina a vontade, o faz de forma imediata, sem mediações, sem conteúdo. Portanto, aquilo que motiva a vontade é a pura forma da lei. A razão, enquanto pura, não pode

determinar o conteúdo.

Não existe liberdade natural. Somente existe liberdade mediada e reconhecida. O livre arbítrio, enquanto não determinado, é vazio. Por isso, Hegel valoriza as determinações objetivas e as mediações sociais da liberdade. “Para que, assim, este formalismo possa expressar uma lei, é necessário que seja posta uma matéria qualquer, uma determinidade, que constitua o conteúdo da lei; e a forma que vem a se juntar a esta determinidade é a unidade [...]” (HEGEL, 2007, p. 62-3).

52

Hegel, a fim de superar o universalismo abstrato kantiano, trata da universalidade concreta: o universal que se concretiza no conteúdo. O universal, ao se concretizar, se singulariza. Por exemplo, o sujeito somente é um universal concreto quando ele se determina no seu trabalho, na sua corporação, na sua família e em todas as demais instâncias mediadoras nas quais ele faz parte. Em cada um desses momentos há mediações distintas e, portanto, leis e normas distintas.

Cada uma de suas determinidades é, igualmente, suscetível de ser pensada; entre as duas, qual é que deve ser acolhida na unidade, ou pensada, de qual é que deve ser feita abstração, isso aí é algo que é completamente indeterminado e livre; se uma é fixada, como subsistente em si e por si, a outra não pode, certamente, ser posta; mas esta outra pode, também, ser pensada e, uma vez que esta forma do pensamento é a essência, [pode] ser expressa como uma lei moral absoluta (HEGEL, 2007, p. 63).

Só há uma determinidade quando se coloca outra determinidade. Por exemplo, só se é efetivamente livre se há um reconhecimento; só há propriedade privada se houver uma cerca e um contrato que identifica a propriedade dizendo que *isto é meu* e *isto* só pode ser *meu* quando existir o outro. Nas palavras de Hegel,

Que o entendimento mais comum, sem instrução, possa empreender esta operação fácil da qual se tem tratado, e possa distinguir qual forma na máxima se presta ou não à legislação universal, Kant o mostra no exemplo da questão se a máxima de aumentar minha fortuna por todos os meios seguros – no caso, em que meio deste gênero se mostraria num depósito, pode valer como uma lei prática universal, aquela máxima teria assim por conteúdo que cada um tem o direito de negar um depósito do qual ninguém lhe pode provar que a ele foi confiado; esta questão se ressolveria por si, na medida em que tal princípio, como lei, se anularia a si próprio, porque isto faria com que não tivesse absolutamente

nenhum depósito; - mas, que não houvesse nenhum depósito, que contradição haveria nisto? [...] Não são os fins e razões materiais que devem ser convocados, mas é a forma imediata do conceito que deve decidir sobre a justeza da primeira ou da segunda hipótese [...]. Se a determinidade da propriedade em geral éposta, isso conduz à proposição tautológica [...] (HEGEL, 2007, p. 63-4).

Segundo Hegel, é necessário inicialmente afirmar o conteúdo, a determinidade. Em relação a essa determinidade, pode-se ter contradição. Em Kant, não há uma determinidade, porque nada é dito. Em uma fórmula apenas se indica um procedimento. Como não há uma determinidade, ou seja, não é dito o que se deve fazer, não pode haver contradição. Sem conteúdo não há a possibilidade de contradição. A razão prática, em Kant, está pressupondo um conteúdo (depósito, no exemplo citado acima) e o justifica. Mas que contradição haveria se não houvesse depósito? Pode-se utilizar novamente o imperativo categórico e justificar o não depósito. Desta forma, um critério formal serve para justificar algo e, ao mesmo tempo, o seu contrário. Isso é tautologia. O imperativo categórico não diz nada de novo.

A proposta de Hegel é o método especulativo. Para ele, o direito natural não deve conceber o indivíduo isolado, mas inserido em uma comunidade. Hegel busca, com o método especulativo, ficar com as vantagens e eliminar as desvantagens da teoria formal e da teoria empirista. Não há como criar um sistema científico da realidade jurídica colocando uma forma pura *a priori*, desligada das determinações empíricas e nem tomado ao acaso uma determinação empírica e a colocando como princípio dos demais fatos jurídicos. Inspirado nos filósofos gregos, Hegel nega o atomismo do direito natural. Sua pretensão é construir um estado de totalidade ética. Ou seja,

[...] primeiro, estabelecer o que é o princípio básico, ou formal, do direito natural ou da justiça. Segundo, mostrar como este princípio pode ser relacionado a um sistema objetivo de direito e deveres. Terceiro, apresentar como são condicionados estes direitos e deveres, historicamente, pelos costumes e tradições peculiares à vida ética particular de um povo ou nação (BAVARESCO, A; CHRISTINO, S. B. in. HEGEL, 2007, p. 22).

Portanto, para explicar a vida social, Hegel rompe com a filosofia contratualista moderna, que via o conflito social como uma

luta por autoconservação. Essa visão considera o homem de maneira atomística. Opondo-se a essa teoria, Hegel defende a ideia de uma vida social de reconciliação, inspirada na visão romântica da *pólis* grega e das primeiras comunidades cristãs, em que havia uma harmonia entre a liberdade individual e os costumes coletivos.

Hegel buscou inspiração na filosofia de Platão e Aristóteles e destaca as antigas *pólis* gregas como exemplo de reconhecimento e intersubjetividade. Naquela época havia uma plenitude da natureza humana, tendendo à coletividade para resolver qualquer comportamento antiético. A vida em sociedade era garantida pela virtuosidade – do cumprimento das leis – de seus indivíduos e os homens eram considerados, segundo Aristóteles, animais políticos.

Essa visão política existiu na Idade Antiga. Todavia, essa ordem normativa deixou de existir na Idade Moderna, com as filosofias atomísticas de Maquiavel e Hobbes. Contudo, após a leitura da economia política clássica e através da compreensão da ruptura que a modernidade produziu, Hegel, percebendo que sua concepção do reconhecimento não pode mais apelar a esses ideais, desenvolveu uma teoria da intersubjetividade.

O conflito social não é um confronto por autoconservação, como diziam Maquiavel e Hobbes, mas por reconhecimento<sup>5</sup>. É por meio da luta por reconhecimento que surgem instituições garantidoras da liberdade. Os indivíduos sempre estão em convívio intersubjetivo. Esse convívio é a eticidade (vida ética), estando sempre permeado por costumes e valores, ou seja, por vínculos éticos. Portanto, o direito real de um povo é a junção da moralidade e do direito natural, que na obra *Princípios da Filosofia do Direito*, de 1821, será chamado de direito abstrato. Hegel não está preocupado com a origem da sociedade, mas com a sua transformação, de modo que possa haver o reconhecimento intersubjetivo entre os seus membros.

## 2. VIA DA CURA E DA EXPIAÇÃO

A injustiça deve ser punida? Há uma base moral para a punição? Se alguém comete um delito, um crime, ele deve sofrer uma punição por aquilo que cometeu? E qual é a justificativa da punição? Moralmente, o castigo é problemático, pois castigar alguém (provocar deliberadamente dor ou sofrimento físico ou mental) necessita de uma boa justificação. Dor e sofrimento através de torturas - na maioria das

vezes - são características da pena quando o direito era privado (e não público). E, a partir do direito público, qual é a justificativa da punição, do castigo? Essas questões serão respondidas a partir da via da cura e da via da expiação em Hegel. Esse debate se insere no Espírito Objetivo, mais especificamente, no direito abstrato hegeliano, primeira parte da obra *Princípios da Filosofia do Direito*<sup>6</sup>.

No direito abstrato, Hegel trata do conteúdo mais imediato como expressão da vontade livre. Se não houvesse conteúdo no começo do movimento de determinação não há mais como tratar de conteúdo posteriormente. O direito de posse se reporta ao direito de troca. O direito de troca só se confirma com o direito de contrato, pois ele é o reconhecimento formal da posse.

Na mediação da vontade livre, quem se afirma e se determina é exatamente a vontade livre. “Deve a pessoa dar-se um domínio exterior para a sua liberdade a fim de existir como ideia” (Rph, § 41). A ideia é o conceito realizado. Portanto, a pessoa do direito, sendo a noção mais abstrata e indeterminada, para considerar-se como ideia tem que passar pelo processo de mediação do conceito.

Como conceito imediato essencialmente individual, tem a pessoa uma existência natural que, por um lado, lhe está ligada mas para com a qual, por outro lado, ela se comporta como para com um mundo exterior. A propósito da pessoa em sua primeira imediatideade, apenas se trata aqui de coisas em seu caráter ele mesmo imediato e não de determinações suscetíveis de se tornarem coisas por intermédio da vontade (Rph, § 43).

O direito abstrato apresenta as formas mais imediatas e indeterminadas da realização da liberdade. Nele, não há mediação de instituições sociais.

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

O direito de propriedade<sup>7</sup>, primeiro momento do direito abstrato, trata da primeira forma pela qual a pessoa se dirige ao mundo, a saber, através da posse. Ela é a primeira instância da objetivação da vontade livre e, por isso, requer reconhecimento, mediação (que ocorre pelo

contrato). A pessoa deve exteriorizar a sua interioridade livre através da posse. Toda pessoa tem o direito de se apossar das coisas, desde que não seja um direito do outro e, através da posse, há a possibilidade de uso (mas não de troca).

A posse é a expressão objetiva da capacidade jurídica e legal. É a forma exterior de expressão da personalidade. O racional se estabelece na mediação e não na imediatez. Ao dizer *isto é meu*, mostra-se a expressão de *minha* racionalidade. O imediato não reconhecido não passa da imediatez, ou seja, a posse não reconhecida não se constitui propriedade. “Há alguma coisa que o Eu tem submetido ao seu poder exterior. Isso constitui a posse” (Rph, § 45).

A posse é o mais imediato; não há mediação social da vontade livre. Portanto, a racionalidade é estabelecida na mediação e não na imediatez. O natural é o imediato. Por isso, Hegel critica o jusnaturalismo. No direito abstrato, Hegel apresenta as formas mais imediatas da expressão da vontade livre. Somente há a possibilidade da troca quando a posse se torna propriedade e isso ocorre quando a posse é reconhecida por outras vontades. Hegel introduz o direito de propriedade como expressão da vontade livre reconhecida.

O que há de racional na relação com as coisas exteriores é que eu posso uma propriedade; o aspecto particular abrange os fins subjetivos, as carências, a fantasia, o talento, as circunstâncias exteriores [...]. Só disso depende a posse. 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 posso (Rph, § 49).

No direito contratual, segundo momento do direito abstrato, Hegel ressalta que a garantia da propriedade e a sua possível transferência para outrem só é possível se existir um contrato. O reconhecimento e a vontade livre dos contratantes, como pessoas e proprietários, é pressuposto e também resultado do contrato. Dessa forma, o contrato é o reconhecimento formal da propriedade de outro.

A posse, a propriedade e o contrato, nessa ordem, representam o aumento da intensidade na concretização da liberdade. Na posse, o que está em jogo é a coisa; na propriedade, o que está em jogo é a coisa em relação com as duas vontades; no contrato, a coisa não está mais em jogo, pois o que importa são apenas as duas vontades. Porém, neste ponto surge um problema: não há nada que impõe limites sobre as vontades e uma delas pode exercer a sua vontade sobre a outra. Se isso

ocorrer, tem-se a injustiça e a necessidade da moralidade.

A igualdade deve ser tratada na condição de personalidade, de capacidade legal, mas não em termos de quantidade. Todos os homens são iguais como pessoas (enquanto capacidade e personalidade jurídica). A forma mais imediata é a posse e ela só se constitui em propriedade quando reconhecida. Portanto, o contrato é o reconhecimento formal da posse. A propriedade contém em si dois direitos fundamentais: uso e troca. No entanto, os dois não se realizam simultaneamente, pois quem usa não pode trocar e quem troca não pode usar. Esse é o antagonismo inerente à ideia de propriedade privada.

O direito do contrato é o reconhecimento. Disso decorre o justo e o injusto. O contrato é celebrado por vontades imediatas e contingentes. Por isso, podem resultar dele atos injustos. Ferir o pacto é praticar um ato injusto. Hegel está preservando o aspecto contingente desde o ponto de partida da efetivação da vontade livre. Se é possível o injusto, ou seja, se vontades arbitrárias são possíveis, isso mostra a insuficiência do direito abstrato.

O direito abstrato é incapaz de assegurar os direitos imediatos mais importantes, a saber, o direito de uso, de troca e de contrato. O injusto é possível por que há vontades imediatas. Isso mostra que o direito positivo formal é incapaz de garantir a plena efetivação do princípio pressuposto da vontade livre. Contudo, o que legitima um contrato é a vontade livre. Hegel não dá ênfase à coisa que está em jogo, mas à vontade livre das partes, dos agentes que delegam o contrato.

O direito penal, terceiro momento do direito abstrato, resulta daquebra do contrato entre os proprietários. Há três formas de delito: o dano, a fraude e o crime. O *dano* é uma injustiça não maldosa, não intencional. Ele não atinge o conceito de direito, pois a disputa ocorre entre diferentes vontades em relação à propriedade (objeto) e não em relação ao direito. Por isso, não há punição para esse tipo de injustiça. Se o caso é em torno da disputa de bens, ocorre a restituição da posse e não a punição, pois o autor não desrespeita a lei, mas equivoca-se no caso particular. Na *fraude*, o delinquente não respeita o direito, mas mantém a aparência do direito; a punição seria apropriada, mas ela só passa a ser introduzida no crime. O *crime* é o querer ser injusto; tanto o direito quanto a aparência do direito não são respeitados; a punição, nesse caso, é apropriada.

O direito penal é a transição do direito abstrato para a

moralidade. Tomando o direito abstrato isoladamente, característica do entendimento, pode-se cair em erro de precipitação. Ao tratar da punição se faz necessário destacar que a efetivação do direito se dá através do conceito de vontade do Espírito Objetivo. Compreender o Espírito Objetivo é necessário para compreender o direito, em Hegel.

O direito não está fundamentado na prerrogativa da punição. O direito não é um conjunto de normas prescritas externamente aos indivíduos tomados isoladamente e esses devendo obedecer a essas normas de forma irrefletida. Essa é a visão contratualista. O direito não é apenas uma mera aplicação de normas exteriores. A totalidade ética é fornecida pelo Espírito Objetivo. Somente compreendendo a totalidade ética é possível entender o sentido de pena em Hegel. A ideia jusnaturalista acerca do direito é infundada. Não se pode pensar um conjunto de normas para um aglomerado de indivíduos, considerando, desta forma, o direito como algo externo aos indivíduos.

A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser da razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito (Rph, § 100).

Há duas teorias na filosofia hegeliana que justificam a punição: a via da expiação e a via da cura. A teoria da expiação (a responsabilidade do crime é do criminoso) parte do agente da punição. A questão central nessa via é o dever, as regras. Punir é condenar através de um sofrimento compensatório. Hegel, nesta via retributivista, difere da filosofia utilitarista<sup>8</sup> e da forma retributivista apresentada por Kant.

Já a teoria da cura (a punição é um direito do criminoso) parte do paciente da punição. O castigo é visto como gerador de sofrimento e o dever é apenas um aspecto secundário. O delinquente está doente e precisa ser curado. Nessa via, pode-se verificar a presença do  *mundo invertido*, conceito tratado por Hegel na *Fenomenologia do Espírito*. Considerar o mundo em si como uma inversão do mundo enquanto fenômeno é característica do entendimento. “Em verdade, não se trata da oposição entre dois mundos. Ao contrário, é o ‘mundo verdadeiro, suprassensível’, que possui os dois lados em si, que se divide no oposto e que, com isso, relaciona-se consigo” (GADAMER, 2012, p. 65).

Ambas as vias (exiação e cura) são adotadas por Hegel em sua dialética do crime e castigo na obra *Princípios da Filosofia do Direito*. Portanto, o castigo tem tanto a função da expiação como a função da cura.

A via da cura ressalta que a punição é um direito do criminoso. Essa via foi apresentada primeiramente por Platão, no *Górgias*. Hegel é o autor moderno que trata dela. Atribuir o sentido da cura à punição é considerar o criminoso um infeliz, um doente que tem a possibilidade de curar-se. A punição torna o criminoso mais justo e cura-o do mal. Portanto, a punição como cura consiste em um tratamento: se passaria de um estado doentio para um estado saudável. O criminoso passa por um mal espiritual e a punição servirá para libertá-lo desta infelicidade, desta doença. O objetivo do castigo é facilitar a redenção do criminoso, permitindo um despertar espiritual e moral.

O mundo invertido, presente no capítulo “Força e Entendimento; Fenômeno e mundo supra-sensível” da obra *Fenomenologia do Espírito*, pode ser entendido na dialética do crime e castigo. O castigo, aparentemente, serve para fazer com que o autor do crime sofra com as consequências de seu ato (via da expiação). Porém, o que ocorre é a inversão do delito, havendo, assim, a reconciliação da lei com o crime. O castigo não aniquila e humilha o criminoso, mas o restaura consigo mesmo.

O castigo eleva o mundo abstrato do entendimento (ser em-si) à sua reconciliação. A lei imediata da vingança satisfaz a vontade do sujeito que sofreu um ato injusto. A vingança tem como objetivo recompor a essência perante a ofensa. Contudo, ao se expor, ela acaba sendo um segundo crime, ou seja, a vingança pertence ao mundo invertido, que, ao querer se vingar, acaba realizando um novo crime. Conforme Santos,

no mundo imediato da vingança, a justiça ainda não alcançou a universalidade da lei, por isso se diz que a justiça muda de lado tão logo efetivada, porque ela é sempre um particular que se transforma imediatamente em seu inverso, o crime, numa sucessão infinita de inversões, segundo a fórmula da má infinitude. [...] A lei pune, mas não vinga. A punição da lei reconcilia o criminoso consigo mesmo e tem o poder de restituir-lhe a honra, que se perdera na particularidade do crime. Só o universal traz a justiça e a salvação (2007, p. 171).

A via da expiação ressalta que o castigo não é uma mera vingança contra o malfeitor, mas é uma justiça. Castigar significa

anular um mal causado e restabelecer a ordem jurídica. Se a lei não visa esse objetivo, ela é injusta. Hegel, nos *Princípios da Filosofia do Direito*, diz que a pena tem como função restabelecer a ordem transgredida do direito (retributivismo) e recuperar a honra do criminoso. Também, na obra *Filosofia Real*, no capítulo “Crime e castigo”, há estas características para a pena. Segundo Hegel, “o delito é a coerção do direito” (1984, p. 191).

60

Na efetivação da liberdade, que se inicia no direito abstrato, Hegel defende que a responsabilidade pelo crime é do criminoso, ou seja, a vontade criminosa é auto-destrutiva e essa é a função de expiação da punição. O retributivismo é a imposição da pena pelo mal do crime<sup>9</sup>. Segundo Kant, a pena é uma necessidade ética (imperativo categórico). Para Hegel, a pena é uma necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena). Defendendo a tese de que o crime é responsabilidade do criminoso, Hegel não está preocupado com a prevenção do crime (conforme defende o utilitarismo) e também não o considera um mal. O objetivo da punição é da própria justezza do direito positivo vigente. Essa é a posição retributivista hegeliana.

A violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito (Rph, § 99).

Hegel, ao criticar “a legislação draconiana que pune todos os crimes com a morte e a ferocidade da honra formal” (Rph, § 96) quer ressaltar que a punição via a expiação não é um mal, mas apenas uma prerrogativa normativa para a realização da justiça. Ele não aceita como justificativa da punição o argumento retributivista kantiano que diz que, mesmo se a sociedade se dissolvesse, o último criminoso sobre a terra deveria ser condenado. Segundo Hegel, essa seria mais uma das consequências medonhas do formalismo kantiano.

Hegel não aceita a pena de morte, pois o criminoso é portador do direito de personalidade, que é um direito “inalienável e imprescritível” (Rph, § 66). Isso somente é possível em estado de guerra. Kant, na *Doutrina do Direito*, rejeita qualquer finalidade para a pena; a pena deve valer como um fim em si mesmo (imperativo categórico). Kant e Hegel fundam o retributivismo na razão. Para eles, a função retributivista da pena é a própria realização da justiça, que restabelece a ordem jurídica danificada pelo crime. Ingram, comentando o

pensamento de Hegel, diz:

Os seres humanos satisfazem o seu destino moral único enquanto agentes livres e responsáveis apenas na medida em que pautam seus comportamentos por leis universais da razão, que impõe obrigações absolutas a cada um de respeitar os direitos básicos de todos os demais. Quando criminosos rompem com a lei, estão agindo irracionalmente, excluindo-se das próprias condições que sabem ser necessárias para sua liberdade e seu respeito próprio. O criminoso que rouba outra pessoa não pode consistentemente que outros venham a roubar dele, porque isso violaria sua própria liberdade e sua dignidade, portanto, ao romper com a lei, ele está agindo contra o seu interesse racional próprio. Nesse sentido, o criminoso quer a sua própria punição, não como um parasita social, mas como um membro racional da sociedade humana (2010, p. 148).

No crime, nem o direito em si e nem a maneira como ele aparece são respeitadas, ou seja, tanto o aspecto subjetivo como o aspecto objetivo são desrespeitados. O crime é uma coação de algo que o direito protege e garante. A vontade desta relação é submetida a uma coação através do sacrifício, do sofrimento, da perda e do dano. A vontade livre não poderia ser coagida, pois ela é inviolável. Porém, essa vontade acaba, em algumas situações, sendo violada.

O intento retributivista da teoria hegeliana é claro o bastante, mas seu ponto central é ocultado em metáforas obscuras. O que significa dizer que o crime ‘é nulo em si mesmo’? Como essa ‘nulidade’ exige a punição como sua própria manifestação? [...] O central da teoria hegeliana da pena é a exigência desconcertante de que o ato criminoso é ‘nulo em si mesmo’ (WOOD, 1990, p. 109 e 112).

A nulidade do crime somente é compreendida entendendo a outra forma de coação, a saber, a subjugação. Com ela, a vontade criminosa tem um caráter nulo e autodestrutivo. Essa ideia é apresentada por Hegel da seguinte forma:

Violar um contrato não cumprindo o que se estipulou, ou faltar aos deveres jurídicos para com a família e o Estado, por meio de uma ação ou de uma omissão, constitui uma primeira violência ou pelo menos um abuso de força, pois desvio ou retiro de alguém uma propriedade que é sua ou que lhe devo. A coação pedagógica ou coação exercida contra a selvageria e a

ferocidade aparece sem dúvida como a primeira e não é precedida de nenhuma outra. Mas a pura vontade natural é em si mesma violência contra a ideia da liberdade que é em si existente e deve ser defendida de uma tal vontade sem cultura: ou o ser moral já possui uma existência na família e no Estado, e esta pura natureza constitui então uma atividade violenta contra ele, ou só o Estado de natureza existe, estado de violência absoluta perante o qual a ideia ergue um direito heroico” (Rph, § 93).

62

Isso denota a via retributivista da punição. O homem visto empiricamente pode ser subjugado. A vontade livre somente é coagida se ela não se retirar da exterioridade. Só há a primeira coerção se há a exterioridade da vontade livre. No crime há a violação do direito enquanto direito. Assim, o direito é externo e antecedente à vontade particular. A segunda coerção é a afirmação da subjugação do direito abstrato. Mesmo havendo um direito abstrato, positivo e autorizado, continua existindo a vontade particular através dos homens tomados empiricamente, que continuam desejando. A punição é a nulidade da vontade. Isso não significa que a violência é irreal, mas que ela é nula.

No momento de julgar um crime, que se tome em consideração a complexidade de sua estrutura. A pena infligida ao criminoso revela o interesse que tem uma sociedade, não tanto na existência empírica do crime, como na sua razão de ser. Portanto, o julgamento deve ao mesmo tempo mostrar o caráter vão de qualquer ação criminosa e, por meio da pena [...], trazer esse ato às suas justas proporções. Pode-se, então, perguntar se a totalidade da pessoa foi prejudicada [...] ou somente uma das suas partes, isto é, torna-se necessário saber se a indenização mediante o valor pode ter lugar no caso em questão. A universalidade quantitativa do valor utilizado por Hegel [...] é uma determinação da universalidade do direito à medida que o prejuízo pode ser indenizado por uma universalidade característica da relação entre as coisas (ROSENFIELD, 1995, p. 101).

Em suma, defendendo a tese de que o crime é responsabilidade do criminoso, Hegel não está preocupado com a prevenção do crime e também não o considera um mal. O objetivo da punição é da própria justeza do direito positivo vigente. Essa é a posição retributivista hegeliana.

A racionalidade do direito reside na lei, que determina o arbítrio e confere segurança aos cidadãos, que a reconhecem. Surgem, então, o dever – como determinação negativa da liberdade – e o direito como

determinação positiva. No entanto, como ambos podem ser negados, compete ao próprio direito reestabelecer o ponto de equilíbrio internamente, tendo como referência a própria liberdade. Na dialética hegeliana, compensa-se a liberdade prevista na lei, entendida como vontade universal livre, com a liberdade subjetiva, aquela que se concretiza nos direitos da pessoa. Verifica-se que o direito compensa a negação com o próprio direito, valendo-se da sanção para negar a negação do direito. Em suma, a sanção permite que o direito se reconcilie consigo mesmo (MARQUES in TRAVESSONI, 2011, p. 369).

A punição pode ser explicada a partir do objetivo da cura ou da expiação. A punição caracterizada pela cura visa uma melhora do criminoso; a punição é um direito dele. Já a punição caracterizada pela expiação visa gerar um sofrimento compensatório no criminoso; a responsabilidade pelo crime é do criminoso. A vontade criminosa é autodestrutiva.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para Hegel, a dialética do crime e do castigo não é uma questão de bem e de mal (ou seja, o crime considerado como um mal e a punição como um bem). O mal não se caracteriza apenas pelo crime, sendo apenas uma forma do mesmo. Portanto, não se pode generalizar que o mal é o crime. O debate em torno da justiça é objetivo. Levar em conta o bem e o mal é deixar como primeiro plano na discussão a subjetividade do criminoso. A objetivação do bem e do mal, nesse caso, se dá através do direito.

O crime é a negação do direito e o castigo é a negação da negação do direito. A pena visa restabelecer a ordem jurídica e a vontade geral que foi negada pela vontade do delinquente (vontade particular). Logo, deve-se negar essa negação por meio da punição. Assim, surge uma nova afirmação: a vontade geral. “A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado, e de acordo com o quantum ou intensidade da nova negação que é a pena” (BITENCOURT, 2007, p. 86).

O direito é a expressão da vontade geral (vontade racional). O delito é a negação do direito, é a manifestação de uma vontade irracional (vontade particular). A tese é a vontade geral; a antítese é o delito da vontade particular; a síntese é a negação da negação que

ocorre através da pena, restabelecendo o direito e a vontade geral.

A função da pena é restabelecer a ordem transgredida pelo criminoso. Porém, isso não significa que a pena é um mal que surgiu para sanar outro mal anterior praticado pelo delinquente. A pena é o restabelecimento da ordem do direito. Com a pena, o criminoso é tratado como um ser racional e livre. Ou seja, através dela, ele - o criminoso - pode recuperar a sua honra (via da cura).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel*. Direito, Sociedade Civil, Estado. 2. ed. São Paulo: Brasiliense/UNESP, 1991.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hegel, Husserl, Heidegger*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Piaget, 1991.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia Real*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural*. Trad. de Agemir Bavaresco e Sérgio B. Christino. São Paulo: Loyola, 2007.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- INGRAM, D. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- MARQUES, L. A. M. “Retributivismo”. *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Travessoni, A. (Org.). São Paulo: LTr, 2011.
- MERLE, Jean-Christophe. “Pena”. *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Travessoni, A. (Org.). São Paulo: LTr, 2011.
- MÜLLER, Rudinei. *A crítica de Hegel ao formalismo kantiano*.

- O argumento especulativo. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2012.
- RAWLS, J. *História da filosofia moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAUBER, J. *O problema da universalização em ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- ROSENFIELD, D. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Ática, 1995.
- SALVADORI, M. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Resenha. Conjectura: filosofia e educação / UCS. v. 16. n. 1 (jan./abr. 2011). – Caxias do Sul, RS: Educys, 2011.
- SANTOS, José Henrique. *O trabalho do negativo*. São Paulo, Loyola, 2007.
- WOOD, A. *Hegel's Ethical Thought*. Cambridge University Press, 1990.

## NOTAS

1 Hegel ataca “a ideia de liberdade de Kant no nível mais profundo. Para ele, Kant pensa que nossa liberdade nos eleva acima de todas as contingências da natureza humana (nossas inclinações e necessidades), acima de todas as contingências de nossa sociedade e sua história, e, por conseguinte, pensa que nos é sempre possível agir segundo a lei moral e adquirir uma boa vontade, ainda que gradualmente, uma vez que nos resolvemos plenamente a fazê-lo. Essa alegada liberdade transcendental implica que todas as pessoas têm as mesmas oportunidades de alcançar o ideal de uma pessoa de bom caráter moral (uma boa vontade), qualquer que seja a sua sorte particular no mundo. Podemos dizer que Kant arranjou as coisas de modo que tenhamos todos igualmente o poder (ou a capacidade) de trabalhar pela nossa salvação” (RAWLS, 2005, p. 379). As pessoas agem livremente, segundo Hegel, quando estão inseridas em um contexto e em um Estado. A autonomia de Kant não é uma “autonomia real” (RAWLS, 2005, p. 380). A liberdade é conduzida pelos hábitos e costumes. “Os indivíduos somente podem obter a mais plena liberdade possível para eles, em contraposição à falsa autonomia da ética de Kant” (RAWLS, 2005, p. 380).

2 “Hegel pensa que, na doutrina de Kant, a maneira como devemos ver a nós mesmos com agentes morais é tão estreita quanto alienante. (a) É estreita porque, primeiramente, não toma em consideração as características que nós mesmos assumimos como membros de nosso

mundo social ou de nossa comunidade particular. E é estreita porque, em segundo lugar, no nível da motivação, restringe imensamente o tipo de motivos compatíveis com o caráter moral bom. (b) É alienante porque a forma de vida moral que a doutrina de Kant quer exclui tanto desejos e aspirações da vida cotidiana e nos distancia tanto deles que nos aliena das coisas cotidianas” (RAWLS, 2005, p. 382-3). O mundo pensado por Hegel não é um mundo perfeito, um mundo utópico, mas um mundo com infelicidades, guerras e dor. O objetivo da ordem social racional é justamente permitir que os cidadãos consigam realizar a sua liberdade.

1 Hegel ataca “a ideia de liberdade de Kant no nível mais profundo. Para ele, Kant pensa que nossa liberdade nos eleva acima de todas as contingências da natureza humana (nossas inclinações e necessidades), acima de todas as contingências de nossa sociedade e sua história, e, por conseguinte, pensa que nos é sempre *possível* agir segundo a lei moral e adquirir uma boa vontade, ainda que gradualmente, uma vez que nos resolvemos plenamente a fazê-lo. Essa alegada liberdade transcendental implica que todas as pessoas têm as mesmas oportunidades de alcançar o ideal de uma pessoa de bom caráter moral (uma boa vontade), qualquer que seja a sua sorte particular no mundo. Podemos dizer que Kant arranjou as coisas de modo que tenhamos todos igualmente o poder (ou a capacidade) de trabalhar pela nossa salvação” (RAWLS, 2005, p. 379). As pessoas agem livremente, segundo Hegel, quando estão inseridas em um contexto e em um Estado. A autonomia de Kant não é uma “autonomia real” (RAWLS, 2005, p. 380). A liberdade é conduzida pelos hábitos e costumes. “Os indivíduos somente podem obter a mais plena liberdade possível para eles, em contraposição à falsa autonomia da ética de Kant” (RAWLS, 2005, p. 380).

2 “Hegel pensa que, na doutrina de Kant, a maneira como devemos ver a nós mesmos com agentes morais é tão estreita quanto alienante. (a) É *estreita* porque, primeiramente, não toma em consideração as características que nós mesmos assumimos como membros de nosso mundo social ou de nossa comunidade particular. E é estreita porque, em segundo lugar, no nível da motivação, restringe imensamente o tipo de motivos compatíveis com o caráter moral bom. (b) É alienante porque a forma de vida moral que a doutrina de Kant quer exclui tanto desejos e aspirações da vida cotidiana e nos distancia tanto deles que nos aliena das coisas cotidianas” (RAWLS, 2005, p. 382-3). O mundo pensado por Hegel não é um mundo perfeito, um mundo utópico, mas um mundo com infelicidades, guerras e dor. O objetivo da ordem social racional é justamente permitir que os cidadãos consigam realizar a sua liberdade.

3 Habermas apresenta quatro objeções de Hegel a Kant. Elas: “1) a objeção de Hegel ao *formalismo* da ética kantiana: uma vez que o imperativo categórico exige a abstração de todo o conteúdo particular das máximas de conduta e dos deveres, a aplicação deste princípio moral terá de

- conduzir a juízos tautológicos; 2) a objeção de Hegel ao *universalismo abstrato* da ética kantiana: uma vez que o imperativo categórico exige a separação entre o geral e o particular, os juízos válidos segundo este princípio terão de permanecer insensíveis em relação à natureza particular e ao contexto do respectivo problema, carente de solução, e exteriores em relação ao caso específico; 3) a objeção de Hegel à *impotência do mero dever*: uma vez que o imperativo categórico exige a separação rígida entre Dever e Ser, este princípio moral nunca será informador do modo como as perspectivas morais podem ser transpostas para a prática; 4) a objeção de Hegel ao terrorismo da *pura convicção*: uma vez que o imperativo categórico separa os requisitos puros da razão prática do processo de formação do espírito e das suas concreções históricas, sugere ao mesmo tempo aos defensores da visão moral do mundo uma política que estabelece como seu objetivo a realização da razão e que, em prol dos fins mais elevados, acaba por tolerar condutas amorais” (1991, p. 13-4). Essas quatro críticas serão tratadas nesta tese, mas não de forma sistemática. Elas serão abordadas no decorrer da tese.
- 4 Segundo Hegel, o Estado racional é constituído por três elementos: o elemento individual, o elemento particular e o elemento universal. O elemento individual é o monarca (não absoluto, mas constitucional). O cargo é hereditário para evitar “o capricho e o elemento contratual envolvido em eleições” (INWOOD, 1997, p. 124). “O monarca enquanto tal é essencialmente indivíduo que está fora de qualquer outro conteúdo, e este indivíduo destina-se a dignidade do monarca de um modo imediatamente natural, por nascimento” (Phd, § 280). O elemento particular é o poder executivo. A função desse poder é executar as leis do monarca. Essa classe é composta por chefes do serviço civil, pelo judiciário, pela polícia, etc. O elemento universal é o legislativo. O povo, com exceção dos camponeses e dos trabalhadores, é representado no legislativo como “membro”. Os estados não são classes sociais ou economias, mas grupos profissionais, tais como: i) a nobreza rural e hereditária; ii) a classe mercantil; iii) a classe de servidores civis e suas corporações.
- 5 “Honneth, inspirando-se no conceito de reconhecimento do jovem Hegel, busca fundamentar a sua própria versão da teoria crítica. Com isso, ele pretende explicar as mudanças sociais por meio da luta por reconhecimento e propõe uma concepção normativa da eticidade a partir de diferentes dimensões de reconhecimento. Os indivíduos e os grupos sociais somente podem formar a sua identidade quando eles forem reconhecidos intersubjetivamente. Esse reconhecimento ocorre em diferentes dimensões da vida: no âmbito privado do amor, nas relações jurídicas e na esfera da solidariedade social. Essas três formas explicam a origem das tensões sociais e as motivações morais dos conflitos” (SALVADORI, 2011, p. 189-90).
- 6 Hegel, na obra *Princípios da Filosofia do Direito* (dividida na seguinte tríade: Direito Abstrato, Moralidade e Eticidade), faz uma ciência

filosófica do direito. Ele investiga o conceito do direito e a sua realização. “O objeto da ciência filosófica do direito é a Ideia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização” (Rph, § 1). Portanto, não é uma ciência do direito. *Conceito* do direito, em Hegel, tem uma conotação normativa, diferentemente de Kant que tem uma conotação descriptiva. A *ideia do direito* indica a concretização do conceito - o conceito realizado. *Conceito* indica o movimento de concretização, de realização da ideia do direito. E a ideia do direito é a liberdade. Conhece-se a ideia da liberdade em sua efetivação, em sua concretização. “*Recht* e *Sittlichkeit*, como moralidade, não regulam simplesmente a conduta externa de indivíduos que já são seres humanos plenamente formados: formam-nos, por estágios, em seres humanos corretos e responsáveis” (INWOOD, 1997, p. 105). Hegel destaca o seguinte: “Toda a realidade que não for a realidade assumida pelo próprio conceito é existência passageira, contingência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão, etc. A forma concreta que o conceito a si mesmo se dá ao realizar-se está no conhecimento do próprio conceito, o segundo momento distinto da sua forma de puro conceito (Rph, § 1). A ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é, por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito, a Ideia, por quanto esta é a razão do objeto, ou, o que é o mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria. Como parte da filosofia, tem um ponto de partida definido que é o resultado e a verdade do que precede e do qual constitui aquilo a que se chama prova. Quanto à sua gênese, o conceito do direito. A sua dedução está aqui suposta e terá de ser aceita como dado” (Rph, § 2). “Na obra principal, *Filosofia do Direito*, o termo ‘direito’ (*Recht*) é usado para indicar tanto uma parte do sistema – o direito abstrato, que, aliás, é o direito propriamente dito, o direito dos juristas -, quanto o sistema em seu todo, incluindo, além do direito em sentido estrito, todas as matérias tradicionalmente compreendidas na filosofia prática (ou seja, economia, política e moral). Quando Hegel diz que ‘o sistema do direito é o reino da liberdade realizada’, usa o termo em sentido amplo e impróprio, a ponto de nele abranger, além do direito em sentido próprio, a moralidade e a eticidade. ‘Direito’, portanto, indica – segundo o contexto – ora uma parte, ora o todo. [...] Destes dois significados de ‘direito’, o primeiro é - quanto ao uso corrente - excessivamente limitado, porque só comprehende o direito privado (em parte, o direito penal) e deixa completamente de lado o direito público, o segundo é excessivamente amplo, porque abraça todas as matérias da filosofia prática” (BOBBIO, 1991, p. 57-8). Conforme Hegel, “é a mesma razão que reconhece que a contingência, a contradição e a aparência têm um domínio próprio, têm o seu direito, ao mesmo tempo que os limita e sem que pretenda dar a tais contradições a identidade rigorosa do direito” (Rph, § 214). A contingência na aplicação da lei não é sinônimo de arbitrariedade. “A exposição do conceito de direito é necessária para que o espírito se reconheça em sua determinação, de acordo com o espírito do tempo,

em uma cultura determinada” (MÜLLER, 2012, p. 124).

7 “Quando um sistema de direito (de lei e instituições) confere a todas as pessoas o direito de possuir todas as coisas enquanto coisas (as quais não têm personalidade), e o faz apenas em virtude da personalidade e portanto independentemente das necessidades e desejos das pessoas, esse sistema, então, expressa os conceitos de uma vontade livre, da dignidade das pessoas livres enquanto tais, e de sua superioridade com relação a todas as coisas. [...] Nossos direitos de propriedade baseiam-se não em nossos desejos e carências, mas em nosso *status* como pessoas. [...] O sistema de propriedade se justifica como a encarnação mais apropriada da liberdade. [...] Meu corpo é, pois, a primeira encarnação da minha liberdade. [...] Não ter a permissão de possuir corpo algum é ser morto. [...] Não ter a permissão de possuir propriedade alguma [...] é sofrer violação dos direitos de personalidade. [...] Assim, demonstramos respeito pelas pessoas demonstrando respeito pela integridade de seus corpos e honrando os preceitos de não feri-las, não causar-lhe dano e, obviamente, não escravizá-la” (RAWLS, 2005, p. 390-1-2).

8 Os utilitaristas preocupam- se com a finalidade da pena. Já os retributivistas preocupam- se com a fundamentação do dever da pena. Para o utilitarismo, a punição visa restabelecer o que havia sido violado. Alguém que rouba ou mata, ao ser capturado, deve ser punido pelo que fez. O castigo desempenha um papel central na organização da sociedade. As relações entre os homens se dão por meio de regras. Sem elas, não haveria uma organização saudável. O castigo tem este papel de organização, pois quem não segue as regras sofre um castigo. O utilitarismo de Jeremy Bentham ressalta que o castigo é útil, pois produz um maior prazer ao maior número de pessoas. “A razão por que devemos infringir esse ‘mal’ aos criminosos condenados não é porque o merecem, mas porque isso evita um mal maior: o crime” (INGRAM, 2010, p. 140). Segundo Ingram, “a pena é um meio geral, efetivo e indispensável para alcançar certas metas sociais necessárias” (2010, p. 139). Hegel é claro ao criticar o utilitarismo quando diz que “justificar a pena desse modo (como condicionamento comportamental) é como erguer uma vareta para um cão significa tratar o ser humano como um cachorro em vez de respeitar sua honra e sua liberdade” (in INGRAM, 2010, p. 144). Outra função consequencialista da pena é a dissuasão do comportamento do criminoso pelo medo da punição. A prevenção do crime, segundo a teoria da dissuasão, é o principal propósito da pena. É comum o pensamento de que penas dissuadem do crime e, se a pena for mais dura, dissuade ainda mais. Porém, essa ideia não é verdadeira. Isso pode ser verificado no *Relatório do Painel do Conselho Nacional de Pesquisa dos Estados Unidos da pesquisa sobre efeitos dissuasórios e incapacitantes*, de 1978. Esse relatório “observa que a pena não parece ter um impacto nas taxas de reincidência de antigos condenados, taxas que se presumem estarem inversamente relacionadas às taxas de

reabilitação e de dissuasão. Embora os estudos mostram que para alguns crimes, tais como pequenos furtos em lojas, tem algum efeito dissuasivo acusar formalmente seus autores (além de serem apanhados e interrogados), o efeito dissuasivo da pena sobre criminosos potenciais não pode ser definitivamente estabelecido. Alguns estudos mostram que crescimentos significativos na severidade da pena [...] para certos crimes estão correlacionados à diminuição na incidência desses crimes. [...] No entanto, isso não vale para todos os crimes. Por exemplo, as taxas de homicídio parecem não ser afetadas por aumento da pena máxima de prisão perpétua para morte" (INGRAM, 2010, p. 141- 2).

### 9 Retributivismo e justiça estão fortemente relacionados na cultura ocidental.

Segundo Ferraz Júnior, o "estudo dos modelos retributivos, a começar pela famosa regra de Talião, está na base da discussão da própria justiça" (1998, p. 369). O retributivismo denota a *preservação* e a *afirmação* de um poder constituído e a *reparação equitativa do dano* visando uma compensação justa (cf. MARQUES in TRAVESSONI et al., 2011, p. 367). A balança e a espada, na simbologia jurídica, demonstram a relação entre essas duas vertentes retributivistas. Buscasse, através da balança, a justa compensação, a proporcionalidade. A função da proporcionalidade é afastar o ímpeto da vingança. O que se quer, com ela, é uma equivalência à lesão. E, através da espada, se almeja o poder de uma ordem hierárquica, seja ela dada através de uma religião, de um rei, de uma divindade ou de um Estado secular. Conforme Ferraz Júnior, "no Prólogo do Código de Hamurabi está dito que o rei está ali para que o forte não esmague o fraco" (1998, p. 374). Em Aristóteles, há as duas funções do retributivismo (preservação do poder e reparação equitativa do dano). Segundo Merle, a *lei de talião* foi importantíssima para a Idade Antiga e Medieval. Já na Idade Moderna predominou a pena como *exemplo*, ou seja, o criminoso é punido para servir de exemplo aos demais cidadãos não praticarem crimes (cf. MERLE in TRAVESSONI, 2011, p. 305- 6). A famosa Lei de Talião ("olho por olho, dente por dente") é apresentada hoje como sendo uma forma cruel de vingança não caracterizada por uma punição justa. Todavia, essa Lei, além de ser caracterizada por esse viés de vingança, é caracterizada também pelo equilíbrio entre crime e punição. A punição, entendida como sendo a negação do crime, em sua justa medida é a tese retributivista hegeliana. "Olho por olho..." denota a busca pela medida justa, pelo equilíbrio.