

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente texto, apresentar os contornos gerais do posicionamento (que se poderia denominar *crítico-determinista*) de Schopenhauer e Kelsen frente à problemática das condições de possibilidade da imputação jurídica, com vista a chamar a atenção para a afinidade substancial entre a principal implicação da posição assumida pelos dois filósofos em questão e a tendência das atuais propostas de base neurocientífica relativas à concepção do instituto da imputabilidade, seja ela, o direcionamento prospectivista (em vez do culpabilístico) da *função*¹ da responsabilização jurídico-estatal. Para tanto, servimo-nos, primacialmente, de textos pontuais e referenciais do mestre de Dresden e do de Viena no tema em tela, a exemplo de *Los dos problemas fundamentales de la ética*, mais especificamente a obra *Sobre la libertad de la voluntad* (SCHOPENHAUER, 2002), e da *Teoria pura do direito* (KELSEN, 2006), bem como da literatura mais marcadamente de divulgação científica no concernente às ciências cerebrais contemporâneas, sobretudo do livro *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*, do neurocientista David Eagleman (2012).

Isto posto, passemos, sem mais, ao desenvolvimento do assunto.

2 O DETERMINISMO CRÍTICO SCHOPENHAUERIANO-KELSENIANO

Certamente, a primeira impressão que pode ocorrer a alguém que se depara com a conexão desses dois nomes, Schopenhauer e Kelsen, é a de espanto. Afinal, o que dois pensadores, *primo conspectu* pouco afins, teriam a ver um com o outro? Com efeito, como se não bastasse o fato do Direito não assumir posição de destaque no espectro temático problematizado mais expressamente pelo filósofo Schopenhauer (haja vista a presença algo incidental e implícita das filosofias jurídica e política em seu pensamento), a opinião do mesmo quanto ao fundamento de validade do Direito vai patentemente de encontro à do jusfilósofo Kelsen, pois, para aquele, tal fundamento é a justiça, por sua vez radicada na natureza humana, ou, mais especificamente, numa vontade compassiva, donde o jusnaturalismo schopenhaueriano (CARDOSO, 2008), ao passo que, para Kelsen, é a norma fundamental, uma

¹ Advirta-se que o estudo em tela objetiva menos a problematização das condições de legitimidade (pressupostos axiológicos) do instituto da imputabilidade penal do que a problematização das condições de possibilidade (pressupostos lógico-fáticos) desta. Ou, para nos expressarmos à maneira da linguagem de Ferrajoli, pretende-se aqui saber menos da *finalidade* ou legitimidade interna (constitucional) e externa (política) da responsabilização penal (sua justificativa) do que da *factibilidade* (*função*) de seu *modus operandi* (sua explicação). Cf. FERRAJOLI, 2010, p. 299.

pressuposição de caráter estritamente lógico-formal e que, por conseguinte, limita-se a viabilizar a pensabilidade da realidade jurídica, donde o normativismo positivista kelseniano (MATOS, 2006).

Naturalmente, inúmeras outras divergências poderiam ser apontadas, decorrentes, em última instância, da liberalidade metafísica de um, Schopenhauer (CACCIOLA, 1994), e dos escrúpulos positivistas (repassados de ranço antimetafísico) do outro, Kelsen (MATOS, 2006, p. 22). No entanto, quando se olha mais de perto *o filosofar* de nossos dois autores, o que se percebe, igualmente não sem espanto, é a presença, outrossim, de significativos pontos de contato entre eles, como, para não exemplificar senão com os mais expressivos, a) desde a formação kantiana e a valorização do Kant da *Crítica da razão pura* em detrimento do Kant enquanto crítico da razão prática (SCHOPENHAUER, 2005, p. 523; MATOS, 2006, p. 62), até b) a verve combativa (MATOS, 2011, p. 16; SCHOPENHAUER, 2005, p. 28), dir-se-ia alternativa, e a consequente recepção um tanto quanto preconceituosa (para dizer o menos) do legado desse filosofar irreverente de Schopenhauer e Kelsen junto à filosofia e historiografia filosófica oficiais (CARDOSO, 2008, p. 11; MATOS, 2006, p. 5), passando c) pela adoção, cada qual a seu modo, de um critério epistemológico descritivista, embora sem jamais elidirem o momento mais marcadamente crítico da atividade pensante (SCHOPENHAUER, 2005, p. 353-354; KELSEN, 2006, p. 118-119), d) pela disposição de inteirar-se da ciência de seu tempo e de filosofar sem perdê-la de vista, e) pela concepção de uma antropologia lúcida (SCHOPENHAUER, 2005; JABLONER, 1998, p. 382), f) pela circunstância de haver o jovem Kelsen frequentado os textos de Schopenhauer (RECASÉNS SICHES, 1963, p. 140), e, finalmente, g) pela assunção de uma teoria da prevenção geral negativa de base crítico-determinista em matéria de responsabilização penal, com o que não se pode deixar de pensar esta, implícita ou explicitamente, em chave não-retributivista, dado que centrada não mais no passado (culpabilização estéril e contraprodutiva, em que a pena é fim em si mesma, algo absoluto), sim no futuro (empenho prospectivo produtivo, em que a pena é meio para a consecução de objetivos outros, porventura preventivos) - conforme haveremos de demonstrar, conquanto panoramicamente, a seguir.

Portanto, mais não seria preciso dizer para justificar a intenção de articular Schopenhauer e Kelsen, porquanto, se é certo que divergem em tantos pontos, não é menos certo que convergem em tantos outros, inclusive - e isso é o que interessa para os efeitos do presente artigo - no concernente à questão da natureza da imputação, bem como à forma de encarar o direcionamento desta em termos de *função e motivação*, razão pela qual damos por

superado esse problema inicial da possibilidade do nexos entre os dois autores², concentrando-se, doravante, no tratamento das linhas mestras de seu determinismo crítico de vocação não retributivista.

Com efeito, partindo da diferenciação ôntica estrutural kantiana entre a realidade fenomênica e a numênica, nossos dois filósofos, tal qual, aliás, o próprio fundador do Criticismo Transcendental num primeiro momento (KANT, 2010), são de pensar que, se há falar em alguma liberdade no sentido de atributo distinto ao da necessidade - esta vigente universalmente, conforme o ensinamento kantiano, no âmbito do fenômeno, porque uma das condições de possibilidade deste (KANT, 2010, p. 218) - , então isso somente seria possível, ou, ao menos, pensável, no plano da realidade em si ou numênica, afinal, esta seria, precisamente, a dimensão do real que se deveria tomar como substancialmente diferente da dimensão do real empírico. No entanto, diferentemente do autor da *Crítica da razão pura*, o qual, isso inobstante, termina por engenhosamente admitir, ou antes, *postular*, a possibilidade de se acessar e exercitar essa liberdade metafísica mediante uma *razão pura* (KANT, 1995, p. 97) traduzida em termos de uma *autonomia transcendental* - o eufemismo kantiano para faculdade de escolha indeterminada, liberdade de indiferença, enfim, livre-arbítrio -, Schopenhauer (2005) e Kelsen (1993, p. 170-171) não concebem quaisquer possibilidades de uma tal liberdade (não-fenomênica, portanto, altamente problemática) vir a surtir efeito, digamos assim, mediante razão (pura ou empírica) na esfera da experiência possível (KELSEN, 2006, p. 412). Isso porque, tanto para Schopenhauer quanto para Kelsen, o homem encontra-se, de um lado, condicionado, como tudo o mais, à empiria, logo, à lei da causalidade - por mais difícil que seja precisá-la no ser humano, em função de seu *modus operandi* complexo e aberto junto à espécie humana (SCHOPENHAUER, 1943; KELSEN, 1945) -, e, de outro, praticamente impossibilitado de acessar, ao menos na forma de uma consciência racional, uma tal suposta liberdade, cuja existência, aliás, padece, de plano (urge não olvidar), de insuperável *problematicismo* (SCHOPENHAUER, 2005, p. 627; KELSEN, 2006, p. 411).

Assim, faz-se imperativo, para Schopenhauer e Kelsen, repensar o *status* da ideia de liberdade *tradicionalmente* professada e, por via de consequência, o instituto da imputação penal nela estribado, mesmo que, ao término, isso venha a significar, em parte, a necessidade de afastar de uma vez por todas o dogma da autodeterminação absoluta ou livre-arbítrio (sobretudo mediante a crítica à posição kantiana) em nome da única espécie de liberdade

² Na verdade, forçoso convir que, mesmo se não houvesse provas de ligações direta e ou indireta de Kelsen com Schopenhauer, ainda assim a pretensão do presente estudo se justificaria, visto que, para tanto, bastaria a demonstração da semelhança de fundo do posicionamento de ambos no temário em causa.

propriamente humana acerca da qual seria licito falar (a liberdade prática relativa), e, em parte, a necessidade de desenvolver, conseguintemente, uma explicação assaz distinta, mas plausível e consistente, para os pressupostos funcionais da imputabilidade.

De fato, Schopenhauer vai se permitir falar, nos limites da *experiência ética possível*, tão-somente numa *liberdade prática relativa*, intimamente ligada ao modo de funcionamento da inteligência racional do homem e, mais particularmente, ao modo como ocorre a relação razão-vontade:

Mediante su facultad de pensar, el hombre puede hacerse presentes en el orden que quiera, alternos y repetidos, los motivos cuyo influjo ha experimentado en su voluntad, y a eso se llama *reflexionar*: él es capaz de deliberación y, gracias a esa capacidad, tiene una *elección* mucho mayor que la que le es posible al animal. De ahí que sea, en efecto, *relativamente libre*, a saber, libre de la coerción de los objetos *intuitivamente presentes* que actuán sobre su voluntad como motivos y a los que el animal está estrictamente sometido: él, en cambio, se determina con independencia de los objetos presentes, de acuerdo con pensamientos, que son *sus* motivos. Esta *libertad relativa* es también, en el fondo, lo que la gente culta pero que no piensa profundamente entiende como la libertad de la voluntad en la que el hombre aventaja ostensiblemente al animal. Pero ésta es, sin embargo, meramente *relativa*, o sea, por referencia a lo intuitivamente presente, y meramente *comparativa*, es decir, en comparación con el *animal*. Con ella cambia únicamente *la forma* de la motivación; pero la *necesidad* de la acción del motivo no queda eliminada en lo mínimo ni tampoco disminuida (SCHOPENHAUER, 2002, p. 67; grifo do autor).

Nessa ordem de ideias, nota-se que, para o autor do *Mundo*, a vontade humana, nos limites da experiência possível, encontra-se, à maneira de tudo o mais, submetida ao princípio da causalidade, ou, mais especificamente, ao princípio da causalidade motivacional, com o que não há falar, por impossível, numa *vontade indeterminada*, ou, o que é o mesmo, numa *causa não causada*, num *acaso absoluto*, enfim, em *livre-arbítrio*. Todavia, também cumpre constar que, conforme adverte Schopenhauer, o modo como essa vontade humana se determina é todo distinto, de vez que pode subtrair-se à atuação *imediatista* dos motivos intuitivos em prol da atuação *mediata* ou *indireta* dos motivos elaborados abstratamente, isto é, ofertados pela razão (faculdade dos conceitos). É dizer: em que pese o determinismo motivacional, é preciso se atentar à natureza peculiar do determinismo motivacional humano, o qual, na medida em que é abstrato - logo, aberto e complexo, ou seja, amplo, incrementável e imprevisível (MEDEIROS JÚNIOR, 2016, p. 198-190) -, equivale a uma liberdade *relativa*, considerando-se que ao menos faculta à vontade humana ver-se livre *em relação* ao determinismo motivacional intuitivo (animalesco).

Aliás, a análise de Schopenhauer vai mais longe. Assim, volvendo para o testemunho da consciência, diz-nos o filósofo que também aí, ao contrário do comumente aventado pelo senso comum (inclusive o filosófico), não se pode encontrar nada como uma pretensa faculdade do livre-arbítrio ou qualquer outra liberdade prática absoluta que o valha, pois o que realmente

encontramos é senão o fato de que somos, fundamentalmente, a nossa vontade (donde a identificação schopenhaueriana final de *ser e querer*), bem como que se trata de uma vontade originária, isto é, impossível de ser escolhida e tampouco alterada empiricamente:

[...] de acordo com o testemunho da consciência, [aduz Schopenhauer que] tudo o que o homem sabe e pode saber é que ele quer o que quer, mas nunca que pode escolher querer o que quer, mesmo porque, quando se vai a fundo nessa hipótese da escolha da vontade, não se pode evitar o *regressus ad infinitum*, visto que, por aí, o homem quer o que quer porque quer, e quer querer o que quer porque quer, e assim em diante, indefinidamente, de tal sorte que, o porquê que ele quer sua vontade é algo que não pode ser [empiricamente] compreendido (MEDEIROS JÚNIOR, 2016, p. 160; grifo do autor).

Destarte, sob o ponto de vista da *potência de querer*, o homem não é livre, seja porque não lhe é dado escolher a própria vontade (o que, se levado às últimas consequências, equivaleria a um poder de escolher o próprio ser), seja porque não lhe é permitido querer, *indiferentemente*, isto ou aquilo. Entretanto, sob o ponto de vista da *potência de agir*, sim, há falar numa espécie de liberdade, entendida tanto no sentido de poder determinar-se segundo motivos abstratos, intelectuais - o que não é dado aos animais, já que desprovidos de razão - quanto no sentido de poder dar vazão à vontade (CARDOSO, 2008, p. 83-92). Enfim, trata-se, tudo somado, de uma liberdade *relativa*, visto que liberdade *em relação* a um tipo de determinismo, qual seja, o determinismo animal, estritamente afeto às motivações intuitivas presentes; *comparativa*, por distinguir o modo humano de ação do modo de ação dos demais animais; e *negativa*, porquanto, em última análise, consiste não mais do que na *ausência* de todo e qualquer impedimento que venha a obstaculizar, comprometer ou dificultar seu exercício no plano do agir.

Por seu turno, Kelsen, tal como se verifica, conquanto *en passant*, em sua obra capital, a Teoria Pura do Direito, substancialmente não difere de Schopenhauer acerca da única liberdade humana da qual seria lícito falar, que para ele “[...] traduz senão a [...] consciência de *poder agir como quer* (ou deseja)” ou “a possibilidade de se *agir como se quer*” (KELSEN, 2006, p. 107; grifo nosso), com o que se nota que também para Kelsen só há falar numa *liberdade relativa*, *i.e.*, sob o ponto de vista da potência de agir via motivação abstrata.

Por conseguinte, a *condição de possibilidade* da imputação³ passa a ter por pressuposto não mais o livre-arbítrio (convencional ou transcendental), mas, justamente, a natureza

³ Esclareça-se que a imputabilidade aqui tratada diz respeito, única e exclusivamente, conforme o magistério de Kelsen, àquele ato jurídico-estatal estatuído à guisa de *consequência*, positiva ou negativa, a determinada conduta (ou omissão) conforme ou não à norma, respectivamente, praticada por agente tido como mentalmente capaz e num contexto de determinação tido como normal (médio). Portanto, o estudo não tem a pretensão de cuidar – ao menos diretamente – de outras modalidades de *reação* da ordem estatal, a exemplo da medida de segurança direcionada a agentes incapazes, mas tão-só da *sanção*, isto é, da consequência jurídica estatuída e prevista para o *homem médio* atuante num *tipo médio de circunstância*. Cf. KELSEN, 2006, p. 121 e ss.

abstratamente determinável da vontade humana. E isso porque é exatamente essa circunstância que torna o homem, diferentemente de tudo o mais, ética e juridicamente imputável, quer porque o que se prescreve (a conduta) é fenômeno que diz respeito estritamente ao homem, quer porque tal prescrição pode funcionar como *causa*, enquanto motivo abstrato (intelectual), apenas em meio à espécie humana. Schopenhauer elucida:

[...] o Estado de modo algum tem o plano tolo de eliminar a inclinação, a disposição má para a prática da injustiça, mas apenas contrapõe a cada motivo possível para cometer injustiça um outro mais poderoso ainda que leve ao abandono do primeiro, vale dizer, a punição inexorável. De acordo com o dito, **o código penal** é um registro o mais completo possível de contramotivos opostos a todas as ações criminais presumíveis – tudo isso *in abstracto*, para fazer aplicação *in concreto* quando o caso ocorrer (SCHOPENHAUER, 2005, p. 441; grifo do autor).

Noutros termos:

O homem é o único ser que possui razão, e disso decorre que ele é também o único que pode criar representações abstratas que o permitem libertar-se do imediatismo dos motivos presentes, das representações intuitivas, opondo-lhes motivos não intuitivos, abstratos. É isso que permite ao homem compreender os variados motivos presentes e não presentes, dirigindo suas escolhas entre eles de acordo com as determinações da sua vontade. É por isso que o direito é possível entre os homens e não entre os animais. *O direito depende da razão e da linguagem para opor motivos abstratos contrários àqueles socialmente indesejáveis.* [...] *Não é à liberdade do homem que ela [a norma jurídica] fala, mas ao seu caráter, determinado e imutável* (CARDOSO, 2008, p. 148; grifo nosso).

Por sua vez, Kelsen adota, quanto ao cerne, um entendimento análogo:

Prescrever apenas uma conduta que corresponda a todas as inclinações ou interesses egoísticos dos destinatários das normas seria supérfluo, pois que os homens seguem as suas inclinações ou procuram realizar os seus interesses egoísticos mesmo sem a tal serem obrigados. Uma ordem social, ou seja, uma norma que prescreve uma determinada conduta humana, apenas tem sentido se a situação deve ser diferente daquela que resultaria do fato de cada qual seguir as suas próprias inclinações ou procurar realizar os interesses egoístas que atuam na ausência da validade e eficácia de uma ordem social. Por outras palavras: aquela ordem só tem sentido se os indivíduos se devem conduzir mesmo contra estas inclinações ou interesses egoísticos. Neste ponto importa notar que, quando os indivíduos submetidos à ordem social se comportam de fato em conformidade com as normas desta ordem, isso também sucede apenas porque tal conduta corresponde à sua inclinação ou interesse egoístico, uma inclinação e um interesse egoístico que são *provocados* pela ordem social e que possivelmente – *mas não necessariamente* – são contrários à inclinação ou ao interesse egoístico que existiria se não fora a intervenção da ordem social. *O homem pode ter inclinações ou interesses que mutuamente se contradizem. A sua conduta efetiva depende de qual seja a inclinação mais intensa, de qual seja o interesse mais forte. Nenhuma ordem social pode precluir as inclinações dos homens, os seus interesses egoísticos, como motivos das suas ações e omissões. Ela apenas pode, se quer ser eficaz, criar para o indivíduo a inclinação ou o interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social e se opor às inclinações ou interesses egoísticos que, na ausência daquela, atuam* (KELSEN, 2006, p. 69; grifo nosso).

Logo:

[...] não é a liberdade, isto é, a indeterminação causal da vontade, mas, inversamente, [...] é a determinabilidade causal da vontade que torna possível a imputação. Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo (KELSEN, 2006, p. 109).

Nesse passo, já se vê, de um lado, que, o *telos lógico*, o *ser tecnológico* - ou, para nos expressar com o garantista Ferrajoli (2010, p. 299), a *motivação* e a *função* - da imputabilidade penal não poderá ser outro que não o de buscar, através da ameaça e ou aplicação da sanção, *condicionar e influenciar o comportamento em geral*, via *manipulação dos motivos determinadores da vontade em geral*, na direção prescrita ou exigida pelo poder público, e, de outro, que prepondera um vetor não-retributivista na compreensão das motivações e funções da sanção penal.

A propósito, vem bem a calhar estes dizeres de Schopenhauer:

[...] o único objetivo da LEI é IMPEDIR o menosprezo dos direitos alheios, pois, para que cada um seja protegido do sofrimento da injustiça, unem-se todos em Estado, renunciando à prática da injustiça e assumindo o fardo da manutenção dele. Nesse sentido, a lei e o cumprimento dela, ou seja, a punição, são dirigidos essencialmente ao FUTURO, não ao PASSADO. Isso diferencia PUNIÇÃO de VINGANÇA, já que esta última é motivada simplesmente pelo que aconteceu, portanto pelo passado enquanto tal. Toda retaliação da injustiça por via do infligir uma dor sem objetivo algum relacionado ao futuro é vingança e não pode ter outro objetivo senão, pela visão do sofrimento causado a outrem, a pessoa consolar-se a si mesma do próprio sofrimento (SCHOPENHAUER, 2005, p. 444-445; grifo do autor).

Certamente, já a comparação mais singela entre o modelo tradicional de imputação da sanção (pautado por um retributivismo substancialista vingativo e teológico, visto que esterilmente direcionado para o passado, porventura para um suposto exercício do livre-arbítrio por parte do agente), e o modelo não-retributivista (produtivamente centrado no futuro e limitado a um empenho de prevenção geral negativa de comportamentos desviantes), adiantamos que se trata de formas ou maneiras significativamente distintas de encarar o aspecto funcional do instituto da responsabilização penal - o que, aliás, como lembrado por Kelsen, o sofista grego já sabia e professava:

Quando [...] o sofista ensina que a pena não tem outro sentido senão o de, pela intimidação, impedir o malfeitor e em todas as demais pessoas a prática de novas injustiças, ele o faz porque rejeita a concepção de que se pune 'o malfeitor tendo em vista e *em razão de* haver cometido um crime'; isso não teria sentido, 'pois o que já foi feito ele não pode desfazer'. Pune-se, sim, apenas 'pensando no futuro, para que nem o próprio malfeitor nem qualquer outro que tenha testemunhado o seu castigo volte a cometer injustiça'. Protágoras não justifica a pena em função da injustiça cometida, em função de sua *causa*, mas sim de seu *propósito* social. Isso significa, contudo, que essa teoria sofística pretende pôr fim à concepção antiquíssima e essencialmente religiosa de retribuição (para a qual a injustiça é precisamente a causa da pena) (KELSEN, 1995, p. 305-306; grifo do autor).

Seja como for - e esse é, no frigidar dos ovos, o ponto crucial -, o instituto em questão (mesmo que revisado) continua a subsistir nos quadros do determinismo crítico virtualmente não-retributivista schopenhaueriano-kelseniano, o que demonstra que a motivação encarnizada de tentar salvaguardar a autodeterminação ou autonomia absoluta, logo, o retributivismo penal substancialista, a qualquer preço - feito o que se verifica, por exemplo, em Kant (MEDEIROS

JÚNIOR, 2016) - , a risco do sustentáculo da ordem social supostamente desmoronar, não é necessária. Nesse compasso, Kelsen, *ex cathedra*, assevera:

Punir ou recompensar o comportamento humano não significa [...] excluir a determinação causal desse comportamento, mas pressupõe, necessariamente, a possibilidade de tal determinação. [...] Se o comportamento do homem, e isso significa, em última análise, sua vontade, não fosse determinável por causas definidas, uma ordem normativa reguladora de seu comportamento através da punição ou recompensa deste, [...] seria destituída de significado (KELSEN, 1993, p. 170-171).

Quanto ao mais, não se pode passar adiante sem antes chamar a atenção a mais duas fortes objeções de caráter filosófico ao postulado do livre-arbítrio enquanto pedra de toque desse retributivismo dogmático que temos vindo a criticar. Muito basicamente, a primeira consiste na advertência ontológica segundo a qual a exigência de uma liberdade prática absoluta seria simplesmente um contrassenso, para não dizer um absurdo, na medida em que, em última instância, ela supõe um *ser indiferente*, cabalmente desprovido de natureza ou atributos, ou, de todo modo, um ser pretensamente capaz de, em algum momento (porventura o momento da escolha), desvencilhar-se de toda e qualquer determinação, assim figurando numa espécie de vácuo moral. Obviamente, chega a entrar pelos olhos a inviabilidade de se poder sequer pensar um tal ser, tamanha sua absurdidade, porquanto todo ser (empírico ou metafísico; real ou sobrenatural), pena de não ser, deve possuir um mínimo de *constantes* ou *determinações* que possibilita tanto que ele *seja* quanto que ele *seja precisamente ele e não uma outra coisa qualquer*. Consoante explanação de Schopenhauer:

[...] toda *existentia* supone uma *essentia*: es decir, que todo existente tiene que ser también *algo*, tener una determinada esencia. No puede *existir* y, en cambio, no ser *nada*, algo así como el *ens metaphysicum*, es decir, una cosa que *es* y nada más que *es*, sin determinaciones ni propiedades de ningún tipo y, por consiguiente, sin la determinada forma de acción que de ellas dimana [...] (SCHOPENHAUER, 2002, p. 88-89; grifo do autor).

Ainda:

Bajo el supuesto de la libertad de la voluntad, cada acción humana sería un milagro inexplicable, un efecto sin causa. Y si uno se atreve a intentar hacerse representable un tal *liberum arbitrium indifferentiae*, se pecatará enseguida de que, en realidad, el entendimiento se detiene ahí: no tiene forma de pensar algo así (SCHOPENHAUER, 2002, p. 77; grifo do autor).

Assim, faz-se patente o caráter apelativo da mentalidade livre-arbitrista, senão porque, ao fim e ao cabo, por aí nunca se pode saber do elemento que termina por *suportar* a decisão, donde, a propósito, *livre-arbítrio* (se levado às suas últimas consequências) não passar de um eufemismo para *liberum arbitrium indifferentiae*, *liberdade de indiferença* (SCHOPENHAUER, 2002, p. 42-43).

Por seu turno, a última importante objeção concerne ao redimensionamento, no âmbito da natureza humana, da razão e da vontade como resultado da revolução antropológica operada,

na modernidade, pela *filosofia dos impulsos*, filosofia esta da qual Schopenhauer é o genitor e Kelsen um interlocutor entusiasta, dado que francamente influenciado, mediante o Círculo de Freud de Viena (JABLONER, 1998, p. 382), pela psicanálise freudiana, logo, por uma perspectiva de pensamento que guarda íntimas e palpáveis conexões com a filosofia schopenhaueriana (MARTINS, 2006, p. 9-11) - por mais que Freud tenha se mostrado por demais parcimonioso no reconhecimento dos créditos do filósofo da Vontade. Em linhas gerais, pode-se resumir o redimensionamento em causa nos seguintes termos: a) no enfrentamento da ideia convencional que concebia a vontade como sendo não mais que uma faculdade da razão (lembre-se de Descartes e Kant) ou, por vezes, a própria razão enquanto praticamente direcionada (SAFRANSKI, 2011, p. 387-388), porquanto, ao revés, a vontade, além de ser uma potência autônoma, possui um modo de ser não-racional e não infrequentemente irracional; b) no esforço de precisção teórica da natureza de ambas, visto que uma (a vontade) consiste no *estofa* ôntico que responde pela *essencialidade* do ser, ao passo que a outra (a razão) consiste na *ferramenta* peculiar que responde pela *especificidade* do ser humano (PERNIN, 1995, p. 104); e c) no ousado reposicionamento do *status* desses dois predicados cardeais, considerando-se a valência secundária e acessória da razão face à originariedade e visceralidade da vontade, com o que aquela não pode ser encarada senão como um instrumento ou ferramenta a serviço da promoção dos desígnios (essencialmente não-rationais) da vontade.

No que tange às implicações dessa viragem antropológica sobre a nossa questão (liberdade da vontade e seus desdobramentos para a compreensão das condições de possibilidade ou função do instituto da imputação penal), infere-se que, no substrato, elas se traduzem numa elucidação e numa ressalva. Com efeito, *elucidação*, por demonstrar a razão como ancila da vontade no processo deliberativo, apresentando e ofertando a esta toda sorte de motivos e contramotivos refletidos, motivos e contramotivos estes que, cognitivamente, digladiam entre si pela receptividade ou preferência da vontade, e, psicológica e existencialmente, convertem-se no nauseante conflito de desejos - os quais, atenta-se, não devem ser confundidos com a vontade propriamente dita, pois não constituem tanto o querer, mas o momento do querer ainda em deliberação, *i.e.*, em gestação (SCHOPENHAUER, 2002, p. 50); e *ressalva*, porquanto, malgrado o importante e distinto papel da razão, a *decisão*, a *resolução*, enfim, a *palavra final* de todo esse processo deliberativo continua sendo (sempre) da alçada da vontade, logo, da alçada de uma potência essencialmente não-racional, ou, consoante ulterior dicção de Freud, inconsciente. Na verdade, a crer em Schopenhauer, podemos lograr alguma superação da angústia deliberativa ou do enxame dos desejos (distintos e adversos), assim como ficar a par de nossa real decisão, ou seja, de nossa vontade

propriamente dita, somente *a posteriori*, ou, mais apropriadamente, quando de sua explicitação histórica concatenada, precisamente em função da natureza *originária, a priori e não-racional* dessa instância volitiva outorgadora da palavra final da deliberação e, conseqüentemente, da impossibilidade de participarmos racional e conscientemente do momento volitivo decisório:

[...] puede [el hombre] *desear* cosas opuestas; pero sólo puede *querer* una de ellas: y cuál de ellas sea lo manifesta, también a la autoconciencia no puede contener en sí nada acerca de la necesidad legal en virtud de la cual, de dos deseos opuestos, uno y no el otro se convertirá en acto de voluntad y acción; pues ella se entera del resultado totalmente *a posteriori* y no lo conoce *a priori* (SCHOPENHAUER, 2002, p. 50; grifo do autor).

Em sendo assim, a conclusão que se segue é a de que é inconsistente, ou de todo modo, prescindível, o dogma livre-arbitrista como pretensão princípio último da escolha e, por via de consequência, da imputação penal, porquanto, a bem da verdade, escolha e imputabilidade não têm (e tampouco precisam ter) por pressuposto o *livre-arbitrio* (liberdade prática absoluta), mas sim a *faculdade da manifestação volitiva racionalmente determinável* (liberdade prática relativa), traduzida em termos de *motivação abstrata* (pense na representação da norma por parte do agente), *técnica de manipulação (contra)motivacional da manifestação da vontade* (juridicamente figurada na tecnologia imputativa) e *modificabilidade comportamental preventiva* (o *telos lógico*, aliás, não apenas da imputação penal, mas, no fundo, de toda e qualquer imputação jurídico-estatal de sanção).

Na sequência, aborda-se, prevalecentemente com base num texto de divulgação científica de David Eagleman (2012), o contributo neurocientífico no objeto de estudo em tela.

3 A NOVA CIÊNCIA DO CÉREBRO E O PROTAGONISMO DA NEUROCIÊNCIA

Inicialmente, cumpre destacar que um aspecto interessante comumente afeto à discussão do assunto em causa e que as novas ciências do cérebro (PINKER, 2004, p. 55), em especial a neurociência (CARDOSO, 2015, p. 3), têm corroborado sobejamente, é a correlação ineliminável entre mente-cérebro, sobretudo mediante o estudo de casos clínicos em que uma alteração na fisiologia cerebral se desdobra, *necessariamente*, na prática incontrolada, por parte do paciente, de condutas tidas como socialmente indesejadas, tais como o homicídio, a pedofilia, a cleptomania e a compulsão por jogos, para não citar senão alguns exemplos emblemáticos (EAGLEMAN, 2012, p. 166). Obviamente que, com um tal destaque inicial, não se pretende fazer passar, sem mais, algo como uma prova da inexistência do livre-arbitrio. Apenas, intenta-se chamar a atenção, *ab initio*, para a fragilidade do credo numa autodeterminação absoluta como sendo a condição possibilitante do comportamento humano

digno desse nome, na medida em que se pode verificar a ocorrência, em não poucos casos, de condutas humanas complexas sendo perpetradas de forma biológica e materialmente *necessária, determinada*, ou, mais bem posto, *sem o controle* da pretensa faculdade do livre-arbítrio, esta mormente concebida como constante de uma dimensão não-biológica ou não-material da pessoa, do eu, donde o dualismo mente-cérebro. Com efeito, a julgar pelas abordagens científicas do cérebro hodiernas, em especial as neurocientíficas, vários eventos podem produzir alteração na maquinaria cerebral conducente à ações incontroladas, a exemplo de tumor na região do cérebro relacionada a fatores como emoções agressivas, controle dos impulsos e apetite sexual; da demência frontotemporal, que é a degeneração dos lobos frontal e temporal, partes correlacionadas à capacidade de controlar os impulsos ocultos; ou da mudança no equilíbrio da química do cérebro, conforme se verifica em meio aos pacientes de Parkinson, cuja medicação pode afetar o sistema de recompensa, levando-os a comportamentos compulsivos (EAGLEMAN, 2012, p. 166-169).

Destaque-se, contudo, que, dentre todos os exemplos comumente arrolados pela literatura neurocientífica recente para exemplificar o fato de que uma modificação no cérebro pode resultar numa modificação da pessoa - logo, que mente e cérebro são duas instâncias intimamente conectadas, podendo uma mudança neste afetar diretamente aquela, à revelia do livre-arbítrio -, o mais retumbante é, certamente, o do homem na torre. Trata-se do caso de Charles Whitman, homem aparentemente normal de 25 anos que, num dia de agosto de 1966, após matar a mãe e a mulher a facadas, atirou, do alto da torre da Universidade do Texas, em Austin, nos Estados Unidos, em várias pessoas, matando 13 e ferindo 33, até ser morto por um cidadão e três policiais. Após a tragédia, analisando-lhe o cérebro, o legista veio a constatar que o cérebro do atirador abrigava um tumor justamente na região (que abrange o tálamo, o hipotálamo e a amígdala) ligada à regulação emocional, mais especificamente ao medo e à agressividade, valendo acrescentar, de resto, o sugestivo fato de que o próprio Whitman confessara em seu diário a suspeita de que seu cérebro parecia haver mudado, ante a experimentação de pensamentos incomuns e impulsivos nos últimos tempos (EAGLEMAN, 2012, p. 163-166).

Ora, em face de um caso como esse de Whitman, não se pode evitar o assalto de sérios questionamentos, tais como: será que uma mudança cerebral (sem prejuízo do histórico ambiental educacional, familiar e social da pessoa), a exemplo de uma mudança devida a um tumor (como foi o caso de Whitman), pode concorrer para uma mudança de personalidade e comportamento? Caso sim, de que maneira e em que medida? Ainda, na hipótese de a mente efetivamente deitar raízes no cérebro (de tal modo que não seria de todo ilícito dizer que a mente humana é o próprio cérebro humano e vice-versa), então, até que ponto continuaria a

fazer sentido a suposição do livre-arbítrio, isto é, a suposição segundo a qual seríamos, de algum modo, *incondicionadamente* livres para escolhermos *quem somos e como agimos?*

Aliás, às vezes, como no caso do sonambulismo homicida e da síndrome de Tourette (EAGLEMAN, 2012, p. 175-178), vê-se que nem seria preciso recorrer a casos clínicos extremos de complicação cerebral para nos darmos conta da possibilidade de comportamentos humanos dignos desse nome serem perpetrados independentemente de um suposto controle consciente livre-arbitrista. Na verdade, a crer nos experimentos de Benjamin Libet (2012) realizados a partir do terceiro quartel da centúria passada, todo e qualquer ato volitivo consciente tem ao menos o seu início de modo inconsciente⁴.

Portanto, insta reconhecer, com base em exemplos do jaez dos que temos vindo a expor e dos questionamentos deles emergentes, o fato de que o livre-arbítrio é um pressuposto por demais precário para a compreensão de nossas decisões, ou do que há de complexo e sofisticado na conduta humana, ou das mudanças significativas na personalidade e no comportamento, ou, ainda, (como veremos a seguir) da própria constituição da personalidade e do comportamento conformadores do indivíduo. Certamente, grande parte das dificuldades e dos mal-entendidos em torno da questão da liberdade da vontade decorre de ela achar-se fundamentalmente alojada no problema maior da natureza humana. Assim é que, por exemplo, muito do dogma do livre-arbítrio (e, conseqüentemente, do nosso atual sistema retributivista de imputação jurídica), pressupõe, de uma forma ou de outra, a antropologia da *tábula rasa* (PINKER, 2004, p. 21), ou seja, a ideia segundo a qual todos nós seríamos, originariamente, iguais, porque indistinguíveis, ou, pelo menos, amorfos. Todavia, à luz das ciências do cérebro contemporâneas, o que se constata é que, ao contrário dessa mentalidade convencional (encampada em grande medida, repisa-se, pelo sistema jurídico), somos distintos e duplamente condicionados, já que *o que distintamente somos* e principalmente *o que podemos distintamente ser* é determinado tanto pela genética como pelo ambiente, ou seja, por fatores intrínsecos e extrínsecos, donde a conclusão: *no que você se torna depende de onde você esteve* (EAGLEMAN, 2012, 169); e a lição: não escolhemos, em última análise, a nossa personalidade, porquanto ela é o produto resultante do modo como acontece a articulação entre nossa biologia e o meio em que vivemos, ou, mais bem posto, é o produto da atualização de nossa natureza *via* ambiente (RIDDLEY, 2004).

⁴ Leia-se: No final dos anos 70, o neurofisiologista Benjamin Libet concluiu um experimento que provocaria polêmica tanto na neurociência como na filosofia. O que ele encontrou? Essencialmente que, em princípio, alguém em um quarto adjacente poderia ser capaz de dizer quando você sentiria o desejo de fazer alguma coisa - desde que você estivesse conectado a um EEG (eletroencefalograma) - antes de poder se conscientizar disso (tradução nossa) (CARDOSO, 2015, p. 4).

À mão de sintetizar o entendimento desse passo, segue um trecho de Eagleman:

Quando se trata de natureza e criação, a questão que importa é que *you do not choose one, or the other*. Cada um de nós é construído a partir de uma planta genética e nasce num mundo de circunstâncias sobre as quais não tem escolha em nossos anos de formação. Graças às interações complexas de genes e ambiente, os cidadãos de nossa sociedade possuem perspectivas diferentes, personalidades heterogêneas e capacidades variadas para tomar decisões. Estas não são *choices of free-will* dos cidadãos; são as mãos de cartas com que temos de lidar (EAGLEMAN, 2012, p. 172; grifo do autor).

A par disso, mais não seria preciso para avançarmos no questionamento: se somos condicionados interna e externamente, de que maneira conceber o livre-arbítrio e o dualismo mente-cérebro aí pressuposto? Em que lugar situar o livre-arbítrio? Acima ou além de nosso aparato biopsíquico? Ou, como bem questiona Eagleman:

[...] as pessoas têm como decidir sobre como agem, apesar de tudo? Mesmo em face de toda a maquinaria que constitui você, haveria uma vozinha interior independente da biologia, que orienta as decisões, que cochicha incessantemente a coisa certa a fazer? Aliás, não é isso que, grosso modo, chamamos de livre-arbítrio? (EAGLEMAN, 2012, p. 175).

Se nos atentarmos às justificativas usuais geralmente invocadas com vistas a salvar a ideia de vontade absolutamente livre ou livre-arbítrio, a mais comum reporta-se à introspecção, logo, à ideia de que a própria consciência testemunharia o fenômeno do livre-arbítrio (EAGLEMAN, 2012, p. 175). Com efeito, os adeptos dessa justificativa olvidam o fato de que a sensação subjetiva de que somos livres, de que temos livre-arbítrio, pode mais não ser do que uma ilusão, ou, quando muito, uma opinião meramente subjetiva, simplesmente porque, inobstante o sentimento de que somos dotados de livre-arbítrio, a consciência não testemunha realmente o arbítrio como algo de incondicionadamente livre, logo, como uma causa não causada - vale dizer, uma causa que, conforme lição de Kelsen (2006, p. 104-105), seria causa de efeitos mas que não seria, ela própria, efeito de causas -, para não falar no fato de que não nos é dado acessar a série de eventos inconscientes que subjaz e condiciona nossos atos, desde o mais simples ato decisório de mover o dedo ao complicado ato de deliberação quanto à carreira a seguir (EAGLEMAN, 2012, p. 175).

Outra tentativa em voga destinada a salvar o apelo à indeterminabilidade é a daqueles que terminam por identificar a imprevisibilidade verificada no *modus operandi* da psique humana e na física quântica com a possibilidade da indeterminação. Contudo, também essa via não procede, a uma porque, como aduz Pernin (1995, p. 79), a “[...] imprevisibilidade das ações humanas não depende da sua indeterminação, mas da nossa ignorância dos motivos e dos caracteres individuais sobre os quais eles operam”, e a duas porque, como bem lembrado por Eagleman (2012, p. 175), “um sistema probabilístico e imprevisível é tão pouco satisfatório

quanto um sistema determinista, porque em ambos os casos não há escolha”. Aliás, no que tange à imprevisibilidade quântica (e ao seu princípio corolário, qual seja, o princípio da probabilidade), há quem diga que esta é apenas o modo específico de manifestação do princípio da causalidade ao nível quântico do mundo - espécie de versão quântica do princípio da determinação causal (REALE, 2002, p. 180) - , o que, convenhamos, soa no mínimo razoável se se leva em linha de conta, a exemplo de Schopenhauer (2002, p. 61), as modificações que já testemunhamos na configuração do princípio da causalidade em meio às variações dos estratos da realidade, donde falar-se em causalidade mecânica (matéria inanimada), causalidade via excitação (reino vegetal), causalidade motivacional intuitiva (reino animal) e causalidade motivacional intelectual (espécie humana).

Por fim, outra abordagem defensiva do livre-arbítrio atualmente suscitada e que se deve objetar é a que, partindo da teoria do caos, sustenta que por ser o cérebro demasiadamente complexo não haveria como determiná-lo. Mas, como não é difícil rebater, o fato de determinado fenômeno ser complexo não significa que ele seja livre, ou, como diz Eagleman (2012, p. 181): “É muito difícil prever para onde vão os sistemas caóticos, mas cada estado do sistema tem uma relação causal com o estado anterior”.

Desse modo, é de entrar pelos olhos que o dogma do livre-arbítrio ou liberdade prática absoluta não se presta a pautar a contento e sequer de modo minimamente satisfatório a imputabilidade, seja porque, na prática, quando se reconhece a impossibilidade de o agente ter agido de outra maneira, já se afasta a culpabilidade ou, pelo menos, determina-se aplicação de medida de outra natureza (pensa-se, por exemplo, numa medida de segurança), seja porque mesmo quem pressupõe o livre-arbítrio não pode afastar a participação da dimensão biológica na configuração da personalidade e do comportamento do ser humano, e tampouco a necessidade de, em algum momento e de alguma forma, conectar a pretensa faculdade do livre-arbítrio com a dita dimensão (causal) biológica-material, seja porque, ainda, o livre-arbítrio, como se não bastasse ser um pressuposto inverossímil (para dizer o menos), tende a ditar um modelo de sanção funcional e socialmente ineficaz e contraproducente (quando não injusto), na medida em que é centrado no passado, logo, na lógica da vingança e do castigo.

Destarte, em vez do princípio do livre-arbítrio, urge dar espaço (pena, dentre outras coisas, de se ver agravar o já significativo descompasso entre o Direito e o conhecimento científico), à proposição crítica, de longe mais plausível, de princípios crítico-deterministas, como por exemplo o *princípio do automatismo suficiente* sugerido pelo neurocientista David

Eagleman⁵, o qual, essencialmente, seria uma abordagem *modificativa* voltada para o futuro, portanto, não-retributivista (leia-se: não vingativa, retrospectiva e rançosamente moralista) e baseada na ciência⁶ (em detrimento da psicologia intuitiva ou popular, permeada, acresce-se, de colorações teológicas):

A imputabilidade é um conceito retrógrado que exige a tarefa impossível de desembaraçar a complexa teia genética e do ambiente que constrói a trajetória de uma vida humana. [...] O conceito e a palavra para substituir *imputabilidade* é *modificabilidade*, um termo progressista que pergunta: o que podemos fazer a partir daqui? A reabilitação está disponível? Se for assim, ótimo. Se não, a punição de uma sentença de prisão modificará o comportamento futuro? Em caso afirmativo, mandemo-lo para a prisão. Se a punição não for útil, então coloque a pessoa sob o controle do Estado para os fins de incapacitação, e não de castigo (EAGLEMAN, 2012, p. 205; grifo do autor).

Diante disso, faz-se compreensível que, tal como se passa, substancialmente, no posicionamento crítico-determinista de Schopenhauer e Kelsen, uma abordagem contemporânea, feita a de Eagleman, que efetivamente leve em linha de conta a ciência hodierna, máxime a neurociência, não possa concluir senão pelo decidido descarte do insustentável pressuposto do livre-arbítrio como pedra de toque da responsabilização jurídica (FUSTER, 2014, p. 308), assim como que, no seu lugar, pugne pelo reconhecimento da verdadeira condição de possibilidade da sanção, a saber, o princípio que, de uma forma ou de outra, tem por divisa o automatismo volitivo *próprio* à espécie humana (leia-se: a possibilidade de a vontade humana determinar-se abstratamente), o qual, se levado a sério e às suas últimas consequências, termina por imprimir uma ênfase não-retributivista, consequencialista, ou, se se quiser, progressista (visto que centrada no futuro), no *escopo funcional* da sanção jurídica.

De resto, não poderíamos encerrar sem antes fazer frente a uma atitude não infrequentemente verificada em meio aos defensores do dogma do livre-arbítrio - seja na tradicional vertente adepta do fantasma na máquina, seja na vertente acadêmica culturalista

⁵ Sobre as constatações de fundo que levam Eagleman a decidir-se pelo princípio do automatismo suficiente, leia-se o seguinte: “Dado o poder de direção de nossa genética, das experiências de infância, de toxinas ambientais, hormônios, neurotransmissores e circuitos neurais, muitas decisões nossas estão além de nosso controle explícito e assim inquestionavelmente não estamos no comando. Em outras palavras, o livre arbítrio *pode* existir – mas, se existe, tem muito pouco espaço em que operar. Assim, vou propor o que chamo de *princípio do automatismo suficiente*. O princípio surge naturalmente da compreensão de que o livre-arbítrio, se existir, é apenas um pequeno fator no alto de uma enorme maquinaria automatizada. Tão pequeno que podemos pensar em tomar uma decisão ruim da mesma maneira que pensamos em qualquer outro processo físico, como o diabetes ou a doença pulmonar. O princípio declara que a resposta à questão do livre-arbítrio simplesmente não importa. Mesmo que o livre-arbítrio tenha sua existência conclusivamente provada daqui a cem anos, não alterará o fato de que o comportamento humano opera em grande parte quase sem ligar para a mão invisível da volição. [...] O livre-arbítrio não é tão simples como intuimos – e nossa confusão com ele sugere que não podemos usá-lo como base para decisões punitivas” (EAGLEMAN, p. 183; grifo do autor).

⁶ Veja-se: “[...] à medida que passamos a compreender mais a base biológica do comportamento, fará mais sentido subjugar nossas noções intuitivas de imputabilidade em favor de uma abordagem mais construtiva” (EAGLEMAN, p. 199).

radical (PINKER, 2004, p. 242-244) - quando diante de deterministas. Trata-se do medo do determinismo, recorrentemente consubstanciado na falácia segundo a qual o afastamento da crença na autodeterminação absoluta acarretaria, inevitavelmente, na eliminação da possibilidade ou viabilidade da responsabilização, como se houvesse solução de necessidade entre o reconhecimento do determinismo e impunidade.

Contudo, o medo do determinismo termina por mostrar-se infundado e a crítica por ele alimentado sem razão de ser tão logo, de um lado, permitimo-nos reconhecer o fato de que, a bem da verdade, o instituto da imputabilidade não tem por *função* a retribuição de *culpa* ou *mérito*, mas sim atuar como um mecanismo dissuasor na psique do destinatário da norma, a fim de condicionar a determinação de sua vontade e, conseqüentemente, seu comportamento, na direção exigida pelo poder público (a despeito da justificativa ético-política dessa exigência); e, de outro, não perdemos de vista o fato de que a imputabilidade jurídica constitui um tipo específico de reação ou resposta estatal, na medida em que tem por alvo, para ficarmos com um linguajar tipicamente jurídico, o tipo médio de ser humano, isto é, o cidadão cuja vontade e comportamento podem ser manipulados mediante o recurso a expedientes (positivos ou negativos) ordinários, a exemplo da representação de sanções.

Escreve Eagleman:

Como diretor da Iniciativa em Neurociência e Justiça do Baylor College of Medicine, corri o mundo dando palestras sobre estas questões. A maior batalha que tenho de travar é a percepção equivocada de que uma compreensão maior da biologia do comportamento das pessoas e das diferenças internas implique o perdão a criminosos e que não os tiraremos mais das ruas. Isto é uma inverdade. A explicação biológica não isentará os criminosos. A ciência do cérebro melhorará o sistema de justiça, não impedirá suas funções. Para o funcionamento tranquilo da sociedade, ainda retiraremos das ruas aqueles criminosos que se provam demasiado agressivos, com baixa empatia e um fraco controle de seus impulsos. Eles ainda serão levados aos cuidados do governo. Mas a mudança importante será *no modo* como puniremos a vasta gama de atos criminosos – com sentenças racionais e novas ideias para a reabilitação. A ênfase mudará da punição para o reconhecimento dos problemas (tanto neurais como sociais) e a abordagem significativa a eles. [...] Além disso, à medida que compreendermos melhor o cérebro, podemos nos concentrar na formação de incentivos sociais, estimulando o bom comportamento e desencorajando o inadequado. A lei eficaz requer modelos de comportamento eficazes: a compreensão não só de como gostaríamos que as pessoas se comportassem, mas como realmente se comportam (EAGLEMAN, 2012, p. 204; grifo do autor).

Para fecharmos a questão, atentemo-nos para as seguintes observações de Pinker:

Algo saiu muito errado. Estão confundindo *explicação* com *absolvição*. Ao contrário do que insinuam os críticos das teorias biológicas e ambientais do comportamento, explicar um comportamento não é desculpar quem o executou. [...] Mas como podemos ter ao mesmo tempo uma explicação, com seu requisito de causalidade regida por lei, e a responsabilidade, com seu requisito de liberdade de escolha? Para termos ambas, não precisamos resolver a antiga e talvez insolúvel antinomia entre livre-arbítrio e determinismo. Só precisamos refletir claramente sobre o que desejamos que a noção de responsabilidade consiga. Qualquer que possa ser seu valor abstrato, a responsabilidade tem uma função eminentemente prática: dissuadir do

comportamento prejudicial. [...] Uma razão para responsabilizar alguém é dissuadir essa pessoa de cometer atos semelhantes no futuro. Mas não se pode parar por aí [...]. Em um organismo social que raciocina e usa linguagem, essa política também pode dissuadir *outros organismos* de praticar atos semelhantes, pois eles podem tomar conhecimento das possíveis consequências e controlar seu comportamento para não incorrer nas penalidades (PINKER, 2004, p. 250-251; grifo do autor).

Logo:

Uma política de dissuasão bem regulada explica por que isentamos de punição certas pessoas que causam danos. Não punimos os que não tinham noção de que seus atos seriam prejudiciais, pois tal política não adiantaria para prevenir atos semelhantes dessas pessoas ou de outras no futuro. [...] Não aplicamos punição criminal a pessoas delirantes, aos loucos, a crianças pequenas, animais ou objetos inanimados, pois julgamos que eles – e entidades semelhantes – não dispõem do aparato cognitivo que poderia ser informado da política de punição e assim inibir o comportamento. Isentamos essas entidades de responsabilidade não porque sigam leis previsíveis da biologia enquanto todo o resto segue misteriosas não-leis do livre-arbítrio. Nós as isentamos porque, diferentemente da maioria dos adultos, elas não dispõem de um sistema cerebral atuante capaz de responder às possíveis consequências públicas da punição. E isso explica por que as costumeiras isenções de responsabilidade não devem ser concedidas a todos os homens ou a todas as vítimas de maus-tratos ou a toda a humanidade, mesmo quando julgamos poder explicar o que levou essas pessoas a agir como agiram. As explicações podem nos ajudar a compreender as partes do cérebro que tornaram um comportamento tentador, mas nada dizem sobre as *outras* partes do cérebro (principalmente no córtex pré-frontal) que poderiam ter inibido o comportamento prevendo como a comunidade reagiria. Nós somos essa comunidade, e nossa maior alavanca de influência consiste em apelar para esse sistema cerebral inibitório. Por que deveríamos descartar nossa alavanca do sistema de inibição só porque começamos a compreender o sistema de tentação? Se você acredita que não devemos descartá-la, isso basta para considerar as pessoas responsáveis por seus atos – sem apelar para uma vontade, uma alma, um *self* ou para qualquer outro espírito na máquina (PINKER, 2004, p. 254-255; grifo do autor).

De fato, decisivo é que se tenha sempre em mente a advertência de que a abordagem crítico-determinista de vocação não-retributivista não é sinônima de desculpologia ou de behaviorismo simplista e ou abusivo, porquanto explicar não é sinônimo de absolver ou justificar, compreender não equivale a isentar de consequências ou a tudo perdoar, determinismo (e tanto mais ainda um determinismo crítico) não é sinônimo de fatalismo, e modificabilidade não tem que ver, necessariamente, com skinnerismo - tal como também não há nenhuma solução de necessidade nem entre livre-arbítrio e as condições lógico-factuais da imputação (já que, como vimos, para além do problema da existência ou não do livre-arbítrio, pode-se perfeitamente prescindir deste para compreender o *fato* da prática imputativa) nem tampouco entre livre-arbítrio e imputação válida, legítima e justa (no mais das vezes uma conexão meramente eufemística para escamotear a institucionalização da vingança e ou da negligência).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que há uma lógica de fundo irmanando o determinismo crítico de Schopenhauer e Kelsen a análises recentes, tal como a de Eagleman, calcadas estritamente em aporte científico, a exemplo do neurocientífico, não há dúvida.

Isso porque, em que pesem as distinções entre o caminho trilhado pelas modernas ciências do cérebro e o percorrido pela filosofia, feito o que ocorre com o mestre da Vontade e o da TPD (se bem que, frise-se, cada qual a seu modo), ambos os caminhos tendem a convergir a um ponto em que, embora não seja possível negar, em absoluto, o credo do livre-arbítrio - afinal, ausência de evidência não é evidência de ausência (SAGAN, 1996, p. 211) - , tem-se de considerá-lo como um postulado por demais impossível e praticamente improvável, ante o conjunto dos indícios científicos e o aguilhão questionador do filosofar *crítico*.

Em sendo assim, não é de surpreender que, especificamente quanto à problemática das condições possibilitantes do instituto da imputação e de seu direcionamento lógico-funcional, tais abordagens também apresentem afinidades, porquanto, uma vez que se retira da base da imputabilidade o dogma da autodeterminação incondicionada, e se reconhece a natureza abstratamente determinável do querer e, conseqüentemente, do comportamento, a sanção então, em seu *ser tecnológico*, não pode mais ser tomada senão como artefato estatal destinado a condicionar ou influenciar a conduta do súdito, com a conseqüente tônica não-retributivista ou progressista na funcionalidade da sanção, haja vista que, sob esse prisma, tudo o que se pode esperar, mediante a técnica da imputação, é manipular e modificar a agência, *i.e.*, o curso da vontade e da ação do destinatário da norma.

Quanto ao mais, ressalte-se, uma vez mais, que, tanto para os que concebem o determinismo em sede filosófica (a exemplo de Schopenhauer e Kelsen) quanto para os que o sustentam em sede mais estritamente científica (à maneira de Eagleman e Pinker), o receio de que é presa o crítico da concepção determinista (defensor, de uma forma ou de outra, do livre-arbítrio) não faz sentido, tendo-se em conta que, além do instituto da responsabilização subsistir sem o apelo à pretensa faculdade do livre-arbítrio (conforme, aliás, já acontece na prática, pois o que o legislador pressupõe, por mais que disso não esteja muito consciente, é justamente a possibilidade de manipular e influenciar a conduta do agente mediante a previsão de conseqüências), o reconhecimento do caráter determinista do pressuposto funcional da imputação poderia dotá-la de maior eficácia, considerando-se que tenderia a tornar-se, de um lado, mais cientificamente informada, e, de outro, concentrada no que de fato importa, a *modificabilidade*.

5 REFERÊNCIAS

CACCIOLA, Maria Lúcia Mello e Oliveira. **Schopenhauer e a questão do dogmatismo**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

CARDOSO, Renato César. **A ideia de justiça em Schopenhauer**. Belo Horizonte: Argvmentvn, 2008.

CARDOSO, Renato César. Was Schopenhauer a neuroscientist? Reflections on neurolaw. In: **XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)**, Washington, DC: IVR, 27 July – 1 August 2015, p. 3. “Paper Title” disponível em: <https://ivr2015.org/program-overview/working-groups/>. Acesso em: 23 fev. 2017.

EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Trad. Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FUSTER, Joaquín. **Cerebro y libertad: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir**. Trad. Joan Soler Chic. Barcelona: Ariel, 2014.

JABLONER, Clemens. **Kelsen and his circle: the viennese years**. European Journal of International Law, v. 9, n. 2, 1998, p. 382. Texto disponível em: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/9/2/368.full.pdf>. Acesso em: 31 Jul. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintanela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 7 ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. **Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica**. Trad. Jaime Perriau. Buenos Aires: Depalma, 1945.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIBET, Benjamin. **¿Tenemos voluntad libre?**. In: CORTINA, Adela (Edición). Guía Comares de Neurofilosofía Práctica. Ed. Comares, 2012, p. 217-234.

MARTINS, Carvalho Eduardo. **Freud e Schopenhauer**: os limites de um diálogo sobre a moral. Tese de Dissertação. São Carlos: UFSCar, 2006.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (coords.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2011.

MEDEIROS JÚNIOR, Waldir Severiano. **A ideia de liberdade e o problema da condição de possibilidade da responsabilização jurídica**: um estudo da posição de Kant em contraposição à crítica de Schopenhauer. Tese de Dissertação. FDUFG, Belo Horizonte, 2016.

PERNIN, Marie-José. **Schopenhauer**: decifrando o enigma do mundo. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. México: Porrúa, 1963.

RIDDLEY, Matt. **O que nos faz humanos**. Trad. Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SAFRANSKI, R. **Schopenhauer e os anos mais selvagens da filosofia**: uma biografia. Trad. William Lagos. São Paulo: Geração Editorial, 2011.

SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SCHOPENHAUER, Arthur. **La cuádruple raiz del principio de la razón suficiente**. Trad. Eduardo Ovejero y Maury. Biblioteca Nueva: Buenos Aires, 1943.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Los dos problemas fundamentales de la ética**. Trad. Pilar López de Santa María. 2 ed. Madri: Siglo XXI, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. Trad. Jair Barboza. São Paulo: UNESP, 2005.