

A punição como reconciliação em Hegel*

Daniel De Vasconcelos Costa

Universidade Federal de Goiás (UFG)

ABSTRACT: In this article, I focus on Hegel's approach on the problem of punishment. I argue that the traditional, or orthodox, interpretation of Hegel's penal theory that sees it as a retributive approach is wrong. This mistake resides on the lack of knowledge about the possible categories about the function of the penal law as well as how we could conceive punishment. I try to solve this problem through the contemporary penal law theories, in special, German penal law theories, which present us new concepts that allow us to distinguish different structures of the penal law system, and so, different questions about it. In the end, it will be possible to comprehend how Hegel proposed a penal law theory that rather than being retributive was an approach known today as the unified theory of positive general prevention of the function of penal law, where the punishment had an expressive function connected with the demands of justice.

KEYWORDS: Hegel, Penal law theory, Punishment, Unified positive general prevention theory.

Em, talvez, um dos artigos mais conhecidos de sua carreira, *Abschied von Kant und Hegel*,¹ o jurista alemão Ulrich Klug aponta para o fato de que os tribunais alemães de sua época ainda faziam uso de uma linguagem retributiva, de que a punição seria uma *angemessene Sühne*, isto é, uma expiação apropriada ao crime cometido.² Esta postura dos tribunais alemães seria, de acordo com este jurista, o resultado de um posicionamento teórico compartilhado entre os operadores de direito daquela época, que se apoiavam na compreensão de Immanuel Kant e G. W. F. Hegel sobre a natureza da punição no direito penal.

Ambos os filósofos de língua alemã teriam defendido uma teoria retributiva onde a necessidade da punição seria a decorrência da necessidade de justiça, e o seu fim seria o

* Artigo recebido em Abril 2019 e aprovado em Agosto 2019.

¹ 'Despedida de Kant e Hegel'. Qualquer trecho em alemão ou inglês que surja no texto será traduzido nas referências para o português pelo autor, quando não for diretamente traduzido no próprio texto.

² KLUG, U. *Abschied von Kant und Hegel*. In: KLUG, Ulrich. **Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Band 2: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme**. Berlin; Heidelberg; New York: Springer, 1981, p. 149.

de corrigir a injustiça que teria ocorrido no mundo através da pena.³ Klug reconhece que há uma diferença entre Kant e Hegel, em especial, no que diz respeito à determinação da punição, ou seja, de como a pena deve ser pensada. Entretanto, ambos os filósofos teriam a concebido como um exercício de retribuição, por ser a única medida que poderia restaurar a justiça ao equivaler o dano causado pelo crime.⁴ Klug afirma que: “*Wie man weiß, vertritt Hegel eine Auffassung über den Sinn der Strafe, die zwar grundsätzlich mit derjenigen von Kant übereinstimmt. Im einzelnen sind aber einige Abweichungen festzustellen[...]*Die Strafe ist auch nach Hegel Wiedervergeltung.”⁵

Porém, afirma o jurista alemão, dado os problemas conceituais e normativos que uma teoria penal retributiva nos moldes de Kant e Hegel teria apresentado, já teríamos passado do tempo de nos despedirmos dos excessos metafísicos e concepções morais e epistemológicas questionáveis que ambos os filósofos teriam defendido, ao menos, em relação às suas abordagens acerca da teoria penal.⁶

O jurista alemão Claus Roxin se junta a Klug em sua interpretação.⁷ Ele defende que Hegel teria apresentado uma teoria penal retributiva semelhante a de Kant, embora também reconheça que exista diferenças entre ambas as abordagens.⁸ Roxin também assume uma perspectiva crítica ao retributivismo penal, não somente frente ao de Kant e

³ KLUG. Abschied, p. 150-151. Faço uma distinção conceitual entre ‘punição’ e ‘pena’. Punição é o termo que designa qualquer tipo de sanção negativa infligida a alguém por algum tipo de transgressão. Por outro lado, pena significa a forma específica da punição aplicada a alguém. Nesse sentido, afirmamos que o encarceramento seria um tipo de pena, por dar um formato específico à punição, enquanto normalmente usamos o termo ‘punição’ em contextos onde a punição não seria especificada, como, p.ex.: ‘X deve sofrer uma punição por ter feito Y’.

⁴ Ao lado de Hegel, Kant ficou conhecido entre diferentes juristas alemães como um dos principais nomes do retributivismo alemão. Para estes, o filósofo prussiano teria defendido uma teoria penal retributiva por enfatizar a importância da retribuição, e por ter rejeitado e criticado a infligência da punição que tenha um fim além da busca da justiça, pois a punição seria um imperativo categórico, e punir alguém por um fim além da necessidade da justiça seria utilizar pessoas como um meio, e não como um fim em si mesmo. Embora alguns comentadores afirmem que o entendimento da teoria penal kantiana seria má interpretada, e Kant defenderia uma teoria geral da dissuasão. Ver KANT, I. **Die Metaphysik der Sitten. Werkausgabe Band VIII**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1977, p. 452-453; ROXIN, C. **Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**. München: C. H. Beck. 2006, p. 71; JESCHECK, H-H.; WEIGEND, T. **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Fünfte Auflage**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 70. Sobre a alegação da má interpretação da teoria penal kantiana, ver MERLE, J.-C. **German Idealism and the Concept of Punishment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 44-71.

⁵ KLUG. Abschied, p. 151. “Como se sabe, Hegel defende uma concepção sobre o sentido da pena que concorda fundamentalmente com aquela de Kant. Porém, pode-se perceber algumas diferenças nos pormenores[...]a pena é também para Hegel retribuição.”

⁶ KLUG. Abschied, p. 154.

⁷ ROXIN. **Strafrecht**, p. 70-73.

⁸ ROXIN. **Strafrecht**, p. 71-72.

de Hegel, mas frente à própria ideia de retribuição como o fim da punição.⁹ Em termos gerais, a crença de que Hegel teria proposto uma teoria penal retributiva seria comum entre os grandes nomes do direito penal alemão.¹⁰

Mas, não somente importantes representantes da teoria penal alemã assumiram que Hegel teria defendido uma teoria penal retributiva. Vemos que essa interpretação é comum entre juristas de outras nacionalidades, que dissertaram sobre a natureza da punição com maior profundidade, e também entre filósofos comentadores de Hegel, tanto os proponentes quanto os críticos de sua teoria política e penal.¹¹

Argumentarei no presente texto que essa leitura acerca da teoria penal proposta por Hegel seria, na verdade, equivocada. Ela não leva em conta como Hegel procedeu em seus escritos, e confunde diferentes exposições críticas realizadas por Hegel com a defesa de um tipo específico de posição. Essa interpretação não compreendeu as diferentes nuances apresentadas por Hegel, que somente foram possíveis de serem percebidas através dos inúmeros avanços conceituais na teoria penal contemporânea, em especial, na teoria penal alemã.

À luz destes avanços conceituais, torna-se possível compreender que a teoria penal de Hegel deve ser concebida como uma abordagem da teoria penal unificada da prevenção geral positiva, e o retributivismo penal teria uma função bem específica dentro dessa abordagem. Para isso, podemos começar com uma breve definição do que seria uma teoria retributiva (I) e, em seguida, uma exposição da teoria penal proposta por Hegel, buscando

⁹ ROXIN. *Strafrecht*, p. 72-73.

¹⁰ Entre estes vemos, além de Claus Roxin, p.ex., os juristas Karl Binding, Hans Welzel, Hans-Heinrich Jescheck, Michael Köhler. Cf. BINDING, K. *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Leipzig: Wilhelm Engelmann Verlag, 1902, p. 176-177; WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 240; JESCHECK & WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 70; KÖHLER, M. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer-Verlag, 1997, p. 43.

¹¹ Vemos, p.ex., o jurista brasileiro Cezar Roberto Bitencourt afirmar que: “Como Kant, também Hegel atribui um conteúdo talional à pena. No entanto, apesar de Hegel supor que a ação realizada determina a pena, não o faz fixando sua modalidade, como ocorre no sistema talional, mas apenas demonstra, exclusivamente, sua equivalência.” Cf. BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal, volume 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87. Também o jurista americano George P. Fletcher defende que Hegel teria defendido uma posição retributiva. Entre os comentadores de Hegel vemos, entre outros, os filósofos Allen W. Wood, Mark Tunick, e Dudley Knowles igualmente afirmarem que Hegel teria defendido uma teoria penal retributiva. Cf. FLETCHER, G. P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 32; WOOD, A. W. *Hegel's Ethical Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 108-110; TUNICK, M. *Hegel's Political Philosophy: Interpreting the Practice of Legal Punishment*. Princeton: Princeton University Press, 1992a, p. ix-x, 34-35; KNOWLES, D. Hegel on Justification of Punishment. In: WILLIAMS, R. (Org.). *Beyond Liberalism and Communitarianism: Studies in Hegel's Philosophy of Right*. New York: SUNY Press, 2001, p. 139; KNOWLES D. *Hegel and the Philosophy of Right*. London; New York: Routledge, 2002, p. 154-155.

ênfatisar os pontos que levaram seus comentadores e críticos a interpretar sua teoria penal como pertencente à abordagem retributiva (II). Discorrerei, então, sobre diferentes aspectos da abordagem sobre a natureza da punição, me apoiando, em especial, nos conceitos desenvolvidos pela teoria penal alemã (III). Por fim, com base nos conceitos apresentados na seção anterior, defenderei, ao lado de alguns comentadores e teóricos, que a alegação de que Hegel seria retributivista seria equivocada e que a sua teoria deveria ser compreendida como uma teoria unificada da prevenção geral positiva, onde o aspecto expressivo da punição seria enfatizado (IV).

1. *Definindo o retributivismo*

De acordo com diferentes tratados que versam sobre o direito penal, é possível observarmos que a retribuição seria considerada como uma das expressões mais comuns e naturais de punição que conhecemos. Roxin diz que, p.ex.: “*Die Konzeption der Strafe als einer ausgleichenden Vergeltung ist der Sache nach schon seit dem Altertum bekannt und im Laienbewusstsein mit einer gewissen Selbstverständlichkeit lebendig.*”¹² O retributivismo seria uma das expressões mais naturais de punição por ter uma base muito forte nos sentimentos naturais de retribuição ante aqueles que nos infligiram algum mal.¹³

A busca por retribuição refletiria a necessidade de trazer uma espécie de equilíbrio natural que teria sido quebrado com a ação do ofensor. O criminoso deveria sofrer algum tipo de dano ou mal por ele próprio ter, antes, gerado um dano ou um mal a outrem, e esse mal que ele sofreria seria uma retribuição por aquele que ele causou. Punir seria a imposição de um mal sobre o criminoso, através do qual o universo teria o seu balanço restaurado.¹⁴ Portanto, a punição como retribuição teria sua justificativa pelo fato de ser capaz de restaurar o antigo estado de prevalência de justiça.

Ademais, a imposição deste mal ao criminoso o expiaria, limpando-o de qualquer culpa que ele pudesse ter por causa de seu crime.¹⁵ Talvez por isso, o retributivismo tenha

¹² ROXIN. *Strafrecht*, p. 70. “A concepção da punição como uma retribuição compensatória já é conhecida, em sua essência, desde a antiguidade e vive com uma naturalidade na mente dos leigos.”

¹³ JESCHECK & WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 66; SAMAHA, J. *Criminal Law, Tenth Edition*. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2011, p. 22.

¹⁴ FLETCHER. *Rethinking*, p. 32; GREENAWALT, K. Punishment. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74, n. 2, 1983, p. 347.

¹⁵ ROXIN. *Strafrecht*, p. 70.

sido uma das expressões mais comuns de punição e, possivelmente, a mais antiga compreensão da essência da punição, figurando, inclusive, em diferentes códigos religiosos.¹⁶ A lei de talião seria, p.ex., uma das formulações mais antigas da ideia de retribuição, que é normalmente resumida através da seguinte noção: “olho por olho, dente por dente.”¹⁷

Mas como esta formulação deixa claro, o dano imposto através da punição não poderia ultrapassar um limite razoável para o retorno do equilíbrio que foi perdido, caso contrário, não seria mais uma retribuição, mas senão a imposição arbitrária de um novo dano por sentimentos de vingança. Por isso que Jescheck e Weigend afirmam que o retributivismo seria, essencialmente, o motivo e uma medida para a determinação da punição. De acordo com estes juristas: “*sie [die Vergeltung] ist ein Maßprinzip. Nach dem Vergeltungsgedanken bestimmt die begangene Tat Grund und Maß der Strafe.*”¹⁸

Desta forma, de acordo com os juristas mencionados, uma teoria penal seria retributiva ao defender que (i) o fim ou a função da punição seria a equiparação do dano sofrido pela vítima através de (ii) um mal imposto ao criminoso, e este mal seria a punição, e que a punição (iii) se justificaria por ser um ato de justiça ou de restauração da justiça que prevalecia no mundo até então.

Essa compreensão sobre o retributivismo é compartilhada por diversos filósofos.¹⁹ Allen Wood afirma que, p.ex., a própria noção de punição carrega em si um entendimento retributivo. Ele diz que:

Punishment is the social practice of inflicting evil (pain or harm) as a response to wrongdoing. To be punished is to have an evil inflicted on you by a duly constituted authority simply because it is an evil and because that authority ostensibly believes you have done something wrong[...]your reason for inflicting it has to be that the person has supposedly done something wrong[...]the very conception of punishment is retributive.²⁰

¹⁶ ROTH, M. P. **Crime and Punishment: A History of the Criminal Justice System**. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2011, p. 1-7; SAMAHA. **Criminal**, p. 22-23; COTTINGHAM, John. Varieties of Retribution. **The Philosophical Quarterly**, Vol. 29, n. 116, 1979, p. 238

¹⁷ ROXIN. **Strafrecht**, p. 70; ROTH. **Crime**, p. 5.

¹⁸ JESCHECK & WEIGEND. **Lehrbuch**, p. 67. “Ela [a retribuição] é um princípio de medição. De acordo com o pensamento retributivo, o ato cometido determina o motivo e o tamanho da pena.”

¹⁹ Ver nota 10.

²⁰ WOOD. **Hegel's**, p. 108. “A punição é a prática social de infligir mal (dor ou dano) como uma resposta a transgressão. Ser punido é ter um mal infligido em você por uma autoridade devidamente constituída simplesmente porque é um mal e porque aquela autoridade supostamente acredita que você teria feito algo errado[...]sua razão para infligi-la tem que ser que a pessoa supostamente fez algo errado[...]a própria concepção de punição é retributiva.”

Para Wood, encontramos no próprio conceito de punição a ideia de que ela somente poderia ser infligida a alguém caso essa pessoa tenha realizado algum ato transgressor. Mesmo se observássemos certas práticas cotidianas, como as práticas educativas, que envolvem a ideia de punição, ou de sanção, como alguns poderiam preferir denominar, mas que não se referem a transgressões morais ou legais, poderíamos observar que a punição seria somente aplicada no momento em que o aprendiz infringisse alguma regra. A aplicação da sanção em momentos onde não houvesse um erro que a exigisse seria arbitrária. Com isso, haveria uma conexão conceitual entre a punição e a existência de uma infração, o que conferiria à punição um caráter essencialmente retributivo, mesmo em casos pedagógicos, onde esta possuiria um intuito corretivo.

Porém, de acordo com este filósofo, a afirmação de que o conceito de punição seria essencialmente retributivo pouco diz acerca das justificações que teríamos para aplicá-la. Nesse sentido, haveria dois níveis de uma teoria penal retributiva.²¹ O primeiro concerne ao conceito da punição e, como vimos, Wood defende que o conceito de punição seria essencialmente retributivo. Mas, o outro nível diz respeito às justificativas que possuímos para a prática da punição. Nesse ponto, de acordo com o filósofo americano, embora a punição seja sempre uma retribuição, na verdade, há diferentes motivos através dos quais podemos justificá-la, e alguns desses motivos não seriam a busca por retribuição.

Wood denominou como ‘retributivista genuíno’ aqueles que acreditam que a prática da punição seria somente justificada através da compreensão que a punição seria, de alguma forma, justa, sem qualquer apelo a possíveis consequências da retribuição.²² Os juristas alemães mencionados acima afirmam o mesmo que Wood, aquilo que define uma teoria penal como retributiva seria a crença de que a punição seria necessária em si mesma, pois ela seria uma expressão de justiça, e não por qualquer consequência que ela pudesse gerar.²³

²¹ WOOD, *Hegel's*, p. 108. Dudley Knowles afirma algo semelhante a Wood e Jescheck, ao afirmar que a retribuição pode ser entendida de duas formas diferentes, a primeira como uma teoria sobre a função da punição, enquanto a segunda forma diz respeito acerca da formato e da medida da punição. Cf. KNOWLES. *Hegel*, p 154.

²² WOOD, *Hegel's*, p. 108.

²³ ROXIN, C. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. In: ROXIN, C. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. München: C. H. Beck, 1973, p. 2; JESCHECK & WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 70.

A mera ideia de que a punição tenha que gerar algum fim que não a justiça para ser justificada, já não mais caracterizaria essa teoria penal como sendo retributiva. Wood afirma que: “*True retributivists[...]think that the practice is sufficiently justified merely by the fact that justice demands that some proportionate evil should be visited on a person guilty of wrongdoing.*”²⁴ Para um verdadeiro retributivista, não há qualquer consideração acerca das consequências da pena.

Com base no que foi exposto acima por Wood e pelos juristas alemães, podemos dizer que haveria, pelo menos, três características que fariam uma teoria penal retributiva. A primeira característica diz respeito à noção da pena. De acordo com o que os juristas e filósofos acima afirmaram, no retributivismo, a pena deve ser sempre proporcional à transgressão realizada pelo ofensor. A ideia básica seria a busca de equivaler o dano ou mal causado pelo criminoso. Nesse sentido, a retribuição seria, como Jescheck e Weigend afirmaram, um princípio de medida para a punição. A lei de talião seria, possivelmente, a expressão mais básica dessa característica, como já vimos. A pena que não seja equivalente ao dano ou a transgressão não poderia ser considerada uma retribuição e, assim, pertencente a uma teoria penal retributiva.

A segunda e terceira características do retributivismo dizem respeito à justificação da punição. Porém, há duas diferentes questões acerca do emprego da punição que, muitas vezes, são confundidas como uma única, visto diferentes abordagens penais terem dado a mesma resposta a cada uma delas, mas que devem ser compreendidas como momentos distintos do processo penal, inclusive, por elas poderem possuir diferentes justificativas.

A primeira pergunta pode ser formulada da seguinte forma: por que devemos punir? Esta pergunta concerne menos às justificativas para punir alguém em particular, que a busca para justificar o empreendimento punitivo do direito penal como um todo. Nesse sentido, essa pergunta poderia ser reformulada através da seguinte: qual a função do direito penal?

Por sua vez, a segunda pergunta diz respeito acerca de quando uma pena deve ser realmente infligida a alguém. Nesse caso, essa segunda pergunta seria: quando devemos

²⁴ WOOD, *Hegel's*, p. 108 “Retributivistas genuínos[...]pensam que a prática é suficientemente justificada meramente pelo fato que justiça demanda que algum mal proporcional deva ser imposto na pessoa culpada de transgressão.”

punir alguém? Ou ainda, quando é exigido, ou, ao menos, permissível, aplicar uma pena sobre um indivíduo?

Como visto acima, normalmente foi afirmado que o retributivismo se fundamenta em considerações de justiça. Mas a afirmação de que a punição teria relação com a justiça pode ser entendida diferentemente de acordo com cada uma das questões acima. A relação da primeira pergunta com a questão da justiça significa que a prática da punição deve existir pela justiça exigir que alguém que cometa alguma transgressão deva ser punido.

Porém, ao buscarmos responder a segunda pergunta, mesmo que possamos dizer que, para o retributivista, a punição deva ser infligida sobre alguém somente se sua aplicação for justa, a consideração da justiça na aplicação da punição pode ser entendida de duas formas.

Em um caso queremos saber se alguém de fato merece uma punição, ou seja, se há uma relação entre o acusado e o crime cometido. Para um retributivista, punir alguém que não cometeu algum crime, seria somente a infligência de um mal sobre este alguém e não realmente uma punição. Neste caso, dizemos que um indivíduo deve merecer a sua pena, isto é, ele não pode sofrer algum tipo de punição, caso ele não tenha cometido uma transgressão.²⁵

Entretanto, a justiça na aplicação da punição introduz uma outra exigência moral, a saber, que a pena infligida seja justa, e com isso deve-se entender que ela deve ser proporcional, nunca ultrapassando um limite, normalmente determinado pelo dano ou mal causado pelo crime. Caso a pena seja desproporcional, embora necessária para punir o criminoso, ela seria injusta, pois ela incorreria em um novo erro moral.²⁶

Ambas as formas de justificação retributiva da punição, tanto a em termos gerais, quanto a da sua aplicação concreta, também foram definidas por contraposição a um outro tipo de justificação da punição amplamente usada. Esse outro tipo de justificação foi chamado, por alguns, de consequencialistas ou, por outros, de utilitaristas.²⁷

A punição pode ser pensada, p.ex., como tendo um valor pedagógico, que ela deva ensinar a população ou o criminoso que efetivamente sofre a pena a respeitar as regras

²⁵ HONDERICH, T. **Punishment: The Supposed Justifications Revisited**. London; Ann Arbor: Pluto Press, 2006, p. 19-23; DOLINKO, D. Some Thoughts about Retributivism. **Ethics**, Vol. 101, n. 3, 1991, p. 541-542.

²⁶ HONDERICH. **Punishment**, p. 18-19.

²⁷ BENN, S. I. An Approach to the Problems of Punishment. **Philosophy**, Vol. 33, n. 127, 1958, p. 326-331; GREENAWALT. Punishment, p. 350-353; HONDERICH. **Punishment**, p. 86-89.

legais ou societais e, com isso, prevenir a ocorrência de novos crimes.²⁸ Da mesma forma, a aplicação e formato da punição pode ser pensada como tendo que possuir um caráter reformador, que aquele que foi punido deva ser reintroduzido à sociedade através da sua pena, e que a pena não poderia ter somente características retributivas como “olho por olho, dente por dente.”²⁹ Se a pena não for capaz de impedir que novos crimes ocorram, ela não seria justificada, pois ela não possuiria um caráter pedagógico e preventivo que fosse relevante o suficiente.

A justificação da punição através de um apelo consequencialista ou utilitarista seria, para o retributivista, a perpetração de um novo crime, e não a inflicção de uma pena. Se a pena não for buscada por ser justa, temos, então, a ocorrência de um novo erro moral. De forma contrária, para o proponente da concepção consequencialista da punição, a inflicção de uma punição sem nenhum outro fim que não o de uma pretensão de justiça seria somente um mero ato de vingança, que não teria valor moral algum.

Podemos ressaltar, no entanto, que não é muito claro quais dessas características seriam necessárias ou suficientes para caracterizar uma teoria como retributiva. Uma teoria penal teria que ter todas essas características para ser retributiva, ou somente a posse de alguma delas já a faria retributiva?

Se Wood está correto em sua descrição, de que o conceito de punição seria, em si mesmo, uma noção retributiva, então, as características que demarcariam o retributivismo de outras teorias penais seriam as justificações para a punição. Podemos, porém, discordar de sua afirmação e imaginar que a pena pudesse ser concebida de diferentes formas, e que existiria um formato de punição que não seria, em si mesmo, retributivo, o que exigiria uma investigação das possíveis concepções de punição e suas relações com os diferentes tipos de teorias penais.

Entretanto, indiferente de como poderíamos responder a essas questões, podemos aceitar que, ao menos em conjunto, as três características apresentadas acima seriam suficientes para nos informar que uma teoria seria retributiva, o que diferentes juristas e filósofos concordariam. Se uma ou outra não seria necessária, isso muitas vezes depende da apresentação específica de uma teoria penal que pretenda ser retributiva, ou mesmo

²⁸ GREENAWALT. *Punishment*, p. 352; HONDERICH. *Punishment*, p. 86-87.

²⁹ BENN. *Approach*, p. 329-330.

como entendemos como uma teoria penal pretende justificar o retributivismo.³⁰ Afinal, há diferentes formas de abordar a questão da justiça e o que seria justo, e, dessa forma, há igualmente, diferentes formas como uma teoria penal poderia ser retributiva.

Assim, se aceitarmos que o retributivismo seria marcado por essas características, a nossa próxima pergunta é: a teoria penal apresentada por Hegel teria, de fato, essas características?

2. Hegel como retributivista

Como foi dito na introdução desse artigo, possivelmente, um dos poucos pontos onde comentadores e críticos de Hegel estariam em acordo seria acerca de que o filósofo alemão seria retributivista. Mesmo alguns dos comentadores que defenderam sua teoria penal afirmaram que ele teria defendido uma teoria penal retributiva, chamada por alguns de ‘retributivismo de anulação’.³¹ Como Thom Brooks afirmou, podemos chamar essa compreensão de visão ‘tradicional’ ou ‘ortodoxa’.³²

De fato, as interpretações tradicionais acerca da teoria penal apresentada por Hegel tendem a se focar nos seguintes pontos: em suas afirmações de que a punição negaria o crime e reafirmaria a justiça, e de que a punição honraria o criminoso como um agente racional, e em sua crítica a Paul Johann Anselm von Feuerbach, cuja teoria penal se centra na ideia da dissuasão do crime através da punição.³³ Vejamos cada ponto com maior profundidade.

De acordo com os juristas e filósofos mencionados, o primeiro ponto que tornaria Hegel um retributivista seria a crença de que a punição seria a negação da negação. Após afirmar que Kant seria um retributivista, Roxin alega que, p.ex.: “*Hegel kommt in seinen ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts’ [...] zu sehr ähnlichen Ergebnissen, wenn er das Verbrechen als Negation des Rechtes und die Strafe als Negation dieser*

³⁰ Cottingham demonstra em seu interessante artigo como o que foi chamado de retribuição pode ganhar diferentes contornos de acordo com as diferentes compreensões acerca dos fundamentos da relações humanas e morais. Cf. COTTINGHAM. *Varieties*, p. 238-246.

³¹ COTTINGHAM. *Varieties*, p. 244-245; ANDERSON, J. L. Annulment Retributivism. **Legal Theory**, Vol. 05, n. 04, 1999, p. 365, 372-373.

³² BROOKS, T. Hegel on Crime and Punishment. In: BROOKS, T.; STEIN, S. (Orgs.). **Hegel’s Political Philosophy: On the Normative Significance of Method and System**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 202-203.

³³ ROXIN, **Strafrecht**, p. 78-80; JESCHECK & WEIGEND. **Lehrbuch**, p. 72-73.

*Negation[...]*auffasst.”³⁴ Jescheck e Weigend, Klug, Wood, e Tunick compartilham dessa opinião, que a afirmação de Hegel de que a punição seria a negação do crime demonstraria que ele defendeu uma teoria penal retributiva.³⁵

De fato, o filósofo alemão afirma que a punição negaria o crime e, por isso, a punição teria o efeito de uma ‘anulação’ [*Aufhebung*] do dano causado pelo crime. Ele afirma esse ponto na seguinte passagem: “*Die Tat des Verbrechens ist nicht ein Erstes, Positives, zu welchem die Strafe als Negation käme, sondern ein Negatives, so daß die Strafe nur Negation der Negation ist. Das wirkliche Recht ist nun Aufhebung dieser Verletzung.*”³⁶

No entanto, não é muito claro o porquê que a afirmação de Hegel, de que a punição negaria o crime, seria uma expressão do retributivismo. Em um primeiro momento, esses críticos e comentadores parecem conceber que a ideia de que a punição seria a negação da negação seria o mesmo que afirmar que a punição deva ser imposta ao criminoso de forma a equivaler ao dano causado por este à vítima. A ideia da equivalência foi, como visto, uma das marcas centrais da teoria retributiva, onde o criminoso sofre um dano pelo Estado por ter realizado um dano a uma outra pessoa. No entanto, ainda não seria claro que a equivalência poderia ser inferida da ideia de que a punição seria a ‘anulação do crime’ ou a ‘negação da negação’.

Possivelmente, a ideia de anulação como equivalência seja melhor compreendida se pensarmos na noção de reparação, uma categoria do direito civil, que Hegel menciona em um breve momento no § 98 de sua Filosofia do Direito. Ele afirma nesse parágrafo que: “*die Aufhebung der Verletzung als einer Beschädigung ist die zivile Genugtuung als Ersatz.*”³⁷ A equivalência na reparação anula a transgressão por eliminar o dano que a

³⁴ ROXIN. **Strafrecht**, p. 71. “Hegel chega em seu ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts’[...]a resultados bem semelhantes, quando ele compreende o crime como negação do direito e a punição como negação dessa negação.”

³⁵ KLUG. *Abschied*, p. 151; JESCHECK & WEIGEND. **Lehrbuch**, p. 70; WOOD. **Hegel’s**, p. 109-110; TUNICK. **Hegel’s**, p. 34.

³⁶ HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. In: MICHEL, K. M.; MOLDENHAUER, E. (Orgs.). **Werke in 20 Bänden. Bd. 7**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1970, p. 186. “O ato do crime não é um primeiro, positivo, para o qual a punição veio como negação, senão um negativo, tal que a punição é apenas negação da negação. O direito efetivo é, então, anulação desse dano.”

³⁷ HEGEL. *Grundlinien*, p. 186 “A anulação do dano como uma danificação é a reparação civil como compensação.”

vítima teria sofrido. O filósofo David E. Cooper entendeu que essa seria uma das formas através da qual a alegação de que a punição seria uma anulação poderia ser entendida.³⁸

Uma outra possibilidade de entendermos que a punição como anulação seria uma expressão da teoria retributiva se daria através da compreensão de que a punição seria a reafirmação de justiça no mundo. O ato criminoso cometido pelo ofensor, o dano que este causou a sua vítima, seria uma expressão de injustiça, por ele negar à vítima aquilo que seria seu por direito. Essa negação seria um ato de injustiça. Ao negar esse ato de injustiça, a punição seria uma reafirmação da existência do direito e da justiça e, portanto, um ato de justiça. Como a ideia da aplicação de justiça foi e ainda é um dos pilares da teoria penal retributiva, onde a punição não possui um fim além do da justiça, e por Hegel ter afirmado que a punição seria um ato de justiça, ele seria um retributivista.

Essa interpretação possui uma maior plausibilidade. Se o crime for interpretado como uma negação e uma injustiça, a negação da negação seria a reafirmação da justiça. No comentário do § 99, ele afirma sobre que a punição se trata: *“Es ist aber weder bloß um ein Übel noch um dies oder jenes Gute zu tu, sondern es handelt sich bestimmt um Unrecht und um Gerechtigkeit.”*³⁹

Além de defender que a punição possuiria uma conexão com a justiça, a alegação de que Hegel teria proposto uma teoria penal retributiva ganha ainda mais força ao observarmos que o filósofo alemão ataca a teoria de von Feuerbach e qualquer outro entendimento da punição como um instrumento pedagógico.

Realmente há um entendimento de que a simples crítica à visão consequencialista da punição já seria o suficiente para que uma abordagem penal seja categorizada como retributivista. Sobre esse ponto, Cooper afirmou que: *“It is, of course, uninteresting to describe Hegel or anyone else as a retributivist, since that title tends to be given to anyone who rejects a utilitarian justification of punishment.”*⁴⁰ De acordo com essa visão, para ser um retributivista, basta que alguém discorde da ideia de que a punição possa servir como um meio para algum fim, que não o fato da punição ser justa em si mesma. Uma

³⁸ COOPER, D. E. Hegel's Theory of Punishment. In: PELCZYNSKI, Z. A. (Org.) **Hegel's Political Philosophy: Problems and Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 1971, p. 163.

³⁹ HEGEL. Grundlinien, p. 188. “Não tem a ver meramente com um mal, nem com este ou aquele bem, senão que se trata precisamente de injustiça e justiça.”

⁴⁰ COOPER. Hegel's, p. 159-160. “É, claro, desinteressante descrever Hegel ou qualquer outro como retributivista, visto que esse título tende a ser dado a qualquer um que rejeita a justificção utilitarista da punição.”

teoria penal retributiva seria definida relativamente e negativamente, pois ela seria determinada por não ser o que uma outra é.

É correta a alegação de que Hegel teria afirmado que qualquer teoria penal que fosse justificada na dissuasão em cometer crimes, além de abandonar o ideal de justiça, rebaixaria a dignidade do ser humano, pois essa teoria nos trataria como meros animais que poderiam ser treinados através de ameaças. Ela deixaria de lado noções morais básicas como a da liberdade, que seria, entre outras, uma das bases do direito e da justiça.⁴¹

Ao considerarmos que alguém deixaria de cometer um crime por medo de ser punido, há, implicitamente, a afirmação de que essa pessoa não conseguiria reconhecer as razões pelas quais ela não deveria cometer um crime. Ela não seria realmente um agente, alguém capaz de agir por razões, mas somente um bruto que teria seu comportamento configurado pelos elementos corpóreos mais básicos, como o medo e a possibilidade do prazer. As bases da teoria consequencialista não seriam, portanto, as bases de uma teoria penal para seres humanos, cuja base das relações pessoais e sociais se fundamentaria nas noções de liberdade e de responsabilidade.

Afirmar que uma pena seria justa e se basearia na noção de liberdade seria, ao mesmo tempo, afirmar que, através dessa pena, a sociedade reconheceria o criminoso como racional, como um agente capaz de formular as razões pela qual agiu.⁴² A alegação de Hegel, aparentemente estranha, de que a pena honraria o criminoso como um ser racional, faria sentido se a compreendêssemos como um ato de reconhecimento social desse criminoso como um membro completo da sociedade. Por isso, Hegel também teria afirmado que a punição seria um direito do criminoso.⁴³

Embora os comentadores e críticos afirmem que Hegel não teria defendido uma teoria penal retributiva vulgar como a lei do talião, ou mesmo semelhante a de Kant, as passagens acima encontradas em sua filosofia do direito aparentemente nos permitiriam afirmar que ele teria efetivamente defendido um retributivismo mais sofisticado. Afinal, a punição parece ter sido apresentada por ele como um ato de justiça e equivalência da transgressão. Além disso, ele se opõe a ideia de uma teoria penal consequencialista com

⁴¹ HEGEL. Grundlinien, p.190; COOPER. Hegel's, p. 154.

⁴² HEGEL. Grundlinien, p. 191.

⁴³ HEGEL. Grundlinien, p. 190.

a afirmação de que esta não consideraria os seres humanos como indivíduos racionais e livres, mas os rebaixaria a meros animais propensos a serem treinados. Portanto, Hegel teria concebido e defendido uma teoria penal retributiva, pois não haveria, aparentemente, outra possibilidade além do consequencialismo e do retributivismo penal.

Partindo do entendimento de que Hegel teria concebido uma teoria penal retributiva, houve dois grupos de críticas. O primeiro grupo de críticas foi frente a teoria retributivista como um todo. De acordo com essas críticas, o retributivismo de Hegel seria equivocado pela teoria penal retributiva em geral ser equivocada. Esse foi o caminho tomado pelos juristas alemães, que defenderam outras abordagens do direito penal.⁴⁴ Os comentadores de Hegel tiveram uma postura diferente, ao criticá-lo diretamente e argumentarem que as justificativas apresentadas por ele seriam insuficiente para a fundamentação de um retributivismo penal.⁴⁵ O problema não residiria, propriamente, na teoria penal retributiva, mas sim nas justificativas que Hegel teria apresentado.

Mas um ponto extremamente interessante surge em seus comentadores. Em algum momento de suas análises acerca da teoria penal proposta por Hegel, eles mesmos parecem duvidar de que ela seja, de fato, retributiva. Ao observar a possibilidade que a teoria penal de Hegel poderia ter uma interpretação bem diferente da qual ele deu, uma que seguisse pelas linhas propostas por Joel Feinberg, Wood diz, p.ex.: “*We run into some problems if we try to use this theme in interpreting Hegel’s theory of punishment. One is that it is not clear how such an interpretation will save the retributivist intent of the theory.*”⁴⁶ O filósofo americano abandona essa outra possibilidade de compreensão, sem ao menos considerá-la, simplesmente por ter definido, de antemão, que Hegel seria um retributivista.

Ademais, a falsa dicotomia de que teorias penais expressariam ou uma posição consequencialista, que afirmaria que a punição seria um instrumento para um fim, ou uma posição retributiva, que afirmaria que a punição deve ser buscada como um fim em si mesma e não por qualquer consequência que ela pudesse ter, também contribuiu para gerar essa confusão entre os comentadores, mesmo quando estes entenderam que a teoria

⁴⁴ KLUG. *Abschied*, p. 152-154; ROXIN. *Strafrecht*, p. 72-73 JESCHECK & WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 71.

⁴⁵ WOOD. *Hegel’s*, p. 115-118; KNOWLES. *Hegel*, p. 134-140; KNOWLES, *Hegel*, p. 148-157.

⁴⁶ WOOD. *Hegel’s*, p. 110. “Nós teremos alguns problemas se tentarmos usar esse tema para interpretar a teoria penal de Hegel. Um desses seria que não é claro como tal interpretação salvaria o intuito retributivista da teoria.”

apresentada por Hegel não se encaixaria perfeitamente com a proposta retributiva. Tunick cai, p.ex, nessa dicotomia e afirma que:

Retributivist theories are often cast as backward-looking, while utilitarian theories are seen as forward-looking or consequentialist. Hegel's retributivism is forward-looking: we punish to avoid a future condition where crimes no longer are regarded as wrong. But it would be mistaken to conclude that Hegel's retributivism is a 'disguised utilitarianism'.⁴⁷

Embora parte de suas afirmações sobre a teoria penal de Hegel sejam coerentes com o que o filósofo alemão disse, em termos gerais, suas análises sobre esta teoria são equivocadas por esses comentadores não seguirem suas intuições originais, de que a teoria penal de Hegel não seria retributiva. A busca de tentar encaixar o que eles entendiam sobre o retributivismo com o que Hegel teria proposto falha exatamente por ele não ter proposto uma teoria penal retributiva. Atualmente, podemos ter uma maior clareza sobre sua proposta penal por termos tido inúmeros avanços conceituais na teoria penal, em especial, que existiria outras compreensões acerca das teorias penais que vão além do retributivismo e consequencialismo.

3. Além da dicotomia retributivismo/consequencialismo

É fácil notar que há uma dicotomia no entendimento de que uma teoria penal que não seja consequencialista seria retributiva, e vice-versa. Essa dicotomia se baseia no seguinte ponto, de que o retributivismo seria uma teoria penal que justifica a punição por ela ser, de alguma forma, justa. Ou seja, a punição é buscada por si mesma, e não poderia existir algum outro fim a ser atingido com a punição que não se dê através do próprio ato de punir, caso contrário, ela não mais seria a busca por justiça. Diferente dessa abordagem penal, o consequencialismo afirma que há um fim além da punição por si mesma. Como já vimos, a inflicção da punição não seria justificada, meramente, pela crença de que ela seria justa, pois, nesse caso, a punição seria somente a aplicação de um novo dano. Não seria possível que a aplicação de um novo dano, de alguma forma, fizesse com que o dano

⁴⁷ TUNICK, *Hegel's* 1992a, p. 35. "Teorias retributivas são, muitas vezes, ditas como retrospectivas, enquanto teorias utilitaristas são vistas como prospectivas ou consequencialistas. O retributivismo de Hegel é prospectivo: nós punimos para evitar a condição futura onde crimes não sejam mais considerados como errados. Mas seria um erro concluir que o retributivismo de Hegel é um 'utilitarismo desfarçado'."

anterior fosse eliminado ou que houvesse algum tipo de equivalência.⁴⁸ A punição sem um caráter pedagógico ou que não buscasse a dissuasão de novos atos ofensivos seria somente a realização de um novo ato danoso.

De fato, se observarmos sob esse prisma, de que a punição ou teria um certo significado que a faria ser um fim em si mesma, ou teria uma finalidade e seria somente um meio para atingir tal fim, há realmente uma dicotomia. No entanto, o problema dessa dicotomia é que ela deixa de lado o fato de que, por um lado, podemos ter diferentes significados da noção de punição, e de que, por outro lado, podemos atribuir diferentes finalidades para a punição. Essa dicotomia se sustenta somente se não houver alternativas penais além da proposta retributiva e da proposta consequencialista. Se existir alguma outra possibilidade de entendermos a função do direito penal que não se fundamente na justiça da retribuição ou na consequência da punição, seria possível superarmos essa dicotomia.

Encontramos na teoria penal alemã, ao meu entender, a base teórica mais relevante para lidarmos com as questões levantadas acima.⁴⁹ Os juristas alemães reconhecem que essa dicotomia realmente existe, mas somente se a concebermos como sendo entre teorias que afirmam que a punição deve ser buscada por si mesma e teorias que postulam que há um fim que a punição deve realizar. Porém, eles apontam para o fato de que há diversas formas de compreender cada um desses formatos, e de que há diferentes questões em diferentes aspectos de uma proposta penal, que as tornam complexas o suficiente para serem reduzidas nessa dicotomia.

Diferentes juristas alemães dividiram essas teorias entre teorias absolutas e teorias relativas, que servem mais como as categorias de tipos de propostas penais.⁵⁰ Teorias absolutas possuem uma grande similaridade com teorias retributivas, pois ambas afirmam

⁴⁸ ROXIN. *Strafrecht*, p. 73.

⁴⁹ Grande parte da teoria penal brasileira possui um imenso débito intelectual com a teoria penal alemã, e muitos dos conceitos aqui abordados são válidos dentro daquela exatamente por sua base teórica ser a teoria penal alemã.

⁵⁰ WELZEL. *Strafrecht*, p. 240-244; JESCHECK & WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 70-75; JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: De Gruyter, 1991, p. 15-27. Ao contrário destes juristas, Roxin entende que a teoria que eles chamam de 'absoluta' pode ser chamada de 'retributiva' sem que exista perda teórica. Possivelmente, ele acredite que possamos compreender dessa forma por não existir nenhum outro tipo de fundamentação de uma teoria absoluta que não seja através dos postulados da teoria retributiva. Mesmo que fosse verdade que não existisse, até o momento, nenhum outro tipo de fundamentação de uma teoria absoluta que não fosse por uma teoria retributiva, a não diferenciação entre ambas pode gerar confusão conceitual.

que a punição deve ser buscada por ela própria e que a sua inflição já cumpre o objetivo do direito penal, e, por isso, é fácil cair na confusão conceitual em compreender teorias absolutas como sendo somente uma outra forma de dizer teorias retributivas.

No entanto, é difícil compreender como teorias, que seriam tão díspares entre si, poderiam ser retributivas, apesar de elas defenderem que a punição deva ser buscada por si mesma. Jakobs e Jescheck separam, p.ex., teorias retributivas de teorias da expiação, visto que teorias da retribuição teriam somente o fim de estabelecer justiça no mundo, enquanto a busca por expiação seria muito mais que uma busca por justiça, pois ela tem como fim a reintegração dos criminosos à sociedade através da eliminação dos seus pecados pela punição.⁵¹

Além disso, poderíamos pensar em abordagens penais centradas na vítima, e não no criminoso, como no caso da punição como reparação e restauração. A punição nesses casos também realiza em si mesma o fim do direito penal, o de reparar o dano causado à vítima, que tem características não reduzíveis a noção de retribuição.⁵² No entanto, pode-se observar que elas também não podem ser vistas como abordagens consequencialistas, visto que a punição em si mesma atinge o seu fim, o da reparação e o da restauração. Essa teoria penal absoluta foi chamada de ‘justiça restauradora’.

Ao lado das teorias absolutas, encontramos as teorias relativas. Teorias relativas são teorias penais, como já afirmado acima, que afirmam que a punição é um instrumento para um determinado fim. Nesse sentido, teorias relativas seriam o mesmo que teorias consequencialistas.

No entanto, a mera afirmação de que a punição deve atingir um fim é vaga, pois podemos pensar em diversos fins que queremos atingir através da inflição da punição sobre os criminosos. Além disso, como uma punição deve executar esse fim pode ter diferentes formatos. P.ex., a afirmação de alguns autores de que a teoria penal relativa, ou consequencialista, seria utilitarista, já pressupõe um fim e um formato específico para

⁵¹ JAKOBS. *Strafrecht*, p. 19-20; JESCHECK & WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 71.

⁵² VON HIRSCH, A. Penal Theories, In: TONRY, M. (Org.). *The Handbook of Crime and Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 672-675; DALY, K.; PROIETTI-SCIFONI, G. Reparation and Restoration. In: TONRY, M. (org.). *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 218-224.

a punição. Alguém ainda poderia criticar esta afirmação e alegar que há diferentes teorias utilitaristas com diferentes formatos e fins.⁵³

Outros teóricos acreditam, por sua vez, que exista um fim específico nas teorias relativas, que a punição deve ser um meio para prevenir a ocorrência de novos crimes no futuro.⁵⁴ O direito penal teria, então, a função de proteger a sociedade. Nesses casos, as teorias relativas foram chamadas de ‘teorias da prevenção’ ou ‘teorias preventivas’, visto a sua função.⁵⁵ Uma das diferenças entre as teorias preventivas e teorias retributivas seria que, de acordo com alguns teóricos, teorias retributivas seriam retrospectivas ou que ‘olhariam para trás’ [*backward-looking*], pois ela considera como o centro normativo de uma teoria penal o crime que ocorreu, enquanto as teorias preventivas seriam prospectivas, no caso, teorias que ‘olhariam para frente’ [*forward-looking*], pois elas visariam a prevenção da ocorrência de novos crimes.⁵⁶

As teorias relativas se dividem em dois tipos, entre a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção específica. Esta diferença entre as teorias da prevenção diz respeito ao formato que elas possuem. Enquanto teorias da prevenção específica justificam a punição do criminoso visando que este não cometa novos crimes, teorias da prevenção geral dizem que a punição deve visar a população como um todo.⁵⁷ Roxin afirma que:

Sie [die Theorie der sogenannten Spezialprävention] will nicht die vergangene Tat vergelten, sondern sieht die Rechtfertigung der Strafe darin, daß sie neuen Delikten des Täters vorbeugen soll. [...] Die dritte der traditionellen Antworten[...]sieht Sinn und Zweck der Strafe nicht in der[...]Einwirkung auf den Täter selbst, sondern in ihren abschreckenden Wirkungen auf die Allgemeinheit, in der sogenannten Generalprävention.⁵⁸

⁵³ BENN. *Approach*, p. 326; TUNICK, M. **Punishment: Theory and Practice**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1992b, p. 69; HONDERICH. **Punishment**, p. 6-7; GREENAWALT. **Punishment**, p. 350-354.

⁵⁴ WELZEL. **Strafrecht**, p. 241; JESCHECK & WEIGEND. **Lehrbuch**, p. 71; JAKOBS. **Strafrecht**, p. 20.

⁵⁵ ROXIN. **Strafrecht**, p. 73-83; HONDERICH. **Punishment**, p. 74.

⁵⁶ TUNICK. **Punishment**, p. 94, 101; HONDERICH. **Punishment**, p. 17; ROXIN. **Strafrecht**, p. 73.

⁵⁷ WELZEL. **Strafrecht**, p. 241-242; JESCHECK & WEIGEND. **Lehrbuch**, p. 75; ROXIN. **Strafrecht**, p. 73-76.

⁵⁸ ROXIN. *Sinn*, p. 6, 8 “Ela [a teoria assim chamada da prevenção especial] não quer retribuir o ato passado, senão que vê a justificação da punição no fato que ela deve prevenir novas delitos dos criminosos. [...] A terceira resposta tradicional vê o sentido e fim da punição não na[...]influência sobre o criminoso, senão que no seu efeito dissuasivo sobre a totalidade, no assim chamada prevenção geral.”

Pelo foco das teorias da prevenção serem diferentes, uma sobre o autor da ofensa e a outra sobre toda a população, inclusive o criminoso, há, igualmente, diferentes modalidades em que elas podem se apresentar.

Na teoria da prevenção especial, a prevenção do crime se deu, normalmente, por três diferentes formatos da punição.⁵⁹ A primeira dessas seria a separação do criminoso da sociedade, comumente, através de seu encarceramento. Pressupondo que este pudesse cometer novos crimes, a privação de sua liberdade pelo encarceramento teria como efeito a incapacitação do criminoso de cometer crimes na sociedade, pois ele se encontraria separado desta.

Porém, essa solução, que se apresenta como imediata, é limitada, visto que seria possível que essa pessoa viesse a cometer novos crime após sua restrição. Por isso, na teoria da prevenção especial, a punição também pode ser pensada como um mecanismo capaz de criar uma motivação no criminoso que seja contrária ao seu impulso de cometer novos crimes. A punição deve servir como dissuasão à prática de novos crimes do então criminoso. Ele deve ter em mente a ameaça da punição e se sentir motivado a não cometer futuros crimes por medo de ser punido.

Por fim, há ainda a proposta reabilitadora, ou ressocializadora. A partir da crença surgida no século XIX que seríamos socializados, e que essa socialização poderia falhar em certos momentos, foi imaginado que certos crimes não seriam frutos de uma mente maléfica, mas de indivíduos que não seriam plenamente socializados ou, ainda, sem as oportunidades adequadas para viver em sociedade. Através de medidas reabilitadoras, a punição seria, com isso, uma forma de trazer o indivíduo novamente para a sociedade, que teria, de certa forma, falhado com ele.⁶⁰

Essas propostas não seriam excludentes, afinal, não há um impedimento de que a punição seja percebida e funcione, p.ex., como medidas de dissuasão e de ressocialização. Além disso, há diferentes motivações para um crime ser cometido, e cada um desses fins pode funcionar melhor para um tipo de criminoso que para outro.⁶¹ Mas todas essas propostas da prevenção especial visam a prevenção do crime focado no criminoso, de

⁵⁹ VON LISZT, F.. **Der Zweckgedanke im Strafrecht**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1948, p. 29-30; ROXIN. Sinn, p. 6; **Strafrecht**, p. 73-74; JESCHECK & WEIGEND. **Lehrbuch**, p. 73; JAKOBS. **Strafrecht**, p. 22-23.

⁶⁰ JESCHECK & WEIGEND. **Lehrbuch**, p. 74; ROXIN. **Strafrecht**, p. 75-76.

⁶¹ VON LISZT. **Zweckgedanke**., p. 31-36; ROXIN. **Strafrecht**, p. 74.

forma que ele não cometa mais crimes, seja através da sua separação da sociedade, ou pela criação de motivações positivas, que o aproxime das leis através da ressocialização, ou motivações negativas, que o faça respeitar as leis por medo de ser punido no futuro.

Mas, como falado, existem propostas preventivas que focam não no criminoso, mas na população como um todo, que seriam as teorias da prevenção geral.⁶² Como a teoria da prevenção especial, essas propostas visam prevenir a ocorrência de novos crimes. Mas, ao contrário daquela, a teoria da prevenção geral afirma que a influência da punição deve se dar não somente sobre o criminoso, mas sobre a sociedade como um todo. Com a crença de que a punição seria uma consequência do ato de cometer uma transgressão, cada cidadão teria as motivações adequadas para não cometer crime algum. A dissuasão geral, ou seja, a de todos os cidadãos, seria, com isso, a forma mais comum da teoria da prevenção geral.

Pode ser observado que não seria possível aplicar os outros formatos da teoria da prevenção especial na teoria da prevenção geral que não a dissuasão. Ressocializar todos os cidadãos através da punição de um único indivíduo não faz sentido e o encarceramento de toda a população seria extremamente ridículo. Somente a dissuasão parece funcionar bem como estratégia preventiva geral, onde a punição do criminoso teria um efeito sobre todos os cidadãos.

Em termos gerais, a dissuasão apela para as motivações que afastem os cidadãos da possibilidade de cometer um crime. Ela busca criar uma motivação que serviria como contrapeso aos impulsos que levariam alguém a cometer um crime. No caso, os impulsos que levam a pessoa a cometer um crime não seriam propriamente eliminados, mas negados ou superados por outros impulsos, principalmente, o medo de ser punido. Por isso, essa abordagem foi chamada de teoria da prevenção geral negativa.⁶³ Talvez a expressão mais importante dessa posição na teoria alemã teria sido exatamente a de von Feuerbach, cuja posição Hegel criticou.

Von Feuerbach afirmou que a prevenção de novos crimes não seria possível somente com punições baseadas na força, como o encarceramento ou mesmo castigos corporais. Caso o Estado não deseje ser arbitrário, essas punições físicas poderiam ocorrer

⁶² WELZEL. *Strafrecht*, p. 241-242; JESCHECK & WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 72-74; ROXIN. *Strafrecht*, p. 78-81.

⁶³ JAKOBS. *Strafrecht*, p. 20.

somente com o conhecimento do ato criminoso pelo ofensor. A punição neste caso seria capaz, no máximo, de impedir que o antigo criminoso cometesse novos crimes, mas não teria um efeito de dissuasão sobre a população em geral. Além disso, essa ação do Estado somente seria uma retribuição ou reparação do dano que o crime causou, e não realmente dissuasão.⁶⁴

Ele afirma então que, de forma a prevenir crimes, o Estado precisa desenvolver as motivações adequadas nos cidadãos que os impeça de cometer crimes. O fim da punição seria exatamente a criação dessas novas disposições, p.ex., o medo de ser punido. Embora eles pudessem ter desejos de cometer crimes, os cidadãos possuem agora motivações ainda maiores para não cometê-los. Von Feuerbach diz que:

Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, in wiefern das Begehungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, daß jeder weiß, *auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt.*⁶⁵

O jurista alemão conclui que o medo de ser punido seria a única força realmente capaz de impedir que os cidadãos cometessem futuros crimes. Mas isso não seria correto.

Von Feuerbach tem razão ao afirmar que a punição pode ser prevenida somente se ela gerar as motivações adequadas nos cidadãos, porém, ele se engana ao imaginar que o medo de ser punido, de sofrer o mal que a punição nos impõe, seria a única motivação capaz de gerar as disposições adequadas que protejam a lei. Há uma outra estratégia que ficou conhecida como ‘teoria da prevenção geral positiva’.

Ao contrário da teoria da prevenção geral negativa, que se baseia na dissuasão pela criação de motivações que negariam as motivações ou os impulsos para cometer um crime, a teoria da prevenção geral positiva busca restaurar a confiança dos cidadãos nas leis através da punição e, com isso, assegurar o seu cumprimento pelos cidadãos.⁶⁶ De

⁶⁴ VON FEUERBACH, A. R. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. Giessen: Georg Friedrich Heyer Verlag, 1832, p.15.

⁶⁵ VON FEUERBACH. **Lehrbuch**, p. 15-16. “Toda transgressão tem sua origem nas sensações, na medida que a faculdade apetitiva dos seres humanos foi motivada pelo prazer na ação em cometer transgressões. Esse impulso sensual pode ser eliminado, como todos sabem, *caso um mal se siga, inevitavelmente, de seu ato, que seria maior que a aversão que surge da não satisfação do impulso para o ato.*”

⁶⁶ ROXIN. **Strafrecht**, p. 80-81; JAKOBS. **Strafrecht**, 6-14; KALOUS, A. **Positive Generalprävention durch Vergeltung**. Regensburg: S. Roderer Verlag, 2000, p. 11.

acordo com esta proposta, a punição afirmaria que as normas legais ainda seriam válidas, pois o Estado não reconhecera como aceitável o comportamento que constitui a ofensa penal, e a punição expressaria a posição do Estado em relação às leis e ao comportamento criminoso. Com a afirmação através da punição que o ato criminoso não seria aceitável, há alguns efeitos motivacionais como consequência.⁶⁷

O primeiro desses efeitos seria o da restauração da confiança na lei. O cidadão observa que a infração das leis não seria considerado aceitável pelo Estado, e a lei tem a sua validade assegurada pela existência de medidas punitivas do Estado. Outro efeito da punição seria a estabilização do comportamento na sociedade. Com a punição e o entendimento de que o Estado afirmou que a lei infringida seria, na verdade, válida, os cidadãos podem esperar que outros cidadãos entendam quais seriam os comportamentos aceitáveis e os não aceitáveis em sua sociedade. Eles adquirem uma confiança não somente no sistema legal e no Estado, mas como também restauram a confiança em suas expectativas acerca do comportamento social. Com isso, há, também, um aprendizado dos cidadãos de que as leis e as expectativas sociais cobertas por elas não podem ser quebradas, e que a infração legal tem um alto custo, o da punição. Caso alguém infrinja alguma dessas leis e dessas expectativas sociais, essa pessoa poderá ser punida pelo Estado. Por fim, há um efeito de satisfação gerado na população em geral, ao perceber que a sua confiança nas leis e suas expectativas foram respaldadas pelo Estado através da punição daqueles que, porventura, as frustrassem. Em conjunto, esses elementos teriam o efeito de prevenir que novos crimes acontecessem por gerar motivações adequadas que assegurassem uma relação de respeito dos cidadãos ao sistema legal.

Todas as propostas mencionadas acima são, de uma certa forma, intuitivamente corretas. Se analisarmos cada uma delas, encontraremos razões para a sua adoção como justificativas da punição. Porém, há, igualmente, pontos em cada uma delas que são frágeis, sendo fácil criticá-las se as adotarmos em sua completa extensão. Nenhuma das teorias penais parece ser plenamente aceitável, ainda que nossas intuições digam que há elementos em cada uma delas que pareçam indiscutíveis. Seria possível desenvolver uma teoria penal que tivesse os elementos intuitivos de cada uma das propostas, sem que tivéssemos que nos comprometer com os elementos que consideramos frágeis?

⁶⁷ JAKOBS. *Strafrecht*, p. 13-14; ROXIN. *Strafrecht*, p. 80-81.

Roxin acredita que podemos responder essa pergunta de duas formas diferentes. A primeira seria através do desenvolvimento de uma teoria que juntasse os pressupostos mais intuitivos das três principais teorias, gerando, com isso, uma teoria penal unificada [*Vereinigungstheorie*].⁶⁸ No entanto, ele critica essa tentativa, que ele chamou de ‘teoria unificada aditiva’, pois ela somente juntaria diferentes elementos de cada uma das teorias sem ser realmente capaz de criar uma unidade lógica entre elas.⁶⁹ Há, porém, uma outra forma de responder a pergunta acima sem a busca de criar uma teoria meramente aditiva.

Roxin aponta para o fato de que todo o processo penal possui diferentes etapas e diferentes elementos, e que, por isso, teríamos diferentes perguntas acerca de cada uma dessas etapas e elementos. Cada etapa possuiria um fim diferente, e cada um desses fins exigiria uma justificação própria, pois cada uma delas não possuiria uma conexão lógica com as outras. Ele diz: “*das Strafrecht [entgegentritt] dem einzelnen in dreifacher Weise: Strafen androhend, verhängend und vollziehend, und[...]diese drei Bereiche staatlicher Tätigkeit [bedürfen] jeweils gesonderter Rechtfertigung.*”⁷⁰ Mas o jurista alemão não foi o único a perceber que há diferentes etapas e momentos em um processo penal.

Como pôde ser visto na primeira seção, os filósofos Wood e Knowles, assim como os juristas Jescheck e Weigend, afirmaram que há, pelo menos, duas formas distintas de entendermos o retributivismo, e que cada uma delas lida com uma diferente questão, uma com a questão acerca da natureza da punição e a outra com a questão de sua justificação.⁷¹ Também nessa seção, afirmamos que, com base nesses filósofos e juristas, a teoria penal retributiva possuiria, no mínimo, três características que se refeririam a diferentes etapas do processo penal. Com base no que Roxin expôs, podemos afirmar que não somente a teoria retributiva, mas qualquer teoria penal possuiria diferentes etapas e momentos que exigem suas próprias questões e justificativas.

No entanto, quais seriam essas perguntas? Podemos seguir o jurista alemão e dizer que a primeira pergunta diz respeito ao fim do direito penal enquanto um sistema legal, e não acerca do fim da punição, o que já seria uma outra pergunta. O fim do direito penal e

⁶⁸ JESCHECK & WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 75-79; ROXIN. *Strafrecht*, p. 83-96; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 27-29.

⁶⁹ ROXIN. *Sinn*, p. 10-11; ROXIN. *Strafrecht*, p. 84-85, 96.

⁷⁰ ROXIN. *Sinn*, p. 12. “O direito penal contrapõe-se ao indivíduo de três formas: as punições são ameaçadas, infligidas e administradas, e esses três campos da ação estatal carecem cada um de uma justificativa específica.”

⁷¹ Ver nota 21.

o da punição podem ser diferentes, e Roxin argumentou que elas deveriam ter diferentes respostas. Outras duas perguntas dizem respeito acerca de quando alguém deve ser punido e qual deve ser a pena, ou seja, qual deve ser o peso da punição sobre o criminoso. Uma boa teoria penal unificada seria uma que não buscasse juntar as diferentes abordagens em uma única, mas sim uma que reconhecesse as diferentes perguntas do processo penal e que reconhecesse que cada uma dessas perguntas podem, e até mesmo exigiriam, ser justificada por diferentes teorias penais.

Tendo em vista as diferentes abordagens sobre o direito penal e, principalmente, tendo em mente que o processo penal possui diferentes momentos que exigem diferentes justificativas, seremos capazes de melhor entender o que Hegel realmente teria proposto em sua teoria penal. Argumentarei que Hegel teria um tipo de teoria unificada, como a que Roxin acredita ser a ideal. Muitas das confusões realizadas por seus comentadores e críticos se deu, exatamente, em não perceber como ele teria oferecido diferentes respostas para o que seria, na verdade, diferentes questões.

4. A teoria penal unificada de Hegel e a punição expressão de justiça e sua função reconciliatória

Em um interessante, e correto, comentário sobre a teoria penal proposta por Hegel, o filósofo e comentador Thom Brooks afirma que: *“The orthodox consensus rests on a mistake. It fails to take sufficient account of Hegel’s distinctive form of argumentation that runs deep throughout his philosophical system, including his comments about punishment.”*⁷² Ele está correto em seu julgamento. Muitos dos comentadores de Hegel tomam a sua análise sobre a punição como sendo uma completa defesa de uma teoria penal específica, a teoria penal retributiva. Eles se fixam somente sobre o que o filósofo alemão afirmou na parte do Direito Abstrato de sua Filosofia do Direito, e se esquecem, ou ignoram, que há toda uma discussão acerca do direito, e também sobre o direito penal, na seção sobre a Sociedade Civil, e esta pode aprofundar a nossa compreensão sobre o que Hegel realmente afirmou sobre a função do direito penal e da punição.

⁷² BROOKS. Hegel, p. 203. “O consenso ortodoxo se baseia em um erro. Ele falha em considerar suficientemente a distintiva forma de argumentação que corre profundamente ao longo de seu sistema filosófico, incluindo seus comentários sobre punição.”

Além disso, como já mencionamos acima, comentadores, como Wood e Tunick, perceberam que existe algo diferente na teoria penal hegeliana, que não se encaixa corretamente com o retributivismo penal. Porém, eles acreditam que isso seria mais uma peculiaridade de um filósofo que possui uma teoria bem peculiar. Por isso, eles insistem que Hegel teria uma teoria penal retributiva. Afinal, parte de seu vocabulário e sua crítica ao Feuerbach permitiriam somente essa interpretação.

No entanto, o filósofo S. I. Benn afirma que: “*A veiled utilitarianism underlies Hegel’s treatment of punishment, as annulling a wrong. For if punishment could annul the wrong, it would be justified by the betterment of the victim of the crime or of society in general.*”⁷³ É possível entender o que ele deseja afirmar se pensarmos que é um grande erro acreditar que teorias preventivas poderiam somente prevenir crimes pela dissuasão através da ameaça. Como também vimos acima, essa crença fecha as portas para outras possibilidades conceituais, em especial, a de que Hegel teria defendido uma teoria preventiva positiva.

Os comentadores estão corretos ao afirmarem que a punição para Hegel tem uma função bem peculiar, a saber, a de anular o crime e, por isso, restaurar o direito.⁷⁴ Porém, a mera afirmação de que a punição possui essa função nos diz muito pouco. É necessário sabermos como a punição seria capaz de realizar essa função, e o porquê dessa função da punição. Com isso, temos duas diferentes questões que exigem diferentes respostas. A primeira questão, acerca de como a punição realiza sua função, concerne à natureza da punição. Já a segunda diz respeito acerca da função do direito penal, pois a função da punição tem uma correlação com o que o direito penal busca atingir.

Podemos observar que há uma atribuição consequencial na aplicação da punição, no caso, a de restaurar o direito. Ao anular um crime, o direito se torna inteiro novamente. Esta restauração do direito seria o fim do direito penal, enquanto a anulação do crime através da punição seria o meio pelo qual o direito penal atingiria esse fim. De acordo com Hegel, podemos dizer que a função do direito penal, enquanto a esfera punitiva do direito, seria a de restaurar o sistema legal como um todo através da anulação do crime

⁷³ BENN. Approach, p. 328. “Um utilitarismo velado perpassa o tratamento de Hegel sobre a punição como a anulação de um ofensa. Pois, se a punição pudesse anular a ofensa, seria justificado pela melhoria da vítima do crime ou da sociedade em geral.”

⁷⁴ HEGEL. Grundlinien, p. 187.

pela punição.⁷⁵ Temos que investigar, então, o porquê do direito penal possuir essa função, a de restaurar o direito, e como a anulação do crime pela punição seria possível, se quisermos entender mais sobre a função do direito penal assim como acerca da natureza da punição.

A primeira pergunta seria, então: por que o direito precisaria ser restaurado? De acordo com Hegel, o crime criaria um estado de coisas que exigiria a restauração do direito e, assim, o direito penal seria a esfera do direito que restauraria o direito, tornando-o inteiro mais uma vez. A pergunta agora se torna: como o crime poderia criar um estado de coisas que faria com que o direito necessitasse ser restaurado?

Me fixarei nas ideias centrais acerca do conceito de crime para Hegel, sem adentrar em pormenores, pois uma análise mais profunda sobre o conceito do crime exigiria uma investigação mais extensa sobre outros pontos que não são necessários para a presente questão.

Para Hegel, o crime seria a expressão de uma vontade contra a norma expressa da lei. Ele diz que: “*Das eigentliche Unrecht ist das Verbrechen, wo weder das Recht an sich noch [das Recht], wie es mir scheint, respektiert wird, wo also beide Seiten, die objektive und subjektive, verletzt sind.*”⁷⁶ Uma injúria pode ser cometida de duas formas, subjetivamente, isto é, através de uma ação criada pela vontade de cometer a injúria, ou objetivamente, quando a ação quebra as normas legais, ou mesmo morais, que estabelecem quando uma ação seria um ato de injúria. No caso do crime, vemos ambos os lados, pois um criminoso em sua ação não somente infringiria uma regra expressa na lei como também expressaria sua vontade nesse ato. Ele sabia que cometeria um crime com sua ação, e, mesmo assim, quis cometer esse crime.

Por isso, um crime seria, de acordo com Hegel, uma negação do direito válido da sociedade em questão.⁷⁷ Enquanto expressão de uma vontade, um crime seria a afirmação do criminoso que o direito vigente em sua sociedade deveria ser outro. Ele reivindicaria um novo código legal ao expressar que novos atos deveriam ser objetivamente válidos, no caso, o seu ato criminoso deveria ser reconhecido como uma lei. Muito mais que uma

⁷⁵ HEGEL. Grundlinien, p. 187.

⁷⁶ HEGEL. Grundlinien, p. 178. “A verdadeira injúria é o crime, onde nem o direito em si nem [o direito], como parece para mim, é respeitado, onde, portanto, ambos os lados, o objetivo e subjetivo, sofrem danos.”

⁷⁷ HEGEL. Grundlinien, p. 186-187.

injúria a um outro indivíduo, o crime seria uma injúria ao direito como um todo. Hegel diz que:

Der Unterschied von *Raub* und *Diebstahl* bezieht sich auf das Qualitative, daß bei jenem [mein] Ich auch als gegenwärtiges Bewußtsein, also als *diese subjektive* Unendlichkeit verletzt und persönliche Gewalt gegen mich verübt ist. - Manche qualitative Bestimmungen, wie *die Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit*, haben in den weiter bestimmten Verhältnissen ihren Grund.⁷⁸

É principalmente ao considerar o papel do crime no âmbito da sociedade civil, que Hegel aponta para o perigo que o crime traz para esse reconhecimento da validade do direito. No parágrafo 218, ele diz, que:

Indem Eigentum und Persönlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft gesetzliche Anerkennung und Gültigkeit haben, so ist das Verbrechen nicht mehr nur Verletzung eines subjektiv Unendlichen, sondern der allgemeinen Sache, die eine in sich feste und starke Existenz hat. Es tritt damit der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft ein, wodurch einerseits die Größe des Verbrechens verstärkt wird; andererseits aber setzt die ihrer selbst sicher gewordene Macht der Gesellschaft die äußerliche Wichtigkeit der Verletzung herunter und führt daher eine größere Milde in der Ahndung desselben herbei.⁷⁹

Como pode ser visto, há uma outra dimensão do crime que vai além da injustiça que este poderia cometer. O perigo que esse introduz à sociedade deve ser considerado para a ideia e função do direito penal, ainda que não para o formato da punição.

Se o crime é um ato que nega o direito válido e reconhecido por todos os cidadãos de uma sociedade, e se essa negação gera um perigo para a sociedade, visto que a negação do direito pelo crime pode gerar uma grande insegurança social, não tanto do ponto de vista da proteção privada, mas sim acerca da validade das leis, o papel do direito penal seria o de afirmar que o sistema legal vigente continua válido, e que o crime seria nada.⁸⁰

⁷⁸ HEGEL. Grundlinien, p. 183-184. “A diferença de *roubo* e *furto* se refere ao qualitativo, que, naquele, [meu] eu, também como consciência presente, portanto, como *esta subjetiva* Infinitude, é ferido e a violência pessoal é exercida sobre mim. – Algumas determinações qualitativas, como *o perigo para a segurança pública*, tem sua razão em outras relações específicas.”

⁷⁹ HEGEL. Grundlinien, p. 371-372. “Quando a propriedade e personalidade na sociedade civil possui reconhecimento e validade legal, então o crime não é mais somente o dano a uma infinitude subjetiva, mas a coisa comum, que tem uma existência firme e sólida em si. Com isso, entra o ponto de vista do perigo da ação para a sociedade, através do qual, por um lado, a dimensão do crime se torna mais forte; porém, por outro lado, o poder da sociedade que se tornou seguro de si mesmo diminui a importância externa do dano e leva a uma grande moderação na punição.”

⁸⁰ HEGEL. Grundlinien, p. 185.

Foi também argumentado por críticos que a afirmação de que a punição anularia o crime não faria sentido.⁸¹ Uma vez que o dano foi infligido, não faz sentido afirmar que este dano seria eliminado se a punição for aplicada ao criminoso. Não há como retroceder no tempo. O dano já foi causado e não pode ser anulado, ainda que pudesse ser aliviado por medidas compensatórias.

Porém, esse entendimento sobre a punição ignora o que Hegel teria afirmado acerca do crime. Um crime não seria somente um mero dano sobre o indivíduo. Quando alguém comete um crime, este comete um crime contra toda a comunidade, e arrisca a destruição de toda a ordem legal existente e válida. O crime tem um elemento simbólico que perdura sobre a sociedade, e somente através da punição ele pode ser negado.

O entendimento do direito penal como uma esfera de reconstituição da confiança no direito e da segurança deste se aproxima muito com o que vimos acerca da teoria penal preventiva geral positiva, pois esta foca exatamente na restauração das relações de confiança no sistema legal e na manutenção do reconhecimento das relações intersubjetivas na sociedade que foram institucionalizadas através do direito. A punição anula o crime por afirmar a validade do direito e das relações intersubjetivas na sociedade, e que o crime não seria válido. Essa função de restauração do direito penal seria o que Hegel chamou de função de reconciliação [*Versöhnung*] do direito. No parágrafo 220, ele afirma:

Statt der verletzten Partei tritt das verletzte Allgemeine auf, das im Gerichte eigentümliche Wirklichkeit hat, und übernimmt die Verfolgung und Ahndung des Verbrechens, welche damit die nur subjektive und zufällige Wiedervergeltung durch Rache zu sein aufhört und sich in die wahrhafte Versöhnung des Rechts mit sich selbst, in Strafe verwandelt, - in objektiver Rücksicht als Versöhnung des durch Aufheben des Verbrechens sich selbst wiederherstellenden und damit als gültig verwirklichenden Gesetzes, und in subjektiver Rücksicht des Verbrechers als seines von ihm gewußten und für ihn und zu seinem Schutze gültigen Gesetzes, in dessen Vollstreckung an ihm er somit selbst die Befriedigung der Gerechtigkeit, nur die Tat des Seinigen findet.⁸²

⁸¹ KNOWLES. *Hegel*, p. 142-143.

⁸² HEGEL. *Grundlinien*, p. 374. “Ao invés da parte lesada, surge o universal lesado, que tem efetividade específica no tribunal, e assume a perseguição e punição do crime, que deixa de ser, com isso, apenas a retribuição subjetiva e contingente através da vingança e se transforma na verdadeira reconciliação do direito consigo mesmo, na pena – em um ponto de vista objetivo, como reconciliação da lei através da anulação do crime que se restaura e, assim, efetivado como válido, e no ponto de vista subjetivo do criminoso como sua lei válida por ele, conhecida por ele e para a sua proteção, em cuja aplicação, então, ele encontra a satisfação da justiça, apenas o ato daquilo que seria seu.”

Como podemos observar na passagem acima, a reconciliação se dá em dois níveis diferentes. Por um lado, há a negação da validade da ação criminosa e a afirmação da validade do direito vigente com a punição. Há a restauração das relações intersubjetivas pela restauração da confiança dos cidadãos na validade do direito. Esse seria o que Hegel chamou de lado objetivo da reconciliação. Mas há também, junto com a restauração da confiança na validade do direito, um lado subjetivo da reconciliação, que traz novamente o criminoso para a esfera social, ao reconhecê-lo como um cidadão e, por isso, julgá-lo através de regras penais objetivamente estabelecidas que expressam a justiça, e não mais a busca da vingança dos cidadãos, como em comunidades que se guiariam por uma noção de justiça completamente retributiva. Através da punição, o criminoso é reconhecido como um cidadão ao ser reconhecido como um agente livre, capaz de agir pautado em razões, e reconciliado com a sociedade.⁸³ Essa clareza de que o direito penal possui essa dupla função de reconciliação só é possível se o entendermos como parte integral de um sistema legal que possui uma função específica, a de restaurar este sistema ao afirmar a sua validade, e não como uma esfera separada através da qual indivíduos exercem aquilo que eles acreditam que seria justo por existir um ato criminoso.

Há uma grande semelhança nesta forma de compreender a função do direito penal, da punição como reconciliação do direito, com a do direito penal como prevenção geral positiva. De fato, um dos maiores proponentes desta perspectiva, Günther Jakobs, reconheceu que há uma grande similaridade entre sua proposta e de Hegel. Ele diz que: “Bei Hegel erhält die absolute Theorie eine Gestalt, deren Differenz zur hier vertretenen positiven Generalprävention gering ist.”⁸⁴

Ao contrário de outros juristas, Jakobs afirma que o papel do direito penal não seria o da proteção de bens jurídicos [*Rechtsgüter*], que seriam certos bens básicos que o direito penal defenderia através da prevenção negativa, mas sim o de manter a confiança no sistema legal ao mostrar que o crime não possui significado e validade social através da punição daqueles que se desviam das normas legais. Ele diz que: “die Strafe bedeutet

⁸³ Através dessa compreensão, da punição como reconciliação, poderia ser defendido, ainda, que Hegel via uma necessidade de ressocialização do criminoso através da determinação da pena. Cf. MERLE. **German**, p. 135-136.

⁸⁴ JAKOBS. **Strafrecht**, p. 17: “Em Hegel, a teoria absoluta adquire um formato cuja diferença da teoria da prevenção geral positiva defendida aqui é muito pequena.”

etwas, scil. daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich ist[...] Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt.”⁸⁵ Antes de ter defendido um retributivismo, Hegel teria proposto, na verdade, uma teoria penal que se encaixaria nos moldes da teoria penal da prevenção geral positiva.⁸⁶

Mas há, de fato, elementos na proposta de Hegel que nos remetem a um tipo de retributivismo, em especial, a afirmação de que a punição seria um ato de justiça. Esses elementos contribuíram para que diferentes comentadores e críticos vissem sua teoria penal como se fosse meramente punitiva e retributiva.

No entanto, esses elementos são capazes de gerar essa confusão somente se não separarmos as questões sobre as diferentes partes do direito penal, e se víssemos a função do direito penal e a função da punição, assim como a natureza desta, como uma única questão. Tendo em mente que a função do direito penal seria a de restauração do direito através da reconciliação entre o direito e a sociedade e entre o criminoso e a sociedade, e que a função da punição seria a de anular o crime, resta saber como a punição seria capaz de anular o crime, e, com isso, de restaurar o direito.

Como mencionado acima, Wood observou que há a possibilidade de entendermos a teoria penal de Hegel através de uma proposta do filósofo Joel Feinberg, mas a rejeita de antemão por ela não permitir uma compreensão retributiva da teoria penal do filósofo alemão. Mas seria exatamente a proposta de Feinberg, a punição como expressão, que nos permitiria ver como a punição pode ter um caráter retributivo com fins preventivos e reconciliatórios.

Feinberg apontou para o fato de que a característica que diferenciaria uma punição que encontramos na esfera penal de uma mera sanção, como uma multa, seria a sua função

⁸⁵ JAKOBS. *Strafrecht*, p. 9-10 “a punição significa algo, no caso, que o significado do comportamento quebrador de normas é ínfimo e a norma é, como antes, significativa[...]*A função da punição é a manutenção da norma como padrão de orientação para o contato social.*”

⁸⁶ Além de Günther Jakobs, entre os filósofos e juristas que perceberam a função de prevenção geral positiva do direito penal em Hegel, temos Kurt Seelmann, Georg Mohr, Felix Maultzsch. Cf. SEELMANN, Kurt. *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien*. Freiburg: Verlag Karl Alber, 1995, p. 27-31; MAULTZSCH, Felix. *Hegels Rechtsphilosophie als Grundlage systemtheoretischer Strafbegründung*. *Jura*, Vol. 23, n. 2, 2001, p. 91-92; MOHR, G. *Unrecht und Strafe (§§ 82-104)*, In: SIEP, L. (Org.). *G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Akademie Verlag, 2005, p. 109-110.

expressiva.⁸⁷ A punição penal seria a expressão de uma condenação moral da comunidade contra o criminoso, afirmando não somente para ele, mas para todos os cidadãos, que aquele ato seria errado. O mal que é infligido sobre o criminoso não é tão relevante para caracterizar o ato de punir quanto a expressão de condenação moral da comunidade. Sem essa característica não poderíamos diferenciar a punição penal de outras sanções comuns.

Por um lado, sanções comuns também são caracterizadas pela aplicação de algum mal sobre os indivíduos que cometeram algum ato infracional, ainda que esse mal possa não ser tão intenso quanto o mal de algumas punições infligidas sobre alguns criminosos. Assim, a infligência desse mal não poderia ser a característica que separaria ambas as noções. Mesmo a alegação de que a diferença seria em grau, de que sanções comuns seriam a aplicação de um mal de baixa intensidade, enquanto punições seriam um mal mais intenso, não seria correta, pois certas punições podem, por vezes, ser um castigo com menor intensidade do que o de uma sanção comum.

Por outro lado, sanções comuns, como multas, têm mais um caráter pedagógico do que o de uma condenação moral, ainda que possa existir uma certa reprovação por parte da comunidade. De acordo com Feinberg, ainda que punições possam exibir um caráter pedagógico, a expressão de condenação é o fator mais importante na punição. Inclusive, medidas pedagógicas, como a ressocialização, poderiam ser melhor realizadas de formas que não se assemelham com o que entendemos por punição.

A punição tem um caráter público e a necessidade dessa publicidade se baseia na condenação moral, em mostrar à sociedade que ela como um todo não permite esse tipo de ato. Com isso, uma punição afirma a superioridade do código legal vigente frente ao ato criminoso. Feinberg diz que: “*A statute honored mainly in the breach begins to lose its character as law, unless, as we say, it is vindicated (emphatically reaffirmed); and clearly the way to do this (indeed the only way) is to punish those who violate it.*”⁸⁸

Uma condenação moral da comunidade não pode ser feita através de uma punição meramente privada, onde há, no máximo, a expressão de condenação particular, por parte de um ou mais indivíduos, mas nunca da comunidade como um todo. Além disso,

⁸⁷ FEINBERG, J. The Expressive Function of Punishment. In: FEINBERG, J. **Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility**. Princeton: Princeton University Press, 1970, p. 98.

⁸⁸ FEINBERG. Expressive, p. 104. “Um estatuto honrado normalmente na violação começa a perder o seu caráter de lei, a menos que, como dizemos, ela seja vindicada (reafirmada enfaticamente); e claramente a forma de fazer isso (na verdade, a única forma) é punir aqueles que a violam.”

expressões de condenação particulares tendem a manifestar arbitrariedade, pois elas são conduzidas pelas emoções dos indivíduos particulares. Há, assim, um elemento de racionalidade na punição, pois a condenação do criminoso é mais que uma expressão de emoção, mas o julgamento moral racional da comunidade. Por isso, a busca de vingança pessoal não poderia ser visto como sendo uma busca de justiça, embora possa existir um elemento simbólico de vingança pública na punição que busca apaziguar os ânimos sociais.⁸⁹ No entanto, Feinberg deixa claro que a busca de legitimar a punição se baseia em certos critérios de responsabilidade, sem os quais uma punição poderia ser considerada injusta ou moralmente errada.⁹⁰ A punição enquanto um ato simbólico frente a sociedade, não deve ser arbitrária, e sim uma demonstração de justiça.

A natureza da punição seria para Hegel, exatamente, a demonstração da existência de justiça na sociedade. Ela seria um ato simbólico gerada em prol de todos os cidadãos, inclusive o criminoso, visando a demonstração de que há justiça na sociedade, e que o ato criminoso seria nada frente a existência do direito. Por isso a punição seria a ‘negação da negação’, pois ela elimina os efeitos simbólicos do crime pela afirmação de que o direito é válido.⁹¹

Hegel afirma que uma noção de retribuição, se concebida como sendo uma teoria penal em sua integridade, conduziria para uma noção de direito penal que teria em seu centro uma noção de justiça como vingança, ou uma justiça vingativa, *die rächende Gerechtigkeit*.⁹² Por isso, Hegel diz que:

Wird der an sich seiende Zusammenhang des Verbrechens und seiner Vernichtung und dann der Gedanke des Wertes und der Vergleichbarkeit beider nach dem Werte nicht gefaßt, so kann es dahin kommen, daß man[...]in einer eigentlichen Strafe eine nur willkürliche Verbindung eines Übels mit einer unerlaubten Handlung sieht.⁹³

Uma punição não pode simplesmente ser a expressão da vontade de vingança ou de uma emoção. Nesses casos, não há uma justiça verdadeira e essa expressão de direito tem em

⁸⁹ FEINBERG. *Expressive*, p. 100.

⁹⁰ FEINBERG. *Expressive*, p. 111-115.

⁹¹ HEGEL. *Grundlinien*, p. 186.

⁹² HEGEL. *Grundlinien*, p. 197-198.

⁹³ HEGEL. *Grundlinien*, p. 194. “Se a conexão em si do crime e sua negação e, então, o pensamento do valor e da comparabilidade de ambos não for compreendida a partir do valor, então, pode vir a ser que, na punição propriamente dita, seja visto uma relação apenas arbitrária de um mal com uma ação proibida.”

si uma noção de justiça que gera inúmeros problemas epistemológicos além dos morais, como, p.ex., o de determinar quem foi o criminoso e a intensidade da punição. Nesses casos, as emoções seriam o guia para o estabelecimento da responsabilidade e da pena, o que abriria a possibilidade de arbitrariedade, onde diferentes indivíduos podem observar um mesmo crime como tendo diferentes culpados ou atribuindo diferentes penas para um mesmo crime.

Para Hegel, temos, então, duas questões diferentes quando lidamos com a questão da legitimidade da punição. Uma diz respeito à legitimidade da aplicação da punição, e nesse caso, a pergunta seria acerca de quando uma punição pode, ou mesmo deve, ser aplicada, e a outra pergunta lida com o formato da punição, isto é, lida com a legitimidade da pena. De acordo com filósofo alemão, uma punição pode somente ser a consequência da responsabilidade de um ato criminoso. Sem essa relação entre a responsabilidade e a punição, perdemos a relação entre o crime e a punição, e a punição deixa de ser justa. Não é um acaso que Hegel passa a investigar a ação humana e a atribuição de responsabilidade na parte da Moralidade, em sua filosofia do direito.

Há uma ligação entre o intuito preventivo geral positivo, no caso, na afirmação da validade e reconstrução da confiança no direito, e o fato de que a punição e sua inflicção são justas. A confiança no direito penal somente seria possível caso ele demonstrasse ser não-arbitrário. Jakobs observou bem a relação entre a proposta de Hegel de uma teoria penal da prevenção geral positiva da função do direito penal com a busca de fundamentar a função da punição em uma natureza retributiva, que permitiria a realização da função preventiva de reconstrução da confiança dos cidadãos ao dizer que:

Bei Hegel[...]ist der Schmerz auch Symbolträger, er bedeutet etwas, scil. daß die vom Täter gebildete Maxime unmaßgeblich ist und die des Rechts maßgeblich. Tat und Strafe werden in ihrer kommunikativen Bedeutung genommen, die Tat als Behauptung, das Recht sei nicht verbindlich, und der Täter genieße die Freiheit des hobbeschen Naturzustandes, die Strafe als Widerspruch mit dem Inhalt, allein an das Recht sei anzuschließen. Mit diesem Widerspruch ist die Struktur der Gesellschaft bestätigt, also eine Sequenz vollzogen worden[...]es geht nicht um das Unterbleiben weiterer Verbrechen - ein, ernstgenommen, in mehrfacher Hinsicht totalitäres Unterfangen -, sondern um die Erhaltung der Normgeltung.⁹⁴

⁹⁴ JAKOBS, G. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck**. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004, p. 26. “Em Hegel[...]a dor é também um símbolo, ela significa algo, no caso, que a máxima formada pelo criminoso é irrelevante e a do direito relevante. O ato criminoso e a punição são compreendidas em seu significado comunicativo, o ato criminoso como afirmação que o direito não seria obrigatório, e o criminoso gozaria da liberdade do estado de natureza hobbesiano, a punição como contradição com o conteúdo que

A resposta retributiva para a função da punição, antes de impedir a compreensão da função preventiva geral positiva do direito penal, seria o que a possibilitaria. Por entendermos que a teoria do direito penal possui diferentes questões e que cada uma delas pode ter diferentes respostas, que podemos entender como a afirmação de que a punição seria uma expressão de justiça não significaria que o direito penal seja em si mesmo retributivo. Ao dar diferentes respostas em cada um desses momentos do processo penal, que podemos afirmar que Hegel teria defendido uma teoria penal unificada da prevenção geral positiva.⁹⁵

5. Conclusão

A forma como Wood e outros comentadores lidaram com a questão do direito penal estabeleceu uma dicotomia desnecessária, pois há muito mais que somente a possibilidade entre uma teoria penal retributiva e uma consequencialista. A insistência de que Hegel seria retributivista fez com que outras possibilidades fossem deixadas de lado. Mesmo que elas tenham se mostrado promissoras de início, foram logo abandonadas por não se encaixarem com aquilo que esses comentadores previamente determinaram que Hegel teria proposto. Há uma petição de princípios, pois há de antemão a determinação de que ele seria um retributivista, e não uma conclusão baseada em seus escritos.

A falta de um arcabouço conceitual adequado fez também com que esses comentadores não pudessem lidar e até mesmo conceber essas questões de forma adequada. Só podemos compreender corretamente a teoria penal de Hegel, e como ela seria uma completa novidade em sua época, se termos em mãos os avanços conceituais que a teoria contemporânea do direito alemão nos disponibilizou. Realmente vemos em seu conceito de punição a ideia de expressão de justiça, mas essa expressão de justiça serve à função de reconciliação, no caso, a de restauração da confiança no sistema legal e manutenção das relações de reconhecimento que foram institucionalizadas pelo direito.

devemos somente nos conectar com o direito. Com essa contradição, a estrutura da sociedade é confirmada, portanto, uma sequência foi realizada[...]não se trata de evitar outros crimes – um empreendimento que seria totalitário em vários pontos de vista, se levado a sério –, senão que da manutenção da validade da norma.”

⁹⁵ MOHR, G. Unrecht, p. 119.

Essa função seria a do direito penal. Desta forma, antes de ser retributiva, a proposta de Hegel seria uma dentro dos moldes da teoria unificada da prevenção geral positiva.

Daniel de Vasconcelos Costa
Faculdade de Filosofia - FAFIL
Prédio Humanidades II
Av Esperança, sn, Campus Samambaia
CEP 74690-900
Goiânia - Goiás – Brasil

danieldevcosta@gmail.com

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Jami L. Annulment Retributivism. **Legal Theory**, Vol. 05, n. 04, 1999, p. 363-388.

BENN, S. I. An Approach to the Problems of Punishment. **Philosophy**, Vol. 33, n. 127, 1958, p. 325-341.

BINDING, Karl. **Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil**. Leipzig: Wilhelm Engelmann Verlag, 1902.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BROOKS, Thom. Hegel on Crime and Punishment. In: BROOKS, T.; STEIN, S. (Orgs.). **Hegel's Political Philosophy: On the Normative Significance of Method and System**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

COOPER, David E. Hegel's Theory of Punishment. In: PELCZYNSKI, Z. A. (Org.) **Hegel's Political Philosophy: Problems and Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 1971, p. 151-167.

COTTINGHAM, John. Varieties of Retribution. **The Philosophical Quarterly**, Vol. 29, n. 116, 1979, p. 238-246.

DALY, Kathleen; PROIETTI-SCIFONI, Gitana. Reparation and Restoration. In: TONRY, M. (org.). **The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 207-253.

DOLINKO, David. Some Thoughts about Retributivism. **Ethics**, Vol. 101, n. 3, 1991, p. 537-559.

FEINBERG, Joel. The Expressive Function of Punishment. In: FEINBERG, J. **Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility**. Princeton: Princeton University Press, 1970, p. 95-118.

FLETCHER, George P. **Rethinking Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

GREENAWALT, Kent. Punishment. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 74, n. 2, 1983, p. 343-362.

HEGEL, G. W. F. Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. In: MICHEL, K. M.; MOLDENHAUER, E. (Orgs.). **Werke in 20 Bänden. Bd. 7**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1970.

HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justifications Revisited**. London; Ann Arbor: Pluto Press, 2006.

JAKOBS, Günther. **Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**. Berlin: De Gruyter, 1991.

JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck**. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Fünfte Auflage.** Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KALOUS, Angela. **Positive Generalprävention durch Vergeltung.** Regensburg: S. Roderer Verlag, 2000.

KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten. Werkausgabe Band VIII.** Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1977.

KLUG, Ulrich. Abschied von Kant und Hegel. In: KLUG, U. **Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Band 2: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme.** Berlin; Heidelberg; New York: Springer, 1981, p. 149-154.

KNOWLES Dudley. Hegel on Justification of Punishment. In: WILLIAMS, R. (Org.). **Beyond Liberalism and Communitarianism: Studies in Hegel's Philosophy of Right.** New York: SUNY Press, 2001, p. 125-146.

KNOWLES Dudley. **Hegel and the Philosophy of Right.** London; New York: Routledge, 2002.

KÖHLER, Michael. **Strafrecht: Allgemeiner Teil.** Berlin: Springer-Verlag, 1997.

MAULTZSCH, Felix. Hegels Rechtsphilosophie als Grundlage systemtheoretischer Strafbegründung. **Jura**, Vol. 23, n. 2, 2001, p. 85-92.

MERLE, Jean.-Christophe. **German Idealism and the Concept of Punishment.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MOHR, Georg. Unrecht und Strafe (§§ 82-104). In: SIEP, L. (Org.). **G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts.** Berlin: Akademie Verlag, 2005, p. 95-124.

ROTH, Michael P. **Crime and Punishment: A History of the Criminal Justice System.** Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2011.

ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.** München: C. H. Beck, 2006.

SAMAH, Joel. **Criminal Law, Tenth Edition.** Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2011.

SEELMANN, Kurt. **Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Strafreorien.** Freiburg: Verlag Karl Alber, 1995.

TUNICK, Mark. **Hegel's Political Philosophy: Interpreting the Practice of Legal Punishment.** Princeton: Princeton University Press, 1992a.

TUNICK, Mark. **Punishment: Theory and Practice.** Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1992b.

VON FEUERBACH, Anselm Ritter. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.** Giessen: Georg Friedrich Heyer Verlag, 1832.

VON HIRSCH, Andrew. Penal Theories, In: TONRY, M. (Org.). **The Handbook of Crime and Punishment.** Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 659-682.

WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung.** Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

WOOD, Allen W. **Hegel's Ethical Thought.** Cambridge: Cambridge University Press, 1990.