

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

Carlos Vinícius Marin Roberto Simões

**BREVE ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO DA PENA SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA DO
DIREITO DE HEGEL**

Paranaíba - MS

2015

Carlos Vinícius Marin Roberto Simões

**BREVE ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO DA PENA SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA DO
DIREITO DE HEGEL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade
Universitária de Paranaíba, como exigência parcial para
a obtenção do bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Me. Isael Jose Santana

Paranaíba - MS

2015

CARLOS VINÍCIUS MARIN ROBERTO SIMÕES

**BREVE ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO DA PENA SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA
HEGELIANA**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Isael Jose Santana (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof.
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof.

Para a honra e glória do Senhor

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por todas as conquistas alcançadas.

Em segundo, a minha mãe, por todos esses anos de árduo e incansável esforço para me educar, sempre estando ao meu lado, ensinando-me desde meu nascimento o caminhar reto.

À minha avó, que, ao lado da minha mãe, lutou para me formar uma pessoa digna e decente, não medindo esforços para me ajudar nos estudos, bem como em tudo o mais na minha vida.

Ao meu avô, que foi minha figura paterna, tendo sempre estado presente, sendo um dos pilares da minha formação, e um exemplo de homem que tento seguir.

À minha esposa, sem a qual nunca teria tido forças de chegar até aqui, tendo sido meu apoio, consolando-me nas horas mais negras, e me proporcionando os momentos mais felizes.

Aos meus amigos Domingos, Victor Hugo, Marcos Gabriel, Romulo Carvalho, Emili e Jaime, companheiros de caminhada desde o início da graduação, verdadeiros irmãos de vida.

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, por proporcionar um curso de qualidade, com relevante contribuição para minha formação profissional e pessoal.

Ao orientador Prof. Me. Isael José Santana, pela orientação ao longo da realização deste trabalho, pela gigantesca paciência, bem como pela presteza em sanar dúvidas e fornecer material; enfim, um excelente orientador.

Agradeço a todos, que de qualquer maneira, contribuíram para a conclusão desta etapa. Muito obrigado!

A minha alma disse ao Senhor: Tu és o meu Senhor; não tenho outro bem além de ti.
Salmos 16:2

RESUMO

O presente trabalho se propõe a uma breve investigação, através do método dedutivo, por pesquisa bibliográfica, a fim de inferir a noção de retribuição da pena, bem como se Hegel foi, de fato, retribucionista, e qual a noção de função da pena de Hegel, ainda hoje não muito explorada, procurando ampliar a compreensão sobre o assunto. Para tal, foi abordado a evolução histórica do fenômeno punitivo, no que coube aos fins deste trabalho, bem como a formação do pensamento de Hegel, de sua vida e obra, e de que maneira ele se insere no movimento idealista alemão, além de sua filosofia e método, tão importante para a compreensão de sua justificação da pena. Por fim, foi estudado a pena como retribuição, mais precisamente segundo Kant e Hegel, para, ao fim, concluir-se que Hegel aplica seu método dialético ao Direito Penal, de modo que a vontade geral, ou o direito, é uma tese, que se afirma, ou seja, é positiva. A vontade do criminoso, vontade individual, positiva em si, nega a tese representada pela vontade geral, constituindo-se em antítese. Se a vontade individual não for negada, ela se manterá válida. Assim, a pena nega a vontade individual, restabelecendo a vontade geral, ou o direito. Portanto, a justificativa da punição em Hegel estaria em reestabelecer a vontade geral, de modo que o trabalho teve sucesso em fazer um estudo breve do fenômeno punitivo ao longo da história, bem como um estudo raso da filosofia hegeliana, tão complexa, demonstrando, por fim, a noção retribucionista da pena em Hegel, ampliando a compreensão sobre a função da pena sob a ótica da filosofia hegeliana.

Palavras-chave: Função da Pena. Hegel. Retribucionismo. Filosofia do Direito. Dialética Hegeliana.

ABSTRACT

This work purpose is to investigate, through the deductive method, by bibliographical research, the notion of penalty retribution, as well if Hegel was, in fact, a retribucionist, and what concept Hegel had about the penalty's function, still not much explored on our days, seeking to enlarge the comprehension about the subject. For such, this work approached the historical evolution of the punitive phenomenon, as it fits the purposes of this study, as well as the formation of Hegel's thought, of his life and work, and how he fits into the German idealist movement, besides his philosophy and method, so important to the understanding of his justification of the penalty. Finally, the penalty as retribution was studied more precisely according to Kant and Hegel, for in the end, be concluded that Hegel applies his dialectical method to the criminal law, so that the general will, or the right, is a thesis, which states, it is positive. The will of the criminal, individual will, positive in itself, denies the claim represented by the general will, being an antithesis. If the individual will is not denied, it remains valid. Thus, the penalty denies the individual will, restoring the general will, or the law. Therefore, the justification of the penalty for Hegel would be to reestablish the general will, and so the work has succeeded in making a brief study of the punitive phenomenon throughout history, as well as a shallow study of Hegelian philosophy, so complex, demonstrating, finally, the retribucionist concept of the penalty in Hegel, expanding the understanding of the function of the penalty from the perspective of the hegelian philosophy.

Key-words: Penalty's Function. Hegel. Retribucionism. Philosophy of Law. Hegelian Dialectic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS HISTÓRICOS	12
1.1 Povos Primitivos	12
1.2 Povos Antigos	16
1.3 Idade Média	21
1.4 Idade Moderna	24
1.5 Período Humanitário	26
2 SEGUNDO CAPÍTULO	30
2.1 Vida e Obra	30
2.2 Idealismo Alemão: de Kant a Hegel	36
2.3 Filosofia e Método	41
3 TEORIAS RETRIBUCIONISTAS	45
3.1 Teoria Retribucionista em Kant	45
3.2 Teoria Hegeliana	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Conforme Strathern (1990), a dialética hegeliana propõe o uso da lógica para a perseguição da verdade real, pretendendo afastar a visão, a qual se tinha em sua época, de que a lógica era uma forma destituída de conteúdo. Hegel afirma que a lógica é o estudo do pensamento, e que um estudo de como a mente funciona revelaria como o mundo funciona, eis que a mente que daria forma ao mundo. Assim, o sistema hegeliano se compõe de tese, antítese e síntese, de modo que a lógica ao se por diante de uma tese logo visualiza sua antítese, e, do confronto das duas, surge a síntese, que, por sua vez, estará mais próxima do espírito absoluto e, portanto, mais próxima da verdade real (STRATHERN, 1990). Hegel afirma que o espírito absoluto, ou a mente, reflete a realidade (ou a verdade real), e vice-versa, de modo que seu sistema seguiria sempre em direção a verdade, ou ao espírito (STRATHERN, 1990). Assim, do surgimento de uma síntese, teremos nela uma nova tese, da qual se verá sua antítese, originando nova síntese, e, assim, a lógica ficaria cada vez mais próxima da verdade real.

Segundo Bitencourt (2009), Hegel entendia que o direito seria uma tese, expressão do espírito objetivo, e o delito sua antítese, ou seja, o delito é a negação do direito. Assim, a pena seria a síntese oriunda da relação de direito (tese) e delito (antítese), de modo a ser a negação da negação, reestabelecendo o direito negado pelo delito (BITENCOURT, 2009). Portanto, parece haver em Hegel uma visão retribucionista da pena, eis que ela não teria por finalidade outra que não seja a reparação do ordenamento jurídico violado, afastando-se, assim, da visão relativista, ou preventiva, da pena, que via na pena um modo de fazer a sociedade não delinquir (BITENCOURT, 2009). Hegel vê a função preventiva como um tratamento desumano, não racional, ao ser humano, eis que seria como se o ameaçasse, conforme se faz com um animal, utilizando-se de um pau para amedrontá-lo (BITENCOURT, 2009).

Na visão do filósofo, a pena não seria somente um mal decorrente de um mal anterior, eis que isso seria irracional, mas sim o restabelecimento da ordem jurídica violada. A aplicação da pena nesses moldes seria não somente como algo justo em si, honrando o delinquente, mas também estaria sendo-o dado seu Direito, tratando-o como ser “livre” e “racional” (BITENCOURT, 2009).

Assim, o presente trabalho se propõe a uma breve investigação, através do método dedutivo, por pesquisa bibliográfica, a fim de inferir a noção de retribuição da pena, bem como se Hegel foi, de fato, retribucionista, e qual a noção de função da pena de Hegel, ainda hoje não muito explorada, procurando ampliar a compreensão sobre o assunto.

Para tal, no primeiro capítulo será abordado a evolução histórica do fenômeno punitivo, no que couber aos fins deste trabalho. Já no segundo capítulo será tratado da formação do pensamento de Hegel, de sua vida e obra, bem como de que maneira ele se insere no movimento idealista alemão, além de sua filosofia e método, tão importante para a compreensão de sua justificação da pena. Por fim, no terceiro capítulo será estudado a pena como retribuição, mais precisamente segundo Kant e Hegel, para, ao fim, concluir-se a justificação da pena em Hegel.

A metodologia utilizada será a do processo dedutivo, utilizando-nos das regras que presidem à inferência das proposições, partindo da Filosofia de Hegel, utilizando-se de pesquisa bibliográfica.

Oportunas as lições de Miguel Reale sobre o método dedutivo:

[...] se caracteriza por ser uma forma de raciocínio que, independentemente de provas experimentais, se desenvolve, digamos assim, de uma verdade sabida ou admitida a uma nova verdade, apenas graças às regras que presidem à inferência das proposições, ou, por outras palavras, tão-somente em virtude das leis que regem o pensamento em sua 'consequencialidade' essencial. (2002, p. 83).

Assim, para a elaboração dessa pesquisa, partir-se-á da obra hegeliana, descrevendo-a, bem como a explicando, para concluir-se qual a função da pena sob a ótica da filosofia hegeliana e se tal justificativa ainda se encontra presente em nosso ordenamento. Não utilizaremos de provas experimentais, ou de campo.

É mister ressaltar, porém, a escassa bibliografia disponível sobre o tema, de modo que o trabalho fica limitado a um pequeno acervo bibliográfico.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O fenômeno punitivo pode ser observado em todas as etapas da história humana, de modo que desde os primórdios da civilização se tem o conceito de penalização, seja nos mitos gregos, seja na idade média ou na modernidade, no entanto, é importante conceituar o que se denomina “pena”.

Segundo Abbagnano, “pena é a privação ou castigo previsto por uma lei para quem se torne culpado de uma infração” (2012. p. 873). Assim, a pena implica “a existência de um poder organizado” (LOPES JR., 2015. p. 33). Tal poder nem sempre existiu de forma juridicamente organizada, e a punição nem sempre teve tais moldes: para chegar nesse estágio foi necessária uma evolução social, passando por etapas (CHIAVERINI, 2009. p.01).

Portanto, a fim de melhor entender as teorias justificadoras da pena, estudaremos brevemente as fases do fenômeno punitivo. Assim, estudaremos a origem das penas, bem como seu desenvolvimento dirigido a um poder central, encarregado de administrá-las e aplicá-las. Também, em cada período histórico será destacado a função que era atribuída à pena. Tal estudo é importante “para que se tenha compreensão global do fenômeno punitivo” (MARQUES¹, 2008, p. 09).

1.1 Povos Primitivos

Assim, a primeira concepção de pena a ser estudada é a dos povos primitivos. Em tais povos é possível perceber duas formas de vingança, a vingança privada e a vingança divina (ou vingança decorrente de totens e tabus).

A primeira a surgir é a vingança divina. Punia-se o infrator para acalmar a fúria divina, daí vem a ideia de totem e tabu². Sobre o tema, CHIAVERINI (2009. p. 01-02) esclarece que os povos primitivos “não tutelavam bens jurídicos, mas relações hipotéticas e baseadas em totens e tabus”, e, citando Freud, observa que totem “é um animal, vegetal ou fenômeno natural que tem uma relação especial com todo o clã, sendo ao mesmo tempo ameaçador e protetor”, e

¹ Considerando a obra de Oswaldo Henrique Duek Marques, “Fundamentos da pena”, que abrange um longo espaço histórico, a mesma será usada como base do presente capítulo.

² Não se aprofundou o tema em razão de ser uma referência à origem das penas e não objetivo do trabalho.

que tabu “são restrições sem fundamento racional, de origem desconhecida, mas que a todos obriga sob ameaça de punição”.

Explica MARQUES (2008, p. 20) que “o sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos”. Tal etapa é marcada por grande influência religiosa na punição e, principalmente, por excessiva crueldade na aplicação da pena.

Conforme preleciona BITENCOURT (2009, p. 29-30):

Esta *fase*, que se convencionou denominar *fase da vingança divina*, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social. Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. Destaques do autor.

Porém, a vingança pela violação de um tabu nem sempre foi executada pela sociedade, tendo passado, também, por uma evolução, conforme demonstra MARQUES (2008, p. 19), citando Freud:

‘A punição pela violação do tabu era, sem dúvida, originalmente deixada a um agente interno automático: o próprio tabu violado se vingava. Quando, numa fase posterior, surgiram idéias de deuses e espíritos, com os quais os tabus se associaram, esperava-se que a penalidade proviesse automaticamente do poder divino. Em outros casos, provavelmente como resultado de uma ulterior evolução do conceito, a própria sociedade encarregava-se da punição dos transgressores, cuja conduta levava seus semelhantes ao perigo. Dessa forma, os primeiros sistemas penais humanos podem ser remontados ao tabu’. (Aspas do original).

Assim, conforme se extrai das lições do autor, tinha-se a idéia de necessidade de purificação do transgressor do tabu para que não contaminasse o resto da sociedade, ou seja, o transgressor, enquanto não purificado, era perigoso (MARQUES, 2008, p. 19). Tal raciocínio também se aplicava para quem violasse uma proibição totêmica.

Assim, tem-se como finalidade da punição, além da satisfação da divindade, a purificação (para que o transgressor não contagiasse o restante da comunidade). Na verdade, o que se chamou de purificação é clara intimidação para que o restante da comunidade não imitasse a conduta proibida praticada pelo transgressor, conforme se verifica nas seguintes lições de MARQUES (2008, p. 20):

Freud sustenta que o tabu tem por base uma conduta proibida, para cuja realização há forte inclinação do inconsciente, tornando-se contagiosa, pelo risco da imitação. Por esse motivo, o transgressor deve ser punido e expiado por todos os membros da comunidade, para evitarem conduta proibida.

No mesmo sentido é o pensamento de René Girard, citado por MARQUES (2008, p. 20), segundo o qual os “homens são governados por um mimetismo instintivo, causador de comportamentos de apropriação mimética, que geram conflitos e rivalidades de tal ordem”.

Concomitantemente à vingança divina, tem-se a vingança privada, a qual poderia recair sobre um indivíduo particularmente ou sobre todo seu grupo social. Segundo BITENCOURT (2009, p.30), como formas de vingança privada, tem-se o banimento, pena aplicada àquele do próprio grupo, e a vingança de sangue, aplicada ao infrator alienígena, ou a todo seu grupo.

Com relação ao banimento, Giorgio Del Vecchio, citado por MARQUES (2008, p. 10), ensina que:

‘no caso de a ofensa ser praticada por membro do mesmo grupo, o mesmo princípio exige a *expulsão* do ofensor. Este, uma vez expulso do grupo, que é a única forma de tutela jurídica nesta fase, fica destituído de qualquer direito e equiparado a uma fera, ou seja: exposto às ofensas de todos. O *desterro* primitivo, imposto por meio de fórmulas sacras – *sacer esto, interdictio aquoe et ignis*, etc. -, apresenta-se assim com gravidade extrema e não deve confundir-se com o *exílio* de épocas posteriores, em que o indivíduo, mesmo banido do grupo, continua a dispor de outros meios de tutela jurídica’. (Aspas e destaques do autor).

Já sobre o fenômeno da vingança privada, discorre MARQUES (2008, p. 09-10) que:

O homem primitivo encontrava-se muito ligado à sua comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido, à mercê dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado *vínculo de sangue*, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam descendência comum. Dele originava-se a chamada *vingança de sangue*. (Destaques do autor).

Segundo o mesmo autor (MARQUES, 2008, p. 10), Erich Fromm definiu a vingança de sangue como “um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto”.

Assim, tem-se em tal etapa a prevalência de uma pena cuja finalidade era a retribuição de um mal com outro mal, muitas vezes maior.

Conforme observa Fustel de Coulanges, na obra “A cidade antiga”, havia uma organização de poder dentro do clã, ou da família, de modo que o pai era tradicionalmente o

centro. Sua autoridade política e prerrogativas legais advinham de sua autoridade religiosa como pontífice. Tinha poderes para proferir sentenças capitais, como a pena de morte para membros da família ou a venda de seus filhos. Somente a religião limitava-lhe a autoridade (COULANGES, 2009, p. 36).

Interessante é a possibilidade de a pena referente ao ato de um indivíduo recair sobre todo seu grupo social, era o risco da vingança coletiva, presente na etapa da vingança privada e na vingança divina. Sobre o tema, disserta CHIAVERINI (2009, p. 02-03):

A culpa do indivíduo assume caráter coletivo, pois acaba atingindo aqueles que vivem com o culpado ou com ele têm vínculos sociais. Nesse contexto da responsabilidade penal coletiva também se explica o conformismo fatalista. Há relatos históricos no sentido de que o silvícola brasileiro condenado ao canibalismo aceitava seu destino com base no forte misticismo, pois não convinha aborrecer ainda mais os poderes invisíveis que poderiam vir a recair sobre seus familiares e sua comunidade, atingindo terceiros inocentes. Na verdade, a consciência do risco da vingança coletiva fazia com que o prisioneiro, ainda que conseguisse escapar, jamais fosse aceito novamente em seu grupo de origem. Portanto, a regra era aguardar a morte com honra e respeito aos ritos canibais.

Importante apontar que, conforme ensina MARQUES (2008, p. 10), podia haver ofensa entre clãs de um mesmo grupo social, momento em que os membros de um clã iriam pedir satisfação ao clã que derramou o sangue. Porém, podia acontecer que um membro de um clã de um grupo social estrangeiro ofendesse alguém de outro grupo social, neste caso todos os clãs deste se uniriam contra todo o grupo social do ofensor. “Passava a existir, assim, uma reunião de várias famílias, que formavam um grupo de reação, com o interesse comum da vingança coletiva” (MARQUES, 2008, p. 10).

Ensina MARQUES (2008, p. 11) que a pena, nesta etapa, pretendia, de modo simbólico, desfazer o mau cometido por meio da destruição ou do banimento do infrator, demonstrando a repulsa originada no grupo pela frustração que ofensa havia causado.

Insta salientar, conforme aponta MARQUES (2008, p. 11), que a vingança privada dava origem a um ciclo eterno de vingança de sangue, com tribos e famílias se aniquilando, de modo que, em alguns casos, nem as crianças e os doentes eram poupados. Isso gerou o extermínio de famílias e grupos sociais inteiros, bem como o enfraquecimento de muitas comunidades. Assim, foi preciso aplacar a vingança, dirigindo o poder de punir a um poder central.

Surge, então, a Lei de Talião, com o fim de evitar o aniquilamento dos grupos, que antes acabavam por se envolver em verdadeiras guerras tribais, de modo que a comentada lei determinava “a reação proporcional ao mal praticado: *olho por olho, dente por dente*” (BITENCOURT, 2009, p. 30). Ou seja, o talião “limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao

praticado” (CHIAVERINI, 2009. p. 03). BITENCOURT (2009, p. 30), comentando a Lei de Talião, assevera que ela “foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal”.

Tendo em vista que, com o passar do tempo, relevante parcela da sociedade tornou-se mutilada, em decorrência do talião, devido ao elevado número de criminosos, surge a composição, visando algo que se assemelhava à pena pecuniária contemporânea, eis que, a partir dela (composição), e em alguns casos, o infrator poderia comprar sua liberdade (BITENCOURT, 2009, p. 30).

Assim, é correto concluir com MARQUES (2008, p. 15) quanto as razões de impor limites a pena, dirigindo sua aplicação a um poder central: “a razão primordial dos limites impostos à vingança foi a preservação da comunidade, posta em perigo pela vingança interminável no âmbito particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa”.

Com a evolução social, chegou-se na vingança pública, na qual o Estado finalmente tomou para si o poder-dever de “manter a ordem e a segurança social” (BITENCOURT, 2009, p. 31). Segundo BITENCOURT (2009, p. 31):

A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época. Mantinha-se ainda forte influência do aspecto religioso, com o qual o Estado justificava a proteção do soberano.

Portanto, ainda havia forte identidade entre política e divindade, o que mantém o caráter de punição divina à pena, atrelado às funções de ordem e segurança social.

Assim, chega-se em uma etapa posterior da evolução do fenômeno punitivo, de modo que passaremos a estudar a concepção da pena na Antiguidade.

1.2 Povos Antigos

Ensina MARQUES (2008, p. 23) que, com o fim de evitar a propagação desordenada da vingança, muitos povos antigos adotaram a prática de sacrifícios. O autor (2008, p. 23) explica que “o sacrifício era uma forma de apaziguar a cólera dos deuses, em virtude da violação de um mandamento ou preceito divino”.

MARQUES (2008, p. 24) preleciona que daí surge a figura do bode expiatório, que tinha por finalidade expiar, ou melhor, purificar, a comunidade, afastando a ira dos deuses, eis que os judeus tinham por prática amarrar pergaminhos, nos quais escreviam seus pecados, em um bode e soltá-lo no deserto, como sacrifício. Porém, em seu primórdio, o ser que sofreria a expiação, purificando o grupo, podia ser tanto animal ou humano, sendo somente mais tarde, na tradição judaica, substituído o sacrifício humano pelo o do animal (MARQUES, 2008, p. 24).

Conforme ensina MARQUES (2008, p. 25), os povos antigos acreditavam que às autoridades era delegado o direito de punir, eis que elas simbolizavam a vontade dos deuses, detentores de tal direito.

Nesse sentido informa Gettel, citado por MARQUES (2008, p. 25):

‘os monarcas eram venerados como deuses (tal o caso do Egito) ou considerados agentes divinos, como ocorreu na Pérsia e na Assíria. Rodeavam-se de um corpo de funcionários administrativos e eram apoiados pelas castas sacerdotais, que exerciam decisiva influência no espírito das gentes e, de fato, detinham algumas vezes o governo do Estado’. Aspas do autor.

Essa representação do poder divino pelos sacerdotes podia ser observada no direito egípcio, no qual, como expõe MARQUES (2008, p. 25), “a justiça era administrada pelos sacerdotes, escolhidos pelas principais cidades das três regiões em que se dividia”.

Segundo Alípio de Souza Filho, citado por MARQUES (2008, p. 26):

‘as penas mais utilizadas eram o abandono do condenado à voracidade dos crocodilos, estrangulamento, decapitação, fogueira e embalsamento em vida. Quando se tratava de réus das classes dominantes, era permitido o suicídio, para que fosse evitada a vergonha da cerimônia pública’.

Assim, vemos uma predominância de penas cruéis, sempre recaindo sobre a vida do condenado. Porém, contrastando essa imagem, há informação de que a pena de morte teria sido abolida no antigo Egito, durante o reinado no faraó Sabacon, o qual teria adotado o uso de uma colônia penitenciária, conhecida por Cidade dos Malfeitores.

Sobre o uso da pena de prisão no antigo Egito, aponta CHIAVERINI (2009, p. 04):

No antigo Egito temos notícia da prisão não apenas como custódia, mas como pena. O governo do faraó era divino e evitava penas cruéis e arbitrarias. As prisões conhecidas também impunham aos encarcerados o trabalho forçado. As prisões são descritas como fortalezas contendo celas e masmorras ou como casas de trabalho. A fuga da prisão consistia pena grave. Nesses locais os prisioneiros não eram

classificados nem separados de acordo com sua situação. Conviviam presos aguardando julgamento e já condenados, condenados aguardando execução, condenados à pena de prisão perpétua ou indefinida, desertores do Estado ou oficiais que caíram em desgraça, suspeitos de espionagem; sendo que todos eram forçados a trabalhar.

Assim, parece ter havido no antigo Egito uma certa humanização das penas, com a utilização da pena de prisão, procurando-se evitar penas cruéis e arbitrárias. Porém, alguns autores discordam que tal tenha se dado durante o reinado do faraó Sabacon (Shabak), conforme aponta Cesar Cantu, citado por MARQUES (2008, p. 26):

‘Não é verossímil tal inovação em tempos de tanto atraso e tanta desordem social como os da XXV dinastia: mas o fato de atribuírem os gregos a Shabak prova que já na Grécia, se não no Egito, alguns espíritos generosos compreendiam que a justiça podia renunciar ao direito de matar, sem pôr em perigo a própria autoridade e a ordem pública’. (Aspas do autor).

Portanto, o que se tem é que no antigo Egito houve prática de penas cruéis, desproporcionais, recaindo muitas vezes sobre a vida do réu, com o sistema jurídico baseado no divino, que delegava seu direito de punir a sacerdotes e reis, porém, com notícia da existência da pena prisão em certo momento.

O direito dos hindus, a partir do século X a.C., também era baseado na religião, e constava em livros sagrados e era revelado pelas divindades. A religião era a bramânica. Os preceitos contidos nos livros sagrados eram complementados pelo costume, que acabava por ser a principal fonte do direito hindu (MARQUES, 2008, p. 27)

Para os hindus, a finalidade da pena era garantir o adimplemento dos deveres recíprocos entre as quatro castas nas quais a sociedade se dividia, de modo que as principais regras penais constavam do Livro de Manu, de forma que os hindus acreditam que Manu foi o gênio da penalidade criado por Brama, e que devia proteger os seres e a justiça (MARQUES, 2008, p. 27-28).

A pena no direito hindu também tinha o objetivo de impedir a contaminação de outra pessoa, eis que, conforme observa Maximiliano Roberto Ernesto Führer, citado por MARQUES (2008, p. 28), o rei tinha a obrigação de punir o infrator para que a culpa não recaísse sobre si próprio.

Com relação a pena no direito hindu, incluíam-se:

[...]em sua maioria, as penas corporais, embora as pecuniárias fossem também aplicadas. O caráter religioso nas sanções penais era bem marcante na pena de morte,

infligida aos autores de crimes mais graves. Refletia uma espécie de penitência espontânea, aceita pelo culpado, como forma de purificação. (MARQUES, 2008, p. 28).

Portanto, temos uma predominância de penas para a purificação, com o uso da pena de morte, característica de um direito intimamente ligado à religião e à ideia de contaminação dos demais pelo crime de um. Porém, vê-se também o uso de penas pecuniárias, mais leves por natureza, demonstrando certa humanização do direito hindu.

Com relação aos hebreus, o direito também era de base religiosa, fundamentado no Pentateuco, constituindo o crime um pecado, de modo que o povo era responsável perante Deus e não perante um poder terreno. A vingança de sangue já se encontrava controlada pelo talião, e houve, conforme sustenta Hans von Hering, uma maior decomposição da vingança de sangue com as ditas cidades de refúgio (MARQUES, 2008, p. 29-31).

Com relação às cidades do refúgio, dispõe a Bíblia:

25 A assembléia livrará o homicida da mão do vingador do sangue e o reconduzirá à cidade de refúgio onde se tinha abrigado. Permanecerá ali até a morte do sumo sacerdote que foi sagrado com o santo óleo. 26 Mas se o homicida for encontrado fora dos limites da cidade do refúgio onde se tiver retirado, 27 e se for morto pelo vingado do sangue, este não será culpado de homicídio, 28 porque o criminoso devia permanecer na cidade de refúgio até a morte do sumo sacerdote. Somente depois que este morrer, poderá o homicida voltar para terra onde ele tem sua propriedade (Moisés, Números, XXXV, 25-28).

Assim, fica claro a transferência do poder de punir da mão do vingador para um poder central, no caso a assembleia, que condenaria o homicida a viver na cidade de refúgio, demonstrando um evidente controle da vingança privada, bem como uma humanização da pena, que assume forma mais racional.

No entanto, é importante frisar que as penas orientais, no caso oriente médio, em razão da cultura, diferem das penas do ocidente, que passam a ser o foco a seguir.

Quanto à Grécia antiga, ensina BITENCOURT (2009, p. 31):

Na Grécia Antiga, em seus primórdios, o crime e a pena continuaram a se inspirar no sentimento religioso. Essa concepção foi superada com a contribuição dos filósofos, tendo Aristóteles antecipado a necessidade do livre-arbítrio, verdadeiro embrião da ideia de culpabilidade, firmado primeiro no campo filosófico para depois ser transportado para o jurídico. Platão – com as *Leis* – antecipou a finalidade da pena como meio de defesa social, que deveria intimidar pelo rigorismo, advertindo os indivíduos para não delinquir. Ao lado da *vingança pública*, os gregos mantiveram por longo tempo as vinganças divina e privada, formas de vingança que ainda não mereciam ser denominadas *Direito Penal*. (Destques do autor).

É, também, com Platão, em “As Leis”, que há uma exposição da racionalidade da prisão, segundo o qual deveria existir três prisões na cidade, como demonstra CHIAVERINI (2009, p. 05):

Segundo Platão, a primeira prisão servia para guardar as pessoas, prevenindo outros delitos. A segunda seria para aqueles criminosos recuperáveis e não teria função punitiva, mas corretiva. A prisão punitiva ficaria no local mais distante e seria destinada aos agentes dos crimes mais graves e incorrigíveis. Nessa terceira prisão existiria um total isolamento do criminoso com o resto da sociedade, que não terminaria nem com a morte, pois seus restos seriam jogados, sem sepultura, fora das fronteiras do país.

Entretanto, mesmo com a lição dos filósofos de que o crime se originaria da ignorância, e os escritos de Platão objetivando a prisão como meio de prevenção, correção ou punição, a mesma era mais utilizada para custódia, na espera do julgamento, e para tortura, como castigo, do que para punição, de modo que eram bem mais usuais as penas de morte, exílio e multa (CHIAVERINI, 2009, p. 06).

Já para entender o fenômeno punitivo na Roma Antiga, oportunas são as lições de MARQUES (2008, p. 42):

No Direito Romano, diversas foram as finalidades atribuídas à pena: castigo, emenda, satisfação à vítima e prevenção geral, pela intimidação. Sêneca, entretanto, embora lembrasse que a pena servia para emendar, sublinhava a necessidade da punição, para a segurança social. Já os juristas clássicos, como Marcianus, Ulpianus e Saturninus, viam na pena o *exemplum*, demonstrando sua finalidade de prevenção geral. Essa finalidade atribuída à pena, como defesa da ordem social, predominou na legislação imperial. Nesse sentido, Justiniano procurava, com a intimidação da pena (*metu poenae*), afastar os que estivessem inclinados às práticas de infrações (*qui ad peccandum proclives sunt, a peccando arceamus*) (C. Just. 1.3.5-7). (Destques do autor).

Assim, vê-se que na Roma Antiga já se teorizava sobre a finalidade da pena, lembrando as modernas doutrinas justificadoras da pena, demonstrando, assim, já uma evoluída racionalização da pena, de modo a afastá-la da vingança privada e da vingança divina.

Com relação aos delitos, ensina BITENCOURT (2009, p. 32) que eram divididos em *crimina pública* e *delicta privada*: o primeiro diz respeito aos crimes mais graves, concernentes à segurança da cidade, reprimidos pelo *ius publicum*, dentre eles figurava, além da traição ou conspiração contra o Estado, o assassinato; já os segundos eram os crimes menos graves, reprimidos pelo *ius civile*, e ofendiam o indivíduo.

Sobre o tema, discorre CHIAVERINI (2009, p. 06):

Em Roma os delitos são divididos em *crimina pública* (segurança da cidade, *parricidium*) ou crimes *majestais*, e *delicta privata* (infrações consideradas menos graves, reprimidas por particulares). Na república os crimes privados diminuem e o Estado assume suas funções de jurisdição. Mais adiante a pena de morte volta a ser aplicada aos delitos mais graves e existem penas de trabalhos forçados. Para os devedores existiu uma singela previsão de prisão, mas com fim de custódia. (Destques do autor).

Assim, vê-se que a possibilidade de vingança privada, nos crimes menores, disciplinada pelo direito privado, foi diminuindo, tendendo a um poder central, que assume sua jurisdição, conforme ocorrera nos demais povos antigos, retirando o direito de punir das mãos do indivíduo.

Assim, tendo em vista todo o exposto sobre os povos antigos, é correto concluir com MARQUES (2008, p. 43), pelo qual:

[...] na Antiguidade, a administração da pena foi sendo pouco a pouco transferida do particular ao poder central. Embora inicialmente representasse uma espécie de satisfação a determinada divindade ofendida pelo crime, passou a ser considerada como ofensa à própria comunidade. Isso ocorreu principalmente com a criação das cidades, como se verificou na Grécia. De qualquer forma, durante esse período, a punição não perdeu seu caráter de vingança, quer em seu aspecto divino, quer em seu aspecto público, não obstante o surgimento de conceitos relativos à retribuição proporcionada (Aristóteles) e à finalidade da pena como emenda do condenado (Sêneca). Tais conceitos, sem dúvida, constituíram grande contribuição da Antiguidade ao desenvolvimento das idéias penais.

Portanto, chega-se a um estágio mais evoluído do fenômeno punitivo, mais racional e menos ligado às ideias de vingança e divindade, apesar de que tais conceitos ainda a impregnam.

1.3 Idade Média

Como próximo passo do exame da evolução do fenômeno punitivo, cabe estudá-lo na Idade Média, mais precisamente no Direito Penal Germânico e no Direito Penal Canônico.

Segundo MARQUES (2008, p. 45),

No início da Idade Média, com a queda do Império Romano (em 476), o Ocidente sofreu, no campo do Direito Penal, as influências dos ‘ordálios ou juízos de Deus’, trazidos pelos povos germanos. Tais práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chances de defesa para os acusados, que deveriam caminhar sobre o

fogo ou mergulhar em água fervente para provar sua inocência. Por isso, raramente escapavam das punições. (Aspas no original).

Assim, vê-se uma prática penal intimamente ligada ao sobrenatural, às superstições, com penas deveras cruéis, que acabam por punir inocentes, eis que não conseguiam realizar as tarefas sobre humanas esperadas deles, como as citadas acima. Tais praticavas continuaram por muitos séculos, mesmo com a tentativa da doutrina cristã de humanizar as penas (MARQUES, 2008, p. 45).

Porém, deve-se frisar que foram os germânicos que mais habitualmente usavam da composição pecuniária, substituindo a vingança privada. Por essa prática, conforme ensina MARQUES (2008, p. 46), interrompia-se a guerra entre famílias (do ofendido e do ofensor), que poderia acabar por dizimar grupos inteiros, conforme visto anteriormente, mediante a oferta de um resgate, o qual o ofensor deveria pagar para se ver livre da possibilidade de vingança. Chamava-se de resgate porque o ofensor resgataria a própria vida, pagando o preço em pecúnia, para que sobre ela não recaísse a vingança devida (MARQUES, 2008, p. 46).

Quanto ao cristianismo, ele foi o unificador, gerando unidade e estabilidade, entre os povos, por meio da Igreja (MARQUES, 2008, p. 47). Quanto à influência da fé cristã no fenômeno punitivo, ensina MARQUES (2008, p. 48)) que:

Para o homem medieval, não só o poder, mas todas as coisas eram derivadas de Deus. O direito de punir, como consequência, não fugiu à regra geral dessa espécie de delegação divina. Por esse motivo, a pena consistia em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna. Essa expiação explica, inclusive, o surgimento da privação de liberdade utilizada pela Igreja, como oportunidade oferecida ao condenado para meditar sobre sua culpa e arrepender-se.

Portanto, vê-se, novamente, o direito de punir como uma delegação da divindade. Também, nota-se o uso da prisão como pena, e não meramente com o fim de custódia. Ademais, é importante notar que extinguiu-se o politeísmo, de modo que, agora, o criminoso era responsável perante um único Deus.

Nesse sentido:

Assim, se nos primórdios da época antiga a pena tinha por fim a satisfação de diversas divindades, isoladas ou não, na Idade Média passou a constituir ofensas a um deus único, perante o qual o delinquente devia prestar contas. Havia, por esse motivo, grande confusão entre crime e pecado. O criminoso, por via de consequência, era visto também como pecador e, por meio do castigo, salvar-se-ia para a vida eterna (MARQUES, 2008, p. 49).

Como consequência entre esse modo de pensar do homem medieval, poder secular e a Igreja passaram a interferir um no outro, de modo que a Igreja intervia em questões de Estado. Também como consequência da expansão do poder da Igreja, o direito canônico foi o “único escrito durante quase todo o período medieval” (MARQUES, 2008, p. 49).

Insta salientar, conforme ensina MARQUES (2008, p. 49) que a Igreja levou ao declínio dos ordálios e das práticas penais supersticiosas dos povos germanos, concentrando em si a competência para julgar infrações religiosas. Ademais, a fé cristã levou à humanização das penas, tendo os bispos criado “o direito de asilo em suas igrejas, onde os culpados escapavam das torturas e das mortes” (MARQUES, 2008, p. 49).

Quanto ao crime de heresia, um dos mais graves, e à interferência entre Igreja e Estado, ensina MARQUES (2008, p. 49-50):

A divina providência estava reservada somente aos cristãos, e a Igreja encontrava no paganismo o inimigo comum da unidade entre os povos. Sob essa ótica, a heresia era considerada um dos crimes mais graves, passível de penas mais severas, e a fé religiosa constituía interesse do próprio Estado, que passou a utilizar a Inquisição, surgida no século XIII, para fins políticos, como ocorreu na condenação de Joana D’Arc, em 1431. Assim, a religião e o poder secular estavam intimamente ligados e qualquer ato de heresia constituía infração ao próprio Estado.

Desta forma, tem-se a Igreja usando o Estado e o Estado usando a Igreja, chegando os seus interesses a se confundirem, tamanha era a inter-relação entre ambos.

Ainda sobre o Direito Canônico, o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana era formado pelo “*Corpus Juris Canonici*, que resultou do *Decretum Gratiani* (1140), sucedido pelos decretos dos Pontífices Romanos (séc. XII), de Gregório IX (1234), de Bonifácio VIII (1298) e pelas Clementinas, de Clemente V (1313)” (BITENCOURT, 2009, p. 35).

Quanto ao desenvolvimento do Direito Canônico:

Aos poucos, com a crescente influência da Igreja e conseqüente enfraquecimento do Estado, o Direito Canônico foi-se estendendo a religiosos e leigos, desde que os fatos tivessem conotação religiosa. A jurisdição eclesiástica aparecia dividida em: *ratione personae* e+ *ratione materiae* (BITENCOURT, 2009, p. 35). (Destaques do autor).

Portanto, havia uma competência em razão da pessoa e uma competência em razão da matéria. Pela primeira, era fixada a competência da Igreja para o julgamento pela pessoa do infrator, independentemente da matéria, ou seja, do crime; pela segunda, a competência se

fixava pelo crime, pela matéria, independentemente de quem fosse o criminoso (BITENCOURT, 2009, p. 36).

Por fim, como grande influência ao fenômeno punitivo, teve-se a pena de prisão como pena propriamente dita, não apenas como custódia do infrator enquanto aguardasse julgamento. Sobre o tema, afirma CHIAVERINI (2009, p. 08) que “foi a Igreja que revelou a possibilidade de prisão penitência”.

Quanto à utilização da pena prisão pela Igreja:

A Igreja via o cárcere como instrumento espiritual do castigo, sustentando que pelo sofrimento e na solidão a alma do homem se depura e purga o pecado. Para redimir a culpa “o infrator deveria sujeitar-se à penitência que poderia aproximá-lo de Deus: *quoties inier homines fui, minor homo reddi*. Daí então cumprir-se internamento em prisão de conventos: *detrusio in monasterium*. (CHIAVERINI, 2009, p. 07). (Destques do autor).

Não há como negar que a maior utilização da pena de prisão, afastando o uso de penas corporais, bem como combatendo o uso de ordálios, comuns nas práticas germanas antigas, foi verdadeira humanização do fenômeno penal realizada pela Igreja.

Chegado a este ponto, deve-se passar ao estudo do fenômeno punitivo na Idade Moderna.

1.4 Idade Moderna

No campo das produções artísticas e literárias, a Idade Moderna coincidiu com o Renascimento, ou seja, com a retomada da cultura da Antiguidade Clássica (Grécia e Roma), afastando sua interpretação das fontes cristãs, e do pensamento medieval. Entretanto, o poder ainda se estruturava com base na delegação divina. Foi o período da concretização das monarquias absolutas, cujo poder e direito acreditava-se emanar de Deus (MARQUES, 2008).

Em decorrência desse raciocínio (poder real derivado do poder de Deus), a ofensa ao monarca, ou ao Estado, era vista como próprio sacrilégio, ou seja, ofensa a Deus. Também decorrência desse modo pensar era o fato de que o rei não deveria satisfação de seus atos a nenhuma autoridade terrena, somente a Deus, o que tornava suas decisões irrecorríveis (MARQUES, 2008).

Sobre o tema, interessante as considerações do criminalista francês Pierre Muylart de Vouglans, defensor da ideia de equiparação entre ofensa ao governante e sacrilégio, citado por MARQUES (2008, p. 73):

‘Sendo os reis imagens da Divindade sobre a Terra, não se pode atentar contra as suas pessoas, nem contra a sua autoridade, sem ferir a majestade do Ser supremo que eles representam; e é nesta perspectiva que se pode ver estes tipos de atentados como se fossem sacrilégios’. (Aspas do autor).

Assim, a ofensa ao rei, vista como sacrilégio, consistia em uma traição, e era punida com a morte, sendo os bens do criminoso confiscados (MARQUES, 2008, p 73-74).

No mesmo sentido eram as afirmações de Bossuet, o qual também afirmava ser o homem um ser social por natureza mas que necessitava estar submetido à autoridade de um governante para frear suas paixões e evitar a violência (MARQUES 2008, p. 73).

Com relação ao pena, nesse contexto de poder absoluto do rei, único, indivisível, cujas decisões não comportavam revisão, e, por conseguinte, com condenações irrecorríveis, afirma MARQUES (2008, p. 73) que:

A pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico nem qualquer objetivo de emenda do condenado. Sua aplicação tinha a função utilitária de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado.

Portanto, tem-se que a pena era desproporcional, o que levava à crueldade, eis que sempre ultrapassava a gravidade do crime cometido (MARQUES, 2008, p. 75) de modo que o criminoso não era o fim da pena, eis que não importava sua correção. O fim da pena era a sociedade, com o objetivo de intimidá-la. Assim, tem-se a similaridade com algumas correntes da teoria da prevenção da pena, pelas quais usa-se da coação para impedir o crime.

Assim, nessa época, em vários países, usou-se dos suplícios: cerimônias recheadas de sofrimento, presenciada por populares, com grande impacto na intimidação de quem o assistisse.

Sobre os suplícios, ensina MARQUES (2008, p. 75) que:

Os suplícios integravam o próprio cerimonial da justiça penal daquela época. Por isso, como relata Michel Foucault, prolongavam-se ainda após a morte. Os cadáveres eram queimados e as cinzas jogadas ao vento. Os corpos dos condenados eram arrastados e depois expostos à beira das estradas. O corpo do condenado, em suma, não deixava de ser perseguido pela justiça, mesmo após a morte.

Assim, vê-se claramente que a punição não terminava com a morte do criminoso, perdurando para além dela, demonstrando clara finalidade intimidadora.

Por fim, não foi vista evolução significativa quanto à humanização das penas no período em estudo. O direito continuava baseado na religião, tendo o Estado usado muito dessa ideia, perseguindo aquele que o ofendesse como se ofendesse ao próprio Deus. Desta forma, não houve mudanças na Idade Moderna quanto a função da pena que, além da função exposta acima, ainda mantinha a finalidade de expiar a alma do criminoso, com o objetivo de salvá-la (MARQUES, 2008, p 77).

Com o fim da Idade Moderna, ou seja, com a Revolução Francesa, nasce o Período humanitário, bem como a Idade Contemporânea, marcado pelo trabalho dos reformadores da Revolução, o qual será estudado a seguir.

1.5 Período Humanitário

Conforme constata BITENCOURT (2009, p. 39), práticas penais vistas acima ocasionaram a reação de alguns pensadores, cujas ideias tinham fundamento na razão e humanização.

É na segunda metade do século XVIII quando começam a remover-se as velhas concepções arbitrarias: os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem. (BITENCOURT, 2009, p. 39)

Assim, as correntes iluministas, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau faziam parte, defendiam a proporcionalidade entre crime e pena, de modo que deveria levar em conta as circunstâncias pessoais do criminoso, sua culpabilidade, sendo a menos cruel possível enquanto, sobretudo, ainda gerasse a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens (BITENCOURT, 2008, p. 39).

Quanto ao iluminismo: “ele representou uma tomada de posição cultural e espiritual de parte significativa da sociedade da época, que tinha como objetivo a difusão do uso da razão na orientação do progresso da vida em todos os seus aspectos”, o apogeu de tal movimento foi a Revolução Francesa (BITENCOURT, 2009, p. 39).

Para a seara do Direito Penal, os três mais expressivos iluministas foram Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham (BITENCOURT, 2009). Dentre eles, destaca-se Beccaria.

Quanto a Beccaria, seu livro “Dos delitos e das penas” pode ser considerado como “a antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), e a base para as teorias da Escola Clássica de Direito Penal, fundadas no livre-arbítrio” (MARQUES, 2008, p. 80).

Beccaria, conforme afirma MARQUES (2008, p. 81) considerava a pena de morte cruel e ineficaz, vendo-a como incompatível com o contrato social, conforme se depreende do seguinte trecho de seu famoso livro:

Qual será o direito que os homens se reservam de trucidar seus semelhantes? Não é certamente o mesmo do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de porções mínimas da liberdade privada de cada um; elas representam a vontade geral, que é o agregado das vontades particulares. Mas quem será o homem que queira deixar a outros o arbítrio de mata-lo? Como pode haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o do bem maior de todos, a vida? (BECCARIA, 2005, p. 94)

Beccaria apontava a ineficácia da pena de morte no que concerne à prevenção geral, ou seja, em desestimular os outros em repetir o crime, eis que não afetaria aquele com firme determinação de delinquir (MARQUES, 2008, p. 81). Na verdade, o autor afirmou que mais eficaz para prevenir o crime era a proporcionalidade entre crime e pena, e não a crueldade, ou excesso, de modo que estes (crueldade e excesso) davam um exemplo negativo à sociedade que assistia a execução da pena.

Também, ainda com relação a pena de morte, o autor afirmou que sua previsão compunha um contrassenso, eis que as leis que proíbem o homicídio não podem ordenar um assassinio público (MARQUES, 2008, p. 81-82).

Enfim,

Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima de que ‘é melhor prevenir delitos que castiga-los. Não se subordinava à idéia do útil ao justo, mas, ao contrário, subordinava-se à idéia do justo ao útil. Defendia a proporcionalidade da pena e sua humanização. O objetivo preventivo geral, segundo Beccaria, não precisava ser obtido através do terror, como tradicionalmente se fazia, mas com a *eficácia e certeza* da punição. Nunca admitiu a vingança como fundamento do *ius puniendi*. (BITENCOURT, 2009, p. 42). (Aspas e destaques do autor).

Assim, vê-se em Beccaria elevada preocupação com a humanização das penas, tornando-as mais racionais, ou seja, purificando-as dos sentimentos de vingança e religiosidade,

o que as tornaria menos cruéis e mais úteis em prevenir crimes. O pensamento de Beccaria veio a permear vários ordenamentos penais modernos, numa tentativa de humanizar, racionalizar e tornar mais útil o sistema penal.

Contemporâneo de Beccaria, e um dos participantes diretos da Revolução Francesa, outro importante autor deste período foi Jean Paul Marat, autor do “Plano de Legislação Criminal”.

Sobre sua visão da sanção penal:

Em toda sociedade bem ordenada se cuida mais de prevenir os crimes do que castigá-los e, amiúde, consegue-se a prevenção impondo a menor pena. Isto sem dúvida será promover uma justa legislação ao invés de apartá-la desses dois objetivos. [...] É de interesse da sociedade que sejam sempre proporcionais aos delitos, porque é mais conveniente evitar os crimes que a destroem que os crimes que a perturbem. (MARAT, 2008, p. 85)

Ou seja, vê-se que o autor atribui uma função preventiva à pena, bem como se mostra contrário a penas excessivas, ou seja, devem ser proporcionais, ou melhor, deve-se buscar a menor pena possível.

Quanto as penas capitais:

As penas capitais devem ser aplicadas poucas vezes. Ao impor uma pena, não basta satisfazer a justiça, é necessário corrigir os culpados. Se são incorrigíveis, é preciso fazer que seu castigo redunde em algum proveito para a sociedade: empregando-os em obras públicas, em trabalhos repugnantes, insalubres e perigosos. (MARAT, 2008, p. 87).

Portanto, tem-se que o autor via as penas capitais como algo a ser evitado, de modo que é importante corrigir os culpados. Se são incorrigíveis, devem ser obrigados a trabalhar em prol da sociedade, em funções perigosas.

As correntes iluministas serviram de antecedente das escolas penais, quais sejam, Escola Clássica, Escola Positiva, Terza scuola italiana, Escola moderna alemã, Escola Técnico-Jurídica, Escola correcionalista e Escola da Defesa social (BITENCOURT, 2009), de modo que a análise de cada uma necessitaria de trabalho próprio.

Também, foi em nossa época, ou seja, na Idade Contemporânea, por conseguinte, pós eclosão do pensamento iluminista na Revolução Francesa, que surgiram as teorias justificadoras da pena, sendo elas: teorias absolutas ou retributivas da pena, que tem como expoente de seu pensamento Kant e Hegel, objeto deste trabalho; teorias relativas ou preventivas da pena, que se dividem em teoria da prevenção geral, cujo os principais idealizadores foram Bentham,

Beccaria, Filangiri, Schopenhauer e Feurbach, e teoria da prevenção especial, defendida por Von Liszt e Marc Ancel; teoria mista ou unificadora da pena, iniciada por Merkel; teoria da prevenção geral positiva, dividida em fundamentadora, sustentada principalmente por Welzel e Jakobs, e limitadora, defendida por Hassemer (BITENCOURT, 2009).

Por fim, chega-se a uma época em que eclodem tentativas de justificar a pena, atribuindo-lhe um fim, de modo que o presente trabalho tem por escopo uma breve investigação da função da pena na filosofia hegeliana.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIDA E FILOSOFIA DE HEGEL

Antes de entrarmos na questão da pena sob a ótica hegeliana, faz-se necessário uma breve abordagem da vida de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, sua obra, bem como de sua filosofia, e seu método, dada a sua importância para as questões atuais de nosso mundo, como bem expõe Miguel Reale (2002, p. 112) ao asseverar que “há muitos que afirmam que o idealismo hegeliano é uma coisa morta. Achamos, no entanto, que se trata de filosofia de irrecusável atualidade, pois são ainda temas da Filosofia de Hegel que agitam os dois mundos: o Oriental e o Ocidental”. Não se deve conceber um autor fora de seu tempo, ainda que a obra hegeliana tenha atravessado tempos, em razão da imensa importância para a história da filosofia, bem como para a metodologia, tendo o mencionado autor valor inestimável na produção de um conhecimento filosófico que não se extinguiu, pelo contrário, permanece em constantes debates, como o supra citado, onde há correntes que entendem superado o idealismo hegeliano e tantas outras que entendem que o mesmo encontra-se em construção.

2.1 Vida e Obra

Com relação à importância da contribuição da filosofia hegeliana para a Filosofia geral, bem como sua importância em razão do ambiente em que ela surge, é necessário estabelecer tal cenário:

No princípio do século XIX, ocorreram grandes transformações nos cenários artístico, filosófico e científico alemães, que, retomando agudamente a cultura grega, pode ser tipificada, nesse contexto, como uma espécie de ‘renascimento’. É nesse ambiente que surge a obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), que, por sua originalidade filosófica, inaugurou uma nova forma de pensar a relação entre sociedade e Estado. Pode-se considerar que, com Hegel, tem início o período contemporâneo da história do pensamento filosófico e toda sua influência no pensamento político ocidental. Hegel é um marco definitivo. Pela sua ambição intelectual, por seus vastos conhecimentos e por seus esforços permanentes em elaborar uma síntese filosófica, passa à posteridade como uma referência fundamental na Filosofia Política. (TROTTA, 2009, p. 09)

Essa espécie de “renascimento”, com retomada da cultura grega clássica, teria grande impacto no jovem Hegel, que já em seus primeiros anos de estudo no seminário viria a fascinar-

se pela cultura grega, traduzindo obras, e, principalmente, pela democracia ateniense, que viria, como se verá a seguir, a ser assunto constante em seus escritos, bem como a doutrina cristã, de modo que tentava conciliar cristianismo e cultura grega clássica.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel nasceu em Stuttgart, em 1770, perdeu a mãe, Maria Magdalena Louisa, quando tinha treze anos, quem lhe ensinou latim, seu pai era um guarda aduaneiro (MORRIS, 2015). Sobre sua vida escolar, antes dos dezoito anos, escreve MORRIS (2015, p. 300) que:

Georg foi um aluno consciencioso que ganhou prêmios por excelência acadêmica e bom comportamento em cada série. Mantinha um compêndio de escritos sobre matemática e moral e escrevia um diário em latim — pobre em substância, mas uma boa prática para ele.

Expõe MORA (2005) que Hegel estudou teologia em Tübingen, onde se matriculou aos 18 anos, com Friedrich Wilhelm Joseph Schelling e Johann Christian Friedrich Höelderlin. Além dos assuntos religiosos, encantou-se pelos clássicos gregos, sob influência de Hoelderlin (TROTТА, 2009), tendo, inclusive, feito duas traduções de Antígona (MORRIS, 2015), uma em prosa e outra em verso. Já Schelling apresentou ao jovem Hegel uma nova perspectiva na relação real-ideal (TROTТА, 2009). Importante apontar como esta influência seria importante sobre o jovem Hegel, eis que Schelling foi um dos fundadores da corrente filosófica do Idealismo alemão que, adotando o ponto de vista kantiano, afirmava a primazia do “eu penso”, ou seja, de que o conhecimento se fundamentava no eu pensante (ABBAGNANO, 2012).

Além das apontadas influências, com ênfase nos clássicos gregos e nas lições de Schelling, Hegel estudou outros autores, importantes para a construção de um futuro pensamento que busca entender a questão do conhecimento, dentre os quais Rousseau, a quem vai futuramente criticar a teoria do bom selvagem, por ser incompatível com sua construção teórica.

Hegel estudava em um seminário quando sobreveio a revolução gloriosa, também denominada de Revolução Francesa (1789). A Revolução animou o jovem Hegel de tal forma que, acredita-se, em uma manhã, junto a Schelling e Hoelderlin, na praça do mercado, plantou uma “árvore da liberdade”, em homenagem ao suposto sucesso da Revolução (TROTТА, 2009). Tal era o esplendor de Hegel pela liberdade, conforme pregava a mencionada revolução, sendo um de seus pilares fundamentais.

Formou-se no seminário aos 21 anos. Em seu certificado em teologia constava, curiosamente, que Hegel “[...] tinha grande competência, conhecimento médio e era dado ao

trabalho, sendo, porém, **deficiente em filosofia**” (MORRIS, 2015, p. 300, destaque nosso). O futuro provaria quão errada estava essa última constatação.

Tal época da vida de Hegel, o ensino teológico no seminário, e o fascínio pela cultura grega clássica, demonstram a importância que tiveram sobre o pensamento do jovem filósofo já nos seus primeiros escritos, conforme demonstra TROTTA (2009, p. 10):

Os primeiros escritos de Hegel, chamados *escritos da juventude*, têm como tema central a problemática teológica, isso porque o futuro professor de Berlim formulou inúmeras reflexões acerca do cristianismo, sempre tendo a cultura grega como norte ideal de organização política. Em tais escritos primeiros, Hegel chega a comparar Jesus a Sócrates, uma vez que humaniza aquele na tentativa de estabelecer um paralelo, não só de personalidades, como também envolver os aspectos culturais que cada um representou ante suas respectivas culturas. Hegel via, no cristianismo, um avanço considerável - em relação ao indivíduo - face ao judaísmo, que, para ele, era uma religião positiva no sentido de que as normas eram emanadas diretamente de Deus numa prescrição de comportamento a partir de um código exterior aos homens. O cristianismo, ao contrário, constituía-se em um avanço, justamente por ser inverso ao judaísmo, pois seu caráter subjetivo proporcionava ao homem um sentido de liberdade individual, que ligava os homens dentro de uma comunidade humana. Para Hegel, o cristianismo desenvolve a subjetividade quando os homens, pelo amor uns para com os outros, criam um sentido de comunidade que faz lembrar a cidadania ateniense, isto é, o homem pela dimensão do cidadão. Destaques no original.

Essa constante busca em compatibilizar o que Hegel entendia por cidadania ateniense e o cristianismo será uma preocupação constante em toda a sua obra (TROTTA, 2009). Foi também durante seu estudo no seminário que Hegel começou os primeiros estudos sobre Kant (VAZ, 2014). Quanto ao interesse de Hegel pela obra de Kant, segundo STRATHERN (1998, p. 14), Hegel teria saudado a publicação de “Crítica da razão pura” como “o maior evento em toda a história da filosofia”.

Assim, pode-se concluir que o período de estudo no seminário, onde aprendeu teologia, cultura grega clássica, bem como foi apresentado aos princípios do Idealismo alemão (do qual seria considerado como o Idealista Absoluto), conforme se verá no tópico seguinte, é de suma importância para a formação de toda a sua obra futura.

Após, segundo MORRIS (2015), Hegel foi preceptor em Berna, Suíça, onde teve uma vida solitária, dedicando-se ao estudo da política e da religião, o que o empurrou mais para a filosofia, que passou a ser seu interesse principal assim que aceitou um novo emprego de preceptor em Frankfurt³.

³ Inegável a importância de tal escola para a filosofia moderna, em especial Habermas, entre outros. Futuramente, a instituição ficaria conhecida pelo trabalho da Teoria Crítica da Sociedade, elaborado por famosos pensadores, dentre os quais Max Horkheimer, Theodor Ludwig Wiesengrund-Adorno e Hebert Marcuse, no Instituto para pesquisa social de Frankfurt (ABBAGNANO, 2012).

Conforme aponta MORRIS (2015), próximo aos trinta anos de idade, Hegel perdeu o pai, que lhe deixou uma pequena herança, a qual usou para abandonar o trabalho de preceptor, mudando-se para Jena, Alemanha, aceitando um convite de Schelling, onde se habilitou para lecionar na universidade da cidade como professor não-salariado, tendo o dinheiro da herança durado até sua tese, sobre a órbita dos planetas, ser aceita e ele registrado como livre-docente, obtendo a licença para dar aulas em troca de honorários. Tal período, segundo TROTTA (2009), foi importante pois, enquanto dava aula na instituição, prosseguia seus estudos filosóficos propriamente ditos.

Conforme MORRIS (2015), Hegel estava em Jena, em 1806, quando Napoleão invadiu a cidade, ocasião em que o filósofo avistou o conquistador de relance, montado em seu cavalo branco, tendo Hegel escrito a um amigo: “Na verdade, é uma sensação estranha ver à sua frente um indivíduo que aqui, a partir deste único lugar, montado em seu cavalo, está estendendo-se sobre o mundo e remodelando-o.” (MORRIS, 2015, p. 301). Segundo sua teoria, Napoleão encarnava, naquele momento, o Espírito do mundo, ou seja, sua afirmação ao amigo não partiu de uma admiração que tivesse pelo conquistador, mas sim da constatação de um fato, um momento do desenvolvimento da História.

Conforme visto anteriormente, Hegel tinha ficado entusiasmado com a Revolução Francesa, tendo, inclusive, conforme anteriormente mencionado, plantado uma árvore em sua homenagem, a “árvore da liberdade”. Quanto a esse entusiasmo com a Revolução e seus ideais, principalmente a liberdade, BOBBIO (2004, p. 80-81) nos diz:

Não obstante a discordância várias vezes expressa em relação ao idealismo abstrato kantiano, bem como a ostentação de uma certa superioridade dos alemães, que julgavam não ter necessidade da Revolução porque haviam feito a Reforma, Hegel — quando se refere, em suas lições de filosofia da história, à Revolução Francesa — não pode ocultar sua admiração; e fala também, mais uma vez, do “entusiasmo do espírito” (Enthusiasmus des Geistes) pelo qual o mundo foi percorrido e agitado, “como se então tivesse finalmente ocorrido a verdadeira conciliação do divino com o mundo.” Chamando -a de uma “esplêndida aurora”, pelo que “todos os seres pensantes celebraram em uníssono essa época”, expressa com essa metáfora a sua convicção de que, com a Revolução, iniciara-se uma nova época da história, com uma explícita referência à Declaração, cuja finalidade era, a seu ver, a meta inteiramente política de firmar os direitos naturais, o principal dos quais é a liberdade, seguido pela igualdade diante da lei, enquanto uma sua ulterior determinação. (Destaques do autor).

Porém, após desenvolver sua filosofia, Hegel passa a ter uma visão diferente da Revolução:

Mais tarde, sua estimativa sobre o efeito da Revolução Francesa se modificou, quando ele passou a considerar a história como uma manifestação progressiva da razão e concluiu que a verdadeira reforma devia ser o desenvolvimento, em vez da

divergência, que o verdadeiro progresso é o espírito dos anos por vir ansiando por mesclar-se com a vida presente. (MORRIS, 2015, p. 301)

Essa mudança de posicionamento quanto à Revolução se deve à constatação de Hegel de que a história não é um determinado momento, mas uma relação constante e permanente, e se dá em razão de um processo e não de um ato determinado, assim a Revolução é um ato da história e não ela em si.

Sobre esse período da vida de Hegel, do estudo no seminário até 1806, escreve MORA (2005, p. 1292) que: “Durante esse período esteve sob a influência de Schelling e dos românticos, também conservando as marcas do neo-humanismo e da educação teológica recebida em Tübingen, a qual, por outro lado, persistiu durante toda a sua vida”.

Mas, por mais que estivesse ligado ao ideal romântico e da teologia, a busca da razão era incessante, o que vai refletir no método, pois a metafísica está na relação entre sujeito e objeto.

De acordo com MORRIS (2015), em 1807, Hegel publicou sua primeira obra original, qual seja, “Fenomenologia do Espírito”, aos trinta e sete anos de idade, tardiamente, mas mesmo Rousseau só publica com 43 anos. Tal obra trata da marcha da consciência, ou do espírito, desde seu despertar, até a tomada de “essência da realidade” (TROTТА, 2009). A partir de 1807, seu pensamento filosófico vai ficando cada vez mais abstrato, sempre em busca de uma razão universal, fruto da marcha do espírito que pensa a si mesmo (TROTТА, 2009). Ou seja, Hegel segue na busca de fundamentar as coisas no eu pensante, que deve, segundo o princípio do idealismo posto por Kant, ter a primazia, de modo que pretende fundamentar o próprio eu que pensa no eu pensante.

Também passou um ano trabalhando em um jornal, como editor do *Bamberger Zeitung* de Baviera, emprego do qual não gostava e, após, foi, durante oito anos, reitor de uma escola, o Ginásio, em Nuremberg, Alemanha, emprego no qual se empenhou, dirigindo a escola de forma ordeira.

Conforme ensina MORRIS (2015), Hegel casou-se, aos quarenta anos, com uma jovem, Marie von Tucher, de dezenove anos, oriunda de uma antiga família de Nuremberg, com quem teve dois filhos: Karl, que se tornou um eminente historiador, e Immanuel, teólogo (STRATHERN, 1998). Bem como, em 1812, publicou os primeiros dois volumes de sua “Ciência lógica”, sendo o terceiro publicado em 1816, de modo que, graças ao sucesso de tal obra, foi convidado por três universidades, tendo aceitado o convite para Heidelberg.

Em Heidelberg, em seu discurso de abertura, Hegel, segundo MORRIS (2015, p. 301), disse ao público: “A história nos mostra que em outros países, quando tudo se perdeu da filosofia menos seu nome, ela se manteve como posse peculiar da nação alemã. Recebemos da natureza a elevada vocação para sermos guardiães desse fogo sagrado”. A tradição da filosofia alemã sempre foi reconhecida por seus grandes pensadores, Hegel refere-se de forma analógica às perdas alemãs, as perdas da forma de pensar a filosofia e não somente a história da filosofia. A manutenção de tal "fogo sagrado", equivalente às piras gregas, foi mantido, desenvolvido por Hegel, assim como foi fonte de diversos debates sobre método e natureza da filosofia.

Conforme TROTTA (2009), Hegel publica em 1807 a sua Enciclopédia das Ciências Filosóficas, dividida em três partes, nas quais vai abordar, seguidamente, a tríplice problemática surgida do pensamento kantiano (VAZ, 2014), ou seja, primeiro aborda a Filosofia do Sujeito, dedicando-se ao estudo da lógica, depois aborda a Filosofia da Natureza e, por fim, a Filosofia do Espírito, que, para Hegel, era resultado das duas Filosofias anteriores, eis que a história da filosofia seguiria um desenvolvimento dialético, de modo que a Filosofia do Sujeito e a Filosofia da Natureza são momentos anteriores e necessários à Filosofia do Espírito (VAZ, 2014).

Segundo MORA (2005), Hegel foi professor durante dois anos em Heidelberg e depois se mudou para Berlim, eis que aceitou um novo pedido para dar aulas na Universidade de Berlim. Sobre o período em Berlim, escreve MORRIS (2015, p. 302) que:

Ali, prosperou como conferencista; às vezes ficava desajeitado no pódio, mas era capaz de grande eloquência e atraía centenas de pessoas para suas aulas. Já não acolhia bem as interrupções e perguntas; os alunos em desacordo com seu sistema achavam-no inflexível. Ele impingia seu sistema aos estudantes de Berlim. Sua fama e influência transcenderam a filosofia técnica. Hegel era consultado com frequência pelo governo sobre política e nomeações acadêmicas. Durante esse período, escreveu sua *Filosofia do direito*, conferências na sala de aula que foram publicadas em 1831[...]. Em 1830 tornou-se reitor da Universidade de Berlim e em 1831 foi condecorado por Frederico Guilherme III. (Destaques do autor).

Assim, como visto acima, foi durante seu período em Berlim que escreveu umas de suas obras mais importantes, qual seja, “Filosofia do direito”, publicada em 1821. Em tal obra, Hegel faz um estudo das relações Estado-indivíduo, ou seja: “as relações entre universal-particular; como são possíveis suas possibilidades no plano político e em que medida o Direito efetivaria a liberdade ao mesmo tempo em que a normatividade, como dimensão pública, resguardaria os homens nas suas relações sociais necessárias” (TROTTA, 2009, p. 11).

Hegel faleceu em 1831, enquanto dormia, vítima de cólera.

2.2 Idealismo Alemão: de Kant a Hegel

Antes de adentrarmos em um breve estudo sobre o método em Hegel, faz-se necessário um conciso estudo do Idealismo alemão, destacando a influência de Kant em Hegel.

Assim, quanto a tal movimento, escreve VAZ⁴ (2014, p. 138) que:

Podemos situá-lo entre duas datas: 1770, marco inicial do Idealismo alemão, ano em que Kant escreveu a Dissertação *De mundisensibilisatqueintelligilis forma et principiis* (Da forma e dos princípios do mundo sensível e do mundo inteligível), em latim, como era de costume, na qual lança as primeiras linhas do seu sistema criticista transcendental, e 1831, data convencional do término do Idealismo alemão com a morte de Hegel. Não foi um simples movimento filosófico. Foi um movimento de pensamento que refletia, de certo modo, toda a riqueza, toda a complexidade, as mudanças da vida ocidental, nos fins do século XVIII e começo do século XIX, de grandes transformações e revoluções. Foi um período de fecundidade filosófica muito grande na Alemanha, o que justifica a importância que esse movimento tem na história da Filosofia posterior, até os dias atuais. (Destaques do autor).

Portanto, conforme exposto, temos como marco inicial do movimento a data de 1770, e seu fim em 1831, com a morte de Hegel, evidenciando que Kant, ao marcar o início de tal movimento com a Dissertação “Da forma e dos princípios do mundo sensível e do mundo inteligível”, foi o grande inspirador de todo o Idealismo alemão.

Entretanto, há autores que consideram a data de início e fim do movimento a publicação da obra *Crítica da razão pura* e *Filosofia do Direito*, respectivamente, como se vê a seguir, acentuando a importância de tal período:

Apesar de ser um pouco antiga e de as pesquisas mais recentes nos obrigarem a reconsiderar muitos pontos da interpretação, esta obra tornou-se referência obrigatória para todos aqueles que desejam obter uma visão de conjunto desse importante movimento filosófico, que Kroner situa entre os quarenta anos decorridos desde a primeira edição da *Crítica da Razão Pura* (1781) e o aparecimento da *Filosofia do Direito* de Hegel, em 1821. Nesse curto período de quatro décadas, o mundo assistiu com espanto a uma sucessão de obras geniais que marcaram profundamente toda a produção filosófica posterior e chegou até os nossos dias. Esta atualidade se faz sentir até mesmo em sua forma retroativa. Algumas tendências e escolas posteriores sentiram a necessidade de voltar àquelas mesmas fontes para renovarem o estoque de ideias e tomarem novo impulso. (SANTOS, 2009, p. 328). (Destaques do autor).

⁴ Por melhor atender aos objetivos do tópico, que não é um estudo ou análise aprofundada do Idealismo alemão, mas, sim, um breve relato sobre o movimento e a influência kantiana no pensamento de Hegel, a obra do Pe. Henrique Cláudio de Lima Vaz (*A formação do pensamento de Hegel*) será a obra base para este tópico.

Acentuando a importância de Kant, tanto para o movimento quanto para a filosofia, dispõe VAZ (2014, p 138):

O Idealismo alemão, do ponto de vista filosófico, sem nos determos sobre esses outros aspectos culturais, podemos dizer, é uma espécie de diálogo com Kant e que se renova constantemente ao longo desses 60 anos. Assim, pela fecundidade desse diálogo, podemos perceber a grandeza de Kant. Um homem que deu origem a um diálogo tão fecundo, com gente tão poderosa, filosoficamente falando, como Fichte e Hegel, realmente é um homem importante, marco na história da filosofia.

Assim, evidencia-se a importância de Kant para o movimento. Segundo VAZ (2014), os principais filósofos de tal período foram Kant, Fichte, Schelling e Hegel.

Isso posto, é relevante apontar que o que originou o Idealismo alemão, segundo VAZ (2014), foi a problemática do Criticismo de Kant, que resultou da fusão de três correntes principais:

- a) Filosófica: o racionalismo e o empirismo, que tinham sido as duas grandes correntes do pensamento moderno a partir de Descartes e, sobretudo, de Locke, no que diz respeito ao empirismo.
- b) Teológica: a teologia cristã protestante tem importância muito grande para a gênese do pensamento kantiano e depois para todo o Idealismo alemão. Sobretudo no que diz respeito à dialética da História, são problemas transpostos do nível teológico para o nível filosófico por Kant, Fichte, Schelling e Hegel. No caso de Kant, a teologia assumiu a forma que dominou o protestantismo alemão desde os fins do século XVIII, o *pietismo*, que deu mais ênfase à fé como adesão e sentimento do que ao conteúdo intelectual da fé, como pensamento. Isso foi importante para Kant contrapor os resultados da sua crítica à necessidade humana de crer em alguma coisa, de agir moralmente. Quer dizer, a *Crítica da razão prática* só foi possível porque Kant sofreu essa influência do *pietismo*. A família de Kant e todo o seu círculo em Königsberg eram pessoas muito piedosas.
- c) Crítica: foi transmitida pela Ilustração (*Aufklärung*, esclarecimento, como diziam os alemães), movimento que marcou, sobretudo, na Inglaterra, na França e na Alemanha toda a evolução do século XVIII, que era essencialmente crítico: crítica social e intelectual – crítica do ponto de vista de um projeto de refundição de todo o mundo intelectual europeu que concretizou a chamada enciclopédia – e crítica política. Na Alemanha, a Ilustração teve um aspecto acentuadamente pedagógico, o que chamaríamos hoje de conscientização (palavra derivada da terminologia hegeliana). Ela começou a ser delineada na Ilustração alemã, cujo desafio era como educar o povo para levá-lo à maioria, quer dizer, como fazer o povo tomar consciência de que ele estava atingindo uma fase na história em que devia tomar razão do seu destino, da sua responsabilidade etc. Foi aquilo que Kant tentou responder em seu opúsculo *Que é Ilustração?*, no qual tenta mostrar a passagem da minoridade histórica para a maioria. (VAZ, 2014, p 140). (Destques do autor).

Segundo VAZ (2014), tais foram as correntes que afluíram no pensamento de Kant, importantes para compreender o Idealismo de Hegel.

Para melhor entender o Idealismo alemão, bem como a filosofia de seus grandes nomes, é necessário tratar de sua problemática fundamental:

Quando se fala de Idealismo, significa aquele tipo de Filosofia que tem como problema fundamental a resolver o seguinte: como é que eu, afirmando a primazia, a antecedência lógica e também ontológica do sujeito pensante – o Eu penso -, sou obrigado também a fundamentar nele toda a realidade pensável, porque, se houvesse alguma coisa pensável que não se fundamentasse no sujeito pensante, este não teria primazia, não seria ponto de partida absoluto. Como a realidade pensável é uma infinidade de experiência (o mundo objetivo), tenho que resolver esse problema: como fundar no sujeito pensante a realidade pensável? (VAZ, 2014, p. 141)

Assim, “no caso do Idealismo alemão, o problema é saber se é possível com instrumentos lógicos rigorosos, instrumentos conceituais, fundamentar no sujeito pensante a realidade pensável” (VAZ, 2014, p. 141).

Portanto, ao invés de se reduzir a realidade pensável a um sujeito transcendente, como na Metafísica clássica, o Idealismo propõe que “o mesmo sujeito que está envolvido no processo de pensamento da realidade não tem que recorrer a um fundamento exterior a si mesmo; tem que fundamentar a realidade em si mesmo, tem que descobrir em si mesmo os títulos para ser sujeito pensante, ou seja, pensar a realidade e justificar a realidade” (VAZ, 2014, p. 141)

Ou seja, conforme VAZ (2014), o problema fundamental do Idealismo alemão é se essa redução da realidade pensável ao sujeito pensante pode ser realmente efetivada. A resposta dada por Kant, segundo VAZ (2014), foi negativa, dada a uma limitação interna do sujeito.

Sobre o tema:

[...] Kant afirma: a pretensão do Idealismo é identificar sujeito pensante e a realidade pensável, mas isso é impossível. Neste caso, temos que admitir uma limitação do sujeito pensante e admitir uma realidade pensável que é pensável, mas não cognoscível, que Kant chama de *noumenon*, porque não a podemos reduzir ao sujeito, não a podemos transformar em categorias do sujeito. Ultrapassa a nossa capacidade, e então ficamos nesse dualismo entre o *eu penso* e a coisa pensada. Eu posso pensar a coisa só segundo as condições a que eu mesmo estou submetido, condições impostas pela estrutura do nosso *entendimento* e da nossa *sensibilidade*. (VAZ, 2014, p. 142). (Destaques do autor).

Preleciona VAZ (2014, p. 142) que esse dualismo insuperável entre sujeito pensante e coisa pensada dá origem ao problema da “coisa em si”, ou seja, “o que é objeto de pensamento, mas não se fundamenta no sujeito”; os objetos que se encaixariam em tal categoria seriam Deus, o mundo e o Eu. Tais objetos não poderiam ser reduzidos ao sujeito pensante “por ser ele um sujeito condicionado e não um sujeito absoluto” (VAZ, 2014, p. 142).

Os discípulos de Kant acharam tal dualismo incoerente com o Idealismo:

O que Fichte, Schelling e Hegel vão fazer é tentar mostrar que o sujeito pensante – o homem- é de alguma maneira um absoluto dentro da justificação da sua verdade, quer dizer, ele não pode aceitar nenhuma verdade que ele não justifique em si mesmo. Em outras palavras, ele não pode aceitar o dualismo do pensável e do cognoscível. [...] O que vai parecer intolerável aos idealistas alemães posteriores a Kant é que o Absoluto não tenha sua fundamentação no próprio sujeito. (VAZ, 2014, p. 142).

No mesmo sentido:

[...] o Idealismo constitui o nome da grande corrente filosófica romântica que se originou na Alemanha no período pós-kantiano e que teve numerosas ramificações na filosofia moderna e contemporânea de todos os países. Por seus próprios fundadores, Fichte e Schelling, esse Idealismo foi denominado ‘transcendental’, subjetivo ou ‘absoluto’. O adjetivo *transcendental* tende a ligá-lo ao ponto de vista kantiano, que fizera do “eu penso” o princípio fundamental do conhecimento.[...] Por fim, o adjetivo *absoluto* tem por finalidade frisar a tese de que o Eu ou o Espírito é o princípio único de tudo, e que fora dele não existe nada. (ABBAGNANO, 2012, p. 608). (Destques do autor).

Desta forma, o Idealismo alemão aceitou o ponto de vista kantiano da primazia do “eu penso”, que nasce com Descartes no “Cogito ergo sum” e é aprimorado por Kant, quanto ao conhecimento, tentando superar a conclusão kantiana de que certos objetos, as coisas em si, não poderiam ser fundamentadas no Eu, ou seja, o Idealismo alemão pode ser concebido como absoluto, eis que pretendia ter no Eu o princípio fundamentador de tudo, de modo a não existir nada fora dele.

Assim, de acordo com VAZ (2014), para superar os dualismos apontados por Kant, os grandes nomes do Idealismo alemão (Fichte, Schelling e Hegel) caminharam em direções distintas, originando diversas tendências.

O ponto de partida dessas diversas tendências do Idealismo alemão é a questão fundamental: como passar da crítica (Kant) ao Sistema. Significa encontrar uma possibilidade de unir (sintetizar) aquelas aporias que Kant tinha deixado em aberto. O próprio Kant trabalhou intensamente na solução dessas aporias. Ele tentou edificar um Sistema, mas, como já estava idoso só ficaram fragmentos desse esforço. Como superar o dualismo do *eu penso* (eu como fundamento) e da realidade pensável? Essa realidade pensável não é só no sentido teórico, mas é toda a realidade. Portanto, é no sentido teórico, prático e construtivo. (VAZ, 2014, p. 151). (Destques do autor).

A partir de tal problemática surgem os três grandes Sistemas do Idealismo alemão, de modo que podem ser interpretados em um esquema linear ou radial (VAZ, 2014, 153).

Com relação ao esquema linear:

O esquema linear diz que o Idealismo alemão é uma linha na qual se sucedem três grandes Sistemas e cada um é o prolongamento do outro. Assim, cada um surge dos limites do anterior: Fichte, Schelling, Hegel como momentos sucessivos [de um] único desenvolvimento dialético. Vários autores dão a cada um desses momentos um nome: Idealismo Subjetivo (Fichte), Idealismo Objetivo (Schelling), Idealismo Absoluto (Hegel). É um esquema que remonta ao próprio Hegel, porque ele, nas suas *Lições sobre a história da Filosofia*, estuda assim o desenvolvimento do idealismo alemão. Na última seção da sua história da filosofia, Hegel trata o Idealismo alemão, primeiro Kant, depois Fichte, a seguir Schelling e, como resultado, o seu próprio Sistema. Ele, então, mostra que seu Sistema é uma consequência necessária daquilo que o antecedeu. E, de resto, corresponde à concepção que ele tinha da História da Filosofia, porque ele a julgava um processo dialético no qual os momentos *necessariamente* se sucediam. O Sistema de Hegel é, portanto, consequência necessária dos sistemas que o precederam imediatamente, ou seja, Schelling e Fichte. (VAZ, 2014, p. 153). (Destaques do autor).

Ou seja, vê-se que o esquema linear foi o adotado pelo próprio Hegel ao interpretar a história da Filosofia, que seguia um processo dialético, em desenvolvimento, sendo o seu sistema consequência dos anteriores.

Quanto ao esquema radial:

Hoje prevalece o chamado esquema radial. Ele mostra que de Kant partem três direções divergentes, e que não se pode aceitar que cada uma seja a consequência da outra: Fichte (sujeito) – Schelling (Natureza) – Hegel (História). Esse esquema pretende sublinhar que em Fichte, Schelling e em Hegel se esgotam, a partir de um determinado ponto de partida, que é o ponto de partida de cada um desses filósofos, todas as possibilidades de se explorar a herança de Kant. Fichte explora a fundo a herança de Kant a partir da problemática do Idealismo Subjetivo; Schelling a partir do problema da Natureza, do Idealismo Objetivo, e Hegel a partir do problema da História, ou seja, do Idealismo Absoluto. Portanto, Sujeito, Natureza, História seriam conceitos matriciais (fundamentais) que permitiriam a exploração de tudo aquilo que a herança kantiana permitia. Mas em três direções que não se podem articular, como queria o esquema linear, de modo que haja uma passagem necessária do Sujeito à Natureza, da Natureza à História, embora, depois, ao construir definitivamente o seu Sistema na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, Hegel retome, de certo modo, tudo isso. A problemática do sujeito em Fichte se transforma em Ciência da Lógica; o que é a problemática da Natureza em Schelling se transforma em Filosofia da Natureza. O que podemos chamar de contribuição original de Hegel é a Filosofia do Espírito, a que podemos chamar também Filosofia da História. (VAZ, 2014, p. 154). (Destaques do autor).

Por fim, percebe-se que Hegel absorve os princípios do Idealismo postos por Kant, desenvolvendo os conceitos principais, retomando essa tríplice problemática (Sujeito, Natureza, Espírito), aprofundando-a de modo a diferenciar a sua lógica do Idealismo de Fichte e a sua Filosofia da Natureza da Filosofia de Schelling, reunindo os três sistemas em seu Sistema da Enciclopédia (VAZ, 2014).

2.3 Filosofia e Método

MORA (2005, p. 1292) situa a filosofia hegeliana na confluência das correntes do idealismo transcendental e do romantismo, e ABBAGNANO resume a doutrina de Hegel em cinco pontos:

- 1º. Identidade entre racional e real, em virtude da qual a realidade é tudo aquilo que deve ser, ou seja, justifica-se absolutamente em todas as suas manifestações, que, portanto, são “necessárias” no sentido de não poderem ser diferentes daquilo que são. Desse ponto de vista, contrapor à realidade o “dever ser”, uma norma ou um ideal à qual ela não se adequaria, significa simplesmente erigir em juiz de realidade o intelecto *finito* (o interesse ou o arbítrio do indivíduo humano), e não a razão.
- 2º. Interpretação da necessidade racional em termos de processo dialético, entendendo-se por *dialética* a síntese dos opostos.
- 3º. Reconhecimento, como termo último desse processo, de uma autoconsciência absoluta, que também será chamada pelos partidários de Hegel de Espírito, Conceito Puro, Consciência Absoluta, Superalma etc.
- 4º. Interpretação da história como realização de um plano providencial no qual os povos vencedores encarnam, alternadamente, o Espírito do mundo, ou seja, a Autoconsciência ou Deus.
- 5º. Interpretação do Estado como encarnação ou manifestação do Espírito do mundo ou, em outros termos, como realização de Deus no mundo. (2012, p. 578). (Destques do autor).

Assim, vê-se na doutrina hegeliana que a realidade se identifica com o racional, de modo que tudo o que “é” já está como “deve ser”, ou seja, justifica-se como necessário somente pelo fato de ser, de modo que impor como norma um "dever ser" incompatível com a realidade seria construir como real algo irracional, ou seja, estabelecer como real o interesse ou o arbítrio do homem (intelecto finito) e não a razão.

Também, percebe-se o método pelo qual Hegel propunha ser necessário para se chegar na Verdade, o método da Dialética como síntese dos opostos.

Sobre o tema, conforme ensina ABBAGNANO (2012), o sistema hegeliano se encaixa no conceito de dialética como síntese dos opostos, diferenciando-a dos demais conceitos, quais sejam: dialética como método de divisão; dialética como lógica do provável; dialética como lógica. Apesar da dialética como síntese dos opostos ter sua maior expressão em Hegel, ela foi apresentada pela primeira vez por Fichte (ABBAGNANO, 2012), porém, como aponta MORA (2005, p. 1292), “o sistema de Hegel apresenta profundas diferenças em relação aos de Fichte e de Schelling”.

Segundo MORA (2015), para Hegel, a filosofia é o saber absoluto, ou a verdade, mas ele não é conhecido de imediato em sua origem, mas, na verdade, é o final de um

desenvolvimento que parte das formas inferiores de conhecimento até as superiores, de modo que mostrar como tais sucessões se dão, até chegar no saber absoluto, é o tema da *Fenomenologia do Espírito*.

Assevera MORA (2015, p. 1293) que:

Segundo Hegel, a ciência (*Wissenschaft*) é essencialmente sistemática; ela consiste em noções que se derivam umas das outras de modo necessário. A única forma em que a verdade pode existir é, diz Hegel, “o sistema científico dessa verdade”. Na verdadeira natureza do conhecimento radica a necessidade de que seja ciência; e, portanto, sistema. Esse sistema não é, contudo, um simples conjunto de proposições em forma dedutiva; o verdadeiro sistema é o que resume, unifica e supera as doutrinas anteriores. Somente na maturidade da história e da ciência pode existir, portanto, uma verdadeira ciência sistemática. O método dessa ciência é o método dialético[...], ou método da evolução interna dos conceitos segundo o modelo tese-antítese-síntese. O método dialético não é nem um puro método conceitual nem um método intuitivo; não é nem um método dedutivo nem um método empírico. Nesses métodos a verdade se opõe ao erro e vice-versa. No método dialético o erro aparece como um momento evolutivo da verdade: a verdade conserva, e supera, o erro. (Destaques do autor).

Assim, tem-se que, para Hegel, ciência é sistema, e como a verdade precisa ser ciência, então a verdade existe em forma de seu sistema. O método desse sistema seria o método dialético, no qual o erro que se opõe a uma forma primitiva da verdade não é verdadeira oposição a verdade, mas um momento evolutivo, que será conservado e superado, integrando uma forma superior do conhecimento, mais próximo da verdade absoluta.

Segundo ABBAGNANO (2012), tal dialética consistiria em três momentos, aos quais Hegel denominou de intelectual, dialético e especulativo, consistindo eles, respectivamente: “1º. na colocação de um conceito ‘abstrato e limitado’; 2º. no suprimir-se desse conceito algo ‘finito’ e na passagem para o seu oposto; 3º. na síntese das duas determinações precedentes, que conserva ‘o que há de afirmativo na sua solução e na sua transposição’” (ABBAGNANO, p. 318, 2012).

Sobre a Dialética como síntese dos opostos, dispõe ABBAGNANO (2012, p. 318) que:

De fato, pela identidade entre racional e real, a D. é não só a lei do pensamento, mas a lei da realidade, e seus resultados não são conceitos puros ou conceitos abstratos, mas “pensamentos concretos”, ou seja, realidades propriamente ditas, necessárias, determinações ou categorias eternas. Toda a realidade move-se dialeticamente e, portanto, a filosofia hegeliana vê em toda parte tríades de teses, antíteses e sínteses, nas quais a antítese representa a “negação”, “o oposto” ou “outro” da tese, e a síntese constitui a unidade e, ao mesmo tempo a certificação de ambas.

Assim, chega-se no terceiro ponto da doutrina apontado acima. Por meio do processo dialético, chega-se na Verdade, ou Consciência Absoluta. Assim, o conhecimento estará cada vez mais próximo da realidade, ou da verdade, cada vez que chegar a uma nova síntese. De

modo que vai alcançando níveis superiores, tendentes à verdade, sempre que à afirmação anterior se contrapõe uma antítese e se chega em uma síntese; assim, vai se repetindo o processo até que, por fim, chegue-se na autoconsciência absoluta.

Explicando como se daria esse desenvolvimento do conhecimento para Hegel, expõe MORA (2005, 1293) que:

Nessa marcha há diversas fases ou, melhor, “momentos”. Cada um desses “momentos” tem sua própria justificação, mas é insuficiente: é imediatamente negado e superado por outro “momento”. O primeiro momento do saber é aquele em que a consciência crê encontrar o conhecimento verdadeiro na certeza sensível. O objeto dessa certeza parece ser, com efeito, não somente o mais imediato, mas também o mais rico. Trata-se, porém, de pura ilusão. Tudo que o conhecimento sensível pode enunciar de um objeto é dizer que é. Pode-se enriquecer essa noção e procurar apreender o objeto por meio de determinações espaciais e temporais, tais como “aqui” e “agora”. Mas o “aqui” e o “agora” não têm sentido a menos que sejam universalizados. Somente por meio da universalidade do significado de termos com que pretendemos descrever os dados sensíveis supostamente imediatos podemos alcançar certeza desses dados. Deve-se, pois, avançar além da certeza sensível e encontrar o que pode fundamentá-la. Todavia os “momentos” que se seguem ao da certeza sensível tampouco são suficientes. As primeiras fases na evolução do espírito mostram a irremediável oposição entre o sujeito e o objeto, as contradições existentes entre o saber do objeto e o próprio objeto. Superior à certeza sensível, mas sem que fique suprimida a oposição e a contradição, é a percepção, à qual segue o entendimento, que já consiste no pensamento do objeto. Esse estado, por assim dizer, de perda da consciência na diversidade do objeto e em suas contradições desaparece quando sobrevém, no caminho que conduz ao saber absoluto, o reconhecimento pleno de si própria e de sua essencial identidade consigo mesma. Toda diversidade e toda oposição da consciência com o objeto se desvanecem diante da unidade revelada no conceito, e somente então se pode dizer propriamente que a consciência é razão. Mas a razão não pode se deter na fase de sua diversificação nas consciências individuais; por intermédio de uma série de fenômenos cuja sucessão Hegel liga não mais com a evolução de uma consciência individual, mas com a história, a consciência individual torna-se espírito e engloba em suas fases, conduzidas dialeticamente, a existência histórica, desde o estado de dependência até o paulatino descobrimento da vida interior pelo cristianismo, que alcança no curso de suas próprias negações internas a superação de sua contradição e seu triunfo final. Esse triunfo não é nada mais que a completa entrada do espírito em si mesmo pela religião. Perdido na selva de si mesmo, o espírito volta a encontrar-se em seu verdadeiro ser quando os graus de seu desenvolvimento o conduziram ao ponto em que a revelação do dogma cristão coincide com a verdade filosófica, pois o saber absoluto é a filosofia, o espírito que chegou a si mesmo após ter se manifestado em toda a sua verdade.

Assim, vê-se uma dialética entre sujeito e objeto, de modo que um nunca é resumido ao outro, mas, enquanto o conhecimento evolui, a consciência do objeto é também consciência de si, até que, em dado momento, não há mais oposição entre consciência e objeto. Também, pelo exposto acima, identifica-se as várias etapas dessa marcha rumo à verdade, dentre elas, o conhecimento sensível, que pode ser enriquecido com dados temporais e espaciais que, porém, para se ter certeza de tais dados, devem ser universalizados, chegando-se a certeza sensível.

Superior à certeza sensível está a percepção, e depois o entendimento, e, continuando nessa marcha, chega-se, ao fim, na verdade filosófica, ou o saber absoluto.

Com relação aos pontos quatro e cinco, vê-se que para Hegel a história é um movimento constante, em desenvolvimento, com um objetivo final, qual seja, a vontade de Deus, de modo que os povos vencedores, no decorrer da história, encarnariam, alternadamente, o Espírito do mundo ou Deus, o que leva a visão de que, em dado momento, dado Estado seria como a realização de Deus no mundo.

3 TEORIAS RETRIBUCIONISTAS

Feitos os breves estudos sobre a evolução do fenômeno punitivo ao longo da história, bem como um breve esboço sobre a vida e filosofia de Hegel, cabe agora uma proposta de análise das teorias absolutas, ou retribucionistas, da pena, sem a pretensão de que se almeje o aprofundamento teórico que não é próprio deste trabalho, mas que merecem atender os objetivos propostos de forma a expor a teoria retribucionista, cujos maiores expoentes foram Kant e Hegel (BITENCOURT, 2009), os quais serão objeto do presente capítulo, para, assim, podermos inferir qual função Hegel atribui à pena.

Zaffaroni (2003, p. 115) sintetiza da seguinte forma as teorias absolutas da pena:

*As teorias absolutas (cujo modelo é Kant) tendem a **a**) retribuir **b**) para garantir externamente a eticidade **c**) quando uma ação objetivamente a contradiga **d**) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião).*

Assim, tem-se a ideia básica das teorias absolutas, que fundamentam a pena na violação de um comando legalmente instituído - a lei-, devendo ser imposto ao que de alguma forma delinuiu uma ofensa equivalente à que tenha praticado, conforme a teoria da proporcionalidade, não a de Beccaria, que é contra a pena capital. Emmanuel Kant é o modelo de tais teorias, de modo que é necessário um breve estudo de seu pensamento acerca do fenômeno punitivo para melhor entender as teorias retribucionistas.

3.1 Teoria Retribucionista em Kant

Para melhor entender a teoria retribucionista em Kant é preciso assinalar que este considera a lei um imperativo categórico (BITENCOURT, 2009). Um imperativo nada mais é do que a forma de um mandamento ético (MORA, 2005). Segundo ABBAGNANO (2012), Kant entendia um imperativo como a forma de uma norma da razão.

Para melhor entender o imperativo em Kant:

*O imperativo, diz Kant, é uma regra prática dada a um ente cuja razão não determina inteiramente a vontade. Essa regra expressa a necessidade objetiva da ação, de tal modo que a ação *ocorreria* inevitavelmente de acordo com a regra *se* a vontade *estivesse* inteiramente determinada pela razão. Esse é o motivo pela qual os*

imperativos são objetivamente válidos, ao contrário das máximas, que são princípios subjetivos. (MORA, 2005, p. 1461). (Destaques do autor).

Ou seja, imperativo é o mandamento dirigido a um ser cuja vontade não está totalmente determinada pela razão, pois, se estivesse, o mandamento, ou a regra prática, ocorreria inevitavelmente, não sendo necessário a intervenção. Melhor esclarecendo, os imperativos, para Kant, dividem-se:

Os imperativos são [...] de dois tipos: *hipotéticos* ou *condicionais* (nos quais os mandamentos da razão são condicionados pelos fins que se pretende alcançar) e *categóricos* ou *absolutos* (nos quais os mandamentos da razão não são condicionados por nenhum fim, de tal modo que a ação se realiza por si mesma e é um bem em si mesma). Os imperativos hipotéticos determinam as condições da causalidade do ser racional como causa eficiente, isto é, em relação ao efeito e aos meios de obtê-lo. Os imperativos categóricos determinam apenas a vontade, tanto se ela for adequada ao efeito como se não o for. Por isso os primeiros contêm meros preceitos, enquanto os segundos são leis práticas, pois, embora as máximas também sejam princípios, não são imperativos. (MORA, 2005, p. 1461). (Destaques do autor).

Também explicando os imperativos hipotéticos e categóricos, assinala Abbagnano (2012, p. 628):

O Imperativo *hipotético* ordena uma ação que é boa relativamente a um objetivo possível ou real. No primeiro caso, ele é um princípio *problematicamente* prático; no segundo caso, é um princípio *assertivamente* prático. O Imperativo *categórico* ordena uma ação que é boa em si mesma, por si mesma objetivamente necessária, sendo portanto um princípio *apoditicamente* prático. Os Imperativos *problematicamente* práticos são de *habilidade* (p. ex., as prescrições de um médico). Os Imperativos *assertivamente* práticos são os da prudência: seu objetivo é a felicidade. Os I. *categóricos* são os da moralidade. Os primeiros poderiam denominar-se Imperativos *técnicos* ou *regras*; os segundos, I. *pragmáticos* ou *conselhos*; os terceiros são os Imperativos *morais* ou *leis* da moralidade (*Grundlegung*, cit., II). (Destaques do autor).

Assim, os imperativos categóricos são leis morais. Kant visualiza a norma moral como um dever (ou imperativo) pois a considera como um “fato da razão” (ABBAGNANO, 2012). Na verdade, como bem aponta DIAS (2015), imperativos categóricos são leis práticas derivadas da razão, constituindo-se em leis morais (diferenciando-as das leis da natureza) e que se dividem em leis éticas e morais e leis jurídicas e morais, conforme o incentivo.

Nesse sentido:

O ser racional capaz de agir por obrigação (dever) à lei prescrita pelo imperativo categórico, independentemente de suas inclinações, é dito livre. Ou seja, as ações realizadas livres de qualquer inclinação por dever à lei derivada da razão (imperativo categórico) são consideradas éticas e morais. As leis derivadas da razão (imperativo

categórico) que originam ações, as quais, contudo, não exigem o incentivo do dever para serem realizadas são jurídicas e morais. As leis da liberdade ou morais são assim chamadas para distinguir-se das leis da natureza. (DIAS, 2015, p. 148)

As leis podem ser internas ou externas. As leis jurídicas são externas, eis que não exigem o motor do dever, mas admitem outro motor, como a coação. Conforme DIAS (2015, p. 147), as leis morais possuem dois elementos: “1. A lei que representa uma ação faz dessa ação um dever. 2. A escolha subjetiva para agir segundo a lei necessita de um incentivo”. Nesse sentido, diferenciando leis éticas e jurídicas:

A lei que faz dessa ação um dever e também faz deste dever um móbil é ética. Ao contrário, a lei que faz dessa ação um dever, mas que não inclui necessariamente o incentivo do dever nela e, portanto, admite outro móbil, é chamada jurídica. Disto se depreende que a conformidade da ação com a lei, sem que o agente faça de sua intenção o dever, é chamada legalidade jurídica. Porém, quando a ideia de dever é também o incentivo da ação, a lei é chamada ética. Deveres que estão de acordo com as leis do direito são deveres externos, uma vez que a lei de direito não exige que a concepção interna de dever seja o fundamento determinante da escolha do indivíduo. (DIAS, 2015, p. 149)

Assim, a diferença entre lei ética e lei jurídica está em seu incentivo. A lei ética tem como incentivo, ou motor, o dever, ou seja, pratica-se tal dever por ser ele dever, ou seja, o incentivo é o dever, e nada mais. Já a lei jurídica não necessita que o fato de tal dever ser um dever seja o motor da ação do indivíduo, somente importando se a ação esteja de acordo com a lei, seja seu motor qual for, ou seja, no campo jurídico o motor da ação pode ser externo, como a coação, independente da vontade interna de agir conforme o dever, o que importa é que cumpra o dever, mesmo que tal cumprimento derive da coação. Assim, a diferença entre os deveres jurídicos e éticos não estão nos deveres em si, mas no que os motiva.

Exemplificando essa diferença:

O incentivo que concerne à ação no campo do direito pode ser a coação, ao contrário da ética. Esta última prescreve, por exemplo, que se deve cumprir um contrato em que alguém se comprometeu, mesmo se a outra parte envolvida não se utilizar da coação. Por conseguinte, o campo do cumprimento de leis jurídicas é o direito e não a ética, uma vez que se não estivessem no campo jurídico, todos dependeriam da boa vontade alheia para a manutenção dos princípios do direito. (DIAS, 2015, p. 149).

Portanto, no exemplo acima, pela lei ética os contratantes devem cumprir o contrato por ser o dever, isso bastaria para o cumprimento das obrigações de forma espontânea, assim, de forma que dependeria da boa e livre vontade de cada um. No campo do direito há como consequência a coação, de modo a servir como estímulo para que cumpram o contrato,

independente da boa e livre vontade de cada um, por uma imposição que pode refletir no exercício da, como mencionado, coação. Ou seja, no campo jurídico há uma obrigação que recai sobre alguém e esse alguém não precisa ter como motor da obrigação a intenção de cumprir a obrigação, basta ter o dever.

Porém, não há dissociação entre a lei moral e o direito, aquela embasa este e este garante aquela, conforme se vê a seguir:

Apesar da forma de obrigação do direito ser independente da intenção de agir por dever, o princípio universal do direito continua a ser embasado pela moral, pois o direito, através da coação, constitui uma forma de garantir que a lei prescrita pelo imperativo categórico (o qual expressa a realização de uma ação segundo uma máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma como lei universal) seja cumprida, garantindo, assim, a liberdade externa dos indivíduos. (DIAS, 2015, p. 149-150)

Ou seja, a finalidade do direito, além de fazer com que a lei moral seja cumprida, através da coação, é garantir a liberdade externa dos indivíduos. Isso também pode ser depreendido do trecho a seguir:

Dessa maneira, o fundamento da moral, que não é senão outro além da lei prescrita pela razão (imperativo categórico), serve tanto para embasar a ética quanto o direito. Este último garante, através da coação, que a autonomia da vontade dos seres racionais seja cumprida (DIAS, 2015, p. 150).

Portanto, diante do acima exposto, pode-se afirmar que o Imperativo categórico é uma lei prática derivada da razão, sendo, assim, uma lei moral (diferenciando-se das leis da natureza), de modo que tais leis morais podem ser éticas ou jurídicas, de forma que o que diferencia as duas modalidades não são os deveres, mas o motor de tais deveres, ou seja, enquanto as leis éticas têm no próprio dever o seu motor, o direito usa da coação como estímulo para garantir que a lei moral (imperativo categórico, lei prática derivada da razão) seja cumprida, de forma a resguardar a liberdade externa dos indivíduos. Feitas tais colocações, pode-se passar ao estudo do crime e da função da pena para Kant.

Kant via na justa retribuição um imperativo categórico de justiça (MARQUES, 2008, p. 96), conforme anteriormente mencionado; ou seja, a justa retribuição seria uma lei moral embasada em um mandamento prático derivado da razão.

Sobre a visão de Kant e das teorias retribucionistas sobre o crime:

O crime, na visão kantiana, configura transgressão ao direito de cidadania, cuja pena a ele deve corresponder, medida por uma espécie de talião jurídico. Como ensina Beza dos Santos, “o que caracteriza as doutrinas da *retribuição* é considerarem o

crime não só *pressuposto*, mas, de certa maneira, a *medida* da pena; quer dizer, o *mal* que esta faz sofrer ao criminoso deverá ser *equivalente, adequado ao mal* socialmente produzido por aquele; o crime deverá ter a pena *que merece*, esta será um *desvalor* para o criminoso, equivalente ao *desvalor social do crime*” (MARQUES, 2008, p. 97) (Aspas e destaques do original)

Assim, na visão retribucionista, a pena há de se medir pelo crime cometido, para que haja a justa retribuição: a ofensa punitiva deve ser equivalente à ofensa criminosa. Mas um dos traços mais marcantes da visão retribucionista da pena em Kant, e que o colocava em conflito direto com as ditas teorias relativas ou preventivas da pena, é o de que o criminoso deve ser o fim da pena. Ou melhor, a pena é instrumento de sofrimento, equivalente a "penar", sofrer, pois, para o filósofo alemão, não há outra finalidade na pena, ela é em si seu fim.

Tal posicionamento fica evidente no seguinte trecho de Bitencourt, ao citar Kant:

‘A pena jurídica, *poena forenses*, - afirma Kant – não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real’. O homem, na tese kantiana, não é uma coisa suscetível de instrumentalização. O homem não é, pois, ‘algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo’. Consequentemente, pretender que o Direito de castigar o delinquente encontre sua base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido. (BITENCOURT, 2009, p. 89). Aspas e destaques do original.

Do acima exposto também se pode inferir que Kant não via na pena de alguém uma função de ressocialização do condenado, já que a pena de um indivíduo deveria ser um fim em si mesma, por ser o indivíduo um fim em si mesmo, não podendo pretender alcançar outros bens, seja para a sociedade, seja para o próprio delinquente. A pena se aplica porque houve um crime, e não por qualquer outro motivo.

Ressaltando esse posicionamento de não instrumentalização da pena, tem-se:

A justiça do Direito Penal, segundo Kant, estaria justamente na falta de objetivo utilitário, sem fins políticos, na imposição das sanções. Somente a partir de um direito penal não-utilitário, poder-se-ia chegar a uma justificação de um direito penal retributivo que se diferenciava da vingança, de um poder brutal e de uma retribuição irracional. Dessa ótica, o direito tornar-se-ia justo e puro, apto a garantir a dignidade e a liberdade do homem. A pena, por sua vez, constitui uma exigência de justiça absoluta, com o objetivo de restaurar a ordem social violada pela transgressão. (MARQUES, 2008, p. 97)

Assim, a justa retribuição, sem fins utilitários, tornaria o direito justo, racional, afastando-o da vingança, restaurando a ordem social violada. No mesmo sentido, ressaltando o

posicionamento kantiano da pena como pura consequência da violação da lei, visando realizar justiça:

Dentro do esquema filosófico kantiano, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a Justiça porque ‘quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra’. Essa crença no império da Justiça levou Kant à elaboração do seu conhecidíssimo exemplo: se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça. (BITENCOURT, 2009, p. 89). Aspas do original.

Portanto, na visão kantiana, a sociedade que se recusasse aplicar a justa retribuição ao crime, realizando justiça, seria cúmplice da injustiça cometida pelo infrator, recaindo sobre ela os crimes deste. Deve-se lembrar que Kant via a justa retribuição como um imperativo categórico, logo como uma lei prática emanada da razão, de forma que agir contrariamente ao mandamento da razão é agir segundo paixões, de modo irracional, e, portanto, injusto.

Por essa ideia de justa retribuição, e, principalmente, pelo exemplo da dissolução da ilha, acima exposto, no qual o último assassino deveria ser executado, fica claro que Kant concordava com a pena de morte, em razão de sua teoria da proporcionalidade.

Nesse sentido:

‘Para Kant, o homicídio deve ser punido com a morte. Diante do homicídio não há nenhuma comutação apta a satisfazer a justiça, por ausência de qualquer correspondência entre uma vida plena de trabalho e a morte. Por isso, só a pena de morte pode ser equiparada a esse crime, para efeito de justiça penal’ (MARQUES, 2008, p. 97).

Ainda sobre a pena de morte e a restrição das paixões individuais:

Contrário a Beccaria, acerca da pena de morte, Kant sustenta que ninguém é punido por querer a própria pena, como ocorre no contrato social, mas por haver querido a prática da ação criminosa, passível de punição. A responsabilidade do delinquente funda-se em sua vontade de transgredir a norma. Já Beccaria entendia que a pena de morte não poderia estar compreendida no contrato civil primitivo, no qual todos os membros da sociedade participam, inclusive o delinquente.

Na teoria kantiana, observa Wolfgang Naucke, o Direito Penal é uma forma de restrição forçada da vontade individual, para assegurar a estabilidade da comunidade, pois o homem apresenta tendência natural à ambição, por meio da dominação. É o direito que lhe permite passar do estado natural para o cultural. (MARQUES, 2008, p. 98).

Kant via o indivíduo como um ser livre e racional, essa visão pode embasar seu posicionamento de que o criminoso era livre para transgredir a norma, tendo escolhido fazê-lo. A norma, como imperativo, dirige-se a vontade humana, que não é totalmente determinada pela razão; assim, serve para conter as paixões e impulsos egoístas e irracionais. O criminoso quando escolhe transgredir, escolhe seguir as paixões inferiores e não a razão. Ele não quis a punição, mas a ação punível.

Sobre como deveria ser medida a justa retribuição, Kant inclinou-se ao talião, como se pode depreender das lições de Bitencourt, citando o próprio Kant, a seguir:

Kant não ignorou um aspecto importante da pena: sua espécie e medida. Depois de se perguntar pelo grau e espécie de castigo que a justiça pública devia impor como princípio e como regra, a balança de seus juízos inclinou-se pelo *iustalionis*. Seus argumentos eram: ‘o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras-te a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas-te ou te matas a ti mesmo’. Desta forma, Kant afirma que não há nada melhor do que o *iustalionis* para expressar a qualidade e a quantidade da pena, ‘mas com a condição, bem entendida, de ser apreciada por um tribunal (não pelo julgamento particular)’. (BITENCOURT, 2009, p. 89). (Aspas e destaques do autor).

Assim, vê-se que Kant se preocupou em como a justa retribuição deveria ser mensurada, chegando a conclusão de que o talião seria o que mais se aproximava da justiça pretendida, deixando claro, porém, que o crime e sua pena deveriam sempre ser apreciados por um tribunal e não pelo particular.

Sintetizando a visão de Kant do fenômeno punitivo, tem-se que a função da pena é castigar o criminoso por haver infringido a lei moral e jurídica, emanada da razão, sem ter essa punição qualquer outra finalidade, seja para o criminoso, seja para a sociedade. Como visto acima, a lei moral jurídica pode usar da coação como motor da ação que ela estipulou como dever. Havendo a inobservância de tal dever, há a sanção. Ou seja, a pena é consequência do crime, nada mais, não tem outro fim. E, por fim, deve haver a justa retribuição entre o ato criminoso e a pena, de modo que, para Kant, o talião seria o que mais se aproxima de tal justa retribuição.

3.2 Teoria Hegeliana

A teoria absoluta da pena é retomada por Hegel, sendo um dos assuntos de sua “Filosofia do Direito”. Hegel também via a pena como justa em si mesma (MARQUES, 2008, p. 98). Conforme Bitencourt (2009), o Direito, para Hegel, ao ser derivado da vontade geral, é expressão da vontade racional, de modo que a vontade particular do criminoso passa a ser uma vontade irracional, que deve ser negada para restabelecer o Direito. Na verdade, Hegel via a violência da punição como necessária para destruir a violência injusta.

Neste sentido, para ilustrar o pensamento do filósofo transcreve-se:

O princípio conceitual de que toda a violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com outra violência. É assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais e tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira. Nota - 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 heróico (§ 359Q). (HEGEL, 1997, p. 84).

Assim, a violação do direito já é em si uma violência, e, como tal, deve ser suprimida por outra violência. A coação contra o estado de selvageria poderia aparecer como primeira violência, mas não é, pois essa vontade natural é em si violência, pois atenta contra a ideia de liberdade, que deve ser defendida da vontade selvagem.

Ainda no sentido de ter na pena a negação da violência do crime:

O direito abstrato é direito de coação pois ato injusto é uma violência contra a existência da minha liberdade numa coisa exterior. Manter esta existência contra a violência como ação exterior é uma violência que suprime a primeira. Nota - Definir o direito abstrato ou estrito como um direito a cuja prática se deveria coagir é defini-lo segundo uma consequência que só surge nas sinuosidades da injustiça. (HEGEL, 1997, p. 84-85)

Assim, o direito abstrato seria um direito de coagir, sendo que a violência que o transgride é um exercício de força contra a liberdade. Sobre o tema:

A teoria absoluta, preconizada por Kant, viria a ser retomada por Hegel (1770-1831), no sentido da justiça da pena em sua própria aplicação. O crime, considerado como violação de um direito, deve ser suprimido por meio da pena, possibilitando, dessa forma, a restauração do direito. Assim, o crime é a negação do Direito, enquanto a

pena, como negação do crime, reafirma o Direito. De fato, definir o Direito como algo a ser seguido e respeitado implica, por via de consequência, a possibilidade de ele ser violado. A pena é, assim, a negação da negação caracterizada pelo crime, com o objetivo de reafirmar o Direito e atualizar a justiça. Quando a pena é aplicada, a realidade do Direito reconcilia-se com ela mesma. (MARQUES, 2008, p. 98-99)

Dessa forma, Hegel vê a pena como a negação da negação do Direito, de modo que a violência da pena é necessária para anular a violência do crime e restaurar o Direito violado. Tal ideia fica clara no seguinte trecho de sua obra:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (HEGEL, 1997, p. 87).

Ou seja, a pena se manifesta como negação da violação, passando a integrar a realidade do direito, suprimindo a negação da violação e reconciliando a realidade do direito.

Na verdade, fica claro que Hegel aplica seu método dialético à sua ideia de Direito Penal. A tese é a vontade geral, expressada no ordenamento jurídico, e a antítese é a vontade individual, expressada na violação do direito, ou seja, na negação da vontade geral. A pena, assim, seria a negação da negação, ou seja, a síntese, que reafirma a vontade geral (BITENCOURT, 2009).

Nas palavras do próprio Hegel (1997, p. 87-88): “Do mesmo modo, 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”. Portanto, vê-se que a justificativa da pena estaria em restaurar a vontade geral (da vítima e dos outros). A violação é positiva para o criminoso, mas negativa para a sociedade, de modo que tal vontade deve ser lesada para não ser válida.

Nesse sentido:

A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: ‘a pena é a negação da negação do Direito’. A fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – mais jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. Isso significa, na afirmação de Mir Puig, que, “se a ‘vontade geral’ é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á de negar esta negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato, e de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* e intensidade

da nova negação que é a pena. (BITENCOURT, 2009, p. 90). Aspas e destaques do original.

Assim, vê-se a aplicação de seu método ao Direito Penal. A vontade geral, que Hegel também entendia por uma vontade racional, é violada; tal violação é positiva para o criminoso, mas negativa para a sociedade. Assim, se ela não for negada, continuará válida. Deste modo, deve haver a negação da negação da vontade geral, ou melhor, a negação da afirmação do ato criminoso, por meio da pena. Desta forma, o direito, ou a vontade racional (geral) se atualiza e volta a se afirmar.

Porém, apesar de Hegel também crer numa retribuição próxima ao talião, ele discordava da ideia de praticar um mal pelo mal, pois tal seria irracional, conforme ocorre no talião. Nesse sentido:

A pena [...] é justa, por reafirmar o Direito, e não por produzir um mal correspondente ao crime cometido, pois é irracional objetivar um mal pela via do castigo, diante do mal produzido pelo crime, como ocorre no talião, que caracteriza mera vingança. Qualquer outro fundamento atribuído à pena ofenderia a dignidade humana. Para Hegel, a ameaça contida na pena constitui coação contrária à liberdade do homem, como ser racional, afastando por isso a ideia de justiça. (MARQUES, 2008, p. 99).

Dessa forma, tem-se a ideia de Hegel de que deve haver a retribuição do mal para negar esse mal e, assim, reafirmar o Direito, demonstrando que Hegel, de fato, aplicou sua dialética ao Direito Penal. Aí reside a justeza da pena, e não na mera retribuição por ter ocorrido um mal, o que se assemelharia a mera vingança. Também, do citado acima, percebe-se que Hegel era contrário à coação exercida pela pena, pois o ser racional não pode ser ameaçado como se ameaça-se um animal com algum objeto (BITENCOURT, 2009). Portanto, pode-se afirmar que Hegel era contrário as correntes preventivas da pena, por repudiar a coação.

Hegel também via na pena um modo de tratar o criminoso como ser racional, dando a ele seu direito (BITENCOURT, 2009). Nesse sentido:

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. (HEGEL, 1997, p. 89).

Portanto, a pena não era apenas justa em si, mas era o direito da pessoa que delinuiu. Direito por meio do qual o delinquente reconhece a vontade universal como sendo também sua, e se submete a ela, como somente um ser racional poderia fazer.

Com relação à medida, qualitativa e quantitativa, da pena, Hegel afirmou não serem essenciais, eis que o que é essencial é a supressão do crime e a reafirmação do direito, da vontade geral (MARQUES, 2008).

Nesse sentido:

A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor. Nota - Na ciência vulgar, a definição de uma essência (no caso a pena) é extraída da representação universal da experiência psicológica, e indicaria esta que o sentimento geral dos povos e dos indivíduos perante o crime é, e sempre foi, o de que o crime merece a punição e o criminoso deve responder pelo que fez. (HEGEL, 1997, p. 90).

Ou seja, o que importa é a igualdade que provém da natureza em si do crime, como exposto acima, igualdade de valor. Com relação ao sentimento geral da sociedade, Hegel expõe que o sentimento geral quanto ao crime é, e sempre foi, de que ele deve ser punido e o criminoso responsabilizado.

Sobre o posicionamento de Hegel acerca da pena de morte:

Sabe-se que Beccaria contestou o direito de o Estado aplicar a pena de morte com o pretexto de que não pode presumir-se que o contrato social contenha o consentimento dos indivíduos em serem mortos, antes devendo admitir-se o contrário. Ora, o Estado, de um modo geral, não é um contrato (§ 15s), e a sua essência substancial não é exclusivamente a proteção e a segurança da vida e da propriedade dos indivíduos isolados. É antes a realidade superior e reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que elas lhe sejam sacrificadas. Além de constituir um dever do Estado manter o conceito de crime, já na ação do criminoso se encontra o que há de racional independentemente da adesão do indivíduo, a racionalidade formal, o querer do indivíduo. Considerando-se assim que a pena contém o seu direito, dignificasse o criminoso como ser racional. Tal dignificação não existirá se o conceito e a extensão da pena não forem determinados pela natureza do ato do criminoso, o que também acontece quando ele é considerado como um animal perigoso que se tenta intimidar ou corrigir ou que é preciso suprimir. Enfim, do ponto de vista das moralidades da sua existência, a forma que a justiça tem no Estado, isto é, como pena, não é a única e o Estado não é a condição necessária da justiça em si. (HEGEL, 1997, p. 89-90).

Assim, para Hegel, o Estado não é um contrato, como idealizava Beccaria, e seu fim não é a proteção da vida e da segurança dos indivíduos. A essência do Estado seria a realidade superior, e para tal ele poderia reivindicar a vida e a propriedade dos indivíduos. Ou seja, “por

uma vontade de justiça, diante de um crime cometido, pode o Estado, como realidade superior, sacrificar a vida do indivíduo, dependendo da natureza do ato criminoso por ele praticado” (MARQUES, 2008, p 100).

Portanto, para Hegel, a função da pena é reafirmar o direito, ou a vontade geral, violado. A vontade positiva da sociedade e da vítima é oposta pela vontade negativa do criminoso (que para ele é positiva). Assim, a vontade geral é negada e a vontade individual é afirmada. Então, a pena negaria a afirmação individual (negação da vontade geral) reafirmando o direito, ou vontade geral. Ou seja, a pena não seria um mal pelo mal, pois isso seria irracional. Ela é a negação de um mal que reafirma a realidade superior. Assim, dependendo da natureza do crime, por uma necessidade da realidade superior aos indivíduos, pode o Estado penalizar o criminoso com a pena de morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É mister frisar que o trabalho, conforme mencionado, não tem a expectativa de concluir de forma definitiva a grandeza da obra hegeliana e de igual forma a questão da punibilidade, sendo o trabalho resultante de estudos acerca do filósofo e sua teoria da pena na esfera de um trabalho de conclusão de curso, tendo pleno conhecimento das inúmeras dissertações e tese a respeito da metodologia e tantos outros aspectos do filósofo alemão. Portanto, depois desta breve análise sobre a evolução do fenômeno punitivo, de igual forma, da da vida e obra de Hegel, pontuando fatos relevantes e pontos de sua filosofia e método e, a seguir, estudando a pena como retribuição nos dois maiores expoentes do pensamento retributista, no caso, Kant e Hegel, podemos concluir a justificação dada por Hegel à pena.

É necessário frisar que a pena na modernidade, em nosso ordenamento jurídico, conforme o *caput* do art. 59 do Código Penal Brasileiro, tem por escopo, além da função preventiva, a função retributiva, eis que adotou a teoria mista, ou unificadora, da pena, unindo função retribucionista, ou repressiva, com a função preventiva. Ou seja, ainda em nosso tempo a retribuição é mantida como um dos elementos da pena, tamanha a influência das teorias retribucionistas ainda nos dias atuais, mesmo que mesclada com a visão humanitária da prevenção.

Como visto, Hegel aplica seu método dialético ao Direito Penal, de modo que a vontade geral, ou o direito, é uma tese, que se afirma, ou seja, é positiva. A vontade do criminoso, vontade individual, positiva em si, nega a tese representada pela vontade geral, constituindo-se em antítese. Se a vontade individual não for negada, ela se manterá válida. Assim, a pena nega a vontade individual, restabelecendo a vontade geral, ou o direito. Vale lembrar, como visto anteriormente, que a razão, ou a verdade, para existirem, existem em forma de sistema, e o sistema da verdade, para Hegel, é a sua dialética.

Portanto, a justificativa da punição estaria em reestabelecer a vontade geral. Assim, o mal da punição não seria somente um mal decorrente de outro mal, eis que isso, para Hegel, seria irracional. Pelo contrário, ao restaurar a vontade geral, restaura-se a vontade racional. Eis que, por a pena constituir-se em síntese na restauração do direito, a vontade geral renovada ficou mais próxima da razão, ou seja, da verdade.

A perseguição por essa realidade superior, que Hegel diz ser a essência do Estado, autoriza, inclusive, a pena de morte, bem como qualquer outro tipo de pena, de acordo com a natureza do crime cometido.

Também, apesar da visão de que as teorias retribucionistas visam somente retribuir o crime com uma ofensa semelhante, a fim de garantir a lei, há uma clara diferença entre a justificação dada por Kant e a justificação dada por Hegel.

A justa retribuição, para Kant, era um imperativo categórico, ou seja, uma lei prática emanada da razão, dirigida à vontade dos indivíduos, e, por ser emanada da razão, era boa em si mesma. Já Hegel via na retribuição a necessidade de se negar o irracional e restabelecer o racional. Ou seja, a justa retribuição para Kant é necessária por ser um imperativo categórico; para Hegel, a retribuição é necessária para negar o irracional e renovar o racional.

Por fim, o presente trabalho teve sucesso em fazer um estudo breve do fenômeno punitivo ao longo da história, bem como um estudo raso da filosofia hegeliana, tão complexa, demonstrando, por fim, a noção retribucionista da pena em Kant e em Hegel, ampliando a compreensão sobre a função da pena sob a ótica da filosofia hegeliana.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol 1. 14 ed. Ver. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. trad. Edson Bini. 4 ed. rev. São Paulo/Bauru: Edipro, 2009.
- DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. O direito e a ética em Bentham e Kant: uma comparação. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, p. 147-166, Apr. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732015000100147&lng=en&nrm=iso>. acessos em 20 out. 2015.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. trad. João Ibaixe Jr e Carmensita Ibaixe. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. São Pulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MORA, J. Ferrater. **Dicionário de Filosofia: tomo II**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. trad. Silvana Vieira e Claudia Berliner. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, José Henrique. De Kant a Schelling. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 328-335, June 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-

512X2010000100020&lng=en&nrm=iso>. access on 02 Dec. 2015.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100020>.

STRATHERN, Paul. **Hegel em 90 minutos**. trad. Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

TROTTA, Wellington. O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia do direito. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba , v. 17, n. 32, p. 9-31, fev. 2009 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782009000100002&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 19 out. 2015.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **A formação do pensamento de Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.