

# A EXISTÊNCIA EM CRISE E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PENAL

---

BETINA HEIKE KRAUSE SUECKER\*

---

“O mundo muda à medida que mudam  
as idéias das pessoas a respeito do mundo”.<sup>1</sup>  
(Friedman e Schustack)

## Resumo:

O presente trabalho aborda a relação entre o Direito Penal e a crise da existência humana, ao contextualizá-los com a corrente psicológica do humanismo e com o existencialismo, um movimento filosófico evidenciado especialmente no período pós-segunda guerra mundial. A questão central da temática se verifica quando a ausência de sentido existencial repercute nas manifestações do ordenamento penal, em termos de sanção, em uma resposta institucional organizada e pré-determinada a indivíduos em crise de valores morais, sociais, espirituais. Indivíduos inseridos em uma sociedade punitiva e vitimizadora, que tenta encontrar na pena uma justificação. Através de uma glorificação do Estado penal, penitência e policialesco, e diante de uma crise paradigmática dentro do universo da existência e do sentimento de paixão que invade o ser humano, o Estado pune. A punição que, inicialmente não admite o sofrimento do corpo, pune a “alma”, inserida em uma sociedade de risco.

## Palavras-chave:

Direito Penal. Existencialismo. Pena. Justificação.

## Abstract:

The present study addresses the relationship between Penal Law and the crisis of human existence by contextualizing them within the psychological perspective of humanism and the existentialism-philosophical movement which became evident especially after the Second World War.

The core of this theme is observable when the absence of existential meaning is reflected in the manifestations of penal ordering, in terms of sanctions, in an organized and pre-determined institu-

---

\* Advogada. Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Doutoranda em Direito (PUCRS). Acadêmica na Faculdade de Psicologia (PUCRS). Professora de Direito Penal e Processual Penal na FEEVALE.

<sup>1</sup> FRIEDMAN, Howard e SCHUSTACK, Miriam. **Teorias da Personalidade**. Pearson: São Paulo, 2003. p. 302.

tional response to individuals who are facing a crisis of moral, social and spiritual values. Individuals embedded in a punitive and victimizing society that tries to find a justification for the application of punishment through the glorification of the Penal State, penance and police pressure, and in face of a paradigmatic crisis in the universe of existence and in face of a paradigmatic crisis in the universe of existence and the feeling of passion that invades human beings; through all that, the State punishes. The punishment that, at first, does not admit the suffering of the body, punishes the soul, is part of a society of risk.

### **Key words:**

Penal Law. Existentialism. Punishment. Justification.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O Direito Penal contemporâneo enfrenta uma crise paradigmática: de um lado, sob uma ótica iluminista, há princípios que devem ser observados pelo ordenamento, tais como a racionalidade, razoabilidade, intervenção mínima e humanidade na aplicação da pena. Por outro viés, percebe-se uma influência da midiática e irracional da sociedade, impulsiva e passional, quanto às formas de intervenção penal sobre a conduta descrita tipicamente.

Uma questão que nos gera inquietação consiste nas crises existenciais e de valores pelas quais atravessam o ser humano, sujeito de direitos e obrigações, e imediato destinatário das normas institucionalmente postas. O contratualismo surgiu para a criação de um pacto, do particular para com um ente que o oportunizaria segurança, aplicação da justiça, efetivação dos direitos fundamentais e garantias individuais, ou seja, tutelando o necessário para a subsistência e harmonia de uma organização de indivíduos, reunidos por interesses dos mais diversos.

A filosofia em Aristóteles, Hegel, Kant, Santo Agostinho, Tomás de Aquino, Hobbes, dentre tantos outros grandes filósofos, buscou explicar e empreender a possibilidade da felicidade e da virtude na polis, mediante o estudo da ética, da moral, da liberdade em suas manifestações na vida social e sob o manto do Estado, partindo de visões otimistas e descrentes acer-

ca da natureza humana, em suas magnitudes e perversidades.

Sem pretender realizar uma digressão histórica acerca do surgimento do Estado, este estudo almeja trazer à discussão a incidência do Direito Penal, mais precisamente da pena, sob o agente, inserido em uma visão de retorno existencialista, que repercutirá diretamente nas relações entre sociedade, delinqüente e crise de sentido, cuja resposta penal se dará mediante a aplicação de uma sanção, que não poderá desprezar o contexto desta criminalidade.

Para tanto, emitiremos um paralelo entre o Direito Penal, o movimento filosófico do existencialismo e a psicologia existencial, com o fim de demonstrar que o ordenamento penal e os estudos sociológicos não podem prescindir do aporte de outras ciências na tentativa de fundamentar uma pena, com base na realidade histórica, de uma sociedade emergente, de consumo, do risco e imediatista. Com o apoio técnico de autores contemporâneos, do Direito, da Psicologia e da Filosofia, suscitaremos algumas indagações sobre a justificação da punibilidade da existência.

## **1. A ANGÚSTIA E O SENTIDO DE SER HUMANO**

O existencialismo é um campo da Filosofia, marcado pelo pessimismo acerca da existência humana, especialmente evidenciada no período pós 2ª Guerra Mundial. Como principais precur-

sores podemos mencionar Kierkegaard, Heidegger, Camus, Sartre, Nietzsche e Schopenhauer.

Conforme PADOVANI e CASTAGNOLA, “com o nome de existencialismo entende-se a vasta e profunda corrente do pensamento contemporâneo (...) segundo a grande tradição pessimista da humanidade (...) o fundador é considerado o dinamarquês Kierkegaard, cuja a teoria da angústia leva à solução do problema filosófico através da transcendência cristã”.<sup>2</sup>

Os autores apontam, também, que HEIDEGGER foi considerado o maior existencialista:

a análise existencialista identifica o estar-no-mundo com o estar-no-tempo, que significa ser-para-a-morte. Adquirir consciência de tudo isso significa existir, quer dizer, passar da vida banal à vida autêntica, filosófica; existir, é, pois, ato de nulificação do ser, donde a doutrina da angústia, que leva o homem vulgar à preocupação e ao medo da morte, e o filósofo à humilde aceitação do seu destino.<sup>3</sup>

Esse movimento filosófico colocou em cheque as crenças do ser humano em si próprio. No período de uma grande guerra, do afastamento da família, da ausência da mãe, como primeiro vínculo, da falta de sentido da crueldade para consigo e para com os demais, e das conseqüências nefastas da ausência da paz, a morte torna-se uma realidade. A dualidade do ser e do não-ser, a postergação e negação da morte, criou dentro da existência um sentimento de angústia. O desespero, a visão pessimista da natureza humana, a ansiedade e a ameaça constante que implicava o viver trouxe proporções de culpabilidade. O sentimento de culpa irrompeu o ser, decorrendo da ansiedade, da sensação de fuga ou de enfrentamento do inesperado, do angustiante e desafiador.

O que significa a existência?

SEGUNDO, em uma visão sensível e romântica, aduz: “se conheço um ser, já não estou inteiramente isolado, já não sou minha pura e única

realidade: sou eu mais o outro (...) se nos fizermos agora uma pergunta: o que é a existência do homem? Devemos responder: é uma autoconstrução pelo amor”.<sup>4</sup>

Sabemos que a realidade é uma construção e que temos uma tendência em mascarar-la, nos isolarmos, e até mesmo negar-la, para que consigamos conviver com ela. Acreditamos no que nos é conveniente e no que queremos crer, para que possamos suportá-la. É em razão disso, que cada pessoa tem a sua própria visão de mundo e do seu *modus vivendi*.

A fuga, nesse período bélico do século XX, trouxe o suicídio e o álcool como uma das “muletas” ou escapes para a incapacidade de viver com um mínimo de tolerância e menor frustração. Dentro dessa luta interior, as conseqüências demonstraram que a humanidade sempre conviveu com o crime, seja contra uma pessoa determinada, seja sob a forma de genocídio.

Dentro da ficção, encontramos, principalmente, as inquietações da existência, quando os autores projetam-se nos personagens, para que através deles possam expressar seu desespero e, por que não, sua visão otimista da vida e dos indivíduos, não a contextualizando dentro do existencialismo.

Para tanto, GAARDER, ao relatar os diálogos filosóficos entre Sofia e o Professor Alberto, traz inquietações que herdamos desse movimento filosófico e que ainda perduram no século XXI: “você não pode saber se uma pessoa te perdoa quando você faz alguma coisa de errado para ela. Trata-se de uma questão com a qual você está profundamente envolvida. E exatamente por isso ela é importante para você. Você também não pode saber se uma pessoa gosta de você”.<sup>5</sup>

WILDE, famoso escritor inglês, asseverou: “quando somos felizes, somos sempre bons, mas

<sup>2</sup> PADOVANI, H. e CASTAGNOLA, L. **História da Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1962. p. 436.

<sup>3</sup> PADOVANI, H. e CASTAGNOLA, L. **História da Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1962. p. 437.

<sup>4</sup> SEGUNDO, Juan Luis. **Existencialismo, filosofia y poesía**. Buenos Aires: EPASA, 1948. pp.19 e 21.

<sup>5</sup> GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia**. 57. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 406.

quando somos bons nem sempre somos felizes”.<sup>6</sup>

Muito se refletiu sobre o relacionamento com o outro, frente aos problemas, indagações e incertezas do próprio eu. Como julgo um fato ou uma situação? Como ela é, se apresenta ou de acordo com minha interpretação, percepção sobre o real? E com os outros? Os vejo como são, aparentam ou de acordo com meus juízos pessoais, conceitos e pré-conceitos?

Eis algumas das inseguranças da existência. Como exemplo, na guerra a vida se banaliza. Muitos não voltaram. Qual é o preço da liberdade? Como o Estado pune o genocídio que é institucionalmente cancelado?

A soberba e a falta de humildade perante Deus gerou, em alguns filósofos, o sentimento de que a liberdade, a determinação da própria vida e o superar-se se daria sem Ele.

ZILLES comenta que existencialistas como SARTRE e NIETZSCHE se dedicaram, em suas obras, na pregação da negação ao Criador, mencionando o filósofo francês: “quer que o homem volte a encontrar-se a si mesmo e se convença de que nada nem ninguém poderá salvá-lo, nem um prova da existência de Deus. Sua posição tem a mesma raiz que a de Nietzsche, pois, também para ele, o homem se perde a si mesmo pela entrega a Deus e só se reencontra quando se afastar de Deus para apoiar-se unicamente em si mesmo”.<sup>7</sup>

A filosofia de SARTRE, relativamente ao existencialismo, surge da fórmula: a existência precede a essência, ao contrário da visão cristã (católica) de MARCEL, em que a essência precede a existência.

ZILLES refere o que o pensador francês entendia com essa formulação: “o homem primeiro existe, se encontra, emerge no mundo e depois define-se pela própria ação. O homem, como o existencialista o concebe, é indefinível, porque,

no começo, é nada (...). A vida não possui um sentido que lhe seja previamente dado. Tudo é absurdo (...) Não há, pois, natureza humana, pois não há Deus que a proteja”.<sup>8</sup>

Contrário ao existencialismo ateu acima exposto, que vislumbrava uma liberdade permitida (ameaçada com a existência de Deus) e a escolha da moral, segundo a criação do ser humano por ele próprio, MARCEL aposta na participação: “eu existo na medida em que me relaciono com o outro. A intersubjetividade (...) é a participação amorosa (...) Viver é estar aberto para o mundo, em comunicação, não só através de relações exteriores, mas interiores (...) Na sua visão são fundamentais a graça e a transcendência”.<sup>9</sup>

A existência pressupõe possibilidades, assim como a visível presença da ansiedade e da incerteza do amanhã.

MAY conceitua a ansiedade:

é a apreensão deflagrada por uma ameaça a algum valor que o indivíduo considera essencial para sua existência como personalidade. A ameaça pode ser à vida física (ameaça de morte) ou à existência psicológica (perda de liberdade, inexpressividade). Ou a ameaça pode ser a algum outro valor que a pessoa identifica com sua própria existência (patriotismo, amor de uma outra pessoa, sucesso etc).<sup>10</sup>

Diante desses sintomas, SARTRE compara o viver a um abismo: “se nada me constrange a salvar a minha vida, nada me impede de jogar-me no abismo. A conduta decisiva emanará de um eu que ainda não sou. Assim, o que eu sou depende em si mesmo do que ainda não sou, na medida exata em que o eu que ainda não sou depende do que eu sou”.<sup>11</sup>

Um viés otimista do ser humano existe e é argumentado por inúmeros psicólogos, principalmente, humanistas, como MASLOW, ROGERS e FRANKL que o estudam em sua normalidade, afastando-se o objeto de estudo da Psicanálise,

<sup>6</sup> WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Rio de Janeiro: Otto Pierre Editores, 1979. p. 122.

<sup>7</sup> ZILLES, Urbano. **Gabriel Marcel e o existencialismo**. 3. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995. p. 113.

<sup>8</sup> ZILLES, Urbano. **Gabriel Marcel e o existencialismo**. 3. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1988. p. 59.

<sup>9</sup> ZILLES, Urbano. **Gabriel Marcel e o existencialismo**. 3. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1988. pp. 57-58.

<sup>10</sup> MAY, Rollo. **O significado da ansiedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p. 200.

<sup>11</sup> SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada. Ensaio sobre a ontologia fenomenológica**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 76.

que se ocupa, eminentemente, do tratamento das psicopatologias. Cumpre apontar que o estudo dos transtornos de personalidade influenciou o Direito Penal, no exame da culpabilidade e da aplicação, de uma intervenção penal, sob a forma de internação, que será apreciada a seguir.

MASLOW, psicólogo humanista norte-americano, criou uma teoria com base em uma pirâmide de satisfações pessoais, rumo à auto-realização, nos anos 60, pós auge do movimento existencialista.

Depois de supridas as necessidades básicas de alimento, sono, sexualidade, o ser humano começa a galgar a auto-estima e o sucesso pessoal, a partir de um sentimento de pertencimento, de proteção, de sensação de estar fora de perigo, de acolhida, reconhecimento, amar e ser amado, de obter aprovação. Sob essa ótica, as pessoas são capazes de tomar conta de suas vidas.<sup>12</sup>

ROGERS, dentro de sua concepção de confiança na natureza humana, aduz que

a natureza profunda do ser humano, quando funciona livremente, é construtiva e digna de confiança (...) Não precisamos perguntar quem controlará seus impulsos agressivos; à medida que se for tornando mais aberto a todos os seus impulsos, sua necessidade de ser querido pelos outros e sua tendência para oferecer afeição serão tão fortes como seus impulsos de violência ou de ataque.<sup>13</sup>

Finalmente, para nos posicionarmos em prol de uma visão humanista, e não desesperadamente existencial, FRANKL, psicanalista austríaco que passou anos de sua existência preso nos campos de concentração criou a *logoterapia*: a busca do sentido da vida.

MAY explica que, dentro do nazismo e anti-semitismo, FRANKL aprendeu que, nos campos de concentração, o indivíduo era forçado a ser um existencialista: “quando a vida é reduzida ao simples fato de existir, e quando nada mais tem significado, existe ainda a liberdade básica, quer

dizer, a liberdade de escolher a atitude a tomar para com o próprio destino. Isto pode não modificar o destino, mas modifica enormemente a pessoa”.<sup>14</sup>

Cabem-nos algumas indagações e adiantamos que as trazemos a título de reflexão: quem tem um sentido para a vida, pratica um delito? O crime, como um não-direito, tem uma prática restrita a indivíduos doentes mentais e perversos? Se, como dizia NIETZSCHE, o homem é “demasiadamente humano”, justifica-se a prática criminosa, por não possuir uma natureza divina?

Essas questões nos remontam a uma conduta que requer uma atividade humana final e que gera repercussões no mundo do Direito, qual seja, o crime e sua consequência: a pena. Como aplicá-la e para quem?

## 2. EXISTENCIALISMO E PENA COMO “TRATAMENTO”: UMA JUSTIFICAÇÃO?

Dentro de uma invocação existencialista da ausência de sentido, diante da constatação do vazio que o ser humano atravessa, mediante uma herança do hedonismo iluminista e da sensação de auto-suficiência frente a si, aos demais e ao universo, o crime pode ser uma alternativa possível a esse sistema de negação de valores morais e éticos.

Uma vez que discorreremos sobre a filosofia e a psicologia do existencialismo, passemos a um exame, ainda que em breves e gerais linhas, sobre a pena e sua repercussão sobre o ser existencial.

Alguns entendem que a aplicação da pena deve observar os postulados iluministas correspondentes aos princípios da racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade, além da legalidade, em respeito à pessoa do condenado em sua dignidade, desprezando-se movimentos de esquerda punitiva e de senso comum que legitimas-

<sup>12</sup> PAPALIA, Diane, OLDS, Sally e FELDMAN, Ruth. **Desenvolvimento humano**. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 74.

<sup>13</sup> ROGERS, Carl. **Tornar-se pessoa**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. pp.222 e 223.

<sup>14</sup> MAY, Rollo. **Psicologia existencial**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1980. p. 49.

sem a intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos, ou súditos do soberano.

Outros afirmam que o Direito Penal não atinge ao fim proposto de fundamentar a pena, contudo, exclui as visões que a deturpam, como uma patologia social, ou enquanto pedagógica e modeladora da personalidade do desviante. Portanto, o Estado continua exercendo seu poder de punir, sem uma resposta constitucionalmente satisfatória em termos de observância de garantias pactuadas pelo Estado com o particular através da Lei Maior. Uma conseqüência que visa a vitimizar o condenado diante da não resposta jurídica e filosoficamente plausível acerca da ingerência estatal no momento da sanção penal, entendendo-a como um mero arbítrio.

HASSEMER entende que “ao surgimento do Direito Penal no quadro de uma filosofia liberal do Estado – do contrato social – está ligado, de modo muito simples e lógico, o papel dos direitos fundamentais (...) A função da pena é estabilizar a confiança do cidadão na norma”.<sup>15</sup>

Dentro da globalização da intolerância<sup>16</sup>, a pena, hodiernamente, fora investigada em sua fundamentação. Desde o surgimento da história da humanidade, o crime, como um não-direito, surge assim como o arraigamento da paixão no ser humano, como desprendida da essência do ser e como a sombra ao corpo. Desde a visão do livre-arbítrio, do fratricídio de Caim, da lei do Talião, indubitavelmente, ainda que sem a existência de um direito posto, o direito natural era conhecido, por universal. A pena era uma necessidade. Mas, qual seria sua espécie?

Sem a figura do Estado, sem uma teoria que o justificasse, com a ausência de sua legitimação

contratualista, a sanção enquanto paixão, era visualizada e imperiosa como um sentimento de vingança, ainda que privada, a única forma existente e possivelmente realizável. Pena: meio de obtenção de felicidade kantiana? Meio de preservação de dignidade pessoal, como um fim em si mesma, sem coisificação?

O que punir? O corpo ou a alma, sob uma ótica em FOUCAULT<sup>17</sup>? Até que ponto o Estado não seria tão delinqüente quanto o criminoso, segundo KELSEN<sup>18</sup>, na medida em que compara o “Leviatã” a um bando de salteadores, posto que ambos privam determinadas pessoas de seus bens, mais relevantes, como a vida e a liberdade? Como aplicar uma pena, infligir um sofrimento, sem afetar a dignidade? Responder a quem, mediante a prática do crime? À sociedade, à vítima ou ao réu? Se o processo existe para o réu, como punir?

HASSEMER explica que “com efeito, o Leviatã foi sempre uma figura de duas caras: o sustento e, ao mesmo tempo, a ameaça. Numa palavra, o sustento perigoso. Os direitos fundamentais servem para colocar grilhões e este Leviatã, para confinar o seu âmbito”.<sup>19</sup>

Ao aprisionar-se, não apenas o corpo é destinatário da sanção penal, como também a alma e seu conteúdo de dignidade.<sup>20</sup>

Por um viés iluminista, no século XVIII, em BECCARIA<sup>21</sup>, a pena serve como um limite à violação dos direitos fundamentais do sentenciado ou do preso provisório. Segundo uma ótica utilitária, a pena se destina a ressocializar o preso. Entretanto, mediante uma análise crítica, o que impera no sistema penal é um “darwinismo prisional”, uma lei da sobrevivência carcerária.

<sup>15</sup> HASSEMER, Wienfried. **Processo penal e direitos fundamentais**. In Revista Del Rey Jurídica. n. 16. ano 8. São Paulo: 2006. p. 72.

<sup>16</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 18. Aponta, em sua obra, o que denomina de glorificação do Estado penal, como um “processo de matástase” mundial da tolerância zero.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 1987. p. 32.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans *apud* CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 124.

<sup>19</sup> HASSEMER, Wienfried. **Processo penal e direitos fundamentais**. In Revista Del Rey Jurídica. n. 16. ano 8. São Paulo: Del Rey, 2006. p. 72.

<sup>20</sup> Nesse sentido, Ingo SARLET, em sua obra **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, defende que “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”, na p. 87.

<sup>21</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1998.

Não se pode esquecer que a pena se dirige à pessoa humana, não divina. Entretanto, o Estado quando a aplica, seja motivado pela “recuperação” ou enquanto “tratamento”, não se configura dentro de uma perspectiva de como *Welfare*, contudo como penitência, interventor e punitivo, distante da providência e da tutela dos direitos fundamentais de quaisquer gerações.

Partindo-se do viés jurídico-penal, a questão da pena fora discutida, afastando-se sua patogeneze, como anteriormente exposto, entretanto, como admitido por CARVALHO, “isenta de qualquer fundamentação jurídica racional”<sup>22</sup>, sob uma perspectiva atécnica do crime como patologia social e do delinqüente como um sujeito passível de tratamento.

Para FERRAJOLI,

Acima de qualquer valor utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental à qualidade e à quantidade da pena (...) a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, ‘não perverta o réu’: quer dizer, que não reedueque, mas também que não desedueque, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior.<sup>23</sup>

Nesse sentido, assim se manifesta ORDEIG: a aplicação do aparato punitivo supõe uma intervenção tão radical na vida do cidadão, deve-se exigir do Estado o mais excelente, delicado e cuidadoso manejo na força destrutiva da pena: O Estado deve estar sempre em situação de dar conta sobre a punição de um comportamento: sua potestade penal está justificada apenas enquanto faça uso correto dela.<sup>24</sup>

Será a pena um *superego*<sup>25</sup> supra-individual (auxiliar, cuja função é cumprida pelo Estado), na ausência do juiz interno do autor do fato?

O “problema da justiça como um problema da justificação do comportamento humano”<sup>26</sup>, nas

palavras de KELSEN, repercutem no sentido da tentativa de explicação da criminalidade como um “mal” ou uma “patologia social”, desconsiderando a assertiva do crime enquanto um fenômeno normal, partindo-se de uma visão de sociedade que se diz individualista, em razão da presença de um coletivo que a sustenta enquanto egóica.

Entender o crime em sua patogênese é buscar uma solução paliativa, não jurídica ou filosófica, para o problema do comportamento reprovável que origina a aplicação da pena. Perceber o delinqüente como um enfermo, nos remete ao século XVIII na tentativa de resolver a etiologia e as inquietações humanas, de busca de responsáveis para os seus conflitos estruturais e existenciais.

Para RAWLS, urge a necessidade de uma explicação para as sanções penais, por mais limitada que seja:

dadas as condições da vida humana, algum tipo de ordenação dessa natureza se faz necessário. Sustentei que os princípios que justificam essas sanções podem ser deduzidos pelo princípio da liberdade (...) vemos também que o princípio da responsabilidade não se funda na idéia de que o objetivo primeiro da punição é a retribuição ou a denúncia. Pelo contrário, o princípio é reconhecido em nome da própria liberdade. A menos que os cidadãos estejam em condições de conhecer o teor da lei e tenham a oportunidade de levar em conta suas respectivas diretrizes, não se deveria impor-lhes sanções penais. Esse princípio é simplesmente a consequência de se ver o sistema jurídico como uma categoria de normas públicas dirigidas a pessoas racionais a fim de regular sua cooperação, atribuindo à liberdade seu peso adequado.<sup>27</sup>

Nessa linha, o filósofo MACINTYRE associa a pena à idéia de eficácia cooperativa: “A disciplina da punição dentro de um tal esquema, entretanto, só é justificável porque e à medida que a punição educa aqueles que a recebem; deve ser

<sup>22</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 157.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2002. pp. 318-319.

<sup>24</sup> ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do Direito Penal**. São Paulo: Manole, 2004. P. 23.

<sup>25</sup> Dentro do aparelho psíquico dos indivíduos existe um censor interno, que em alguns é mal desenvolvido, denominado superego, que consiste no juiz interior que cada indivíduo possui, dentro de sua moralidade, conceito de certo e errado, ou seja, de discernimento.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11.

<sup>27</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 264.

um tipo de punição que sejam capazes de reconhecer como sendo para seu próprio benefício”.<sup>28</sup>

No que tange ao universalismo, HABERMAS ao dissertar sobre o agir comunicativo e a consciência moral, dedicou-se à seguinte formulação: “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos os* concernidos”.<sup>29</sup>

A sanção penal é universal e, assim sendo, seu fundamento também assume a proporção de universalidade? A aceitação da pena se configura, mesmo que amparada em regras que seguem a preceitos, enquanto valores que fundam o sistema?

O sociólogo alemão BECK denominou de “sociedade do risco”, o contexto no qual a contemporaneidade está inserida, sendo analisada por HASSEMER, ao deflagrar o senso comum tentando justificar a pena, mediante a violência: “as normas sociais, as normas da vida de todos os dias, que são normas não escritas, estão expostas à erosão, isto é, desaparecem, perdem eficácia. O que é evidente, o que não tem de se fundamentar, o que vale por si mesmo, o que é tradição, o que informal, tudo isso é perecível”.<sup>30</sup>

CARNELUTTI traz uma perspectiva retributiva para a justificação da pena, *in verbis*:

Não obstante, se há um passado que se reconstrói para fazer a base do futuro, é o do homem nas grades do processo penal. Não há outra razão para atingir o delito senão aquela de impor-lhe a pena, o delito está no passado, a pena no futuro. Diz o juiz: devo saber aquilo que você foi para estabelecer aquilo que será. Foi um delinqüente, será um encarcerado. Fez sofrer: sofrerá. Não soube usar sua liberdade: será recluso”.<sup>31</sup>

Como separar o Direito do homem? O indivíduo da existência? O crime da moral? A moral

do pecado? A dignidade, da pessoa? O crime da pena? Os princípios das regras? A maldade da doença?

Para responder à primeira indagação, surge a questão do existencialismo. O cumprimento da pena traria um momento de reflexão sobre o sentido da vida, uma vivência do sofrimento humano através da supressão da liberdade? Ou devemos enfrentar o existencialismo como uma etiologia para a implementação de uma conseqüência de ordem penal e até mesmo da banalização da conduta criminosa? Será que a resposta estatal ao crime contribuiria para um *dar-se conta* ao delinqüente da reprovação de sua prática delitativa?

É possível que para alguns essas indagações sejam, irrelevantes por um enfoque positivista acerca do crime, entretanto, o que se percebe enquanto fenômeno social e psicológico, é que o pessimismo e a descrença do ser humano, gera uma subversão consciente e dolosa de uma estrutura. Um ataque a um sistema de valores e princípios que representam uma conquista dentro do Estado de Direito, os quais não podemos renunciar, em nome da liberdade e da oportunidade de uma vida digna para os seres racionais, livres e iguais.

Por mais que os adeptos do garantismo sustentem que o agente deva ser punido pelo fato, enquanto respeito ao seu livre arbítrio, com o afastamento de um determinismo atávico, as questões existenciais perpassam e contribuem para a fixação da pena, dependendo, também, do que a sociedade julga importante, enquanto revide estatal. Quando nos referimos ao termo “sociedade”, não estamos justificando ou advogando por movimentos de defesa social, contudo no sentido de que é expressão legislativa, que dita as regras, emana de legisladores influenciados e contemporâneos, não divorciados dessa coletividade.

<sup>28</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991. p. 48.

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 147.

<sup>30</sup> HASSEMER, Wienfried. *Processo penal de Direitos fundamentais*. In Revista Del Rey Jurídica. N. 16. ano 8. São Paulo: Del Rey, 2006. p. 73.

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 58.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tentar explicar as suas mazelas, suas crises, necessidades de auto-suficiência, o indivíduo esqueceu-se da sua pequenez e da religiosidade. No Iluminismo, sentia-se aprisionado pelos limites impostos pela Igreja; no existencialismo, adotou uma visão tão antropocêntrica que criou o seu próprio vazio e, com ele, veio o desespero de uma existência sem sentido. Acreditamos que negar a Deus significa negar-se a si próprio, às suas origens, enquanto criatura.

A necessidade do sujeito em encontrar explicações para os mistérios, principalmente os da fé, de controlar a si, aos demais, a sociedade, os objetos, o meio ambiente, significa que são esperadas as situações previsíveis, o que pode ser antevisto, como um visionário que *diz* conhecer o futuro, acreditando que adotará uma postura de racionalidade frente a essa ambição. A renúncia dessa possibilidade acarreta em insegurança, um sentimento desagradável, desgastante e, até mesmo, obsessivo.

Essa perspectiva niilista, de uma conceituação de “sair do nada e voltar ao nada”, pode ser inserida na labilidade criminal que é um dos objetos de estudo da Criminologia, quando trata da indiferença afetiva do criminoso em relação ao sentimento da vítima, cujo sofrimento desperta uma sensação de prazer.

Como refere WEBER, “as atitudes dos indivíduos são avaliadas em vista das conseqüências e repercussões dentro de uma comunidade ética”<sup>32</sup>, já que o Direito não está legitimado a interferir no campo do sentimento mais recôndito e da moral, que é indisponível à intervenção penal, ao contrário dos valores revestidos de ética, que se dirigem ao tecido social.

Onde o Direito interage nesse quadro de sintomas e de eticidade? Nas repercussões da conseqüência, no conhecimento profano do injusto

e nas formas de intervenção, não de prevenção, contudo de repressão em cima do fato descrito tipicamente e praticado por uma agente com vontade livre ou viciada.

A medida de segurança, por mais que não esteja dotada de uma dimensão punitiva do Estado, no sentido de uma decisão condenatória, é claramente trazida pela doutrina processual penal, como resultado de uma sentença absolutória imprópria, ou seja, ao mesmo tempo em que há uma absolvição, há uma condenação à internação, de um período mínimo de três anos, que pode perdurar por uma vida. Estudos já demonstraram que o doente mental gera aversão na sociedade, cuja alternativa escolhida é o isolamento, no manicômio ou hospital psiquiátrico. A sociedade não tolera as anomalias ou patologias aparentes, isto é, o diferente, embora muitos sejam dotados de diversos transtornos mentais que não são visíveis e que repercutirão, igualmente, na dosimetria e aplicação da pena.

O existencialismo surgiu frente à impotência humana em acabar com a maldade, com a destruição, com a luta de todos contra todos, o que gerou e tornou-se indiscutível que o poderio econômico e político era mais valioso que a paz e que as chacinas eram mais lucrativas, pois demonstravam a força dos Estados através dos armamentos.

O Direito Penal, enquanto instrumento do Estado, na contemporaneidade, assiste a um momento de reformulação: ou se preocupa mais com o investimento no aparato prisional (pois a pena é uma necessidade) e a estrutura dos hospitais psiquiátricos ou finge que não se destina a seres humanos em crise de valores morais, sociais e espirituais, e continua demonstrando que a pena é somente um instrumento de manifestação do poder estatal.

<sup>32</sup> WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 131.

**REFERÊNCIAS**

- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.
- FRIEDMAN, Howard e SCHUSTACK, Miriam. **Teorias da Personalidade**. Pearson: São Paulo, 2003.
- GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia**. 57. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HASSEMER, Wienfried. **Processo penal e direitos fundamentais**. In Revista Del Rey Jurídica. N. 16. ano 8. São Paulo: Del Rey, 2006.
- KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1998
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.
- MAY, Rollo. **O significado da ansiedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Psicologia existencial**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1980.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do Direito Penal**. São Paulo: Manole, 2004.
- PADOVANI, H. e CASTAGNOLA, L. **História da Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1962.
- PAPALIA, Diane, OLDS, Sally e FELDMAN, Ruth. **Desenvolvimento humano**. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- ROGERS, Carl. **Tornar-se pessoa**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada. Ensaio sobre a ontologia fenomenológica**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- SEGUNDO, Juan Luis. **Existencialismo, filosofia y poesía**. Buenos Aires: EPASA, 1948.
- TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Petrópolis: Vozes, 2003.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Rio de Janeiro: Otto Pierre Editores, 1979.
- ZILLES, Urbano. **Gabriel Marcel e o existencialismo**. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Gabriel Marcel e o existencialismo**. 3. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.