

O DIREITO ABSTRATO DE HEGEL: UM ESTUDO INTRODUTÓRIO

Segunda Parte

Marcos Lutz Müller

UNICAMP/CNPq

7. O CONTRATO E RECONHECIMENTO RECÍPROCO DAS PESSOAS PROPRIETÁRIAS

O direito de disposição absoluta sobre a Coisa, que se manifesta pela vontade de “alienar” ou “me desfazer (*mich entäussern*)¹ da minha propriedade” (§ 65) e transferi-la a outrem, dá origem ao contrato (tema da Segunda Seção), que, na figura exemplar do “contrato real” ou “contrato de troca” (§ 76), é concebido, processualmente,

(1) O verbo (*sich entäussern*) tem uso tanto reflexivo quanto transitivo, podendo significar ‘desfazer-se de’, ‘despojar-se de’, ‘renunciar a’, e, também, alienar(-se), exteriorizar(-se). O verbo *entäussern* e o substantivo *Entäusserung* traduzem em alemão, desde a Idade Média, as expressões latinas *alienare* e *alienatio*, no seu sentido jurídico de transferir a propriedade, usual na linguagem do Direito Romano desde a época de Cícero. No contexto do contratualismo jusnaturalista, a expressão se amplia, e passa a designar a ‘alienação’ dos direitos do contratante em estado de natureza, que tem por complemento a sua reapropriação no estado civil. É no contexto do Idealismo Alemão que os termos *entäussern/Entäusserung* iniciam a sua carreira filosófica e se tornam um conceito filosófico fundamental. Inicialmente na tentativa fichteana de transferir o modelo contratualista da alienação/reapropriação para a atividade autônoma do eu, a fim de pensá-la como processo de engendramento e gênese transcendental, posteriormente no contexto da filosofia da identidade do jovem Schelling e na dialética especulativa de Hegel, na qual a ‘exteriorização/alienação’ se torna a matriz universal de toda objetividade engendrada pelo conceito e pelo espírito, e, por fim, na incorporação da linguagem hegeliana por Marx para pensar o conceito de trabalho sob as condições da produção capitalista.

Em Hegel foi inicialmente a recepção do conceito de trabalho da economia política inglesa e a sua interpretação como atividade de exteriorização de conteúdos e figurações do espírito, que se reconhece na alteridade objetiva desses conteúdos exteriorizados e neles retorna a si, e, posteriormente, a

como a simultânea apresentação e a mediação da “contradição”, segundo a qual cada pessoa, enquanto “singularidade excludente” (§ 34), é e permanece proprietária do valor da Coisa, a um só tempo que, “numa vontade idêntica com a outra vontade”, cessa de ser proprietária da Coisa singular. (§ 72)² O valor, que na sua objetividade em si e para si torna-se dinheiro³, é o elemento de identidade objetiva do contrato, “a propriedade que permanece idêntica enquanto propriedade sendo em si” no fenômeno da troca entre Coisas qualitativamente diferentes (§ 77). Essa sua identidade fundamenta o caráter processual do contrato, permitindo que cada contratante, num só ato, pela mediação do outro, “cessa de ser proprietário, permanece e torna-se tal” (§ 74). Mas ela explica também por que a relação de reconhecimento recíproco entre as pessoas proprietárias que aí surge, é, ao mesmo tempo, uma relação de mediação e de exclusão recíproca. Essa relação se estabelece pela “mediação de uma vontade idêntica” de transferir a propriedade e, ao mesmo tempo, por uma relação de excludência “na diferenciação absoluta de proprietários sendo para si” (§ 74),⁴ pois,

concepção especulativa da estrutura teleológica da atividade do espírito, o que cunhou o sentido idealista e identitário do conceito. Ele se torna, então, o conceito operatório central para pensar a relação dialética sujeito-objeto, descrita como processo no qual o interior se torna exterior (se exterioriza/aliena) e essa exterioridade, reconhecida como objetividade que realiza e exprime o espírito, é ‘suspensa’. (Cf. K. Rötgers, *Entäusserung, verbete do Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Ed. J. Ritter, Basel, Schwabe & Co, 1972, v. 2, colunas 504-506.

(2) “A Coisa é o termo-médio, através da qual se encadeiam os extremos, as pessoas que no saber da sua identidade enquanto livres são ao mesmo tempo subsistentes por si umas em relação às outras.” (E § 491). Tradução modificada.

(3) “Na medida em que as Coisas têm um valor, consideramo-las como mercadorias. Elas valem pelo valor e somente por ele, não pelorado específico. [...] O segundo ponto é que o valor se torna objetivo em si para si, que há Coisas que são essencialmente valor enquanto tal, [e] isso é o dinheiro. Ele é a posse mais conforme ao entendimento, a posse digna do pensamento do homem. [...] Na medida em que a propriedade é dinheiro, ela só tem sentido como valor, aqui existe o valor enquanto tal.” (Apostamentos de Griesheim ao § 65, in: VRph 1824/25, IV, 228-229.)

(4) Hegel restringe o âmbito do contrato à sua incidência sobre Coisas singulares e exteriores, e nesta medida, como mostrou Theunissen, ele acentua e estiliza o caráter negativo e essencialmente

uma vez executado o que foi acordado no contrato, eles refluem à indiferença recíproca das suas vontades particulares, que sustentam uma vontade idêntica limitada ao objeto da transação. Este caráter ao mesmo tempo recíproco e excludente da relação contratual entre pessoas proprietárias torna este reconhecimento recíproco, na esfera do direito abstrato, um reconhecimento “por si formal”⁵.

O aspecto central da passagem conceitual da propriedade ao contrato é o surgimento necessário da pluralidade de vontades proprietárias, implicado na aquisição da propriedade de uma coisa não pela vontade subjetiva imediata, mas pela mediação de outra vontade igualmente proprietária.⁶ Esta mediação por uma outra vontade, constitutiva de uma vontade comum, define “o solo próprio verdadeiro no qual a liberdade tem ser-aí” (§ 71), que implica o processo de reconhecimento recíproco explícito das vontades “enquanto pessoas e proprietários” (§ 71 A). Na medida em que no contrato, portanto, a vontade se desfaz não só da propriedade da Coisa singular, objeto desta transação, mas “tem de se desfazer da proprie-

excludente da relação de reconhecimento entre proprietários até o limite da indiferença, enquanto ausência de relação, fazendo retroagir, essa relação negativa de exclusão e indiferença entre eles ao caráter individualista e pré-social (“solipsista” mesmo, afirma Theunissen) da aquisição originária e imediata da propriedade, a fim de destruir na sua raiz toda fundação contratualista do Estado. M. Theunissen, “Die verdrängte Intersubjektivität in Hegels Philosophie des Rechts”, In: D. Henrich e R.P. Horstmann (eds.), *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982. pgs. 316-381. A tese referida está na pg. 352.

(5) “Esta unidade de dois se reconhecendo como livres – ela mesma obtém ser-aí – processo – reconhecimento é somente esta unidade abstrata – [...] – Reconhecer por si formal.” (§ 73 NM)

(6) A pluralidade das pessoas, que na FD surge propriamente como implicação do contrato, é desenvolvida na Enciclopédia como resultante do retorno concreto da pessoa a si mesma na própria exterioridade que ela se dá enquanto proprietária, retorno do qual decorre uma relação de auto-repulsão da pessoa, que, assim, tem o seu ser-aí no ser de outras pessoas, entendido como unidade do seu reconhecimento recíproco. “O retorno concreto de mim a mim na exterioridade é que eu, infinita relação de mim a mim mesmo, sou enquanto pessoa a repulsão minha de mim mesmo, e tenho o ser-aí de minha personalidade no ser de outras pessoas, na minha relação a elas, e no ser reconhecido por elas, que é, assim, recíproco.” (E § 490)

dade dessa Coisa enquanto propriedade” (§ 73), a vontade singular exteriorizada e objetivada na universalidade intrínseca da Coisa, que constitui o valor, “é, ao mesmo tempo, uma outra vontade” (ibid.): isso quer dizer que, ao alienar a propriedade enquanto propriedade, a vontade se torna uma outra que si mesma, no sentido de que nesta relação elementar de alteridade a si, implicada na alienação da propriedade, Hegel procura captar e mostrar a gênese conceitual da outra vontade e, em princípio, da pluralidade de vontades, na figura do outro de si. A relação aos outros se origina, assim, do ponto de vista lógico, da relação de autodiferenciação interna resultante da relação negativa a si mesmo, que se manifesta fenomenalmente, ao nível da autoconsciência que a liberdade tem de si enquanto pessoa proprietária, no contrato de alienação da propriedade. E visto que o contrato é mediado pela universalidade objetiva do valor enquanto “verdadeira substancialidade da Coisa” (§ 63), pelo dinheiro enquanto “existência real” dessa universalidade, a correlação intrínseca que se estabelece entre a universalidade objetiva do valor e a universalidade interna própria da vontade torna-se a base do reconhecimento recíproco formal entre as vontades proprietárias contratantes.⁷

As vontades que, no processo do contrato, a um só tempo cessam de ser proprietárias, tornam-se tais, e permanecem proprietárias (§ 74), constituem momentaneamente uma “vontade idêntica”, na qual cada uma “abandona a sua diferenciação e o seu caráter próprio”, permanecendo, contudo, “uma vontade própria para si” (§ 73). Por isso, assim como a propriedade não é um meio para satisfazer as carências, o que cabe à posse, mas, enquanto objetivação da vontade livre, “do ponto de vista da liberdade [...] é fim essencial para si” (45), também o contrato não resulta da utilidade que o intercâmbio e o comércio entre os homens têm para a satisfação das suas carências, mas do “interesse da razão”, o de que a pessoa singular se objete posteriormente

(7) “O universal enquanto eu o possuo é o universal das coisas (Dinge) externas, assim, o dinheiro é a existência real do universal. Esse universal é não só exterior, objetivamente universal, mas também subjetivamente universal, um universal de espécie inteiramente diferente. Eu sou proprietário de um universal que pertence à minha própria universalidade interna.” VRph 1824/25, in: Ilting, K.H., v. IV, pg. 230.

num ser-aí constituído objetivamente enquanto vontade comum pela mediação de uma outra vontade.⁸ A necessidade dessa passagem conceitual da propriedade ao contrato e, portanto, também, do surgimento de relações contratuais entre uma pluralidade de vontades, que se reconhecem reciprocamente como pessoas, é justificada, aqui, com o argumento lógico-especulativo de que “o ser-aí enquanto ser determinado é essencialmente ser para outro” (§ 71) e, do ponto de vista especificamente jurídico, de que a propriedade, enquanto objetivação da vontade na Coisa exterior, implica uma relação a outras exterioridades, que estão essencialmente em relação à vontade de outras pessoas (ibid.).⁹

Embora, portanto, na lógica da apresentação progressiva, a propriedade implique a passagem a uma relação de reconhecimento recíproco entre duas pessoas proprietárias, Hegel mantém, num primeiro momento, a fundamentação individualista e pré-social do direito subjetivo de propriedade, pois esta pluralidade das pessoas e o reconhecimento recíproco não intervêm ainda ao nível da

(8) “Aquisição de uma Coisa que pertence a uma outra vontade livre – assim determinado, o interesse do contrato é que eu possua algo; – este é o interesse da particularidade –

Interesse da razão: a) de que eu seja e permaneça proprietário – b) que meu ser-aí, enquanto propriedade, objetividade – seja a autoconsciência livre de um outro”. (FD § 72 NM)

(9) A primeira espécie de propriedade [a apropriação imediata] ocorre muito raramente em comparação com a segunda [a apropriação mediata], há muito menos coisas a serem tomadas em posse imediatamente, porque tudo já foi tomado em posse, porque chegamos mais tarde; isso não é contingente, mas racional, é a situação correta. A propriedade não deve existir meramente pela minha vontade, mas pela vontade comum, de sorte que a minha vontade só tem existência, só se realiza inteiramente na comunidade de outras vontades. Tudo com que deparo já foi tomado em posse, nisso já está uma outra vontade, os objetos não podem me oferecer resistência, mas, sim, a vontade, a vontade livre de um outro.

Poder-se-ia imaginar que isso seria uma desventura para o indivíduo, mas esse degrau ou estágio é essencialmente racional. A aquisição pelo contrato é o modo universal de aquisição, no Estado, porém, existe um modo ainda mais alto, a saber, aquele segundo o qual algo é meu pelo consentimento de todos. O fato de que eu tenha pelo contrato adquirido algo tem de ser reconhecido, para isso existem registros de hipoteca, títulos de posse etc. A Coisa vale como minha propriedade segundo a vontade da comunidade, do Estado. [...] (Apontamentos de Griesheim ao § 74, in: VRph 1824/25, IV, 250)

objetivação da vontade singular imediata na propriedade.¹⁰ Só “o contrato pressupõe que aqueles que o contraem se reconheçam enquanto pessoas e proprietários” (§ 71). E se segue imediatamente o enunciado: “uma vez que ele [o contrato] é uma relação do espírito objetivo, o momento do reconhecimento já está nele contido e pressuposto”, o que não quer dizer que o direito à propriedade já implica o seu reconhecimento por outras pessoas. Certamente, a dialética fenomenológica do reconhecimento recíproco das autoconsciências e o seu resultado, a autoconsciência universal (E § 436), estão na base da razão (E §§ 438-439), sobre a qual se desenvolvem e se constituem, então, as ‘faculdades superiores’ da inteligência (“espírito teórico”) e da vontade (“espírito prático”), cuja unidade, por sua vez, é o “espírito livre” (E § 481), a “vontade livre em si e para si” (FD § 21), que é o ponto de partida e o fundamento da objetivação do espírito, e cuja determinação imediata e elementar é a personalidade da pessoa singular. Mas este reconhecimento das autoconsciências, que “está contido e pressuposto” no espírito objetivo (§ 71 A), não é ainda o reconhecimento recíproco das pessoas enquanto proprietárias, presente no contrato, porque na lógica da apresentação progressiva este último pressupõe a figuração do “espírito livre” na personalidade, e a propriedade é um direito subjetivo anterior ao seu reconhecimento pelas outras pessoas. Portanto, embora a relação de reconhecimento recíproco entre as consciências seja uma dimensão constitutiva da razão e da vontade livre em si e para si, que se objetiva como direito, a propriedade e a personalidade não pressupõem o reconhecimento recíproco das pessoas, que, na esfera do espírito objetivo, só intervêm e se explicita no contrato.

(10) No contexto da tese de que a personalidade abstrata e a justiça exigem que todos tenham propriedade privada pessoal, mas que a especificação e a repartição quantitativa da terra ou da riqueza em geral é exterior à personalidade e uma “contingência jurídica” (FD § 49), Hegel diz: “Na personalidade de as várias pessoas são iguais, se quisermos falar, aqui, de várias, onde ainda não intervêm tal distinção. Mas isso é uma proposição tautológica, vazia; pois a pessoa, enquanto algo abstrato, é precisamente o ainda não particularizado e o ainda não posto na diferença determinada.” (FD § 49 A; sublinhado MLM; ver também § 51)

Uma das conseqüências jurídicas principais dessa anterioridade da propriedade sobre o contrato, na apresentação progressiva, e da implicação conceitual do contrato pela propriedade, considerada no momento da sua alienação, é a restrição do objeto do contrato à Coisa singular exterior, sobre a qual o arbítrio dos contratantes dispõe¹¹, portanto, a restrição da figura do contrato ao âmbito da propriedade. Esta restrição visa principalmente invalidar na sua raiz a construção contratualista do Estado, comum a toda tradição jusnaturalista, pois se o Estado se fundasse neste conceito essencialmente privado de contrato, ele se transformaria numa associação de proprietários privados, cuja finalidade principal seria a proteção da liberdade pessoal e da propriedade (§ 258 A), naquilo que Hegel vai chamar de “Estado exterior” ou “Estado de necessidade constringente e do entendimento”, que equivale à sociedade civil (§ 183), no sentido moderno que ela adquire em Hegel, em contraposição ao Estado. Explicar o Estado contratualmente seria, assim, transpor a relação contratual de direito privado, pois vinculada essencialmente à propriedade privada, para a esfera do direito público. Na perspectiva da crítica hegeliana ao contratualismo, em sua versão paradigmática em Hobbes, esta transposição torna sem sentido a figura do pacto fundador (*covenant*), que institui o Estado (a *commonwealth*, i. é, a sociedade civil no seu sentido clássico e político, enquanto idêntica ao Estado) e, ao mesmo tempo, o soberano, oriundo do “pacto celebrado entre cada um e cada um”. Mas cabe aqui uma ressalva fundamental à crítica hegeliana ao contratualismo, porque, em Hobbes, um tal pacto não tem por objeto direitos sobre coisas exteriores, que são da alçada do *dominium* do proprietário, mas se trata de um pacto que autoriza ações que instituem a “autoridade” do representante.¹²

(11) Os três elementos constitutivos do contrato são : 1) o arbítrio das vontades particulares contratantes; 2) a vontade idêntica posta enquanto vontade comum pela vontade particular dos contratantes e 3) o seu objeto que “é uma Coisa singular exterior, pois só uma tal Coisa está sujeita ao mero arbítrio dos contratantes de aliená-la”. (FD § 75)

(12) Th. Hobbes, *Leviathan*, ed. C.B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin Books, 1968, cap. XVIII, pgs. 228-230 e cap. XVI, pg. 217-218.

A outra conseqüência jurídica fundamental dessa vinculação essencial do contrato ao âmbito da propriedade, já contida implicitamente no enraizamento da propriedade na personalidade, é a subversão da distinção jurídica tradicional entre direitos pessoais e direitos reais ou direito a Coisas. Esta distinção, que remonta ao Direito Romano, é esvaziada, porque a propriedade, enquanto direito real por excelência, é entendida precisamente como emanção direta da vontade pessoal singular, que suspende a sua subjetividade tornando a sua liberdade objetiva para si na Coisa apropriada, de sorte que o direito de propriedade sobre ela é justamente “o direito da personalidade enquanto tal” (§ 40 A). Já que é a personalidade que confere um direito a Coisas, “o direito pessoal é essencialmente direito real ou sobre Coisas” (ibid.). Se, portanto, o direito real é na sua origem um direito pessoal, e este essencialmente um direito real, a distinção romana resulta, para Hegel, de uma “confusão”, que “mistura” direitos formais, “que se referem à mera personalidade abstrata”, e relações éticas “substanciais, como a família e o Estado” (ibid.) Como o direito romano das pessoas incluía a propriedade de escravos, o domínio sobre os filhos, o direito do pátrio poder e, inclusive, a “condição de privação de direitos (*capitis diminutio*)”, ele é, para Hegel, “no máximo, o direito da pessoa particular”, o que contradiz a universalidade do imperativo jurídico, fundado na personalidade, invertendo, portanto, a prioridade “do direito universal da personalidade” sobre “o direito da pessoa particularmente determinada” (ibid.). Esta confusão se reproduz na divisão kantiana dos contratos, a que remete Hegel (§ 75 A), pois ao subsumir o casamento sob o conceito de contrato e ao concebê-lo como a aquisição recíproca da pessoa do outro cônjuge “como uma coisa”, para a posse duradoura e recíproca das respectivas faculdades sexuais¹³, Kant expõe “esta subsunção [do casamento sob o contrato] na sua ignomínia” (ibid.), de sorte que a classificação das relações éticas familiares na categoria mista dos “direitos pessoais a modo real” (*dinglichpersönliche Rechte*) só reforça aquela confusão.

No mesmo sulco da sua crítica à moderna fundação contratual do Estado, Hegel critica igualmente a concepção medieval de direito, que não diferencia claramente direitos políticos de soberania e direitos patrimoniais, e que se prolonga nos resquícios feudais do Estado estamental (*Ständestaat*) absolutista protomoderno. Assim, para Hegel, tanto o contratualismo jusnaturalista quanto a interpenetração medieval entre direitos de soberania e direitos patrimoniais provêm de uma projeção indevida da relação contratual de direito privado na esfera do direito público, que remonta ao direito medieval, que concebe, numa interpretação hoje contestada, os direitos políticos como sendo de natureza privada. No primeiro caso, essa projeção reduz a universalidade intrínseca (em si e para si) do Estado e os direitos públicos à vontade meramente comum, oriunda do arbítrio dos contratantes privados, e, no segundo, ela transforma os direitos e deveres políticos em “propriedade privada imediata de indivíduos particulares em face do direito do príncipe e do Estado” (§ 75 A).

8. O IN-JUSTO¹⁴ : SUA GÊNESE CONCEITUAL E O CRIME COMO SUA MODALIDADE EXEMPLAR.

De maneira análoga à “passagem da propriedade ao contrato”¹⁵, é a lógica interna do contrato que preside e torna necessária a sua “passagem ao in-justo” (§ 81 A), aqui entendido no sentido amplo do delito, que nega o direito, e que constitui o tema da Terceira Seção. A necessidade lógica desta passagem tem a sua gênese conceitual “no arbítrio e na contingência da própria vontade” (§ 81 A), que se manifestam na diferença entre, de um lado, a vontade “em si idêntica [dos contratantes] e posta em comum” (§ 81) por eles, que incorpora na sua forma jurídica a universa-

(14) Como assinalamos na nota 8, ‘in-justo’, grafado com traço de união, traduz o substantivo Unrecht, o “não-direito”, como prefere a tradução brasileira da Enciclopédia (§ 495).

(15) É a razão que torna necessária esta passagem, cujo enunciado está anteposto ao § 71. “É pela razão que, tanto é necessário que os homens entrem em relações contratuais [...] quanto que possuam propriedade.” (FD § 71 A)

lidade em si do direito (“a vontade enquanto universal”), e, de outro, a vontade particular dos contratantes que, por serem “pessoas imediatas”, isto é, “proprietários sendo para si” (§ 74), podem ou não efetivar a vontade comum acordada, conferindo ou não, assim, existência àquele universal em si do direito. Esta diferença entre “a vontade comum, enquanto acordo, e a sua realização efetiva pela execução” reproduz, no interior do contrato, a diferença entre a propriedade e posse (§ 78). Aquela, a estipulação, representa o elemento jurídico substancial do contrato, a execução, o seu elemento jurídico exterior (§ 79), de maneira análoga a como a propriedade corresponde ao momento da universalidade da vontade racional e à sua objetivação na Coisa, e a posse, à particularidade da carência e do arbítrio, que mediante um poder físico (violência) se apoderam da Coisa.

De acordo com a sua tese de que a estipulação já contém o elemento jurídico substancial do contrato, Hegel rejeita a tese fichteana de que só o início da execução do contrato pelo outro lhe conferiria obrigatoriedade jurídica, existindo antes uma obrigação somente moral de cumpri-lo, com o argumento segundo o qual o elemento especificamente jurídico do contrato incidiria numa má infinitude (§ 79 A). A estipulação, que exprime o conteúdo do contrato e tem o seu ser-aí nas formalidades que o envolvem, já “contém a vontade comum que veio a constituir-se” (ibid.), portanto, a decisão de alienar a Coisa e o reconhecimento de que esta já é propriedade de outrem (§ 79). Ela não é uma mera promessa, um compromisso moral subjetivo de cumprir futuramente o estipulado. Mas apesar disso, apesar de a estipulação já ter suprimido “o arbítrio da disposição de ânimo e da sua alteração” (§ 79 A), há sempre a possibilidade real de que uma das vontades contratantes não cumpra o estipulado. Esta possibilidade real revela, dessa forma, que a execução da vontade comum acordada pelas partes é contingente, pois essa vontade comum “é só relativamente universal” (§ 81 Ad.), uma vez que ela foi posta pelo arbítrio das vontades particulares contratantes, assim como também é contingente que elas estejam em concordância com a vontade em si universal do direito, concretizada no contrato. Portanto, como o universal em si do direito, atuante na vontade comum, só tem existência e vige graças à particularidade da vontade, é necessário, para Hegel, que a contingência, contida na possibilidade de não-execução contratual, se realize e se

manifeste enquanto contingência, e como elemento constitutivo do contrato. Com efeito, se na estipulação a vontade particular renuncia ao arbítrio sobre a coisa singular que é objeto do contrato, e cada parte pode exigir, mas tão só exigir, a sua execução, essa vontade particular não renuncia, todavia, ao arbítrio “enquanto arbítrio e enquanto contingência da própria vontade”, de sorte que o contrato permanece “entregue ao in-justo”. (§ 81 A e Ad.)¹⁶

Reaparece e atua, aqui, uma propriedade essencial do caráter formal do direito abstrato, que tem nas “pessoas imediatas” dos proprietários e no arbítrio de suas vontades particulares a mediação necessária da sua vigência (“existência”): como o conceito abstrato de direito não integra os momentos da universalidade sendo em si e da particularidade sendo para si das pessoas proprietárias numa unidade, na qual aquela universalidade não dependeria da vontade particular dos contratantes para existir e viger, esses momentos são postos numa diversidade, que se desenvolve, conforme a lógica das determinações da reflexão, em direção à sua oposição e, ulteriormente, no crime, em direção à contradição entre eles. “Pertence à realidade abstrata do conceito” “que os momentos do conceito sejam postos como por si diversos”, donde a “necessidade lógica superior” de que essa diversidade entre a vontade universal do direito em si e a vontade particular para si, que lhe dá existência na execução do contrato, se torne uma oposição entre esses momentos, no que consiste a passagem conceitual do contrato ao in-justo e ao crime (§ 81 A e § 40 c). Especulativamente, o desenvolvimento ulterior do conceito abstrato de direito, tal como ele se determina e figura como contrato, implica que os momentos diferentes da universalidade e da particularidade sejam postos como diversos, que a vontade particular se torne “diversa de si [enquanto vontade estipulante, mas não executante] e oposta a si enquanto vontade sendo em si e para si” (§ 40 c).

(16) “O andamento em geral a seguir é o de purificar a vontade da sua imediatez e, assim, a partir do que é comum na mesma, suscitar a particularidade que se levanta contra essa vontade comum. No contrato, os que chegam ao acordo guardam ainda a sua vontade particular, portanto, o contrato ainda não deixou o estágio do arbítrio e permanece, por conseguinte, entregue ao in-justo.” (§ 79Ad.)

A passagem do contrato ao in-justo e à sua forma extrema e exemplar, o crime, se origina, conceitualmente, do caráter somente imediato e contingente da “concordância” (*Übereinstimmung*, §§ 81, 82) existente entre a “universalidade interna” do direito, que “aparece” na vontade comum posta no contrato, e as vontades particulares contratantes, subjacentes àquela, e nas quais o direito tem, contudo, “o seu ser-aí essencial”. (§ 82) Esta concordância só imediata e contingente, implícita no caráter abstrato do direito, e atuante na auto-diferenciação imanente da vontade (“na sua relação a si diferenciada dentro de si mesma” § 40 c), permite que a particularidade da vontade, subjacente à vontade comum, venha a se opor à sua universalidade em si, enquanto ela tem o seu “fenômeno” ou “aparecimento” (*Erscheinung*) no contrato. Nesta oposição da vontade particular ao direito em si, concebido logicamente como sendo a essência, esse seu aparecimento é impelido, pela sua pretensão de se independizar em face da essência e pôr-se como subsistente por si, a tornar-se um aparecer que é só aparecer, i. é, um aparecer aparente, mera aparência (*Schein*), que, uma vez posta enquanto tal, sucumbe ao poder da essência, e, assim, soçobra na sua falsa pretensão de autonomia.¹⁷ Hegel explica, aqui, o surgimento do in-justo e a sua ulterior suspensão nos termos da dialética da essência e da aparência, sobre-determinada pelo poder da dupla negação exercido pela universalidade intrínseca do direito enquanto essência.

A lógica interna que preside às figuras do in-justo consiste, assim, em apresentar esta independização do aparecer do aparecimento como aparência, em pôr esta aparência enquanto mera aparência, e assim, ‘manifestar’ (§ 97) a sua nulidade intrínseca, precisamente através de uma segunda negação pela qual a universalidade em si do direito, enquanto essência, nega a sua primeira negação pela particularidade, e, assim, se afirma como “efetiva e vigente” (§ 82). Este fazer-se valer da universalidade em si do direito, mas, também, da própria universalidade intrínseca da vontade na vontade particular, mediante a negação da negação,

(17) “A aparência é, por isso, o inverdadeiro que desaparece ao querer ser por si, e nesse desaparecer, a essência mostrou-se enquanto essência, isto é, como poder sobre a aparência. A negação negou a negação de si e é, assim, o corroborado (*Bekräftigte*).” (FD § 82 Ad.)

suspende a singularidade imediata da pessoa proprietária e particularidade da vontade contratante, tornando a universalidade somente posta enquanto vontade comum, uma universalidade efetiva, em si e para si. “O sujeito essencial é, agora, não a personalidade singular, mas o direito em si”. (§ 82 NM) A pena é a figura jurídica essencial e correlata ao in-justo na sua forma exemplar e radical como crime (*Verbrechen*)¹⁸ : ela é articulada pela dupla negação, que nega a lesão do direito e, assim, “restabelece” o direito. (§ 99)

Com a tese de que uma “necessidade lógica superior” (§ 81) preside a passagem do contrato ao in-justo, Hegel quer mostrar que o conceito de direito abstrato só suspende a abstração que o perpassa mediante a sua negação, e que, portanto, é preciso conceber a necessidade da in-justiça juridicamente, isto é, do ponto de vista do direito, primeiro, no sentido amplo de que o in-justo integra a esfera do direito abstrato, pois “o direito não é imediatamente oposto ao in-justo”¹⁹ , e, segundo, no sentido mais específico de que o direito abstrato, “inicialmente somente em si e imediato” (§ 82), só se alça a sua universalidade em si e para si e, assim, se “determina como efetivo e vigente” (ibid.), graças à sua mediação pela forma radical da sua negação no crime, para, através dele, “retornar a si a partir de sua negação” (ibid.). Este retorno, na figura da pena, é uma segunda negação igualmente radical, concebida especulativamente como dupla negação, que tem a função argumentativa de antecipar a esfera moral e a figura ‘ética’ do juiz judiciário, operando a mutação da universalidade em si da personalidade na universalidade para si da subjetividade moral (§ 104 A).

(18) “O in-justo no sentido próprio é o crime, no qual nem o direito em si nem o [direito] com ele me aparece é respeitado, no qual, portanto, ambos os lados, o objetivo e o subjetivo, são lesados.” (FD § 90 Ad.)

(19) “O moral não é primeiramente determinado enquanto oposto ao imoral, assim como direito não é imediatamente o oposto ao in-justo; o moral é, porém, o ponto de vista tanto do moral quanto do imoral, que repousa sobre a subjetividade.” (FD § 108 A, sublinhado MLM) Transpondo o último enunciado ao direito abstrato, poder-se-ia dizer que o jurídico é o ponto de vista tanto do direito quanto do in-justo, que repousa sobre a personalidade da vontade.

A escravidão é uma ilustração histórica do primeiro sentido dessa necessidade da in-justiça: interpretada na perspectiva do fio condutor e do fim último da história mundial em sua reconstrução especulativa, que é o “desenvolvimento necessário [...] da autoconsciência e da liberdade do espírito” (§ 342, v. E § 482 A), a escravidão, “pertence”, diz Hegel, “a uma situação anterior ao direito”, que “não deve existir”, que “não é uma situação de direito absoluto”, mas, que, todavia, “no interior de um tal situação”, nas sociedades que antecederam historicamente a universalização da liberdade no Estado constitucional moderno, “é necessariamente de direito (*notwendig rechtlich*)”, pois ela corresponde ao “ser-aí que a autoconsciência da liberdade tem num tal degrau ou estágio” (§ 57 NM). Neste sentido, a escravidão “faz parte de um mundo em que uma in-justiça ainda é direito”, no qual o in-justo não só tem uma objetividade institucional, mas, do ponto de vista histórico-mundial, “é válido e se encontra, também, necessariamente em seu lugar”. (§ 57 Ad.) A perspectiva histórico-mundial e a lógica da apresentação sistemática convergem, aqui, na tese de que só no Estado constitucional moderno os homens adquirem em toda universalidade 1) a consciência de que a liberdade é sua essência e o seu fim, 2) de que, graças a esta consciência, o homem enquanto tal, “por si e em si, não está destinado à escravidão” (§ 57 A) e 3) de que esta consciência e o conteúdo deste direito não sejam somente “um mero dever-ser” (*ibid.*), mas efetividade presente.²⁰ Aqui, na esfera do direito abstrato, contudo, visto que “o Estado não é o pressuposto condicionante da justiça em si” (§ 100), – embora só nele a consciência da universalização da liberdade torna-se

(20) “Mas que o espírito objetivo, o conteúdo do direito, não seja ele próprio de novo apreendido somente no seu conceito subjetivo, e, portanto, que o fato, o de que o homem em si e por si não esteja destinado à escravidão, não seja apreendido como um mero dever-ser, isso tem lugar unicamente no conhecimento de que a Idéia da liberdade só é verdadeiramente como Estado.” (FD § 57 A) - Veja-se, também, o textocitado na nota 35. “...é a realidade dessa posse efetiva [da liberdade] que propriamente é exposta (*ausgeführt*) em todo o nosso tratado, a exposição mais acabada é a de que o homem chegou à posse concreta de si mesmo e que o saber dessa posse concreta de si é, então, o Estado.” (VRph 1824/25, IV, 209.)

efetividade, – trata-se de mostrar que só mediante a negação do direito enquanto tal pelo crime e mediante o seu restabelecimento pela dupla negação, operante na pena, a universalidade em si do direito “torna-se ela própria para si e efetiva” (§ 104): objetivamente, na vigência da norma jurídica “confirmada” (*bewährt*) pela mediação da sua própria necessidade contra a vontade particular infratora (*ibid.*), e, subjetivamente, na própria “vontade subjetiva particular, que enquanto vontade subjetiva particular, que quer o universal enquanto tal” (§ 103), que define o sujeito moral e descreve antecipadamente a figura ética do juiz togado.

As três modalidades do in-justo e suas figurações jurídicas, o in-justo sem dolo ou civil, a fraude e o crime, que articulam a Terceira Seção, correspondem a três formas de agravamento da oposição da vontade particular à universalidade em si, que é tanto a universalidade objetiva do direito, quanto a universalidade imanente à própria vontade pessoal singular. Elas se desdobram e determinam segundo uma lógica de intensificação progressiva da aparência e da sua crescente independização em face da essência, definida inicialmente, pelo conceito abstrato de direito em sua universalidade somente em si²¹. Na primeira figura, a do in-justo sem dolo ou civil, a aparência do direito é somente em si ou imediata, objetiva, não subjetiva, pois trata-se da aparência do título jurídico (§ 83 NM), no sentido de que o litígio “concerne somente à subsunção da Coisa sob a propriedade” (§ 85) de um dos litigantes, pois cada um deles considera a Coisa como sua “a partir do seu título jurídico particular” (§ 84) Esta primeira forma só nega a pretensão jurídica da outra vontade particular, só se opõe ao título jurídico particular do outro, respeitando o direito universal

Na segunda figura, a fraude, o direito em si é posto pela vontade particular enquanto aparência, enquanto algo “somente exigido, e, segundo este aspecto, enquanto algo somente subjetivo” (§ 87), de sorte que, embora o contrato exprima um consentimento bi-lateral sobre esta Coisa e esteja formalmente correto, a “universalidade interna da Coisa” (o seu valor ou a garantia de que ela é propriedade

(21) “O que acabamos de chamar de essência é o direito em si ...” (§ 82 Ad.)

do alienante) é encoberta por aspectos particulares exteriores da coisa, que a afetam por uma falsa aparência, lesando, assim, o lado universal do contrato enquanto atualização do direito em si. (§ 88)²² Mas a vontade particular ainda reconhece, porém só exteriormente, o direito em si, na exata medida em que simula uma aparência a respeito da universalidade da Coisa para iludir o outro.²³

O crime é a figura por excelência do injusto, a forma acabada da negação do direito e da pretensa independização da aparência em face da essência, na qual o direito “é enquanto aparência – de sorte que, infere Hegel segundo a lógica da essência, a aparência é posta enquanto nula” (§ 83 NM), o que implica, como veremos, “a manifestação dessa sua nulidade” na forma jurídica da pena, que se torna a “aniquilação da lesão” (§ 97).²⁴ O criminoso nem mesmo recorre à aparência do direito, pois na medida em que o direito é posto enquanto mera aparência, o criminoso quer “o injusto em si e por si”, que “vale enquanto tal para ambos” (§ 83 NM), isto é, para o lesado e para o causador da lesão, assim que “nem a vontade particular, nem a vontade universal [é] respeitada” (§ 90 NM). Por isso, o criminoso, ao querer a negação do direito enquanto tal, lesa não apenas a liberdade no ser-aí imediato da outra pessoa singular, na sua propriedade, mas a própria capacidade jurídica da pessoa enquanto tal, “o infinito no predicado do ‘meu’” (§ 95), e assim, a universalidade da vontade racional presente no próprio criminoso.

(22) “...o reconhecimento exterior do direito é separado do seu valor, e só aquele é respeitado, enquanto este direito é lesado”. (E § 498)

(23) “A fraude não se dirige contra a liberdade subjetiva do outro. Quando eu fraudo alguém, ele acha que eu não lhe fiz injustiça, ele está de acordo, o direito é ainda reconhecido por este lado, eu o iludo com a aparência de que ele obteria direito, de que não lhe faço injustiça, assim que, também de minha parte, está presente o reconhecimento do direito. Mas esse direito ao qual ele deve ter acesso é somente aparência; é a minha subjetividade, a minha intenção particular a esse respeito que provoca isso.” (VRph 1824/25, IV, 269.)

(24) “O direito, com efeito, enquanto absoluto, é insuprimível, por conseguinte, a externalização do crime é em si nula, e esta nulidade é a essência da efetuação do crime. Mas o que é nulo tem de se manifestar como tal, quer dizer, tem de se caracterizar ele próprio como passível de ser lesado.” (FD § 93 Ad.)

No entanto, se o crime na sua pretensão de negação total²⁵ do direito enquanto tal visa e ofende, certamente, a infinitude da personalidade, ele só pode exercer violência sobre a vontade livre da pessoa na medida em que ela “está refletida” (§ 90) no mundo externo, na forma da propriedade no sentido mais amplo, na forma de tudo que pode ser posto na determinação de Coisa (§ 43 A), ou na medida em que a pessoa, enquanto singularidade imediata, “tem uma existência natural” (§ 43) ou é um “ser vivo neste corpo orgânico” (§ 47). Na sua natureza interna e no seu corpo vivo a vontade livre da pessoa está sempre exposta à violência exercida por outro, e neste contexto Hegel cita um enunciado da sua Ciência da Lógica²⁶, para corroborar a sua tese de que, por mais que a vontade livre possa se retirar adentro de si e “ser livre nas cadeias”, “a violência feita por outros a meu corpo é violência feita a mim” (§ 48 A), pois em relação à violência ou coação se instala uma assimetria entre a vontade na sua relação interna a si e a vontade na sua relação a outras vontades, para as quais ela é no seu ser-aí.

Esta assimetria, entre outras razões, conduz Hegel à distinção entre “subjuagar” (*bezwingen*) e “coagir” (*zwingen*), segundo a qual o homem “enquanto ser vivo pode ser subjugado” (*bezwungen*), i. é, ele pode na sua exterioridade padecer violência física, ao passo que “a sua vontade livre não pode em si e por si, ser coagida (*gezwungen*)” (§ 91). A violação ou coação exercida pelo crime sobre a vontade livre só a atinge no objeto do seu querer, na medida em que ela se reflete e põe num ser-aí exterior (§§ 90-91), seja na propriedade de uma Coisa do mundo externo, seja nas externalizações (*Äusserungen*) “equiparadas a Coisas” (‘coisificadas’), que podem ser objeto de contrato (§ 43 A). Hegel recorre, aqui, à diferenciação dos momentos lógicos do conceito de vontade livre para fundar esta distinção entre coação e subjugação, e, assim, justificar a sua tese de que a violência ou a coação só atinge a vontade no objeto do seu querer, naquela exterioridade “na qual

(25) Se os dois primeiros casos do injusto “são o in-justo abstrato – o in-justo no direito; [são] negações parciais” (§ 90 NM), o crime pode ser considerado como a negação total do direito.

(26) “«Livre para o outro eu o sou enquanto livre no ser-aí» é uma proposição idêntica” (§ 48 A).

está retida” e de que ela “não se retira” (§ 91). A lesão infratora não afeta o próprio querer enquanto tal, fundado no poder de abstração absoluta do pensamento puro, capaz de negar todas as determinações e restrições, que define o momento lógico-estrutural da universalidade do conceito de vontade livre no § 5, a que Hegel aqui remete. Ela também não afeta a “vontade sendo em si enquanto tal” (§ 99), constitutiva da universalidade do direito e do seu caráter “absoluto, insuprimível” (§ 97 Ad.). Por isso, se a vontade livre “não pode, em si e por si, ser coagida”, “somente pode ser coagido a algo aquele que quer se deixar coagir” (§ 91), tese que tem, para Hegel, o corolário político, segundo o qual “um povo pode ser subjugado, mas, contudo, morrer livre, e, neste caso, não ser coagido”, e, por consequência moral, a de que “na coação não reside, portanto, nenhuma justificação absoluta para a vontade”.²⁷ Daí, consequentemente, a tese de que esta negação infinita do direito, que quer pôr a universalidade intrínseca deste como nula e contingente, como mera aparência, só tem “existência positiva” na vontade particular do criminoso, portanto, não existe positivamente nem na “vontade sendo em si enquanto tal, nem tampouco no mero resultado (*Produkt*) [da lesão]” (§ 99), tese que converge com tese da nulidade intrínseca da aparência posta enquanto aparência, pois esta, precisamente na sua pretensão de independização completa da essência, sucumbe ao seu poder.

Assim, se a vontade livre só é Idéia na exterioridade imediata que ela se dá na propriedade, e se a violência ou a coação é essencialmente uma externalização de vontade livre que nega, precisamente, o ser-aí da outra vontade, pois só a atinge na sua respectiva exterioridade, segue-se que “a violência ou a coação se destrói imediatamente a si própria no seu conceito” (§ 92), pois ela é uma externalização da vontade livre que suprime, exatamente a efetividade que ela se dá para deixar de ser meramente conceito abstrato e tornar-se Idéia. (§ 1) Se, mesmo na esfera do direito abstrato, a vontade livre enquanto pessoa só é racional se ela não permanece imediata e subjetiva, mas põe, sob a forma da propriedade, as condições objetivas

de sua efetivação, a negação destas pela violência alheia destrói o processo pelo qual unicamente a vontade livre toma posse de si, se desenvolvendo em direção à Idéia. Assim, se a violência ou a coação é a externalização de uma vontade que suprime o direito enquanto ser-aí da vontade livre, a “liberdade enquanto Idéia” (§ 29), ela é juridicamente uma contradição nela mesma. Por isso, conclui Hegel, “a apresentação real” desta contradição interna da coação implica a sua autodestruição conceitual imediata (§ 92), que é essencialmente coação que suprime a coação, pois só ela pode atingir a vontade infratora no seu ser-aí. A preservação da exterioridade lesada acarreta uma externalização da vontade que “é, por conseguinte, ela própria uma ação exterior” (§ 94), portanto, essencialmente uma “segunda coação” que suprime a primeira: na medida em que a sua determinação conceitual é exclusivamente suprimir a primeira coação, “ela é, por isso, não só condicionalmente, porém necessariamente jurídica” (§ 93). Hegel ilustra e amplia esta tese com o exemplo da coação pedagógica, que, embora apareça como uma primeira coação, é, na verdade, uma coação segunda, que visa suprimir aquela primeira coação já presente na impulsividade imediata da vontade natural enquanto oposta à liberdade, e assim, proteger a Idéia de liberdade contra essa violência da natureza imediata, na qual aquela “tem de se fazer valer” (§ 93 A).

9. A PENA COMO ANIQUILAÇÃO DO CRIME E COMO DIREITO DO PRÓPRIO CRIMINOSO

Esta segunda coação não é primeiramente uma exigência moral, mas, essencialmente, uma ação recíproca jurídica, compreendida como “a apresentação real” da autodestruição conceitual imediata da coação. Por isso, ela é concebida especulativamente como uma negação da negação²⁸, cuja figuração jurídica é a “pena” (*Strafe*) (§ 101). Trata-se de uma dupla negação exercida na forma da autonegação, porque ela é a “manifestação” da nulidade intrínseca do crime. Com efeito, ao pretender pôr universalidade em si do direito como mera aparência e,

(28) “O feito do crime não é algo primeiro, positivo, ao qual adviria a pena como negação, porém algo negativo, de sorte que a pena é somente negação da negação.” (§ 97 Ad.)

assim, lesar por uma negação infinita “o direito enquanto direito” (§ 97), a vontade criminosa ela mesma “se põe como [aparência] subsistente por si” (§ 83 Ad.), que, precisamente nessa independização, revela “a aniquilação” (*Vernichtung*) (ibid.) de si mesma enquanto lesão. Se, assim, violência e coação são o elemento comum ao crime e à pena, e se a primeira violência ou coação tem a apresentação real da sua autonegação numa segunda violência ou coação, que restabelece o direito negado, o direito abstrato é necessariamente coercitivo, pois só uma outra coação enquanto ação exterior pode suprimir “uma violência contra o ser-aí da liberdade numa Coisa exterior”. (§ 94) Mas embora a coação seja uma consequência necessária do direito abstrato, enquanto ele implica a sua negação, a coação não é a sua essência. Tornar a coação o seu elemento essencial “significa apreendê-lo a partir de uma consequência” (§ 94 A).

A esfera do direito penal é explicitamente introduzida no § 95 como decorrência de o crime lesar o ser-aí da liberdade “no seu sentido concreto”, isto é, a própria Idéia de liberdade. Com efeito, se o processo de efetivação do conceito de liberdade em direção à Idéia perpassa todas as vontades pessoais singulares, que se efetivam nas relações contratuais de propriedade, e se ela está presente na vontade universal sendo em si, que é tanto a universalidade própria da norma objetiva, da lei, quanto a universalidade imanente à “relação simples da vontade a si na sua singularidade”, constitutiva da personalidade da pessoa (§ 35), a sua lesão é tanto uma lesão da universalidade em si do direito quanto do reconhecimento da personalidade de todos, implicada na lesão de uma pessoa singular. (§ 99). Este é o elemento substancial, definidor do conceito do crime, em contraposição ao qual a amplitude quantitativa e a determinação qualitativa das suas múltiplas configurações e da respectivas penas dizem respeito somente ao seu “conteúdo particular ulteriormente determinado”. (§§ 95-96) Importa aí, no âmbito da determinação quantitativa e qualitativa da lesão e da respectiva punição, antes de tudo, diferenciar entre, de um lado, a lesão do ser-aí da vontade livre “em toda a sua amplitude, portanto, na infinitude igual ao seu conceito”, em cujo caso a pena, em face da irreparabilidade do bem lesado, visa, antes de tudo, a supressão da lesão do direito enquanto tal e a aniquilação da vontade particular do criminoso, e de outro,

a lesão do ser-aí “somente segundo uma parte, assim como em alguma determinação qualitativa”, em cujo caso a punição permanece no registro da indenização dos danos materiais causados, e, em princípio, fora da esfera do direito penal. (§§ 96, 98) A diferença, aqui mencionada, entre roubo e furto exemplifica o aspecto qualitativo da diferença em pauta. (§ 96 A)

O ponto central da crítica que Hegel empreende (nos §§ 99 A e 101 A), das diferentes teorias penais, – que consideram, por ex., “como o elemento primordial da pena” a prevenção, a dissuasão, a ameaça, a correção e outros critérios análogos, – é a distinção entre o fundamento conceitual da pena, o seu caráter intrinsecamente jurídico, enquanto restabelecimento do direito lesado, e o aspecto fenomênico da punição, que implica a avaliação da amplitude quantitativa e qualitativa da pena, isto é, a sua dosagem segundo critérios sociais dentre os apontados pelas teorias penais criticadas, como, por ex., “a periculosidade para a segurança pública” (96 A), que são, todos, aspectos exteriores à justiça e “não concernem a vontade do ato enquanto vontade do mesmo” (§ 96 NM). O estabelecimento da medida concreta e da modalidade da pena é, assim, uma tarefa do entendimento, que extrapola o seu conceito, e que é da alçada da administração do direito pelos tribunais no interior da sociedade civil. A fundamentação conceitual da pena, ao contrário, visa superar a consideração “superficial”, comum às diferentes teorias penais, de que o crime é antes de tudo “um mal”, a ser corrigido pela pena como “um bem” para o criminoso ou para a sociedade. No conceito do crime e da sua punição “trata-se decididamente de in-justiça e de justiça” (§ 96 A), e o fundamento da pena é buscado na necessidade interna de que “o crime, enquanto vontade em si nula, contenha, por isso, dentro de si, a sua própria anulação, que aparece como pena” (§ 101 A). Esse fundamento retoma em seu núcleo uma tese proveniente da Lógica da Essência, segundo a qual a lesão infinita do direito e da personalidade, concebida aquela como auto-reflexão da aparência, i. é, como aparência posta enquanto tal, e por isso, nula, manifesta a sua própria nulidade pela aniquilação da lesão que a constitui. (§ 97) A existência positiva dessa aniquilação é a mediação da necessidade do direito consigo mesma, através da supressão da sua lesão, mediação pela qual a sua validade negada readquire vi-

gência e se torna efetiva.²⁹ Portanto, a lesão que suprime a lesão do direito, que só tem existência positiva na vontade particular do criminoso é, portanto, assim, “o restabelecimento (*Wiederherstellung*) do direito” em sua validade efetiva, pois, “do contrário, [o crime] teria validade”. (§ 99)

Nesta perspectiva conceitual, da “justiça em si” (§ 100 A), que estabelece uma conexão interna entre esses fenômenos diversos que são o crime e a pena, mas, também, na perspectiva fenomênica da determinação da amplitude qualitativa e quantitativa do crime e da respectiva pena, a lesão da lesão é determinada especulativamente como “retaliação” (*Wiedervergeltung*) (§ 101). Conceitualmente, a retaliação manifesta a identidade jurídica fundamental entre a primeira lesão e a lesão da lesão enquanto princípio fundamental da pena, identidade que remonta à tese da autodestruição imediata do próprio conceito de coação ou violência, que retroage como uma segunda coação ou violência, que aniquila a primeira. (§ 93) Do ponto de vista do fenômeno, esta identidade interna “aparece para o entendimento enquanto igualdade” (§ 101 A), mas não enquanto “igualdade específica, abstrata” entre a amplitude qualitativa e quantitativa do crime e a da pena, que levaria a entender a retaliação literalmente como lei do talião, olho por olho, dente por dente, no sentido de ter de se representar, de antemão, diz sarcasticamente Hegel, o agente criminoso como “caolho ou desdentado” (ibid.). A igualdade que regula a proporção adequada entre a primeira e a segunda lesão, entre o crime e a pena na sua diversidade fenomênica, é a igualdade “segundo o valor da lesão”, valor já anteriormente presente, de maneira análoga, como o fundamento da comparabilidade entre propriedades diferentes e da vontade comum no contrato, pois ele constitui a “universalidade” que está à base da comparação quantitativa de Coisas especificamente diversas, e que permite estabelecer a sua equivalência (§ 63), e que é, também, o elemento universal da propriedade, que perma-

(29) “A manifestação dessa nulidade é a aniquilação dessa lesão, aniquilação que igualmente entra na existência, – [é] a efetividade do direito enquanto ela é a sua necessidade se mediando consigo pela supressão da sua lesão.” (FD § 97)

nece idêntico na sua transferência mediante o “contrato de troca” (§ 77). Com esta igualdade segundo o valor, que “reflete” a identidade conceitual interna entre o crime e a pena, Hegel procura estabelecer uma medida adequada da retaliação, que visa excluir tanto uma determinação arbitrária da pena, quanto a aplicação abstrata da mesma lesão específica ao agente, no sentido literal do talião.

É precisamente a separação do aspecto fenomênico da pena do seu fundamento conceitual, o descolamento da igualdade segundo o valor da identidade interna, que engendra o apego à “igualdade específica, abstrata”, que não só torna a determinação qualitativa e quantitativa adequada da pena uma “dificuldade insuperável”, como induz à aplicação literal do talião, que converte o princípio fundamental da retaliação numa “absurdidade, com a qual o [seu] conceito nada tem a ver”. (§ 101 A) No caso do crime, em que o fundamental é a infinitude da negação do direito, o elemento da igualdade específica desaparece de maneira ainda mais clara, de sorte que a sua aplicação abstrata é ainda mais absurda, pois furto, roubo, multa, pena de prisão etc., são “absolutamente desiguais na sua figura exterior”, todavia “comparáveis segundo a sua propriedade universal de serem lesões, segundo o seu valor”. (ibid.) Assim, no caso da determinação da respectiva pena a ser cominada a crimes diversos, o valor, enquanto universalidade da Coisa, é aquilo que os torna comparáveis enquanto lesões do direito, cabendo, então, ao entendimento, no estabelecimento da medida qualitativa e quantitativa da pena, “buscar a aproximação à igualdade desse valor” quanto ao essencial (a lesão do direito), mas não quanto à sua figura exterior específica. Por isso, na aplicação da pena pelos tribunais, essa medida é relativa e variável “segundo a situação da sociedade civil”, pois esta, ao avaliar a periculosidade da ação criminosa para a segurança da sociedade, tanto pode reforçar a “gravidade do crime”, quanto reduzir “a importância exterior da lesão e, assim, provoca[r] um maior abrandamento da sua punição” (§ 218).

Os dois argumentos principais que fundamentam o conceito de pena e de retaliação, o de que a autocontradição da lesão criminosa tem a sua “apresentação real” numa segunda lesão restauradora do direito (§§ 93, 99), e o de que a “manifestação” da nulidade intrínseca dessa primeira lesão é a sua própria ani-

quitação sob a forma da pena (§ 97), tem como corolário a tese, à primeira vista paradoxal do ponto de vista do direito penal, de que a pena como expressão externa (“ser-aí”) da liberdade, é para o criminoso “o seu direito” (§ 100). Com efeito, como a negatividade infinita do ato criminoso lesa o ser-aí da própria Idéia de liberdade (§ 95), atuante não só na universalidade objetiva do direito, mas atua também na universalidade imanente à vontade de todos, portanto, imanente inclusive à própria vontade do criminoso enquanto vontade livre racional (§ 99), “a lesão que lhe vem de encontro” (*widerfährt*) na forma da pena, atua nele como uma exigência da sua própria vontade racional contra o seu ato particular, visando suspender a contradição interna que o seu ato, em si nulo, é para ele mesmo. Do ponto de vista da identidade conceitual entre a primeira e a segunda lesão, e das suas figurações diversas no crime e na pena respectivamente, conectadas internamente pelo conceito de retaliação enquanto supressão do crime, a pena é a justiça que se faz valer contra o ato criminoso enquanto expressão da sua própria liberdade, de sorte que ao conter “o próprio direito do criminoso”, na pena “ele é honrado como um ser racional” (§ 100 A).

Hegel pretende reforçar este corolário com um segundo argumento, mais radical do ponto de vista da imanência da pena ao crime, argumento extraído do conceito de autonomia racional do agente, segundo o qual a sua ação, enquanto racional, exige que ele reconheça a lei implicitamente estabelecida pela sua ação e para ela, mediante a universalização da sua máxima. A essa lei, resultante da universalização da máxima da sua ação criminosa, “lhe é permitido (*darf*) ser subsumido como sob seu direito” (§ 100), e o texto dos Apontamentos de Wannemann, reforça, dizendo que o criminoso “tem de (*muss*) lhe ser submetido”³⁰, uma vez que a própria universalidade da sua vontade, lesada pela sua ação, retroage contra a ação criminosa e anula a existência positiva que ela tem na sua vontade particular. A anotação do mesmo parágrafo reforça esta auto-subsunção do

(30) G.W.F. Hegel, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannemann* (Heidelberg, 1817/18 und Homeyer (Berlin (1818/19). Ed. Karl-Heinz Ilting, Stuttgart, Klett-Cotta, 1983, Apontamentos Wannemann, § 49, op. cit. pg 69.

agente à pena como a “seu direito”, dizendo que “o Estado tem de fazer valer na ação do criminoso” não só “o racional em si e por si do conceito do crime”, i. é, o racional enquanto expressão da lei da liberdade, mas “também a racionalidade formal” que reside no querer daquela ação singular. (§ 100 A). Neste último sentido, diz Hegel, a pena “é um direito para o criminoso (*an den Verbrecher*) ele mesmo, isto é, um direito posto na sua vontade sendo-aí, na sua ação” (§ 100).

Peperzak³¹ interpreta a racionalidade formal do querer desta ação como sendo a elevação do conteúdo da sua máxima à forma universal da lei, de sorte que essa “lei formal reconhecida somente pelo criminoso”³², seria a permissão universal do crime, e o direito do criminoso ao qual “lhe é permitido subsumir-se” seria um não-direito, equivalente ao in-justo. O argumento seria, então, falacioso, *ad hominem*, um argumento que se auto-desmente. Mas se entendemos por racionalidade formal desta lei, querida somente pelo criminoso, a manifestação do caráter imediatamente contraditório da universalização da máxima da permissão do crime e a manifestação, também imediata, da sua nulidade intrínseca do ponto de vista jurídico, a auto-subsunção do criminoso à pena como ao seu próprio direito pode ser interpretada como a autonegação da sua vontade particular pela própria universalidade interna da sua vontade, implicitamente reconhecida pela sua ação enquanto racional. Uma ambivalência, senão ambigüidade perpassa, contudo, este segundo argumento, na medida em que a pretensão de pôr a máxima como lei universal ora é dita ser uma lei formal reconhecida somente pelo criminoso, ora é interpretada como manifestação imediata da sua contradição interna e da nulidade intrínseca da ação criminosa, na medida em que essa lei formal é posta por um agente racional, “pensante” (E § 500).

(31) Adriaan T. Peperzak, *Modern Freedom. Hegel's Legal, Moral, and Political Philosophy*, Kluwer, Dordrecht, 2001, pgs. 288-290.

(32) Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1817), § 414, eds. W. Bonsiepen e K. Grotzsch, In: G.W.F. Hegel, *Gesammelte Werke*, v. 13, Meiner, Hamburg, 2000. (Apud Peperzak, *ibid.*) O enunciado “o agente põe na sua ação uma lei, mas que é formal e só por ele reconhecida” permanece, também, na terceira edição da *Enciclopédia* (1830), § 500.

Como, na esfera do direito abstrato, a punição que suspende o crime é, também, como o crime, uma violência, embora exercida na forma de uma segunda lesão, qualitativa e quantitativamente determinada, ela adquire, inicialmente, a forma exterior da vingança. Ela é, todavia, enquanto “retaliação”, “justa quanto ao conteúdo” (§ 102), pois o crime e a sua punição têm, ambos, o seu fundamento conceitual idêntico na lesão. Assim, a punição, “na esfera da imediatez do direito” (ibid.), enquanto ela aí atua mediante a coação ou a violência “contra o ser-aí da minha liberdade numa Coisa exterior” (§ 94), mesmo que na forma de uma “segunda” coação ou lesão reparadora, tem, primeiramente, a figura da “justiça vingativa” (§ 104). Na sua forma exterior, “enquanto ação positiva” da vontade particular de indivíduos, famílias ou clãs, para os quais o conteúdo da retaliação permanece entregue à avaliação subjetiva do lesado, – uma vez que “o in-justo lhe aparece não na sua limitação quantitativa e qualitativa, mas somente enquanto in-justo em geral” (§ 102 Ad.) – a justiça vingativa “torna-se uma nova lesão”, que, em sua reiteração indefinida, incide “no progresso ao infinito e se lega como herança de geração em geração, sem limites” (§ 102).

10. JUSTIÇA PUNITIVA E O SURGIMENTO DA SUBJETIVIDADE MORAL

Esta perpetuação ilimitada da violência torna-se uma “contradição” (ibid.), porque ela repõe indefinidamente a oposição da vontade particular a si mesma enquanto universal, que define o in-justo, na forma da oposição entre a forma e o conteúdo da segunda lesão, que define a punição. Com isso, instaura-se uma contradição “na maneira de suspender o injusto”, de sorte que a sua “resolução” é conceitualmente exigida, a fim de que a esfera do direito abstrato não tenha na perpetuação da violência a sua determinação conclusiva (§ 103). Trata-se, no entanto, de uma “exigência” (*Forderung*) não só moral, do dever-ser, mas de uma exigência lógica da determinação progressiva do conceito de vontade livre, cuja determinação sistemática ulterior é a de “uma vontade que, enquanto subjetiva, quer o universal enquanto tal” (ibid.). Esta nova determinação contém e significa a gênese conceitual da mora-

lidade³³, que, ainda na esfera do direito abstrato, se determina conceitualmente como uma justiça liberada do arbítrio subjetivo, portanto, como uma justiça não mais vingativa, mas “punitiva” (*strafende Gerechtigkeit*) (ibid.), e que, do ponto de vista da sua figuração como fenômeno, se concretiza na figura ética, antecipada, do juiz judiciário.

Esta nova determinação conceitual da vontade, de uma vontade que, na sua particularidade, queira o universal enquanto tal, por um lado antecipa a subjetividade moral, que na sua reflexão infinita adentro de si, enquanto singular, está numa relação essencial com o seu universal interior, o bem – na esfera da moralidade, o bem ainda abstrato do dever-ser (§ 131), não o “bem vivo” da vida ética (§ 142) –, por outro, aponta para a figura do juiz togado, que decide e age estritamente em nome da universalidade objetiva da lei. Em ambos os casos, há uma antecipação conceitual de esferas subseqüentes, no primeiro caso, da esfera da moralidade, pois a lesão infinita do crime e a sua punição implicam a imputação subjetiva da ação, no segundo caso, da esfera da eticidade, especificamente, da sociedade civil, como o solo da vigência efetiva do direito na forma da lei e da sua aplicação pelo poder público dos tribunais. (§ 219) Com efeito, só na esfera real da sociedade civil o direito adquire uma institucionalização adequada à exigência de que a universalidade da “vontade sendo em si” torne-se “ela própria para si e efetiva” (§ 104), de sorte que nela juízes podem agir estritamente como condutos da vontade universal da lei, não introduzindo na determinação qualitativa e quantitativa da pena “nada que não se encontre na natureza da Coisa” (§ 102 Ad.), avaliando a gravidade do crime segundo a consciência que a sociedade tem do seu “poder tornado seguro de si mesmo” (§ 218). Só a punição definida por juizes judiciários é, na sua forma, adequada ao conteúdo em si justo, mas ainda abstrato, da pena enquanto retaliação. Por outro lado, a forma concreta que a aplicação da pena pelo poder pú-

(33) “Este conceito de moralidade não é, entretanto, somente algo exigido, mas algo que emergiu desse próprio movimento.” (FD § 103)

blico dos tribunais assume pressupõe o seu fundamento conceitual, ainda que “abstrato”, na retaliação, pois “a forma que ela tem no Estado, a saber, como pena, não é, em todo o caso a única, e nem o Estado é o pressuposto condicionante da justiça em si”. (§ 100 A) Não há enunciado mais claro do que este para enfatizar que o Estado hegeliano se funda no direito.

O parágrafo final (§ 104) retoma, de maneira conclusiva e prospectiva, a tese central da Terceira Seção, já exposta anteriormente (§§ 82, 97 e 99), segundo a qual a lesão do direito enquanto direito, no crime, ao mesmo tempo que manifesta a nulidade intrínseca da ação criminosa, suspende a oposição extrema da vontade particular a si mesma enquanto vontade universal (§§ 40, 81), restabelecendo o direito mediante a negação da sua negação. Graças a esta dupla negação na forma da reflexão, a vontade universal sendo em si (o direito em sua validade abstrata), retorna, agora, “adentro de si” a partir da sua negação, para tornar-se “ela própria para si e efetiva”: “é o direito confirmado (*bewährt*) contra a vontade singular sendo meramente para si” (§ 104). O “direito em geral imediato, para nós, somente em si” é, agora, “posto, – tal como ele é em si – enquanto direito, – [enquanto] direito para si”. (§ 104 NM)

Conclusivamente, porque o crime e o restabelecimento do direito na sua vigência efetiva, mediante a pena, desdobram, na lógica da apresentação, “uma determinidade conceitual interna mais avançada da vontade”, determinação esta que suspende tanto a imediatez inicial da vontade livre enquanto personalidade, quanto a contingência que perpassa toda a esfera do direito abstrato. Prospectivamente, porque a dupla negação que opera na reflexão da vontade universal sobre si, a determina, agora, como vontade “que, no seu ser-aí, não só é vontade livre em si, mas, também, para si mesma, como negatividade que se refere a si mesma.” (§ 104) Quer dizer, esta reflexividade e esta negatividade auto-referencial da vontade em sua infinitude, – i. é, na negatividade da “abstração absoluta” de toda determinação particular (§ 5), – em se tornando o próprio ser-aí e a própria existência da vontade, constituem a sua subjetividade: a subjetividade torna-se, assim, a nova determinação conceitual da vontade, cujo ser-aí não é mais a Coisa exterior, mas a sua própria interioridade (§ 104 Ad.). En-

quanto existência dessa infinitude reflexiva³⁴ da vontade livre, a subjetividade instaura, agora, “um solo mais alto” para o conceito de liberdade, “o lado da existência na Idéia” (§ 106). “A subjetividade da liberdade constitui [...] o princípio do ponto de vista moral.” (§ 104 A). Fenomenologicamente, a emergência da subjetividade moral como nova figuração do conceito de vontade livre, é descrita em termos de uma reflexão, que toma, agora, “por seu objeto” aquilo que a vontade era imediatamente na esfera do direito abstrato (§ 104). Noutra palavras, a reflexão infinita da vontade sobre si “determina a pessoa a sujeito” (§ 105), tomando por objeto do seu querer a determinação imediata da vontade como personalidade.

A anotação do § 104 apresenta uma sinopse retrospectiva das determinações conceituais da propriedade, do contrato e do in-justo, na perspectiva da ‘superação’ (o verbo empregado é *überwinden*) da contingência, bem como da imediatez, que perpassam, ambas, toda a esfera do direito abstrato. Esta superação é descrita como sendo a reflexão dessa própria contingência “adentro de si, mediante a qual a nova figura da subjetividade moral emerge como “a contingência infinita sendo dentro de si da vontade”. (§ 104 A) Assim, a contingência da vontade, que afeta o aparecimento do direito no contrato e à qual a vontade contratante em princípio ainda não renunciara (§ 81), e que explica a passagem lógica do contrato ao injusto (§ 81 A), assim como a contingência que afeta a universalidade em si do direito abstrato, “posto enquanto contingência pela vontade singular ela própria contingente” do criminoso (§ 104 A), é, agora, graças à reflexão desta contingência radical da vontade criminosa sobre si mesma, “superada” (*überwunden*) (ibid.) na figura da subjetividade moral. Portanto, a superação da contingência e da imediatez do direito abstrato remetem-no além de si, à sua suspensão na esfera da moralidade, cujo princípio é a subjetividade.

(34) “Direito para si – infinitamente retornado adentro de si[,], enquanto tal infinitude dentro de si. Retornado [ele é] não meramente determinação do conceito, mas existência enquanto subjetividade, vontade dentro de si mesma” (§ 104 NM)

RESUMO

Com a gênese conceitual do contrato na alienação da propriedade Hegel mostra o surgimento da pluralidade das vontades proprietárias e o caráter meramente formal do seu reconhecimento recíproco, e estabelece uma vinculação essencial do contrato ao âmbito da propriedade, que lhe permite subverter a distinção jurídica clássica entre direitos pessoais e direitos reais (7). A contingência contida na possibilidade real de não execução do estipulado implica, na lógica interna do contrato, a passagem conceitual necessária do contrato ao delito (“in-justo”), cujas modalidades se desdobram segundo o agravamento da oposição entre a vontade particular subjetiva e a universalidade objetiva do direito, e culminam no crime, como forma extrema e exemplar da negação do direito (8). A propósito do crime, Hegel critica as teorias penais fundadas em critérios sociais a partir de uma concepção retributiva da pena, que, enquanto “retaliação” (Wiedervergeltung), é concebida como uma segunda negação, que nega a primeira negação do direito, contida no crime, que restabelece, assim, o direito, e justifica a pena como um direito do próprio criminoso (9). Essa retaliação, embora “justa quanto ao seu conteúdo”, por ser, quanto à forma, uma “lesão da lesão”, pode tornar-se justiça vingativa, a perpetuar-se indefinidamente, uma contradição que só é resolvida pela justiça punitiva, que remete, antecipadamente, à figura ética do juiz judiciário, e que exige, conceitualmente, o surgimento de uma vontade que, na sua particularidade, queira o universal enquanto tal, a qual descreve o sujeito moral como uma nova determinação e figuração da vontade livre, que suspende o “direito abstrato” (10).

Palavras-chave: liberdade, direito, propriedade, contrato, delito (in-justo).

ABSTRACT

Through the conceptual genesis of the contract in the alienation of property Hegel shows the appearance of the plurality of the proprietors' wills and the merely formal character of their reciprocal recognition, and establishes an essential link between the contract and the realm of property, which allows him to subvert the classic juridical distinction between personal rights and real rights (7). The contingency contained in the real possibility of non-execution of what was stipulated implicates, according to the logic internal to the contract, the necessary conceptual passage from contract to delict (“un-just”), whose modalities are unfolded according to the aggravation of the opposition between the subjective private will and the objective universality of the right, culminating in crime as an extreme and exemplary form of the denial of right (8). Concerning crime, Hegel criticizes the penal theories founded in social criteria starting from a retributive conception of the punishment that, as “retaliation” (Wiedervergeltung), is conceived as a second negation that denies the first negation of the right contained in the crime, which thereby reestablishes the right, and justifies the punishment as a right of the criminal himself (9). That retaliation, although “just as to its content”, since it formally is a “lesion of the lesion”, can become revengeful justice, indefinitely perpetuating a contradiction that is only solved by punitive justice, which refers in advance to the ethical role of the judiciary judge, and conceptually demands the appearance

MARCOS LUTZ MÜLLER

of a will that, in its particularity, wills the universal as such, and describes the moral subject as a new determination and shape of the free will, that supersedes the "abstract right" (10).

Keywords: freedom, right, property, contract, delict (un-just).

Recebido em 07/2005

Aprovado em 08/2005

ANALYTICA

volume 10
número 1
2006