

# REFLEXÕES SOBRE A PENA EM HEGEL: (IN)COMPREENSÃO E DIFICULDADE DE SUPERAÇÃO

## REFLECTIONS ABOUT CRIMINAL SANCTION IN HEGEL: (IN)COMPREHENSION AND DIFFICULTY OF OVERCOMING

Antônio Salomão Neto<sup>1</sup>

Décio Franco David<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma reflexão sobre a finalidade da pena para o filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel e demonstrar como a doutrina apresenta uma interpretação inadequada de sua proposta. Para tanto, apresenta, inicialmente a estrutura do Direito para o filósofo e como ele compreende o Estado a partir de uma concepção racional pautada em liberdades. Posteriormente, parte para a definição de crime para Hegel, valendo-se da compreensão do conceito de *Unrecht* por ele utilizado. Em seguida, é apresentada a proposta hegeliana de pena (conhecida atualmente como teoria retributivista) e sua finalidade. Ao final do trabalho é feita uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da teoria de Hegel nos dias atuais e a dificuldade de sua superação, ainda que necessária.

Palavras-chave: Pena; Hegel; Teoria Retributivista.

### ABSTRACT

This study aims to carry out a reflection about the purpose of punishment for the German philosopher Georg Wilhelm Friedrich Hegel and demonstrate how the doctrine presents

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). *E-mail*: antoniosalomao95@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário. Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR), mantida pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Advogado criminalista. *E-mail*: contato@professordeciodavid.com

an inadequate interpretation of his proposal. Therefore, it presents, initially, the structure of the Law to the philosopher and how he understands the State from a rational form guided on freedoms. Later, parts of the definition of crime to Hegel, using the understanding of the concept of *Unrecht* used by him. Then, shows the Hegelian proposal penalty (currently known as retributive theory) and its purpose. At the end of the work, is made a reflection about the possibility of application Hegel's theory today and the difficulty of overcoming it, even necessary.

Keywords: Criminal Sanction; Hegel; Retributivism Theory.

## INTRODUÇÃO

Certamente um dos temas mais debatidos dentro da seara do Direito penal diz respeito à finalidade da aplicação de penas – até porque é uma das premissas básicas para qualquer postulado teórico sobre o próprio Direito penal. Ao longo da evolução da dogmática penal, muitas teorias foram apresentadas tentando justificar as razões pelas quais se pune os autores de delitos<sup>3</sup>.

No entanto, a praxe forense e a realidade do sistema carcerário nacional demonstram que propostas doutrinárias inovadoras (como, por exemplo, a teoria da Prevenção Geral Positiva do Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin) não têm alcançado sua finalidade material diante do discurso apresentado<sup>4</sup>. Em outras palavras, há uma incompletude estrutural entre o que se espera da pena e o que realmente se alcança com ela. Alguns autores indicam que uma das razões dessa incoerência estrutural parte da tradicional atividade de se atribuir uma finalidade ao Direito penal e outra à pena<sup>5</sup>.

Por tal motivo, parece haver acerto indiscutível na proposta de que a finalidade do Direito penal é exercer o controle social do intolerável, de modo que qualquer outra finalidade atribuída à pena acabe por estar contida nessa finalidade maior, atribuída a este ramo científico<sup>6</sup>. Principalmente, em razão de que em respeito ao princípio da intervenção

---

<sup>3</sup> Acerca da evolução das teorias da pena: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 196-270.

<sup>4</sup> Para Roxin, a pena deve proporcionar um efeito de prevenção geral no momento da sua cominação, da sua aplicação e na própria execução, congregando em si aspectos distintos do efeito preventivo. A tese do professor de Munique possui três pontos principais: 1) a finalidade exclusivamente preventiva da pena; 2) a renúncia a qualquer critério retributivo na aplicação da pena, e; 3) a limitação do Estado pelo princípio da culpabilidade, adotando-se, portanto, critérios de proporcionalidade à ofensa praticada. Sobre o assunto: ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2007, p. 95 e ss; ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 15 e ss.

<sup>5</sup> Nesse sentido, analisando a diferença entre função e finalidade: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 99-100; BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31-41; DAVID, Décio Franco. O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do Direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2015, p. 19-25.

<sup>6</sup> Conforme afirma BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 477.

mínima, primeiramente há que se respeitarem as esferas extrajurídicas e, dentro das jurídicas, as esferas extrapenais de exercício do controle social<sup>7</sup>.

De qualquer modo, embora o discurso crítico jurídico permita tais derivações, é certo que o caráter punitivo da pena possui em si um aspecto de retribuição pelo delito praticado. Conforme preleciona Winfried Hassemer, uma compreensão da pena nos dias atuais reforça a ideia de que ela se constitui enquanto a negação da negação do direito, não apenas no papel ou na academia, mas, essencialmente, no discurso público sobre as normas que são indeclináveis à sociedade<sup>8</sup>. Assim, a proposta dialética de finalidade da pena proposta por Georg Wilhelm Friedrich Hegel recebe a atenção dos holofotes atuais da dogmática penal.

## 1 QUAL É A FUNÇÃO DA PENA EM HEGEL?

Georg Wilhelm Friedrich Hegel é um dos mais importantes filósofos da história. Seu pensamento percorre desde epistemologia, gnoseologia, ciência da natureza até política. De forma ímpar, Hegel organiza todo seu estudo de forma sistêmica, tendo como cerne estruturante o *Espírito (Geist)*<sup>9</sup>. O *Espírito* é, enquanto exteriorização e retorno, a consciência que busca a verdade sobre si. Nesse ponto, a introdução ao sistema hegeliano é desempenhada pela *Fenomenologia do Espírito*, lançada em 1807.

Dono de uma escrita complexa, Hegel faz questão de abordar alguns temas mais de uma vez em seus diversos livros e, algumas vezes, com abordagens diferentes. É o caso do crime e da punição. Hegel se debruçou distintas vezes sobre esse assunto, preocupando-se não apenas com as características da punição, mas também com a arbitrariedade como evento concreto e com a relação entre punição e destino. Fez isso nas obras *Ciência da Lógica*, *Primeiros Escritos Teológicos*, *O Espírito do Cristianismo e seu*

---

<sup>7</sup> Sobre as diversas formas de controle social: SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154 e ss. REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 13 e ss; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 31 e ss.

<sup>8</sup> 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: Marcial Pons, 2012, p. 344.

<sup>9</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução: Paulo Meneses. Colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. [Optou-se aqui por usar a mesma terminologia usada na *Fenomenologia*. Hegel ainda desenvolve uma filosofia do Espírito, na qual o direito, moralidade e eticidade representam a exteriorização, caracterizando-se como Espírito objetivo].

*Destino e Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*<sup>10</sup>. Contudo, foi apenas neste último livro que a abordagem se deu de forma mais aprofundada<sup>11</sup>.

Foi através da análise da vontade e da liberdade – e de suas correlações e desdobramentos – que Hegel desenvolveu o tema e a filosofia do “direito”. Vale lembrar que para o *velho filósofo*<sup>12</sup> a filosofia é uma ciência, tendo por objeto o conceito. Logo, uma filosofia do Direito não se preocupa com sua forma contingente ou empírica – é importante destacar que não se debruça sequer sobre a exaustiva análise histórica das instituições e por chegar ao ponto de explicar como era uma instituição qualquer no momento de seu surgimento, acredita conhecer sua essência, mas, em verdade, não se aproxima de fazê-lo<sup>13</sup>.

Então, para demonstrar qual é a função ou finalidade da pena em Hegel, faz-se necessária uma reflexão sobre como o filósofo estrutura o Direito. Para isso, o presente trabalho optou pelo trajeto realizado por Hegel em seu célebre livro *Filosofia do Direito*. O estudo se projeta sobre a primeira seção intitulada *Direito Abstrato*, na qual se encontram as explicações hegelianas sobre crime e punição.

## 2 DIREITO E SUA ESTRUTURA EM HEGEL

Para melhor apresentar o que Hegel entende por Direito (fugindo-se das reduções teóricas encontradas em diversos manuais), optou-se por oferecer pontos gerais da estrutura deste e suas relações com moral. Aludir essas relações é demonstrar o lugar em que o peculiar pensamento do professor de Jena se encontra na História.

Sabe-se que, na tradição alemã, *Recht* era usado para “designar regras e instituições legais, em contraste com moralidade e vida ética”<sup>14</sup>. Faz parte do desenvolvimento do Direito contrastar estes três campos para, no final, admitir pontos tangíveis entre eles. O curioso é que à época de Hegel os juristas expoentes admitiam (Fries, por exemplo)<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997, p. 264.

<sup>11</sup> *Ibid.*, Op. cit., p. 265. [Foi no estudo feito no livro *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito* que Hegel se preocupou com correlacionar crime e pena, seus caracteres estruturais e suas relações com o Sistema de Direito].

<sup>12</sup> MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leandro de Deus. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013. [Neste livro, Marx se refere a Hegel como o *velho filósofo*].

<sup>13</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 6.

<sup>14</sup> INWOOD, Michael. Op. cit., p.104.

<sup>15</sup> *Ibid.*

que a ideia de *Recht* só se referisse a condutas externas, enquanto moralidade era algo estritamente subjetivo<sup>16</sup>.

Porém, o filósofo não se apegou à posição dos juristas e preferiu estratificar estes três conceitos (direito, moralidade e vida ética) sob a mesma denominação: *Direito*. Então, no livro base para esse trabalho, Hegel usou *Recht* em um sentido mais amplo<sup>17</sup>. Não que isso signifique uma imprecisão terminológica. Pelo contrário. Trata-se do *modos operandi* que Hegel encontrou para expressar suas ideias. Como explica Michael Inwood, o fato de se cogitar um possível conflito entre direito e moral se deve ao fato de que o legalmente exigido pode ser imoral. Contudo, para Hegel, não pode haver essa hipótese, pois o Direito, além de ser moral, não representa a consciência subjetiva de seus cidadãos. O direito<sup>18</sup> que aparece pode ter defeitos. Entretanto, “esses defeitos são percebidos, não pela consciência moral individual, mas por um exame da racionalidade inerente no próprio direito”<sup>19</sup>.

Sendo Direito um conceito que engloba moralidade e vida ética, pergunta-se: qual é a definição de *Direito*? Em específico, o que Hegel quer dizer com “direito abstrato”?

De acordo com Hegel, Direito é o campo onde se realiza a liberdade na história. De modo mais simples, o Direito, para o filósofo, reflete como a liberdade é representada na história<sup>20</sup>. É importante saber que a liberdade começa com o pensamento livre e que para Hegel não representa um livre-arbítrio de fazer o que o *Eu* quer, mas sim exige uma correlação de reconhecimento entre sujeitos que se tornam pessoas<sup>21</sup>. Logo, Direito não é uma restrição, mas sim a mais alta, racional e sistêmica realização da liberdade.

---

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid., p.105.

<sup>18</sup> Explica-se que o termo nessa passagem se refere ao direito contingente e não ao campo do saber, por isso a primeira letra está minúscula. As diferentes formas de rubrica no texto seguem essa diferenciação aqui explicada.

<sup>19</sup> INWOOD, Michael. Op. cit., grifo nosso.

<sup>20</sup> “o direito é, ao mesmo tempo, o veículo de construção social – a estruturação da solução de conflitos – e o artefato por meio do qual a humanidade da racionalidade moderna se expressa. [...] A história é o progresso da consciência humana à medida que esta trava as lutas dialéticas de seu tempo” (MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: M. Fontes, 2006, p. 211).

<sup>21</sup> Acompanhando essa linha de raciocínio, Vladimir Safatle afirma que para Hegel “a vontade livre que delibera não delibera sob a forma do arbítrio. Pois quem diz arbítrio diz escolha tendo em vista o conteúdo mais adequado para a forma da vontade. Eu escolho entre possíveis que aparecem para mim como realizações possíveis da minha vontade. No entanto, isso pressupõe que a autodeterminação da forma da minha vontade livre não porta, em si, o conteúdo no qual ela se realiza, o modo de sua efetivação. Por isso Hegel deve dizer que somente o elemento formal da autodeterminação livre é imanente ao arbítrio, e o outro elemento, em contrapartida, lhe é algo dado, o arbítrio, se é que ele de ser a liberdade, pode com certeza ser chamado uma ilusão” (SAFATLE, Vladimir. **Grande Hotel Abismo**: por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 71).

Como afirma Joaquim Carlos Salgado, analisando o pensamento hegeliano, a ideia do Direito é “vontade (razão prática que age) existente (no indivíduo – pessoa que age) livre (que tem como conteúdo a liberdade) e consciente de si”<sup>22</sup>. Então, cada tempo tem seu direito e é, precisamente, esse direito que será analisado pela filosofia do Direito.

E o direito abstrato é, longe de ser algo relacionado ao direito natural ou ao jusnaturalismo (Hegel tece duras críticas a ambos<sup>23</sup>), a forma imediata como a vontade se realiza. Diz Hegel:

33 – Segundo as fases do desenvolvimento da ideia da vontade livre em si e para si, a vontade é:

a) Imediata. O seu conceito é portanto abstrato: a personalidade; e a sua existência empírica é uma coisa exterior e imediata, é o domínio do direito abstrato ou formal.<sup>24</sup>

É neste aparecer e exteriorizar da vontade que o sujeito se torna pessoa – talvez seja aqui, em uma leitura jurídica de Hegel, que o sujeito adquire personalidade jurídica. Vale lembrar que a personalidade só tem início com o sujeito que é consciente de si<sup>25</sup> e é nessa cadeia que há o reconhecimento entre sujeitos (agora pessoas) como seres iguais e livres, ou seja, “liberdade e igualdade são, pois, o resultado da realização do direito nos seus titulares”<sup>26</sup>.

Em uma análise resumida, “o direito filosófico de Hegel pretende ser uma justificação ideal do direito positivo, isto é, uma expressão racional do direito que é a forma objetiva histórica do aparecer da liberdade”<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p.329.

<sup>23</sup> Hegel constrói sua ideia de direito demonstrando, inclusive por citações, o motivo pelo qual discorda de algumas correntes da Ciência do Direito. Recomenda-se ler a análise de Joaquim Carlos Salgado, no livro *A Ideia de Justiça em Hegel*.

<sup>24</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 35. [Aforisma 33]. Sobre o assunto, esclarece João Gilberto Egelmann que: “O sujeito, que ainda é indeterminado, é o ‘todos iguais perante a lei’, se faz como personalidade, identidade jurídica como condição de fazer parte de um Estado, pré-figuração no texto legal. Aparece como disposição que ainda não está enquadrada neste ou naquele sujeito. Não há, assim, sujeito, mas tão somente personalidade” (ENGELMANN, João Gilberto. O itinerário das categorias que formam o Estado na Filosofia do Direito de Hegel. **Enciclopédia**, Pelotas, v. 03, inverno 2015, p. 22).

<sup>25</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. C40. [O próprio Hegel ao realizar essa afirmação na página 40 dos *Princípios* remete o leitor à *Fenomenologia do Espírito*. O faz com o intuito de relembrar o leitor de que ser consciente de si é ter-se como objeto e saber disso, ou seja, na guinada da consciência de si, Hegel supera o paradigma sujeito-objeto, constatando que as contradições do objeto são similares as do ser (sujeito) e que, portanto, refletir sobre o sujeito é refletir sobre o objeto].

<sup>26</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit., p. 336.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 348. “O direito representa nada mais nada menos que uma manifestação do Espírito objetivo, uma manifestação que consiste na liberdade em grau máximo da capacidade volitiva humana. E se se identifica na noção de direito à ideia de liberdade” (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244).

### 3 CONCEITO DE CRIME EM HEGEL

Compreendendo, a partir do pensamento hegeliano, que o direito se baseia na vontade livre; todo ato realizado neste sistema tem de ser relacionado com a vontade. Hegel assim acredita, pois reconhece o criminoso como racional, ou seja, o agente do crime hegeliano não está à margem da sociedade. Ao contrário, é consciente de si e realizou o processo de reconhecimento com outras pessoas. Talvez, o que leva ao cometimento do crime seja a manifestação da vontade particular<sup>28</sup> confrontado a vontade livre em si e para si.

No entanto, qual é o significado de crime para Hegel? Em síntese, crime é uma manifestação por meio da vontade de um ser racional e livre que lesa a liberdade de outro ser livre. Importante lembrar que quem realiza esta liberdade é o próprio Direito e ela assume várias formas (v.g. propriedade, contrato etc.). Nas palavras de Hegel:

95- 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. 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-, e isso sem que haja a mediação da minha opinião. É o domínio do Direito penal<sup>29</sup>.

Esse é o conceito de crime. Mas, como a vontade livre exteriorizada (direito) toma várias formas, assim o faz também a coação que busca ofendê-la (crime). É por isso que Hegel alude sobre crimes que violam a propriedade, a vontade (pessoa), o contrato etc. Neste ponto, o filósofo demonstra o que o crime é (no sentido da forma em que aparece, não da vontade particular que é seu conteúdo) em face da vontade exteriorizada da vítima. Em uma leitura jurídica atual, pode-se comparar a proposta original hegeliana com os descumprimentos dos preceitos normativos direcionados à proteção dos bens jurídicos reconhecidos como merecedores de tutela penal (funcionalismo teleológico) ou a própria preservação do sistema normativo (funcionalismo sistêmico).

---

<sup>28</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 13-43. [Hegel não esclarece se essa vontade particular que se manifesta tão desproporcionalmente seja condicionada por determinações sociais ou algo do gênero; reconhece apenas que uma vontade particular em frente à vontade livre em si e para si – algo que lembra a contradição própria da lógica aristotélica, por ele mesmo mencionada].

<sup>29</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 85 [Aforisma 95], sem grifos no original.



## 4 CONCEITO DE PUNIÇÃO/PENA EM HEGEL

Diferente do que possa ser esperado, Hegel não escreve especificamente o que é o conceito de pena (como fez, por exemplo, com o crime). Antes, ele condiciona a existência desta àquele. Como o crime é para Hegel uma manifestação contrária ao Direito (vontade livre), tem de existir uma resposta sistêmica para isso, ou seja, a pena não é exterior ao sistema da realização da liberdade. É, ao contrário, algo intrínseco.

Portanto, eis aí o problema que faz surgir a pena: “o crime considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito *tem de suprimir-se*, e, então, qual é a existência que contém o crime e tem de suprimir-se?”<sup>30</sup>. Dessa pergunta resultam duas observações: 1) Hegel rompe com a tradição inaugurada por Kant, que via o crime como um mal ético. O professor de Jena prefere dizer que o crime é um *Unrecht*, um não direito,<sup>31</sup> que em última análise resulta em uma não liberdade<sup>32</sup>; 2) sendo o crime uma vontade que se realiza por sua negatividade (de ser uma não liberdade) contém em si e é contido pela pena. É como se houvesse uma transubstanciação constante entre o conceito de crime e pena.

Hegel assim o faz para evitar uma tautologia (o conceito de tautologia é usado como aquele que decorre de uma aporia. Em *Fenomenologia do Espírito*, em específico no primeiro capítulo, denominado *Certeza Sensível*, Hegel explica que a verdade não pode esbarrar na linguagem/ter ela como obstáculo<sup>33</sup>, pois “Toda verdade pode e deve ser expressa por palavras”<sup>34</sup>). Resta assim estruturada a formulação dialética de Hegel de que a “pena é a negação da negação do direito. É, pois, a alternativa a cumprir um papel restaurador da ordem atingida”<sup>35</sup>. Em outras palavras, ocorrendo a negação do direito, este deve responder na mesma intensidade.

---

<sup>30</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p. 89, sem grifos no original.

<sup>31</sup> INWOOD, Michael. Op. cit. p. 264-265. Destaca-se que o termo *Unrech* nos dias atuais é utilizado no sentido de injusto, isto é, uma conduta típica antijurídica. Daí a compreensão adequada da proposta hegeliana de definir o delito como um não direito (injusto) e, portanto, merecedor de resposta sancionatória penal (*Strafe*).

<sup>32</sup> Hegel alude, na nota que faz ao parágrafo 99, que “na moderna ciência positiva do direito, a teoria da pena é uma das matérias que mais infeliz sorte tiveram[...]”, pois ao tratarem de penas, as teorias buscaram respaldo na análise psicológica e empírica, recorrendo inclusive a análise historicista.

<sup>33</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito...** Op. cit., p. 83-92.

<sup>34</sup> KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 43.

<sup>35</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.

Nesse ponto do pensamento de Hegel é que se torna bastante visível a sua concepção de Estado e da finalidade a ele atribuída. Para ele, o Estado é um “estágio evolutivo das corporações humanas que oferece aos cidadãos a ordem e o império da razão. O Estado é o racional em si e para si, e agrupa sob seu manto toda a pujança de ser o guardião da liberdade, como valor supremo de toda constituição”<sup>36</sup> ao mesmo tempo em que deve ser o “guardião das liberdades individuais, que se encontram fragilizadas frente à pulverização caótica do poder”<sup>37</sup>. Evidentemente, em decorrência da definição de Espírito traçada por Hegel, para que esse Estado se estruture enquanto instituição, ele deve compactuar em si as demais instituições normativas, tais como a família e a sociedade civil. Consequentemente, além dessa perspectiva comprovar que a relação entre indivíduo e Estado se constitui como uma “relação da individualidade para consigo mesmo, uma relação interna que ganha exterioridade”<sup>38</sup>, há um reforço de que a sanção penal deve ser aplicada como última opção.

Em outras palavras, por deterem o “momento da substancialidade em seu interior, os indivíduos realizam algo fundamental de sua vontade através da produção de instituições e leis”<sup>39</sup>, as quais decorrem naturalmente das relações históricas construídas pelas demais instituições normativas extrajurídico-estatais, como a família, a religião etc.

Assim, o Estado acaba assumindo uma “dupla função aparentemente contraditória: “Ele deve acolher a experiência de indeterminação que habita as individualidades e deve fornecer as determinações necessárias para a efetivação da autonomia através da constituição de um conjunto de leis positivas universalizáveis”<sup>40</sup>. Com isso, Hegel defende que o Estado deve realizar o que a sociedade civil não é capaz ao mesmo tempo que retire os cidadãos individualizados de suas imersões em sistemas particulares de interesses<sup>41</sup>. Somente assim a liberdade (Direito) será alcançada.

Aceitando tamanha função ao Estado, fica fácil compreender que somente ele deverá deter o poderio de aplicação da norma sancionatória penal, pois se o Estado nasce, para Hegel, com a tentativa de “criação de um modo de instrumentalização de conflitos sobre valores”<sup>42</sup> não haverá melhor exemplo de tais conflitos do que a prática de um delito. Daí, então, decorre a necessidade de se compreender a pena e o sistema do Direito para este filósofo.

---

<sup>36</sup> BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 353.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 88.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid, p. 86.

<sup>41</sup> Ibid., p. 87.

<sup>42</sup> Ibid, p. 89.

## 5 PENA E SISTEMA DO DIREITO EM HEGEL

Como já visto, a pena é sistêmica. Então é no próprio sistema que a pena desempenha/trabalha seu conceito. Realizar tal afirmação é admitir algumas consequências que Hegel coadunou. A começar que, frente a um crime, a inteligência faz um juízo qualitativo e quantitativo para sopesar a gravidade do crime com a da pena. Nesse sentido, Hegel afirma: “a diferença entre banditismo e o roubo reside numa diferença qualitativa.”<sup>43</sup>.

Se essa afirmativa é levada às últimas consequências, chega-se a outra – o crime é algo que pode ser valorado: quanto maior o desvalor, pior é o crime. A medida é a capacidade do ato criminoso de ofender a vontade livre em si (aqui, a pessoa). Portanto, para Hegel, a ofensa à propriedade, por mais que essa represente uma exteriorização da vontade, não justifica a morte do criminoso<sup>44</sup>, sendo suficiente a restituição da posse. Há, portanto, uma noção de proporcionalidade.

Com relação à medida, Hegel afirma que “o crime que mais perigoso se apresentar nas suas características imediatas, esse é o que constitui a violação mais grave do ponto de vista da quantidade e da qualidade”<sup>45</sup>. E, seguindo essa ótica sistêmica, reconhecendo o criminoso como racional e livre, Hegel tende a discordar, também, da teoria da dissuasão apresentada por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, na qual a pena representa uma coerção psicológica por meio de uma ameaça<sup>46</sup>. Hegel argumenta que considerar a pena

---

<sup>43</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 86. Destaca-se que é nesse nível qualitativo que se apresentam os nivelamentos de injusto, tornando uma conduta merecedora, ou não, de resposta sancionatória penal. Porém, atualmente, esse nivelamento pode se dar não apenas da ofensa ao campo da liberdade ou do preceito normativo (como defende o modelo funcionalista de Gunther Jakobs), mas, de forma melhorada, pelos graus de ofensividade ao bem jurídico respaldado no nivelamento dos mecanismos de controle social em conformidade com o princípio da intervenção mínima, consoante se apresenta em: DAVID, Décio Franco. **Delitos de acumulação e proteção ambiental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 269-292.

<sup>44</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 89-90. Hegel tende a discordar de Locke. O inglês acreditava ser a propriedade uma extensão do corpo da pessoa, portanto, uma extensão da vontade livre em si. Discorda também de Beccaria [nota ao parágrafo 100 nos *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*], pois esse contestou a pena de morte, afirmando que não podia se admitir que o contrato social, que é aceito por todos os indivíduos, tenha como cláusula essa pena. Porém, para Hegel, a essência do Estado não é contratual.

<sup>45</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 86.

<sup>46</sup> INWOOD, Michael. Op. cit., p.265. Sobre o tema, Inwood afirma que ameaçar o criminoso, para Hegel, é esquecer que ele é livre e capaz de agir a despeito de uma ameaça. Feuerbach, por sua vez, entende que a pena se justifica “pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou a sua aplicação ou a execução concretas possam produzir no seio da comunidade” (DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 434). Em outras palavras, a forma tradicional de intimidação penal implica na conclusão de que o Estado, por meio da coação psicológica exercida pela pena, espera que as pessoas não cometam atividades delituosas. Ainda sobre a teoria de Feuerbach, são válidas as considerações aprofundadas de Bernado Feijóo Sanchez (Id. **Retribución y**

uma ameaça tendo como fim uma coerção é reconhecer o criminoso como um animal, em sentido irracional. Sendo assim, o *velho filósofo* alude:

100-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 de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.<sup>47</sup>

Por conseguinte, o criminoso *quer* a pena e sabe ser ela justa, pois, intimamente, *sabe* que o crime é sua vontade particular que, em verdade, nada representa perante a vontade livre em si e para si. Deste modo, o criminoso é ser racional e o crime não o preenche. Somente por intermédio da sua punição é que ocorrerá uma espécie de “reenquadramento” da sua vontade no Direito.

A pena em Hegel não desempenha caráter de coerção (ameaça); mas, ao contrário, é meio pelo qual o criminoso se reconhece como um ser racional e deseja sua liberdade. Isto é, como a pena está dentro do sistema do Direito (e, sendo esse responsável pela realização da liberdade na história), ser punido é se reconhecer e ser reconhecido como livre: “O princípio da realização da liberdade e racionalidade do direito faz com que Hegel dê à pena um caráter eminentemente ético”<sup>48</sup>.

Todavia, o caráter da pena não é o mesmo que sua finalidade. A pena tem caráter de coerção e sua função pode ser de ressocialização do criminoso. Conquanto, dizer que a pena tem caráter ético não reflete na ideia de tornar o criminoso ético. Logo, caráter e finalidade não se confundem em Hegel.

## 6 A FUNÇÃO DA PENA EM HEGEL

Como já foi explicado, Hegel trabalha a relação entre crime e punição dentro de uma ordem sistêmica. Explica, de forma dialética, como um está contido em outro<sup>49</sup>. O

---

**prevenção general:** un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Buenos Aires: B.deF., 2007, p. 127 e ss).

<sup>47</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 89. [Aforisma 100]

<sup>48</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit., p. 356.

<sup>49</sup> É importante conhecer o método hegeliano. A dialética, chamada por Hegel de *motor da história*, não é a famosa tríade tese-antítese-síntese. Esse método é próprio de Fichte. A dialética hegeliana é intrínseca, ou seja, nada exterior ao objeto de análise condiciona seu vir-a-ser. Portanto, a contradição não se dá entre

crime visa, em sua última finalidade, ofender a própria liberdade, que, para Hegel, tem uma das formas de sua realização no direito<sup>50</sup>. Neste sentido, o direito é o desempenhar do conceito no contingente.

A pena, por sua vez, nega o crime. Como afirma Hegel: “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*”<sup>51</sup>.

A finalidade da pena não é, em última análise, retribuir um mal, pois o crime para Hegel não é um mal *kantiano*, como já foi explicado. A pena funciona como um método próprio do direito de se reafirmar enquanto estrutura e sistema frente ao não direito (crime). Somente assim que se justifica a justiça da pena em Hegel. É assim que o criminoso quer a pena. É assim que a “pena é, a um só tempo, um direito da sociedade e um direito do indivíduo”<sup>52</sup>.

Igualmente, Hegel está preocupado como isso se dá no caso concreto, por ele chamado de *domínio do direito imediato*. Porém, ele nega que a pena tenha como conteúdo aquilo que aparece como vingança, como justiça contingente; apesar de admitir que seja assim que a pena aparece no campo do imediato. Em suas palavras: “Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se *constituir uma compensação*”<sup>53</sup>.

A tradição jurídica acabou lendo a pena em Hegel como retribuição, pois não compreendeu o *todo* do sistema. Hegel admite que no caso concreto a pena seja só *compensação* e, com isso, faça-se justiça, pois aparece como vingança proporcional. Porém, a função última da pena é afirmar e reafirmar a estrutura do ordenamento do direito como

---

dois objetos, mas apenas em um. Hegel explica seu método, de forma bem detalhada, na *Fenomenologia do Espírito*.

<sup>50</sup> Embora existam críticas distintas e contundentes ao fato de que a proposta de Jakobs se aproxime de Hegel (por todos: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 153 e ss), verifica-se que é nessa concepção da relação do crime com o Direito que o pensamento Hegeliano está afastado da proposta de Jakobs. Para Hegel, a fundamentação da pena é o conceito de Direito, enquanto que, para Jakobs, o sistema de referência para definição delitiva se encontra nas condições de estabilidade da sociedade, conforme explicação do próprio Jakobs (JAKOBS, Günther. **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, p. 38).

<sup>51</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p.87-88, aforisma 99, sem grifos no original.

<sup>52</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit. p. 356. A mesma interpretação é apresentada por BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 139.

<sup>53</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p. 92, sem destaques no original.

um sistema. E é, portanto, afirmar a própria realização da liberdade. Apesar de ser vingança, a pena é diferente da vingança privada, pois o “exercício da vingança pelos heróis e pelos cavaleiros andantes é diferente [...], pois faz parte da formação dos Estados”<sup>54</sup>.

Obviamente, a proposta hegeliana é objeto de inúmeras críticas. Sérgio Salomão Shecaira, por exemplo, afirma que “se o objetivo da pena é o restabelecimento da ordem jurídica atingida, a pena não pode deixar de ter um sentido construtivo, o que obviamente não se busca com a teoria absoluta da retribuição”<sup>55</sup>. Essa crítica não corresponde à proposta de Hegel, pois ele não a resume em uma reestruturação argumentativa, mas essencialmente sistêmica pela forma como ele entende ser o Estado e o Direito construídos. Por outro lado, a crítica de Shecaira se mostra perfeita ao modelo jakobsiano de pena, reiterando que as duas propostas não possuam o mesmo ponto de partida, embora cheguem a um local comum<sup>56</sup>.

Além disso, poder-se-ia afirmar que a teoria de Hegel sobre a punição se baseia, estruturalmente, em aspectos formais (descumprimento normativos) – o que o aproximaria de Jakobs. Contudo, tal argumentação não respeitaria a finalidade estrutural da proposta do autor. Veja-se, se para ele a construção do Estado e do Direito correspondem às expressões de liberdade com determinado recorte evolutivo histórico, há um conteúdo material de pano de fundo à delimitação das instituições normativas. O preceito avaliativo do conteúdo material do injusto por intermédio da ofensa a bens jurídicos também depende, na interpretação atual do Direito penal, de uma vinculação das instituições normativas à definição da ofensa. Isso se expressa não apenas pela impossibilidade do legislador “criar” ou “inventar” bens jurídicos<sup>57</sup>, mas, principalmente, pela unificação dos aspectos material e formal da antijuridicidade. Logo, a própria definição do *Unrecht* hegeliano que exige conteúdos valorativo e qualitativo para definição da ocorrência do não direito, se aproxima do conceito de injusto penal da adotado na atualidade.

Embora a filosofia hegeliana sofra inúmeras críticas, verifica-se que, em relação à finalidade da pena, tais críticas são, muitas das vezes, incompletas. Deve-se atentar que, ao menos, Hegel foi sincero e harmônico em suas proposições<sup>58</sup>. A punição no caso concreto

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 93, grifo nosso.

<sup>55</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 21.

<sup>56</sup> Conforme rodapé nº 50.

<sup>57</sup> Conforme D’ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 17, n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2009, p. 21.

<sup>58</sup> Outra característica de seus trabalhos que o difere da proposta de Jakobs.

representa uma vingança que pode acontecer por ser institucionalizada e tarefa do Estado (em Hegel, a punição também é um dever/direito). Sua finalidade última é meramente sistêmica, porém respeita a limitação do indivíduo pela sua humanidade, racionalidade e, sob o auspício da atribuição do Direito e do Estado, a proporcionalidade da ofensa praticada<sup>59</sup>. É difícil tentar compreender isto com uma lógica formal. Hegel é um filósofo do fluir, tudo representa um mero momento do devir.

## 7 HEGEL HOJE?

Longe de ser uma leitura desnecessária, Hegel continua sendo atual e importante. O seu projeto de Estado ainda ocupa muitas páginas de livros e reflete sobre a empreitada de vários filósofos. A iniciativa do professor de Jena é diferenciada. Ao invés de tentar justificar o Direito através de uma boa vontade que se aferiu da lei universal, tentou justificá-lo como sistema racional e representação da liberdade na história.

Utilizar Hegel para fazer uma leitura do Estado hoje é possível. Porém, os resultados dessa análise seriam negativos, para não se dizer pessimistas. Longe de ser o auge da racionalidade e da liberdade, o Estado é antes uma demonstração do fracasso das suas instituições<sup>60</sup>. O absurdo sistema penitenciário instituído no Brasil é a comprovação material dessa constatação. Afinal, o sistema carcerário brasileiro é o retrato do suplício humano e do total abandono estatal aos seus cidadãos. Principalmente, diante da tradicional “clientela” carcerária. Logo, as demais atribuições apresentadas a pena como ressocialização ou prevenção especial, não conseguem ser efetivadas nesse modelo falido<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Como bem anota Busato: “Hegel dizia que as penas não deviam ter nenhuma finalidade porque se *degrada a personalidade* de quem a recebe. [...] Hegel outorga à pena um limite como *expressão de justiça*. Daí que a pena não pode desvincular-se quanto ao seu conteúdo nem acima nem abaixo da magnitude da *culpabilidade* que lhe corresponde” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 752).

<sup>60</sup> Aqui vale a observação nietzschianiana de que o “novo ídolo” (Estado) é o mais frio de todos os monstros frios (Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zarathustra**. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 68).

<sup>61</sup> “Todas estas tentativas de perspectivar a prisão como um meio de reeducação para proporcionar a reinserção social do condenado constituem a busca de conciliação entre o dever de tutelar e resguardar o respeito à dignidade da pessoa humana e a imposição de medida draconiana de privação da liberdade. Força é reconhecer, contudo, que essas tentativas são em larga medida frustrantes, pois a prisão revelou-se, com todos os esforços e toda a boa vontade dos penitenciaristas e penalistas, absolutamente imprópria para preparar o apenado para o mundo livre. É que o cárcere não reproduz em tamanho pequeno a vida em sociedade, mas configura um mundo próprio, levando, inexoravelmente, ao esgarçamento da personalidade. Ao ser submetido o encarcerado ao processo de prisionização, a um código de conduta ditado não pela Administração Penitenciária e sim pelo poder real da cadeia, exercido pelos líderes deste universo isolado,

Além disso, a confusão doutrinária da proposta hegeliana poderia, aos olhos da atual falência estatal, resultar em uma punição por si só, desvencilhando a proposta teórica da aplicabilidade prática e banalizando o pensamento de Hegel (ou convertê-lo em fundamento teórico de inimagináveis práticas totalitárias). Essa confusão, inclusive, é feita por Günther Jakobs ao afirmar que para Hegel a relação entre sujeito e pena se dá por intermédio de um processo comunicativo (sujeito e norma estatal)<sup>62</sup>. Obviamente, tal constatação não reflete a realidade do pensamento de Hegel por dois motivos: 1) Sua proposta de dialética não possui a mesma matriz comunicativa que Jakobs sugere; 2) todo o pensamento hegeliano (especificamente em sua *Filosofia*) quer provar que o ser humano tem um valor infinito. Logo, a postura reducionista de identificar o indivíduo por uma “garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”<sup>63</sup> distorce profundamente a proposta hegeliana. Em outras palavras, se a vontade singular é o oposto do direito, ela não é nada mais que a manifestação desse próprio direito (liberdade na história), assim o crime não pode ser exterior ao sistema. Dessa forma, a oposição ainda é em si – isso quer dizer que a vontade singular se “extrusa” – o crime se realiza efetivamente, mas assim, *opõe-se-a-si-mesmo*, na lógica da infinidade, e torna-se novamente universal, ou seja, a Liberdade consciente de si, o Direito. De outra forma, o crime suprassume o direito, mas apenas por um momento. A pena suprassume o crime e reestabiliza o Direito – que é lei, crime, punição e liberdade. O criminoso não é insignificante – é uma consciência de si, que por ser essa consciência de si é a consciência de si Universal – que é por é através da consciência de si do criminoso. O que resulta que o criminoso também tem um valor infinito e também justifica a opção de Hegel em ser contrário à pena de morte<sup>64</sup>.

Ocorre que uma interpretação equivocada de qualquer preceito teórico pode resultar em um efeito cascata de inadequações e imprecisões doutrinárias. Talvez essa seja uma das razões pelas quais o sistema jurídico pátrio não assuma verdadeiramente a forma da liberdade racional e sucumba dentro das suas próprias contradições<sup>65</sup>.

---

composto por pessoas estigmatizadas em face dos ‘homens bons’ que vivem em liberdade, dificilmente sua personalidade se manterá íntegra, dificilmente sua individualidade, condição de saúde mental, será resguardada. O mundo real da cadeia deixará, inevitavelmente, suas danosas marcas” (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 330-331).

<sup>62</sup> JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal**: significado y finalidad. Navarra: Civitas, 2006, p. 132-133.

<sup>63</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

<sup>64</sup> Em idêntica conclusão: WEIL, Eric. **Hegel e o Estado**: cinco conferências seguidas de Marx e a Filosofia do Direito. Tradução de Calos Nogue. São Paulo: É realizações, 2011.

<sup>65</sup> Um bom exemplo dessa afirmação são as constantes polêmicas ocorridas nos posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, convertendo uma corte coletiva em 11 tribunais individuais. Sobre o assunto:



A soma desses fatores resulta em uma estrutura sistemática esquizofrênica, ou, como Décio Franco David sugere: uma escolha por falsetes desafinados ao invés de uma música harmonizada e coerente<sup>66</sup>. Na realidade, a sistemática jurídica não consegue ser *realizável*. Hegel diria que há uma estrutura sem sistema ou, ainda, um sistema que não é respeitado.

Seguindo esse raciocínio, o sistema do Direito está prejudicado na sua essência. As instituições não estão refletindo a liberdade racional, mas sim realizando um processo de seleção da vontade de certos setores da sociedade e os universalizando. Curioso é que Hegel já tinha receio que instituições do Estado poderiam se tornar propriedade de alguns indivíduos, inclusive aludindo à hipótese dos epígonos (burocratas, funcionários do poder do Estado) aparecerem como uma classe dentro do próprio ente estatal. A solução para isso, em teoria, seria o poder que as corporações e as funções do próprio Estado exerceriam na formação de sua estrutura.

O grande problema é que há um momento em que as próprias funções do Estado ficam comprometidas pela influência e pressão que esses setores exercem. Chegando-se a um ponto, inclusive não previsto por Hegel, em que Estado como um todo – suas funções, sua estrutura, suas instituições – torna-se propriedade, ou seja, não reflete a vontade universal e racional, e sim parcial e contingente de certos setores da sociedade<sup>67</sup>.

Porém, nem tudo são lágrimas. Notadamente ao se verificar que a proposta hegeliana encontra pontos de proximidade com respeitados autores contemporâneos. Winfried Hassemer, ao traçar críticas ao discurso preventivo, reconhece que a pena é um mal em si e uma resposta ao delito praticado. Ao ver do eterno mestre de Frankfurt, a pena não deve ser

uma ideia do sentido da pena que compreende e trata o homem não como fonte de conflitos, não como objeto de uma condicionante violenta, não como criminoso potencial, mas sim como cidadão: como alguém, que tenha afinal participado do processo democrático de elaboração das leis penais e que, por isso, deve ser responsabilizado; essas são “suas” leis. De acordo com esse enfoque, permanece a pena naturalmente o mal que ela é; ela não passa a ser

---

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 113 e ss.

<sup>66</sup> DAVID, Décio Franco. O respeito à pessoa humana depende da integração das agências do sistema punitivo. **Justificando**, mar. 2016. Disponível em: <[www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depende-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo](http://www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depende-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo)>. Acesso: 18 jun. 2018.

<sup>67</sup> MARX, Karl. Op. cit., p. 66-78. [Recomenda-se a leitura dessas páginas da *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Marx analisa, detalhadamente, o modo de operação do Estado desenvolvido por Hegel. A grande preocupação é o caráter pessoal que as atividades e funções do Estado podem adquirir ao serem executadas.].

uma forma de cura ou mesmo um presente. Ela se faz mais compreensível e também justificável como a mensagem de que nós todos não aceitamos a ruptura de uma norma pelo delito, que nós reafirmamos a norma violada, na medida em que respondemos à violação do direito de forma pública – e negativa. Visto dessa forma, a pena estatal poderia hoje recuperar um antigo sentido: ser a negação da negação do direito, mas não apenas no papel ou no âmbito acadêmico, mas sim no discurso público sobre as normas, que nos são indeclináveis, e sobre as reais possibilidades de que elas sejam mantidas<sup>68</sup>.

A observação de Hassemer é demasiadamente pontual. Uma visão realista do discurso punitivo compreende que a própria preservação do sistema jurídico exige, em si, um aspecto retributivo e que projeções argumentativas retóricas não são suficientes para afastar tal característica.

Em solo nacional, Dotti afirma que a pena “deve retribuir juridicamente a culpabilidade do agente”<sup>69</sup>, pois “em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar a relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator”<sup>70</sup>. Não obstante a previsão expressa do artigo 59 do Código Penal pátrio, a “retribuição, de imemoriais fontes, é uma exigência jurídica que para cumprir os objetivos propostos pelo Direito penal deve tender a compensar adequadamente a ofensa. Se assim não fosse, haveria injustiça para mais ou para menos da medida da culpa e do crime”<sup>71</sup>. Eis, aqui, o acerto da teoria hegeliana, estruturar a pena sob o alicerce da proporcionalidade. É a proporcionalidade o elemento que tornará um equilíbrio possível.

Pela proporcionalidade é que a retribuição encontra o fundamento adequado e que, pelo exposto, pauta-se na proposta de Hegel. Evidentemente, afirmar que uma punição deve ser proporcional não implica em anuir com uma ampliação do sistema punitivo ou com o gravame de seus métodos<sup>72</sup>. Pelo contrário, é a partir da proporcionalidade que se busca uma justa compreensão do sistema e das regras a ele inerentes, dentre as quais, o preceito secundário dos tipos penais é elemento ínsito.

---

<sup>68</sup> HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 344.

<sup>69</sup> DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para um sistema de penas**. Curitiba: Saraiva, 1980, p. 155.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid., p. 157.

<sup>72</sup> Nessa linha argumentativa com nivelamentos de punições em medidas de proporcionalidade: HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trota, 1998, p. 71 e ss.

## CONCLUSÃO

Conforme apresentado no presente trabalho, há que se reconhecer que a pena possui em si uma característica ínsita à própria ideia de punir correspondente à retribuição. Reconhecer tal aspecto não é tarefa fácil a um modelo democrático de Direito penal, havendo várias correntes doutrinárias contrárias, porém, como bem ressalva Hassemer, o “sentido da pena estatal jamais será ‘esclarecido’ de forma simplista e, como problema, jamais será ‘resolvido’”<sup>73</sup>. Não se trata de uma discussão fadada ao fracasso, mas de realmente buscar fundamentos que justifiquem e tornam, além de mais humana, mais compreensível o fenômeno de punir e sua própria existência. Por isso, esse assunto “ocupará a ciência do Direito penal e também a reflexão dos práticos sobre o sentido e a correção de sua atuação à medida que a pena estatal exista”<sup>74</sup>.

As conhecidas críticas doutrinárias à teoria retributivista de Hegel possuem méritos, entretanto não nos parece que a recusa da proposta hegeliana possa ser dada de forma simplista. Principalmente, pelo fato de que, além da incorreta compreensão da proposta hegeliana, o espetáculo da punição está imbricado no senso comum dos clamores sociais (os quais têm recebido uma enorme atenção do Poder Judiciário nos últimos anos). Por outro lado, há que destacar que o presente estudo não busca justificar a tese hegeliana, mas apenas explicitar que o modo de pensar do *velho filósofo* talvez não esteja tão distante da realidade jurídica cotidiana. Igualmente, verifica-se que agregado ao fator retributivo, coexiste a proporcionalidade da resposta estatal, a qual se converte no verdadeiro filtro de limites da atividade punitiva, projetando um novo espaço para debate sobre a finalidade da pena, ainda que se admitisse um viés exclusivamente retributivo.

Por isso, longe de se fechar o debate, é preciso lembrar uma advertência de outro grande filósofo: o pensamento (e, no caso do objeto de estudo do presente artigo, a aplicabilidade diária do Direito penal por meio das penas) exige que “os construtores devem, às vezes, voltar para os trechos já edificadas ou até mesmo para antes deles”<sup>75</sup>. Somente assim será possível uma compreensão adequada do fenômeno sancionatório penal e, ao mesmo tempo, uma melhor compreensão da proposta hegeliana para, então, superá-la de forma crítica e coerente.

---

<sup>73</sup> HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 336.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 5. ed. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2011, p. 89.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 511-523.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 17, n. 80, p. 7-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2009.

DAVID, Décio Franco. **Delitos de acumulação e proteção ambiental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

\_\_\_\_\_. O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do Direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 115, p.17-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2015.

\_\_\_\_\_. O respeito à pessoa humana depende da integração das agências do sistema punitivo. **Justificando**, mar. 2016. Disponível em: <[www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depende-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo](http://www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depende-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo)>. Acesso: 18 jun. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para um sistema de penas**. Curitiba: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENGELMANN, João Gilberto. O itinerário das categorias que formam o Estado na Filosofia do Direito de Hegel. **Enciclopédia**, Pelotas, v. 03, p. 18-42, inverno 2015.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general**: un estudio sobre la teoria de la pena y las funciones del Derecho Penal. Buenos Aires: B.de F., 2007.

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.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução: Paulo Meneses. Colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino São Paulo: M. Fontes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 5. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2011.
- HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trota, 1998.
- INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- JAKOBS, Günther. **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.
- \_\_\_\_\_. **La pena estatal: significado y finalidad**. Navarra: Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.
- MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leandro de Deus. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zarathustra**. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de Direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SAFATLE, Vladimir. **Grande Hotel Abismo: por uma reconstrução da teoria do reconhecimento**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WEIL, Eric. **Hegel e o Estado**: cinco conferências seguidas de Marx e a Filosofia do Direito. Tradução: Calos Nogue. São Paulo: É Realizações, 2011.