

# O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA CONFORME A FILOSOFIA DO DIREITO EM HEGEL

## – Contribuições da Filosofia Hegeliana para um Direito Penal Mínimo

---

*Fernando Antonio da Silva Alves*

Doutorando em Direito Público pela Unisinos (RS). Professor de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade Maurício de Nassau – Natal (RN). Mestre em Ciência Política pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (Portugal). profferando71@uol.com.br

### **Resumo:**

Este texto pretende demonstrar como as categorias filosóficas empregadas por Hegel na sua definição de Direito podem ser empregadas no sentido de se analisar o âmbito de aplicação da lei penal, e de até que ponto podem o crime e a liberdade serem regulados por normas jurídicas, sem que isso implique uma eventual contradição, nos termos de uma sociedade crescentemente punitiva, diante de um Estado Democrático de Direito.

### **Palavras-chave:**

Filosofia do Direito. Legalidade. Direito Penal Mínimo.

### **Abstract:**

This article intends demonstrate how the philosophy categories applied by Hegel, in his concept of law, may be employed in the meaning of analysis the penal law application environment and even that crime and freedom may be ruled by legal rules, without eventual contradiction, in terms of growing punitive society, in between a Democratic State of Law.

### **Keywords:**

Philosophy of Law. Legal System. Criminal Law Minimum.

### **Sumário:**

Introdução. 1. O conceito de Direito de Hegel. 2. O Direito enquanto eticidade. 3. O crime na Filosofia de Hegel. 4. A moralidade subjetiva e a moralidade objetiva na construção de um Direito Penal Mínimo. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

---

Homens livres também são homens regrados. São aqueles cujas condutas estão destinadas às sanções correspondentes no momento em que praticaram algo definido como um ato criminoso. A definição do que é crime e do que não é depende, sob o aspecto filosófico, da conceituação inicial do que é entendido como jurídico, pois a repressão penal só confere sua legitimidade e própria existência se for definida juridicamente. Por tal razão, a Filosofia de Hegel surge como um instrumental teórico relevante para se determinar no cálculo da punibilidade que condutas podem ser tidas como delituosas e quais aquelas em que outras formas de sanção podem ser materializadas.

Um Direito Penal Mínimo não equivale, necessariamente, a um Estado mínimo, porém, como na sequência poderá ser visto neste estudo, as categorias da política, assim como do jurídico, andam bem entrelaçadas na Filosofia de Hegel, mormente em seu estudo da juridicidade e de seu historicismo revelado nos seus conceitos de ideia absoluta e espírito objetivo. O interessante do sistema filosófico hegeliano é que, a exemplo da Filosofia de Kant, que, de certa forma, deu asas ao positivismo jurídico, o pensamento de Hegel contribui para o desenvolvimento da pesquisa sociológica no estudo do Direito. Isso se deu pela ênfase que Hegel confere, diferentemente de Kant, à experiência humana concreta, rompendo com uma tradição do jusnaturalismo, preso a conceitos abstratos, e que dá uma nova dimensão ao Direito, agora subordinado aos processos históricos que acometem a realidade de um povo.

Deve-se notar que no estudo do Direito Penal e do crime associa-se a discussão sobre o crime e a injustiça, com a discussão sobre a liberdade, tema caro à Filosofia de Hegel. Um Direito relacionado às manifestações da vontade é a chave para se compreender até que ponto uma conduta pode ser penalmente reprimida ou não. É nesse sentido que as modernas teorias do dolo, e algumas considerações críticas à doutrina clássica do Direito Penal, serão encontradas

no pensamento de Hegel no momento em que se pressupõe o criminoso como alguém dotado de vontade livre, autoconsciente de sua vontade, e que age, necessariamente, sob impulsos destinados à violação de regras de conduta.

Por fim, são esboçados os primeiros traços de um Direito Penal Mínimo, à luz da Filosofia hegeliana e com a contribuição do pensamento jurídico penal moderno, a fim de se compreender a realidade de um Estado Democrático de Direito no qual o regime jurídico das liberdades possa ser respeitado, sem que isso implique um Estado plenipotenciário e plenamente punitivo, numa economia punitiva que leve em conta aquilo que moralmente é tido como reprovável pela coletividade e que mereça o respaldo social de uma coação penal.

## 1 O CONCEITO DE DIREITO EM HEGEL

---

Compete a Bobbio uma visível apresentação da Filosofia do Direito em Hegel, revelando uma concepção *lato sensu* de Direito que tanto pode ser entendido como *Recht*, que diz respeito ao Direito dos juristas, o Direito abstrato, propriamente dito, como também o Direito que deve ser entendido como todas as determinações da liberdade, pois se trata de um dos principais objetos da Filosofia prática, para Hegel (Bobbio, 1991, p. 58). O motivo dessa ambiguidade é que Hegel fragmenta o sistema jurídico a partir do Direito privado, chegando a transferir o conceito de Direito Penal do âmbito do Direito Público para o Privado quando se refere à injustiça enquanto dano, impostura e crime (Hegel, 2001, p. 81-83). Explica-se também a diferenciação das categorias hegelianas sobre o jurídico, tendo em vista que Hegel se contrapõe a Kant na sua crítica ao Direito Natural, evitando a perspectiva kantiana de reduzir a sociedade a uma comunidade jurídica universal, como se o Direito fosse capaz de unificar em seu âmbito toda a vida social a partir de sua consideração como um supremo ente abstrato. A filosofia da sociedade e a filosofia do Estado não se resumem à Filosofia do Direito, ao contrário, o Direito encontra-se subordinado a um

âmbito filosófico mais amplo, no qual é ele que se torna influenciado historicamente pela sociedade, e não o contrário, destruindo o mito da supremacia filosófica do Direito defendida pelo jusnaturalismo.

Pode-se dizer, portanto, num primeiro momento, que, na verdade, Hegel não faz uma Filosofia do Direito, mas sim uma Filosofia sobre o Direito, pois entende que a eticidade que desponta de seu conceito de ideia absoluta é que irá fornecer subsídios para uma compreensão filosófica do fenômeno jurídico (Bobbio, 1991, p. 83). O Direito não é mais uma categoria abstrata, mas sim um ente histórico, vivo, que nasce e se desenvolve de acordo com os movimentos da vida prática, como a política com a formação do Estado, a economia por meio do trabalho e o costume mediante as relações familiares. Como se trata de um filósofo idealista, mas que tributa sua contribuição filosófica ao desenvolvimento da concepção de Ideia, não mais vista como ente abstrato, mas sim como efetivo e prático ator histórico no desenvolvimento da humanidade, Hegel credita ao seu conceito de Espírito o vetor por onde despertará a razão, como fio condutor desse desenvolvimento (Hegel, 2001, p. 63).

O Espírito, para Hegel, origina-se na história do mundo, no reino do Espírito entendido como reino dos homens, que se diferencia do reino de Deus. Se há um reino físico entendido como a natureza, para Hegel o reino do Espírito se desenvolve com os homens, no momento em que, no que respeita à teologia, estes podem ser considerados em relação à divindade meras criaturas imperfeitas diante de um ser perfeito e acabado, com suas leis próprias; porém, enquanto homens entre si, eles podem se reconhecer não como seres imperfeitos, mas como seres históricos, dotados de desejos e inclinações que os impulsionam a fazer e desenvolver história. Os conflitos, as guerras, as conquistas, as legislações e os jogos de dominação subjacentes a isso seriam resultado de um objetivo final da humanidade, que seria o da realização do Espírito, entendido como criação humana, e não divina. É no âmbito do Espírito, historicamente moldado, que irá se desenvolver o Direito.

Não se pode falar de um conceito de Direito em Hegel sem se ater ao conceito correlato de liberdade, que perpassa pela concepção de Ideia e de Espírito desenvolvida por Hegel em sua Filosofia. A liberdade enquanto realização do Espírito é uma “existência autocontida”, nas palavras de Hegel, pois essa existência é a consciência própria que o Espírito tem de si, a consciência de que o homem é livre apenas quando está consigo próprio. A liberdade é o reconhecimento de si mesmo, é a descoberta de sua própria natureza, e por isso o objetivo final do mundo seria a realização da liberdade, pois com ela viria o reconhecimento de um ser-em-si-mesmo no mundo, ou seja, mais uma vez a realização do Espírito. É a busca dessa realização que conduz à história, e dessa história surge o arcabouço jurídico a partir da sociedade que fundamenta o Estado, como realização da Ideia, ou seja, do Espírito do mundo, pois a lei é a expressão do Direito moderno e o fundamento jurídico do Estado, que é a Constituição (Hegel, 1997, p. 87-99).

Assim, a partir do Estado, a lei surge como a realização da liberdade. Por ele, segundo Hegel, é possível exercer a liberdade, posto que, ao discordar novamente dos jusnaturalistas, Hegel se contrapõe à concepção de que o Estado surge para limitar a liberdade, pois o homem seria livre por natureza, quando, na verdade, ocorre o contrário. Ora, para ele, dizer que o homem é livre por natureza significa dizer apenas que é livre em si mesmo, ou seja, livre quanto ao seu destino, livre no tocante a sua existência, tornando-se, ao ser livre, existente na natureza. O problema ocorre quando o homem não se vê mais como um ser natural, e sim como um ser histórico, pois é nesse sentido que surge o Estado para a preservação de sua liberdade. A natureza, contraditoriamente, ao mesmo tempo que faz nascerem homens livres, porque se reconhecem como existentes e como detentores de direitos, não permite, ao revés, que esses homens possam exercer a sua liberdade, em virtude da injustiça, das perversões, dos instintos naturais violentos e impulsivos que se encontram presentes no estado de natureza. A consciência e o desejo de liberdade surgem exatamente por conta do conflito gerado na natureza ao querer se exercitar essa liberdade (Hegel, 1997, p. 93).

A liberdade toma consciência de si e passa a se desenvolver enquanto Ideia no momento em que ela é atingida. Daí surge na Filosofia de Hegel a necessidade da lei e da moral como condição para o exercício da liberdade.

Hegel argumenta que o impulso, o desejo, a paixão, típicos do homem natural no estado de natureza, são empecilhos para o exercício da liberdade, e uma verdadeira limitação desta. Em busca de seu desejo de emancipação, a liberdade do ser histórico faz com que ele procure a sociedade e o Estado para que sua liberdade se realize, pois ao contrário, se o homem quisesse ver-se a si mesmo enquanto ser livre na natureza, ele deveria se ver como um ser sozinho, livre das limitações dos impulsos e dos desejos dos outros, mas não é isso que ocorre.

Por outro lado, Hegel vê o desenvolvimento da lei e do Direito como categorias históricas e não abstratas a partir do princípio ético da família, para explicar como a lei e a moral se depreendem de seu conceito de liberdade. A família é uma individualidade, uma só pessoa, em que seus membros renunciam a seus egoísmos e paixões individuais em função dos sentimentos de amor, fé e confiança um no outro, pois o espírito familiar (enquanto dado objetivo e não um ente abstrato) existe não apenas na consciência de si proporcionada pela liberdade, mas também na consciência do outro. Nesse sentido é que para Hegel, a exemplo do espírito da família, existe um espírito do povo, personificado no Estado. Se a família é uma unidade de sentimentos, o Estado é uma unidade de seres morais, vinculados entre si por meio da lei, que confere às consciências a condição de indivíduo livre, mas livre em relação ao outro e vice-versa. Todo o edifício jurídico e a dimensão do Direito Público terão aí seu fundamento, segundo concepção de Hegel.

Daí origina-se a definição de Hegel de Constituição. A Constituição como fundamento jurídico do Estado não corresponde a uma definição formal de Direito abstrato, no sentido de pensar o Estado como uma entidade abstrata que resulta da consciência dos cidadãos, para daí bastar simplesmente existir apenas uma ordem jurídica assentada numa vontade popular, em que uns dão ordens e outros obedecem (a obediência aqui parece estar paradoxalmente distante da

liberdade). Para Hegel, não é a partir da definição abstrata de Estado (patriarcal, monárquico ou democrático) que se chegará a um conceito de Constituição, mas sim a partir da realidade concreta do povo. A Constituição reflete juridicamente, no âmbito do Estado, o que em realidade o povo define como cultura por meio dos jogos de dominação sucessivos que marcam periodicamente o desenvolvimento do Espírito, carregado de historicidade, na evolução de uma sociedade. O Estado revela o Espírito na manifestação da vontade humana como uma liberdade coletiva, racional e consciente de si enquanto ser existente, da mesma forma que, sob o aspecto particular, o indivíduo tem a consciência de si a partir de sua liberdade (Hegel, 1997, p. 97).<sup>1</sup> O Estado representa para Hegel um meio de mudança histórica, como fase de seu conceito de Ideia Absoluta, relacionada ao reino dos homens, e via de canalização do Espírito do povo, na medida em que um povo é reconhecido por sua Constituição. Dos gregos e romanos aos povos do Oriente, seu desenvolvimento histórico e sua evolução enquanto povo são explicados à luz de suas Constituições. Daí que para Hegel toda ordem constitucional só pode ser reconhecida à luz do conhecimento e da cultura de seu povo.

## 2 O DIREITO ENQUANTO ETICIDADE

---

Se ao tratar do direito Hegel pretende tratar do direito não de indivíduos isolados, mas sim do direito de um povo historicamente organizado, é porque ele considera o povo não um mero somatório de indivíduos, mas um organismo próprio, vivo, dotado de particularidades distintas dos indivíduos isolados, submetido a um sistema de normas de conduta. É nesse sentido que Hegel emprega o termo “eticidade”, usado para definir povo enquanto totalidade ética que não depende do sistema jurídico para existir, mas sim de uma experiência

---

<sup>1</sup> Conjugando seu conceito de Espírito Objetivo no progresso histórico do povo, com o afastamento que mantém das concepções formais de Estado do jusnaturalismo, Hegel chega a afirmar: “uma Constituição não é uma questão de escolha, mas depende da fase de desenvolvimento espiritual do povo”.

mais profunda, traduzida no Espírito do povo a que se referiu o filósofo alemão, condicionante de seu processo histórico (Bobbio, 1991, p. 71). Se povo é mais do que uma sociedade juridicamente organizada e subordinada a um conceito abstrato de Estado, que seria aquele que tudo regula, será o povo na sua densidade histórica que dirá o que é o Estado e o que é o direito, a partir de sua experiência cultural, de sua consciência enquanto coletividade (daí o surgimento das Constituições).

O Estado moderno é o resultado da manobra do Espírito Objetivo, a partir de uma eticidade amadurecida. Nesse sentido, o Direito privado seria a primeira face negativa do Direito, pois corresponderia ainda a um Direito atomizado, resumido na figura do déspota, no momento em que não surge o Estado moderno e democrático, como expressão do amadurecimento da liberdade coletiva enquanto uma liberdade pública, na autorrealização de um povo no seu projeto histórico de construir uma consciência de si. É nesse sentido que a lei tem um papel fundamental para a eticidade, pois se no Direito privado o costume é a primeira representação jurídica do *ethos* de um povo, reunindo uma eticidade natural que advém do sentimento de unidade coletiva proporcionado pela instituição familiar, no Direito moderno a lei irá servir como instrumento de afirmação do Estado, e não mais da família, por onde irá convergir a eticidade de um povo na sua consciência de sujeito histórico (Bobbio, 1991, p. 75). A vontade do Estado enquanto este ser histórico e coletivo não pode se exprimir por meio do costume, de que é repositório, mas sim da lei que traz o costume ao alcance do Estado e sobre a qual este Estado poderá manifestar a sua vontade. No sistema do Direito Positivo, portanto, o Direito estatal é simbolizado pela lei, pois, assim sendo, esta estabelece sua diferença com o costume, marcando uma nova eticidade, sob o manto do Estado moderno. É mediante a lei que o Direito reaparece no processo histórico conduzido pelo Espírito Objetivo, por meio da eticidade de um povo. Hegel irá se referir a isto quando diz que: “a comunidade – a lei do alto que vigora manifestamente à luz do dia – tem sua vitalidade efetiva no governo, como o lugar onde ela é o indivíduo” (Hegel, 2007, p. 313). Isto implica dizer que a eticidade de um povo é a correia de transmissão

do Espírito, que se apresenta como consciência, e que, por sua vez, se traduz em ação a partir da legislação. A síntese construtiva do Direito moderno parte do momento em que a eticidade deixa seu complexo universo de relações familiares e se transfere para relações transindividuais, sob a órbita estatal. É nessa definição que se estabelece um novo regime de liberdades e onde a coação do Estado será legitimada pela lei quando surge o princípio da legalidade, como uma resultante natural de uma ordem jurídica racional estabelecida nos moldes da evolução histórica de um povo.

O Espírito, segundo Hegel, presente na eticidade, passa pela família, retirando o homem de seu estado primitivo na natureza, condicionando suas paixões a um sentimento de unidade proporcionado pelo vínculo familiar, até chegar ao Estado, quando os homens passam a ter consciência de comunidade. Para conservar sua unidade a comunidade é regida pela lei que também institui o governo, o qual reflete o Espírito de um povo. Desta forma governos despóticos ou democráticos terão sua gênese nesse Espírito do povo, que em sua eticidade conjura formas de governo e de legislação. Pela eticidade desenvolve-se o Direito, surgem os cidadãos e surgem os criminosos.

O que ocorre no conceito de eticidade em Hegel é que, diferentemente de Kant, que operava uma separação entre Direito e moral, a moral permanece no Direito enquanto Direito Privado (incluindo-se o Penal), no âmbito da comunidade organizada enquanto sociedade civil, e o Estado não é subordinado ao Direito, mas sim à política, pois o Estado só é visto juridicamente por uma Constituição quando reflete o Espírito do povo (Bobbio, 1991, p. 78). A definição de sociedade, vista em termos abstratos por Hegel enquanto eticidade, leva o filósofo a considerar o Direito em termos de Direito privado (enquanto uma resultante da experiência social cotidiana de um povo), com seus desdobramentos em torno da propriedade, do contrato e da injustiça (em que residirá o dano e o crime). Resta saber, na Filosofia hegeliana, como será tratado o fenômeno do crime, e quais respostas sociais serão dadas, sob um regime jurídico que Hegel considerava legitimador de liberdades e não seu repressor.

### 3 O CRIME NA FILOSOFIA DE HEGEL

---

Torna-se necessário saber, em relação ao crime como o Direito, enquanto uma expressão da eticidade no Estado Moderno, irá influenciar na legitimidade de um ordenamento formado na crença de que sua existência é fundamental para manter a autoconsciência coletiva da vontade de um povo. Para Hegel, em primeiro lugar, ao tratar do crime, seria necessário definir a violência em sua visão filosófica do mundo jurídico. A violência relaciona-se com a vontade, no aspecto da posse que reside no desejo e na necessidade de possuir o que se encontra fora do alcance do sujeito. Essa vontade de querer pode estar sujeita ao uso da força, uma vez que, para Hegel, todo o homem é passível de ser coagido, ou seja, tudo que ele deseja externamente como seu pode estar sujeito à dominação de outrem (Hegel, 1997, p. 83). A vontade só é livre quando está em si mesma, mas quando ela se dirige a algo mediante o exercício da posse, ela poderá, naturalmente, encontrar obstáculos.

Ora, se o exercício da vontade é o que caracteriza a liberdade e delimita a própria existência do ser, para Hegel, então, qualquer ato que viole essa liberdade, atingindo essa vontade, pode ser visto como uma violência, e posteriormente, como um crime. Desta forma é que se ergue o instituto da punição, pois, segundo Hegel, uma violência é anulada com outra violência. A violência torna-se jurídica quando é empregada contra outra violência, no sentido de anulá-la e assim garantir a existência do ser pela manutenção de sua liberdade. Coagir o coator torna-se, então, o maior exercício jurídico de proteção da liberdade, no momento em que a violência estatal, por meio da pena, transforma-se em segurança e em garantia constitucional, e não mais é vista como mera repressão do ordenamento jurídico.

Daí que Hegel define como crime aquela primeira coação violenta que lesa a existência da liberdade em seu sentido concreto, na exteriorização da vontade em relação a algo que é desejado (Hegel, 1997, p. 85-87). Ocorre que o crime e o tanto de coação que será dirigida contra ele se diferenciará de acordo com a quantidade e a qualidade de vontade que é lesionada. Desta forma,

Hegel critica a legislação draconiana que pune todos os crimes com morte e ferocidade, exatamente porque a definição do crime por um Direito abstrato, e não por um Direito imerso socialmente em sua eticidade, desconsidera a existência do elemento exterior da vontade, que tem sua realidade concreta e é, por si própria, a materialização da ideia, visto como conceito filosófico caro ao pensamento de Hegel, e como mola propulsora de toda a historicidade que marcará sua Filosofia e sua concepção de desenvolvimento da sociedade e do Direito, haja vista que é por meio da Ideia que se manifesta o Espírito Objetivo de um povo (a própria essência da comunidade). Para Hegel: “o crime que mais perigoso se apresentar nas suas características imediatas, esse é o que constitui a violação mais grave do ponto de vista da qualidade e da quantidade (p. 86)”.

Existe, portanto, no pensamento de Hegel, uma distinção do caráter das violações do Direito, que ensejarão a definição de crimes ou não. Aquela violação que apenas fere a existência exterior da vontade ou a posse trata-se de um dano, que será abolido mediante uma coação sob a forma da indenização civil. Já o crime tem a peculiaridade de existir não por ser a violação da vontade de alguém por coação a sua liberdade, mas sim por ser a vontade do criminoso em querer exteriorizar sua vontade mediante a subjugação da vontade do outro. O crime existiria por si só, por ser ele também uma exteriorização de vontade, dando origem à outra vontade, a vontade de punição que visa a suprimir o crime.

Acerca da teoria da pena, Hegel critica a doutrina clássica do Direito Penal acerca da malignidade do delito, que atribui ao crime, enquanto um mal, outro mal destinado ao criminoso, que seria a sua supressão por meio da pena (a pena vista também como um mal). Ora, o delito não é nem um bem e nem um mal, e o autor do crime não responde pela malignidade de sua conduta, mas sim pelo fato de ter cometido um injusto, em detrimento do que é tido como justo. A definição do crime parte, portanto, de uma definição objetiva de justiça, que foge aos conceitos abstratos que o jusnaturalismo tentou impor ao Direito. A pena é uma modalidade de justo que se manifesta enquanto vontade de supressão

do injusto, que é o delito (Hegel, 1997, p. 89).<sup>2</sup> Todo crime enquanto vontade enseja, portanto, uma vontade de sua negação que é a pena, apenas alterando-se em sua forma exterior a gradação de valor entre o que pode ser uma pena mais severa e uma menos severa. O que vale para a pena em sua essência não é seu valor punitivo, mas sua existência enquanto uma vontade direcionada a outra vontade, que é a do criminoso. É nesse sentido que crime e pena transitam da moralidade subjetiva para a objetiva, no pensamento de Hegel.

#### **4 A MORALIDADE SUBJETIVA E A MORALIDADE OBJETIVA NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO**

---

Se a definição de crime depende da definição da natureza da violação e da quantidade e da qualidade da vontade exteriorizada que é violada, entende-se que a visão do Direito, no que tange à injustiça, para Hegel, visto do âmbito do Direito privado, deixa opções limitadas para o Direito público, enquanto regulador de um ente estatal punitivo, no sentido de interferir nas liberdades, por meio da coação que se destina a atingir violações.

Em primeiro lugar, Hegel define a moralidade subjetiva como associada ao conceito de liberdade. Se a vontade é real por ser subjetiva, a liberdade só encontrará sua existência na exteriorização da vontade, quando a liberdade se torna ato. Uma vontade moral é aquela que se realiza por meio da ação. Só quando essa vontade se exterioriza é que há ação. A vontade moral é uma vontade dada a certa finalidade, e por isso ela se exterioriza (Hegel, 1997, p. 102). A vontade do criminoso é, por exemplo, uma vontade de violação, direcionada a um objeto externo a vontade do outro, manifestada pela liberdade que é violada pelo ato criminoso, assim como a vontade do proprietário de algo pode se constituir em violação quando produz dano à vontade do outro, quando se

---

<sup>2</sup> Na teoria da pena, Hegel compara a pena ao próprio Direito, ao afirmar que é por meio dela que o direito à liberdade é garantido: “A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito”.

questiona, por exemplo, a posse de uma casa, de um terreno ou de um prédio. A subjetividade que identifica o sujeito é que se encontra presente na vontade, conferindo-lhe uma moralidade quando essa vontade dirige-se a uma finalidade de um dever-ser da exigência. Isto implica afirmar que tanto a vontade moral quanto a imoral têm seu fundamento na subjetividade (Hegel, 1997, p. 99).<sup>3</sup>

Se a vontade é subjetiva, e daí resulte a sua moralidade, a moralidade objetiva para Hegel corresponde a uma ideia de liberdade vivente, ou seja, uma vontade que, na consciência de si, atua externamente para manifestar sua realidade, apresentando um conteúdo fixo, externo, visível, acima da mera opinião e da vontade subjetiva. É onde repousam as leis e instituições, segundo Hegel, que existem em si e para si (Hegel, 1997, p. 142). Estas leis e instituições não são estranhas ao sujeito, pois sua substância está carregada da moralidade subjetiva, mas ocorre que para existirem, enquanto realidade objetiva, elas manifestam a moralidade por meio de seus atos. O princípio da legalidade seria, portanto, uma expressão da moralidade objetiva que adquire seu conteúdo na subjetividade da vontade em compreender certos atos como justos ou injustos. A moralidade objetiva dá origem ao costume, como uma segunda vontade que é colocada no lugar da moralidade primitiva. Quando a moralidade ganha o contorno da juridicidade, o princípio da legalidade surge, desde a Lei das XII Tábuas entre os romanos, até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa de 1789 (Freitas, 2009, p. 366-275). Se o princípio da legalidade enseja, nos termos de uma sociedade democrática, uma igualdade formal, sob o aspecto penal entre homens livres (enquanto que a igualdade material só é concebida em termos econômicos e sociais), ou seja, o mito de que todos os homens são igualmente punidos por seus atos, no caso de violação da lei, isto se dá por residir o âmbito da legalidade na subjetividade de uma moral, que tende

---

<sup>3</sup> Conforme aduz Hegel: “O que é moral não se define, antes de tudo, como o oposto do que é imoral, nem o direito como o que, imediatamente, se opõe ao injusto, mas todo o domínio do moral e também do imoral se funda na subjetividade da vontade”.

a conceber formalmente as relações dos homens entre si, ainda sob a lógica do Direito privado, a que se remete Hegel, em que juridicamente os homens se veem entre si enquanto proprietários ou partes de um contrato.

Segundo Hegel, quando o direito atuando contra o crime assume a forma de simples vingança, ele apenas existe enquanto uma vontade em si (no âmbito da moralidade subjetiva), e, portanto, ainda não está revestido do caráter propriamente dito do jurídico, que estaria relacionado à esfera do justo (Hegel, 1997, p.196). Se a lei penal deve ser imposta para todos, independentemente de sua origem, estado econômico, sexo, raça ou profissão, isto se dá no âmbito de uma moralidade que se exteriorizou e que revelou uma vontade punitiva que não discrimina em razão da condição social, mas tão somente porque pensa a pena como uma realidade objetiva natural, decorrente da existência de outra realidade, que é o crime. É por isso que a vingança permanece presa aos limites da subjetividade, sob seu aspecto penal, enquanto que a punição, ao contrário, pela legalidade extravasa os contornos da moralidade objetiva, pois o ato de punir configura em sua racionalidade o exercício da liberdade de uma vontade autoconsciente, manifestada pelo Espírito Objetivo de um povo, materializado por meio de sua legislação.

A legalidade enquanto princípio é a expressão realista da moralidade objetiva no aspecto penal, principalmente porque em relação ao crime a lei é experienciada como algo desejável e como um ditame da vontade exteriorizada, porque sob o prisma da eticidade o caminho da lei para o indivíduo é considerado um caminho de libertação (Honnet, 2007, p. 98). Se o crime surge como um embaraço à liberdade pela exteriorização da vontade do criminoso, a lei emerge como um freio à subjetividade desenfreada pela violação da norma, e ao suprimi-lo, a lei restaura uma liberdade ameaçada em sua existência pela coação exercida pelo crime. O caminho de um Direito Penal mínimo é um caminho também encontrado na subjetividade, mas que se manifesta em termos de moralidade objetiva.

O conceito de coerção penal se dá no âmbito da antijuridicidade, que por sua vez se situa na dimensão da moralidade objetiva, visto que nem todas as condutas antijurídicas são delitos (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 103). Como afirmara Hegel na teoria da pena, esta é uma consequência natural do delito enquanto uma vontade de supressão que surge em virtude da vontade do criminoso, exteriorizada pelo crime, pela coação à liberdade de outrem. Ocorre que no âmbito da antijuridicidade também se encontra o dano, e este implica tanto uma coação legal quanto o crime, com o dano configurando uma modalidade de injusto que nasce do próprio exercício de um direito do particular, que acaba por colidir com o interesse de outrem, fazendo surgir o conflito. A discussão sobre o advento de um Direito Penal Máximo ou Mínimo depende do fundamento da subjetividade, em que a moralidade vista sob a eticidade à qual se subordina o Direito é que dará a configuração de quais condutas merecem ser penalmente punidas e quais não serão.

Não se trata, portanto, de fundar a discussão num conceito de tipos penais de um direito abstrato, numa bisonha legalidade que vista a olhos tortos se confunda com a supremacia de um direito sobre a cultura, o costume ou a experiência social de um povo ou comunidade. Se Hegel pauta suas observações filosóficas sobre o Estado e sobre o Direito antevendo, no caso do primeiro, a sociedade civil, e no segundo o Direito privado, é porque não vê o Direito e crime como categorias jurídicas isoladas, mas sim como parte da experiência histórica por que passam todos os povos com suas legislações. Direito e moralidade não podem ser vistos como entes abstratos, mas como consequência do exercício de liberdades, que vistas como formas de Espírito Objetivo, já se tornaram parte de uma experiência compartilhada entre os sujeitos na sociedade, traduzidas em ações e atos considerados historicamente (Honnet, 2007, p. 101). Daí, aquilo que era crime no Estado romano difere sumariamente do que é visto como delito no Direito moderno, e de região para região, pois não é o Direito que define o que seja crime, mas sim o espírito da coletividade, por meio de sua moralidade exteriorizada, que irá definir quais tipos de violações podem ser entendidas como uma manifestação de vontade que se exteriorizou propriamente, em sua

essência, para coibir outras vontades, no sentido de tolher liberdades. A pena surge então como um fator de segurança jurídica, na preservação de liberdades, e não como um mero instrumento punitivo, destinado a combater um mal, uma vez que o mal não existe juridicamente, pois em seu lugar encontra-se o injusto.

Assim como a legalidade, o princípio da intervenção penal mínima tem seu fundamento na moralidade objetiva e nas diversas definições do injusto que podem ser encontradas na Filosofia de Hegel, além de no seu conceito de crime, quando se pensam dois aspectos ontológicos relevantes como integrantes deste princípio: o da fragmentariedade e o da subsidiariedade (Bianchini, 2009, p. 285). O primeiro preceitua que somente os bens jurídicos mais relevantes é que devem ser tutelados pela norma penal, enquanto que o segundo defende que o Direito Penal deve atuar subsidiariamente, ou seja, como *ultima ratio*, quando outros ramos do Direito não conseguem satisfatoriamente solucionar o conflito.

Ora, foi visto no pensamento de Hegel que a definição de um ato como criminoso dependerá externamente da gravidade com que esse ato é praticado, revelando a vontade do criminoso enquanto uma liberdade existente, que necessita ser suprimida, para a manutenção da liberdade de outrem, na distinção entre dano e crime. Assim sendo, entre as diversas categorias de injusto, só deverá ser tratada penalmente aquela conduta cuja exterioridade entre nos limites de quantidade e quantidade concebidos pela moralidade objetiva, e que recebem o respaldo coletivo das diversas moralidades subjetivas dos indivíduos que compõem um povo ou nação, que, em sua experiência histórica, consideram algo dado como algo que merece ser punido fora do âmbito da simples indenização. O conceito de bem jurídico, portanto, visto sob a ótica privatista hegeliana, está relacionado com o conceito de posse e com o desejo da vontade de querer no momento em que essa vontade é vítima de uma violência que entre na esfera das medidas protetivas de liberdades de caráter penal. Somente desta forma evitar-se-ia um Estado meramente punitivo, dado que esse Estado é visto como produto da experiência histórica de um povo, e não como um ente absoluto e abstrato, um Leviatã que surge com existência própria, à revelia dos indivíduos, para protegê-los de seu estado de natureza.

Desta forma, um Direito Penal Máximo seria incompatível com um Estado Democrático de Direito, como resultante do processo histórico de um povo, evoluído por meio da manifestação do Espírito Objetivo. Se for pensado o Direito como subordinado à eticidade de um povo historicamente determinado, saído do despotismo e entregue a uma nova e arrebatadora perspectiva democrática de convivência social, formas punitivas abstratas, criadas aleatoriamente, sem o devido embasamento na experiência social, seriam tidas como alienígenas a um contexto de mundo jurídico cujo sistema encontra-se estruturado sobretudo na experiência coletiva, social e culturalmente delimitada. Trabalhar as penas pelas penas seria ideologizar o Direito politicamente, esvaziá-lo de seu conteúdo jurídico, pois sua normatividade estaria carente de substância, justamente por não revelar em seu interior o componente de moralidade que fundamenta todas as vontades compartilhadas intersubjetivamente, seja sob a tutela do Estado ou não, além de ser um perigoso pressuposto para um amanhecer totalitário.

## CONCLUSÃO

---

Isso posto, conclui-se que a Filosofia consiste num ponto de partida, e não numa resolução dos problemas penais mais candentes, relacionados com a imersão da sociedade numa perigosa cultura punitiva, pautada em punir por punir, e não em analisar os reais antecedentes da punição. O estudo filosófico da liberdade e da vontade pode servir como importantes chaves hermenêuticas para se entender o processo de regulação de condutas por meio de normas penais e até que ponto a tutela penal é realmente necessária num ambiente social ditado por experiências históricas que, periodicamente, modificam a definição de delitos e suscitam uma profunda e radical transformação do ordenamento jurídico, sob o risco de permanecer a sociedade presa ao autoritarismo de dispositivos legais que pecam pela autossuficiência, sem recorrer a seus substratos sociais.

Não se discorda da necessidade da intervenção penal em situações cuja gravidade enseja a formulação de penas correspondentes às condutas violadoras de liberdades. Ocorre, porém, que é necessário distinguir na gênese da violação

quais aquelas condutas que merecem, racionalmente, a tutela penal, dada a fragmentariedade moral das relações sociais, e quais aquelas que, conforme uma moralidade objetiva, merecem ser efetivamente punidas. De qualquer forma, a visão do expediente penal como algo limitado ao âmbito de aplicação nas normas jurídicas é algo salutar nos meandros de um Estado Democrático de Direito, e algo desejável para aqueles que, assim como Hegel, consideravam o progresso como um rumo natural do desenvolvimento do Espírito Objetivo de um povo, em direção a sua humanidade, e cada vez mais distante de sua animalidade.

## REFERÊNCIAS

---

BIANCHINI, Alice; PABLOS de MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal* – introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel* – direito, sociedade civil, Estado. São Paulo: Unesp, 1991.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HEGEL, Georg Friedrich. *A razão na história* – uma introdução geral à filosofia da história. Tradução Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001.

\_\_\_\_\_. *Fenomenologia do espírito*. Tradução Paulo Meneses, Karl Heinz Effen, José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação* – uma reatualização da filosofia do direito de Hegel. Tradução Rúrion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

LAFER, Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos* – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 28/12/2009

Aprovado em: 28/6/2010

