

O balanço garantista, logo, atual, da justiça penal schopenhaueriana

The contemporary balance of the guarantism theory according to Schopenhauer's criminal justice

Waldir Severiano de Medeiros Júnior e Rodrigo Murad do Prado¹

SUMÁRIO: I.- Introdução; II.- Justiça e direito positivo; III.- Teoria do direito penal; IV.- O balanço garantista, logo, atual, da justiça penal schopenhaueriana; V.- Conclusão; VI, - Referencial bibliográfico.

¹ **Waldir Severiano de Medeiros Júnior**

Doutor em Filosofia do Direito pela FDUFGM.

Professor de Direito no Instituto de Ciências Sociais Aplicadas (ICSA), da Universidade Federal de Alfenas (UNIFAL-MG), Campus Avançado de Varginha-MG.

Advogado.

E-mail: waldirmsjunior@gmail.com

Rodrigo Murad do Prado

Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires sob a orientação de Eugenio Raúl Zaffaroni e Matias Bailone.

Professor de Direito Penal e Processual Penal em diversas instituições.

Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

E-mail: rodrigomuradprado@icloud.com

RESUMEN: O presente estudo objetiva (re)problematizar os pressupostos de possibilidade e de (des)legitimidade da teoria da justiça penal nos quadros do pensamento jusfilosófico de Arthur Schopenhauer e da teoria do garantismo penal (*lato sensu*). De início, empreende-se uma releitura da teoria da justiça penal schopenhaueriana a partir nem tanto da letra do pensamento de Schopenhauer, mas sim, digamos, do seu espírito, isto é, de suas premissas e ideias-chave. A seguir, coteja-se a concepção da justiça penal de Schopenhauer advinda de uma tal releitura herética (na medida em que contrária a não poucas partes da literalidade da filosofia de Schopenhauer e da ortodoxia schopenhaueriana) com os axiomas da justiça penal garantista, visando demonstrar, em última análise, a consistência e a atualidade da justiça penal schopenhaueriana se (re)interpretada em chave herético-garantista.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da justiça - Justiça penal - Schopenhauerianismo herético - Garantismo penal.

ABSTRACT: This paper seeks to (re)problematize the possible and (i)legitimate assumptions of the criminal justice theory within the structure of the philosophy of law thought of Arthur Schopenhauer and of the criminal guarantism theory (*lato sensu*). Firstly, there is a reinterpretation of Schopenhauer's criminal justice theory based not so much on the wording of Schopenhauer's thought, but rather on its aspiration, i.e., on its assumptions and main ideas. Next, there is a comparison of Schopenhauer's concept of criminal justice based on a heretical reinterpretation (to the extent that it is contrary to not few parts of the literal and orthodox aspects of Schopenhauer's philosophy) and the axioms of the criminal justice under the guarantism concept, aiming to demonstrate, ultimately, the consistency and present application of Schopenhauer's criminal justice if (re)interpreted within a joint heretical and criminal guarantism panorama.

KEYWORDS: Theory of justice - criminal justice - heretical interpretation of Schopenhauer's criminal justice - criminal guarantism.

I.- Introdução

O trabalho em tela tem por escopo (re)problematizar as condições de possibilidade e de (des)legitimidade da justiça penal. E isso o faz tendo por marcos teóricos a jusfilosofia de Arthur Schopenhauer e o garantismo penal (*lato sensu*), seja pelo fato do aporte schopenhaueriano no assunto poder apresentar-se como contendo uma estruturação jusfilosófica consistente e várias implicações atuais *se, e*

(*receia-se que*) somente se, relido criticamente (*rectius*: hereticamente), seja porque, para um tal processo de reinterpretação crítica (herética), a escola garantista, assente que conformadora se não do próprio, certamente de boa parte, do horizonte teórico da penalística contemporânea, presta-se como uma referência incontornável, a ponto de, em matéria de justiça penal, ao fim e ao cabo só caberem e importarem duas posições: ser, mesmo que segundo graus vários, garantista ou antigarantista (algo como um pós-garantismo, para o bem ou para o mal, ainda é mera especulação).

Isso posto, comecemos a apresentação do presente estudo, que, de resto, valeu-se de uma metodologia predominantemente bibliográfica.

II.- Justiça e direito positivo

a. Teoria da justiça

Como cediço, para Schopenhauer, a natureza humana esquematiza-se, muito basicamente, em termos de vontade (essencialidade) e razão (especificidade). A primeira consistindo no ímpeto/impulso cego e irracional de afirmação da vida (SCHOPENHAUER, 2005, p. 375 e ss.). A segunda na abstração das percepções particulares (intuições) a par de sua elevação sistemática à mirada universal e de conjunto do mundo (conceitos), embora segundo formas e graus muitíssimo variados (SCHOPENHAUER, 2005, p. 639 e ss.).

A vontade é feita de dois caracteres naturais elementares, quais sejam, o egoístico, que está na ordem do dia, e o compassivo, que, embora natural, é esporádico (SCHOPENHAUER, 2001, p. 120 e ss.). Como tal, a vontade é a fonte de todas as disposições (de resto remontáveis ao egoísmo ou à compaixão), as quais, contudo, para serem duradoura e estavelmente implementadas necessitarão do auxílio da razão, seja na forma teórica (conscientização principiológica dos teores volitivos), seja na forma prática (conversão dos princípios teóricos em deveres, *i.e.*, em prescrições contramotivacionais provocadoras ou vicariantes dos teores volitivos “depositados” em tais princípios, de modo a fazer com que estes funcionem como “canais emissários” da volição que se pretende implementar) (SCHOPENHAUER, 2001, p. 58 e ss.; p. 132 e ss.; e p. 144).

A vontade egoística em estado bruto consiste no ímpeto natural de afirmação do querer viver do indivíduo, vale dizer, na sua consideração do seu bem ou mal-estar próprio. Porém, na medida em que vai se elaborando racionalmente, o egoísmo vai se transmutando no interesse (uma qualquer representação abstrato-conceitual de qualquer coisa que, por encontrar a receptividade do ego, adquire cunho

motivacional egoístico) e no utilitarismo (ponderação dos meios mais hábeis à promoção dos interesses mais vantajosos) (SCHOPENHAUER, 2005, p. 102 e ss.)².

Já a vontade compassiva consiste na capacidade natural de *sofrer com* o outro, e, por conseguinte, na disposição natural, embora intermitente, de considerar o bem ou mal-estar alheio (SCHOPENHAUER, 2001, p. 132 e ss.). Como tal, presta-se como o fundamento ou fonte da moral natural, assente que, esta, se realmente existir como disposição contraposta ao egoísmo, como pensa Schopenhauer, só pode ser como compaixão. Donde sua função antropológica elementar: *modular* o ímpeto egoístico, fazendo com que o indivíduo, no processo de consecução do seu bem ou mal-estar, não ignore o bem ou mal-estar alheio.

Em assim sendo, a moral natural, como produto da compaixão, é desinteressada, pois seu telos não é o interesse próprio, mas sim o de outrem (SCHOPENHAUER, 2001, p. 133); tem por objeto o outro (*alter*), com o que não há falar em moral para consigo próprio (e tampouco que moralizar condutas que dizem respeito apenas à própria pessoa, tal como, a princípio, sua preferência sexual) (SCHOPENHAUER, 2001, p. 107 e ss.); e termina por se traduzir, conquanto sob formas e graus historicamente assaz variados, para a consciência teórica, na ideia elementar “*sê justo, não prejudicando a ninguém, e sê caridoso, ajudando sempre que possível*” - esta sendo, a crer em Schopenhauer (2001, p. 140), a expressão conceitual lapidar do sentimento compassivo embasador de toda a moralidade ou humanismo -, e, para a consciência prática, na prescrição (contra)motivacional “*deves ser justo, não prejudicando a ninguém, e caridoso, ajudando sempre que possível, sob pena de imoralidade ou desumanidade*” (MEDEIROS JÚNIOR, 2023a, p. 82 e p. 151 e ss.).

Ao pormenorizar o conteúdo da compaixão tal como iluminado, embora de modo variado ao longo do evoluir histórico, pelas doutrinas e práticas morais, o autor de *Sobre o fundamento da moral* (2001) chama a atenção para os dois graus em que a vontade compassiva se desdobra, a saber, a justiça e a caridade, as quais seriam, nos dizeres do filósofo, as virtudes cardeais da moralidade, pois tudo o mais, em matéria de disposição moral, poderia ser reconduzido a alguma delas.

Assim, a justiça (SCHOPENHAUER, 2001, p. 141 e ss.), enquanto disposição de “não prejudicar o outro”, de “não tirar o que é do outro”, é a virtude de primeiro grau porque, via de regra, consiste “meramente” em um não fazer, isto é, numa

² Para uma revisão das diversas definições de utilitarismo - no fundo, variações da definição elementar aqui indicada - cf. RAWLS, 2016, p. 26 e ss.

conduta omissiva, negativa. Ressalve-se, porém, que, excepcionalmente, a justiça consistirá num fazer, numa conduta comissiva, positiva (“dar o que é do outro”). Aqui, trata-se do caso das dívidas, isto é, dos deveres assumidos por força de obrigações reais (*e.g.* deveres do locador e do locatário assumidos no contexto obrigacional de um contrato de locação) ou presumidas (*e.g.* deveres entre os súditos e o Leviatã presumivelmente remontáveis às obrigações consubstanciadas no contrato social). Com efeito, em face de tais obrigações, justa é a conduta positiva cumpridora dos deveres, ou, o que para Schopenhauer é o mesmo, adimplidora das dívidas, e injusta a conduta oposta. Por seu turno, a caridade (SCHOPENHAUER, 2001, p. 159 e ss.), enquanto disposição de “ajudar sempre que possível”, por vezes mesmo com o autossacrifício do agente, é a virtude de segundo grau porque consiste já em um fazer (pular a larga cova que separa o eu do não-eu a fim de estender a mão, ajudar), isto é, numa conduta comissiva, positiva.

Aliás, não se olvide que, do ponto de vista da entrada na consciência, diz-nos Schopenhauer (2001, p. 141-158; e 2005, p. 428-448) que tanto a justiça quanto a caridade são negativas, pois só se manifestam indiretamente, ou, mais bem posto, após a manifestação prévia e direta das disposições a elas contrárias, injustiça e impiedade, estas, portanto, dando-se, sob esse aspecto, como as disposições positivas. Tanto que, num primeiro momento, justiça é senão não-injustiça, vale dizer, a agência não injusta porque não causadora de dano/prejuízo doloso (intencional) ou culposos (sem cuidado), e caridade é senão não-impiedade, vale dizer, a agência não impiedosa porque não negadora da possibilidade de auxílio. Dessa perspectiva, o conceito de justiça só se torna mais positivo quando se atenta para as fontes (apontadas casuisticamente por Schopenhauer) de pretensão de justiça, tais como o corpo, o trabalho, o contrato, a doação (*lato sensu*) e o acaso, e o de caridade quando se volve para a questão do poder ajudar, desde que se reconheça que o poder, na medida em que ao menos em parte socialmente constituído (leia-se: devido), obriga (MEDEIROS JÚNIOR, 2023d).

Seja como for, fato é que, do ponto de vista da consistência da conduta enquanto tal (a despeito, portanto, do modo como justiça e caridade entram na consciência e de sua conceituação ou definição à luz do critério do modo de aparição na consciência), justiça e caridade, como dito, caracterizam-se respectivamente como disposições negativa e positiva, a primeira sendo negativa porque consistente num não fazer para não prejudicar (podendo, contudo, excepcionalmente, ser positiva, no sentido de um fazer para não prejudicar), e a segunda sendo positiva porque consistente num fazer auxiliador. Sendo certo que, aos olhos de Schopenhauer, a

justiça, por consistir num “mero” não prejudicar menos difícil de se praticar que a solidariedade ligada à caridade, figura no primeiro grau da escala moral, e a caridade, por consistir numa atitude solidária mais difícil de se praticar que o “simples” não prejudicar da justiça (já que, à toda evidência, portar-se solidário ou altruísta é algo mais que “apenas” não prejudicar)³, figura no segundo grau da escala moral.

De resto, não poderíamos encerrar a apresentação das linhas mestras da teoria da justiça no âmbito do pensamento schopenhaueriano sem antes advertir para a circunstância de que, quando considerados mais de perto e atentamente, egoísmo (utilitarismo) e compaixão (moralidade/humanismo) não são necessariamente antípodas. Porquanto, ao menos nos quadros do querer viver, a função antropológica da compaixão não é tanto negar o egoísmo (conquanto certa dose de ascetismo, de renúncia ao egoísmo, seja inevitável e natural na conduta moral de base compassiva, caracterizando-a mesmo), mas sim a de modulá-lo, calibrá-lo e acomodá-lo nos limites da afirmação moral razoável da vontade de vida. (A ascese, enquanto renúncia/negação de toda a vontade de vida, das duas uma: ou já estaria para além, bem além, da razoabilidade moral, configurando como que um terceiro grau excepcionalíssimo de moralidade⁴, ou, conforme pensamos, conformaria algo já de todo distinto da moral tal como concebível antropológicamente.⁵)

Dessarte, do ângulo estritamente moral, justa é a conduta do indivíduo que, embora às voltas com os seus interesses pessoais, não desrespeita, no contexto de sua consecução, o interesse alheio (imagine-se, como exemplo de um tal desrespeito, o indivíduo que, no processo de aquisição de determinado bem, vale-se de grave ameaça, violência e homicídio)⁶. E isso, atente-se, não por medo (*e.g.* indivíduo que respeita o outro no processo de aquisição de um bem por temer as consequências

³ Embora, atente-se, mais perigoso também, afinal, conforme o provérbio, *o caminho do inferno é pavimentado de boas intenções*.

⁴ Cf. SCHOPENHAUER, 2001, p. 210 e ss.

⁵ Cf. MEDEIROS JÚNIOR, 2023a, p. 66-70.

⁶ Como ensina Schopenhauer (2001, p. 72, 126 e 127), o egoísmo imoral pode se configurar quanto aos *meios* e quanto aos *fins*: quanto aos *meios*, quando o agente, embora não querendo diretamente o mal, termina por dele se valer como uma via “necessária” para a consecução do objetivo (*os fins justificam os meios*); e quanto aos *fins*, quando o mal é perpetrado ou apreciado como um fim em si mesmo, gratuitamente, tal como se passa na maldade. No primeiro caso ainda é “humano”, no segundo abominável, hediondo, diabólico. Aliás, não por acaso, o direito penal, por exemplo, pune mais gravemente o crime maldoso (pense-se nos delitos praticados com requintes de crueldade) do que o crime, digamos, instrumental (pense-se na subtração mediante o emprego de ameaça).

jurídicas, as sanções sociais espontâneas e a ameaça do fogo do inferno) ou cálculo (*e.g.* indivíduo que respeita o outro no processo de aquisição de um bem por considerar ser esta, em longo prazo, a atitude mais vantajosa social e economicamente), mas “simplesmente” por não querer prejudicar outrem (*e.g.* indivíduo que respeita o próximo no processo de aquisição de um bem pelo reconhecimento da validade do ditame “não prejudique a ninguém”).

E caridosa, como lembra Schopenhauer, é a conduta do indivíduo que, em que pese comprometido com sua afirmação volitiva individual, *i.e.*, com seu egoísmo natural, em seu viver não nega auxílio ao irmão padecente, antes, auxilia-o, não infrequentemente com sacrifício dos próprios interesses - embora, fosse-nos permitido crescer, diríamos que, da perspectiva de uma caridade não entregue ao espontaneísmo e sentimentalismo irracional, mas apoiada num mínimo satisfatório de discernimento racional, a medida de razoabilidade, no caso, seja talvez o não prejudicar a si mesmo e ou aos seus (como os dependentes), e a justificativa a constatação de que quanto mais poder se tem (pense-se, por exemplo, no poder econômico) quanto mais *livre* se estará para a prática do altruísmo, para não dizer quanto mais *obrigado*, assente que o poder, ao menos em parte (como no que tange à sua constituição, segurança e conservação), deve-se à sociedade. (À falta de uma sociedade justa que dispense o mais possível a filantropia⁷, esta é o mínimo que os privilegiados *devem*.)

A essa altura, mais não é preciso dizer para se dar conta de que, no que tange mais especificamente aos direitos naturais, enquanto pretensões legítimas a determinados bens (*lato sensu*), observa-se que eles só poderão deitar raízes nessa moralidade de base compassiva, sobretudo na justiça (SCHOPENHAUER, 2001, p. 141 e ss.), porque é por força desta que, de um lado, poder-se-á *exigir* o respeito e o reconhecimento de determinadas pretensões a bens (direitos), sob pena de sofrer prejuízo, e, de outro, *dever-se-á* respeitar e reconhecer tais pretensões, sob pena de prejudicar outrem (deveres). A propósito, mesmo os direitos e deveres de

⁷ Desnecessário lembrar que, por ser o sofrimento conatural ao mundo, a solidariedade para com o que sofre, conquanto esporádica, é inevitável e natural. Apenas, o que se está aqui a criticar é a retórica da solidariedade como forma de resposta aos sofrimentos provenientes de injustiças, portanto, sofrimentos não naturais ou inevitáveis, mas fabricados culposamente (leia-se: com dolo ou culpa *stricto sensu*) pelo próprio ser humano - como se já não bastassem os males não antrópicos! De fato, nos quadros de um pleno querer viver, da afirmação radical da vontade de vida, aos sofrimentos provenientes de injustiças, a resposta deve ser a justiça, não a solidariedade, que, num contexto injusto, presta-se senão a funcionar como mais uma das válvulas de escape mantenedoras do *status quo*.

solidariedade só se aperfeiçoarão se remontáveis, de alguma forma, à lógica da justiça, tal como se passa, por exemplo, com o contrato que tem por objeto prestação e contraprestação de solidariedade, pois, neste caso, os contraentes têm o *direito de exigir* e o *dever de observar* o cumprimento da solidariedade graças àquela lógica típica da justiça contratual, qual seja, reciprocidade e consentimento (ou ao menos este) (MEDEIROS JÚNIOR, 2023a, p. 163-172).

De resto, poder-se-ia lembrar outros pontos típicos da concepção moral schopenhaueriana ou suscitáveis a partir de sua reflexão, a exemplo do caráter problemático da categoria do dever-ser (*tu deves*) no pensamento de Schopenhauer, na medida em que, sua preocupação com a denúncia (SCHOPENHAUER, 2001, p. 23 e ss.) do escamoteamento do egoísmo e de interesses nos imperativos categóricos pretensamente puros em voga no seu tempo (*e.g.* KANT, 2008), consome-o a ponto de ele ignorar, ou de todo modo, subvalorizar, a possibilidade do dever-ser moral endógeno, isto é, da prescrição elaborada (contra)motivacionalmente nos termos genuínos da própria moralidade (*e.g.* “se queres ser justo e caridoso, deves não prejudicar a ninguém e ajudar sempre que possível, sob pena de injustiça e impiedade”... aqui, como se vê, a sanção, o “sob pena de”, não gira em torno do querer egoístico, mas do próprio querer compassivo e da consciência própria que lhe vai ligada); da diferença entre justiça terrena (a justiça moral *supra* apresentada, ou, conforme veremos logo mais, a justiça moral positivada, coercitivamente garantida) e justiça eterna (o equilíbrio bélico-metafísico do cosmos, pois, ao fim e ao cabo, a afirmação de toda coisa é negada por outra) (CARDOSO, 2008; e KROON, 2003); de como, do ponto de vista social, é a justiça e não a solidariedade o valor de maior monta, quando mais não seja porque a solidariedade torna-se tanto menos exigível quanto mais todos são contemplados pela justiça na forma de direito à fruição da vida digna (a bem da verdade, a solidariedade dos filantrópicos supõe muito sofrimento para debelar e privilégios para dispensá-la magnanimamente, sintomas, pois, de arranjo social marcado por desigualdades injustas) etc. Contudo, por já refugirem do objeto do presente estudo, damo-nos por satisfeitos com o acima delineado.

b. Teoria do direito positivo

Sabe-se que *onde está o ser humano está a sociedade*. Por não bastar a si mesmo, o indivíduo precisa se haver com os outros para, se não atender, certamente atender mais e melhor suas demandas volitivas (LEFRANC, 2005, p. 161), as quais não defluem apenas de necessidades, mas também, como não escapa a Schopenhauer, do tédio - a par, não é desarrazoado supor, de certa disposição natural à sociabilidade,

visando, exatamente, facilitar a coexistência, logo, o maior e melhor atendimento de tais demandas.

Além disso, sabe-se também que *onde está a sociedade está o direito positivo*, pois este não é uma exigência de indivíduos estanques, mas da sociedade por eles constituída tão logo nela se veem. Com efeito, o direito positivo não é necessidade do indivíduo, e sim da sociedade, a qual, muito basicamente, precisa da força do instrumento jurídico para garantir as normas sociais viabilizadoras das vantagens e benefícios atrelados à divisão dos trabalhos, dos papéis e das funções.

Pois bem. No que tange ao seu fundamento de possibilidade, diz-nos Schopenhauer (2005, p. 439 e ss.) que o direito positivo é fruto do progresso paulatino da ilustração adestradora dos egoísmos ao longo dos tempos. É por isso que, na realidade, o direito positivo identifica-se com o próprio Estado (*lato sensu*), isto é, com a própria instância de poder soberana hipotetizada como originando-se dos cálculos de indivíduos que chegam à conclusão de que se todos renunciarem à parcela de seu egoísmo em prol da constituição daquele terceiro artificial mais forte e superior a todos, o Leviatã, a vida em sociedade seria se não melhor, certamente menos pior, pois as vantagens da vida em sociedade estariam menos vulneráveis às violências internas (dos indivíduos componentes do grupo entre si) e externas (por parte de grupos alienígenas ou mesmo da natureza, como intempéries naturais e animais ferozes). Portanto, é a proteção da sociedade o teor dos fins da instituição jurídico-estatal. Tanto que, ante a possibilidade (para não dizer probabilidade) de a instituição em questão descumprir tal escopo, como quando se volta contra a própria sociedade, esta precisará se precaver o mais possível, elaborando mecanismos - a exemplo da técnica da divisão dos poderes e do controle do tamanho do Estado (de polícia) - em grau de, se não impedir, ao menos atenuar, os possíveis (para não dizer prováveis) abusos e desvios do protetor.

No entanto - e aqui vai uma ressalva importante -, se é certo que para Schopenhauer não é algo como o progresso moral que responde pelo fundamento ou condição de *possibilidade* do direito positivo (ou, o que é o mesmo, do Estado em sentido amplo), já que isso se deve, como dito, à domesticação racional dos egoísmos, não é menos certo que é a moralidade, ou, mais bem posto, o jusnaturalismo de base compassiva, que responde pelo seu fundamento ou condição de *legitimidade* (SCHOPENHAUER, 2001, p. 152; e 2005, p. 443), a começar pelo fato de que, no entender de Schopenhauer, o Estado não cria os direitos, mas apenas

reconhece, declara e garante, por meio de seu aparato coercitivo, os direitos morais preexistentes naturalmente e ou (re)criados pelo hipotético contrato social⁸.

A bem da verdade, em Schopenhauer (2001, p. 152; e 2005, p. 439 e ss.), em matéria de direito positivo e Estado, tudo tende a girar em torno da ideia de contrato, o qual, como acima indicado, mesmo que *en passant*, é (ao lado do corpo, do trabalho, da doação e do acaso) uma das referências (casuisticamente indicadas por Schopenhauer) para a compreensão mais positiva da justiça, ou seja, do que a justiça é para além daquilo que ela não é, injustiça.

Com efeito, o contrato - no caso, o presumível contrato social, como tal inevitavelmente problemático - é tanto a condição de possibilidade quanto a condição de legitimidade da instituição jurídico-estatal.

Condição de *legitimidade*, pois qualquer coisa passível de figurar como objeto de um contrato justo, isto é, como objeto de um contrato presumível como firmado pela observância espontânea da reciprocidade e ou do consentimento (os requisitos mínimos que precisam ser preenchidos para que se dê o “não prejudicar a ninguém” no contexto da celebração contratual), poderá então ser criada ou recriada em termos de direitos e deveres válidos, como tais justificáveis ideológica e ético-politicamente.

Como exemplos do primeiro caso, isto é, de criação contratual de direitos e deveres, pense-se, exatamente, na instituição do Leviatã com suas prerrogativas e obrigações (o Leviatã que supostamente protege a todos e não prejudica a ninguém e ou, ao menos, criado com o consentimento de todos) ou no exemplo *supra* da solidariedade enquanto objeto contratual (a possibilidade de um pacto geral de prestação e contraprestação de solidariedade e ou ao menos o consentimento à prestação solidária). Já como exemplo do segundo caso, isto é, de recriação, via contrato, de direitos e deveres, pense-se no rol dos direitos naturais que, embora pré-contratuais, como tais existentes anteriormente ao contrato social, porque originariamente provenientes de fontes outras mais elementares, tais como o direito à vida e à propriedade pessoal, respectivamente radicados no corpo e no trabalho, seriam, isso inobstante, pensáveis como recriados em bases contratuais, como

⁸ Atente-se: o Estado não cria direito algum, embora o contrato social, precisamente porque uma das fontes naturais de criação de direitos (SCHOPENHAUER, 2001, p. 152), seja capaz de (re)criá-los, como veremos a seguir. Aliás, o Estado e o seu correlato, o direito positivo, são menos sujeitos do que elementos perfazedores dos objetos ou cláusulas do contrato social presumível como celebrado por pessoas, indivíduos humanos, na qualidade de agentes sociais, morais e políticos.

direitos atribuídos a todos e ou, ao menos, por todos consentidos como existentes (a despeito do alcance e formas de sua atribuição).

Por outro lado, aduz Schopenhauer, o contrato é também (e quiçá principalmente) a condição de *possibilidade* do Estado e de sua contraparte, o direito positivo, de vez que o contrato é uma categoria moral cujo cumprimento é suscetível de se garantir objetivamente mediante sua conversibilidade, em grande medida, à taquigrafia contramotivacional do egoísmo, isto é, à linguagem interesseira e utilitarista dos contramotivos consubstanciados no medo de consequências aversivas (puxões) e na esperança de consequências atrativas (empurrões).

Assim é que, por exemplo, não obstante a consciência do fundamento compassivo, jusnatural e humanístico do direito à vida e do correspondente dever de respeitar tal direito, o contraente, na realidade, poderá se achar possuidor do direito à vida e do dever de respeitar o igual direito alheio à vida por força (apenas, também ou sobretudo) de contramotivações egoísticas, como o reconhecimento das vantagens econômicas imediatas e em longo prazo da “paz social”, a constatação da maior segurança pessoal por aí advinda, o temor da pena prevista para o caso de homicídio, o receio da censura social, quando não do fogo eterno etc.

Logo, em Schopenhauer (2005, p. 443), o utilitarismo (fruto dos interesses, dos cálculos egoísticos, do adestramento racional), embora determinando a explicação ou condição de possibilidade do direito positivo (sua realizabilidade), não se presta à sua justificação ou condição de legitimidade (sua idealidade)⁹, haja vista que o utilitarismo é senão o critério de mensuração dos meios factíveis mais adequados (*e.g.* técnica da prescrição contramotivacional egoística) com vistas aos fins factíveis buscados (*e.g.* observância comportamental das prescrições positivas)¹⁰, um critério,

⁹ Por óbvio, dizer que a moral conforma a idealidade do direito positivo não significa dizer que os atores jurídicos, como os criadores e os destinatários das normas legais, devam se comportar sob o signo da motivação moral, a risco de se confundir direito positivo e moral, mas sim que, ao menos a justificação das normas jurídicas, seu critério de medida ética, sua baliza humanística, tenha por norte a divisa moral (máxime a sua primeira parte concernente à justiça) “não prejudicar a ninguém (justiça) e ajudar sempre que possível (solidariedade)”.

¹⁰ Muito basicamente, para Schopenhauer (2005, p. 440) direito positivo e moral se distinguem porque o primeiro está preocupado com a prevenção dos efeitos do injusto (paciente) e a segunda com a prática da justiça (agente). Além disso, via de regra, ao direito positivo bastará a exterioridade, *i.e.*, a conformidade da conduta com a justiça (só quando da apuração do injusto é que poderá ser necessário saber da motivação do agente, se dolosa, culposa em sentido estrito ou inocente), ao passo que, à moral, também e principalmente importará a interioridade, *i.e.*, a

portanto, da relação meio-fim, jamais da *medida* ética (justiça) dos meios e fins do ordenamento jurídico, a qual é dada pelo jusnaturalismo compassivo. Noutros termos, o utilitarismo não é critério ou fundamento de legitimidade ética de coisa alguma, antes, é a coisa a ser legitimada ou eticamente medida (modulada) pelo *jus* natural. E, como pensamos, o haver bem distinguido, embora não divergido, os papéis do utilitarismo (fundamento de possibilidade) e do jusnaturalismo (fundamento de legitimidade) na configuração do fenômeno jurídico-estatal, consiste num dos principais contributos de Schopenhauer à jusfilosofia.

III.- Teoria do direito penal

a. Pressupostos gerais do direito penal

a I. Sanção penal e seus corolários: Direito penal, poder punitivo e Estado de polícia

Sem circunlóquios, embora não sendo “do direito” e sua formação haver passado ao largo da ciência jurídica, a impressão que se tem quando da leitura de Schopenhauer é a de que parece não haver lhe escapado o fato de que o direito penal é uma das faces, aliás a mais contundente, do Estado enquanto violência organizada, ou seja, enquanto instância de poder soberana detentora do monopólio da força.

Com efeito, o direito penal é parte do Estado, identificando-se com o poder soberano pelo tempo em que poder punitivo positivo, ou, o que é o mesmo, pelo tempo em que Estado de polícia. Embora, como não raro olvidado - inclusive pelo próprio Schopenhauer -, o Estado não se resuma e tampouco deva se resumir ao direito penal, ao poder punitivo positivo ou ao Estado de polícia, os quais, aliás - conforme o testemunho histórico -, tendem a ser tanto menores e necessários quanto maior for o protagonismo dos direitos e garantias fundamentais, do poder popular e do Estado democrático (ZAFFARONI *et al*, 2003).

Na verdade, o fato é que, o poder coercitivo jurídico-estatal, *in potentia* (coercibilidade, *i.e.*, possibilidade de incidência da coação) ou *in acto* (coação psíquica contramotivacional ou coação física) (REALE, 2002a, p. 46-48), pode configurar-se, *in abstracto* (previsão legal de sanções) ou *in concreto* (aplicação judicial e execução administrativa de sanções) (SCHOPENHAUER, 2005, p. 441), por pelo menos duas

qualidade do motivo embasador da conduta, pois esta só portará valor moral se pautada pela motivação moral genuína, qual seja, a motivação compassiva.

grandes maneiras distintas, a saber, ou como *sanção reparatória* ou como *sanção penal* dos injustos (FERRAJOLI, 2010, p. 309).

No primeiro caso, objetiva-se como restituição, conciliação, recomposição ou compensação do injusto, e, no segundo, como punição, no sentido de afligir e fazer sofrer pelo injusto cometido. Não por acaso, a sanção reparatória tende a incidir sobre os bens materiais disponíveis afetos à ordem do *ter* (e.g. patrimônios, posses, dinheiro, títulos, poderes etc.), ao passo que, a sanção penal tende a recair sobre os bens de maior monta indisponíveis ou menos disponíveis afetos à ordem do *ser* ou do que a pessoa *é* (a corporeidade em termos de vida, integridade física, saúde, liberdade etc.), assim como, por vezes ou secundariamente, sobre os bens afetos ao que a pessoa *representa* ou *é* segundo o ponto de vista alheio (e.g. nome, honra, reputação, *status*, imagem etc.)¹¹.

Portanto, repise-se: uma coisa é o direito positivo, o poder soberano e o Estado, outra coisa é o direito penal, o poder punitivo e o Estado de polícia. Aqueles constituem o gênero, estes a espécie, cuja determinação ressaí do fator *sanção penal*, assente que penal, punitivo e policial serão, respectivamente, o direito, o poder e o Estado pelo tempo em que, direta ou indiretamente, às voltas com a sanção penal (*in potentia* ou *in acto*, *in abstracto* ou *in concreto*).

a II. Poder punitivo jurídico-estatal e poder punitivo informal

Aliás, também não há confundir o poder punitivo positivo (e o direito penal e o Estado de polícia que o acompanham) com o poder punitivo informal.

O primeiro é o poder punitivo jurídico-estatal, como tal sendo ou devendo ser um poder punitivo menos irracional - porque controlável *in abstracto* (legalmente) e *in concreto* (judicial e administrativamente) - e eticamente modulado - porque jusnaturalmente (des)legitimável. Enquanto, o segundo, é (quase sempre) punitivismo selvagem, irracional, eticamente desmodulado, latente, difuso, paralelo, subterrâneo, panoptista e vigilantista (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 38 e ss.), para dar uma lista crua e incompleta.

a III. Redução da violência ligada ao exercício arbitrário das próprias razões

¹¹ Sobre essa divisão schopenhaueriana tripartida dos bens da vida cf. SCHOPENHAUER, 1974, p. 315 e ss.

Por fim, cumpre não perder de vista, como Schopenhauer à sua maneira não o perde, o papel histórico-antropológico do direito penal, a saber: reduzir a violência do exercício arbitrário das próprias razões, quer no tocante à prática dos injustos, a começar pelos tidos como mais graves, quer (quicá principalmente) no tocante às reações punitivistas aos injustos em geral (FERRAJOLI, 2010, p. 311 e ss.).

Donde sequer ocorrer ao nosso filósofo algo como a questão do abolicionismo penal, de vez que, embora Estado não seja sinônimo de direito penal, o papel histórico do Estado no processo civilizatório da humanidade consistiu e consiste, em grande medida, em sua função penal (atente-se: função penal, não punitivista). Em suma: ruim com o Estado de polícia, pior (Schopenhauer diria impossível)¹² sem.

b. Pressupostos específicos do direito penal

b I. A liberdade *relativa* da vontade

Schopenhauer, consoante se depreende de estudos mais aprofundados do autor, pode ser considerado como um crítico-determinista (MEDEIROS JÚNIOR, 2023a), como tal distante tanto do livre-arbitrismo, a despeito de suas variantes eufemísticas (*e.g.* “autonomia transcendental”), quanto do determinismo burdo (o tipo de determinismo da maior parte dos seus defensores e detratores).

A uma porque, para dizer o menos, todo ser, sob pena de não ser, já possui um conjunto de atributos que faz com que ele seja alguma coisa e alguma coisa de determinada maneira. Sim, a essência precede a existência, por mais que, *do ponto de vista da dinâmica da realidade humana*, aquela essência possa ser encarada como uma espécie de potencialidade existencialmente atualizável de formas empírico-comportamentais várias, ante a consistência provisória, proteica e aberta do médio de sua atualização, o conhecimento racional.

¹² A bem da verdade, Schopenhauer (2001, p. 197 e ss.) não problematiza a existência do Estado fiador da civilização, mas sim o seu tamanho, porquanto seria tanto menos incontrolável e perigoso quanto menor e vice-versa. De fato, ele não se pergunta se o Estado existe e tampouco se deve ou não existir, mas como e sob quais condições o Estado existe e é menos perigoso ou incontrolável (LEFRANC, 2005, p. 161-163). Para uma leitura sobre como a crítica de Schopenhauer ao tamanho do Estado poderia ser produtivamente atualizada como uma crítica direcionada nem tanto ao tamanho de todo o Estado, mas sobretudo ao tamanho de uma faceta deste, qual seja, precisamente a policial(esca), cf. MEDEIROS JÚNIOR, 2023c, p. 25-26.

E a duas porque não existe determinismo, mas determinismos, ou, mais bem posto, determinabilidades.

De um lado, a determinabilidade metafísica, consubstanciada na vontade essencial imutável, por Schopenhauer (2002) identificada em chave kantiana com o caráter inteligível ou numênico, mas que em chave hodierna poderíamos identificar, talvez, com algo como a natureza genética. Donde não ser possível ao indivíduo, quando de seu existir corporal e condutas particulares, escolher a própria vontade, pois isso equivaleria a poder escolher o próprio caráter, logo, a base suportadora do corpo e das escolhas (não se escolhe a vontade, antes, é com base nesta que se dá e se decifra a objetividade corporal, assim como se empreende as escolhas).

Por seu turno, paralelamente há as determinabilidades fenomênicas, por Schopenhauer (2019) apresentadas em suas quatro figuras do princípio de razão suficiente (*nada é sem uma razão pela qual é*), a saber, princípio de razão suficiente do ser fenomênico (que por reger o espaço-tempo identifica-se com a necessidade matemática), princípio de razão suficiente do devir (necessidade causal), princípio de razão suficiente do conhecer (necessidade lógica) e princípio de razão suficiente do agir (necessidade motivacional), respectivamente enraizadas nas quatro faculdades cognoscentes viabilizadoras do mundo como representação, fenomênico, sejam elas, sensibilidade, entendimento, razão e consciência.

Não vem ao caso pormenorizar a tese schopenhaueriana da quadrúplice raiz do princípio de razão suficiente. Para os efeitos do presente estudo, basta-nos ter em mente que, segundo Schopenhauer (2002; e 2019), o indivíduo humano, para além da determinabilidade numênica, acha-se atado, outrossim, a todas essas formas de determinabilidade fenomênica, sob pena de ser preciso concebê-lo, quanto ao seu existir numênico/inteligível, como um *absurdo* boiando num vácuo ou nada ontológico (um *ser* que elementarmente se definisse como um *não ser!*), e quanto ao seu existir fenomênico, como um *milagre*, dado que pretensamente livre, se não de todas as leis fenomênicas, ao menos da lei da causalidade, por se acreditar que sua vontade, quando do seu agir, seria supostamente capaz de prestar-se como uma causa não causada.

Como ensina o filósofo, tudo está em compreender a liberdade humana possível não fora da determinabilidade, mas nos próprios quadros desta (compossibilidade de liberdade e determinismo), bem como em não olvidar a complexidade da determinabilidade (há tantas determinabilidades quantas dimensões e camadas há na realidade em geral).

Assim é que, se a liberdade é comumente indicada como uma das notas distintivas do ser humano é senão porque ela se prende à prerrogativa por excelência da humanidade, a saber, o conhecimento racional, o qual, devido à sua consistência de saber provisório, proteico e aberto (SCHOPENHAUER, 2005, p. 102 e ss.), termina por viabilizar pelo menos duas grandes formas de liberdade humana de interesse para o ordenamento jurídico, sejam elas, (I) a liberdade de atualização da essencialidade volitiva (SCHOPENHAUER, 2002, p. 83 e ss.), haja vista que esta, embora enquanto tal imutável, poderá comportar tantas versões/atualizações empírico-comportamentais quantas configurações assumir o médio de sua manifestação, o saber racional (*e.g.* que um mesmo indivíduo possa se comportar como um empreendedor de crimes no passado e como um empresário exitoso no presente não poderá ter por fundamento uma mudança/atualização de sua vontade, mas sim de suas ideias quanto às maiores vantagens, em vida e ou no além-túmulo, do “empreendedorismo” capitalista); e (II) a liberdade em face da motivação animalesca (SCHOPENHAUER, 2002, p. 67 e ss.; e SCHOPENHAUER, 2005, p. 371 e ss.), como tal imediatista e particularista, pois é somente com a razão que entra em cena a deliberação propriamente dita, isto é, o poder abstrair da pressão e estreiteza do momento e transitar pelo passado, presente e futuro, coletando toda sorte de motivos, confrontando, ponderando e sopesando seus prós (motivos *stricto sensu*) e contras (contramotivos), para que a vontade, (sempre) com base em sua determinabilidade originária, enfim decida conforme o (contra)motivo que nela encontrar a maior receptividade (pense-se, por exemplo, na pessoa que, numa discussão de trânsito, embora de repente motivada por ideias homicidas, logra também ser mais fortemente contramotivada pela representação das consequências, como a ameaça de uma sanção penal condenatória privativa da liberdade, a reprovação social e o fogo do inferno).

Dessarte, não há falar simploriamente em determinismo como fatalismo ou mecanicismo, pois o ser humano está complexamente determinado de diversas formas e em diversos níveis. Com efeito, por mais que a maior parte dos críticos do determinismo, por ingenuidade ou má-fé, só fale em causalismo mecânico-fatalístico, como sinônimo de determinismo, e probabilismo quântico, como sinônimo de indeterminismo, a bem da verdade cumpre reconhecer que, de um lado, o determinismo causal é rico e variegado, manifestando-se não apenas como causa *stricto sensu* atuante no estrato da natureza inorgânica convencional, mas também como excitação, motivação intuitiva e motivação abstrato-conceitual atuantes, respectivamente, nos estratos vegetal, animal e humano (SCHOPENHAUER, 2002); e, de outro, o probabilismo quântico não se opõe à causalidade, estando mais

para uma versão desta, a saber, a versão da causalidade no nível quântico (REALE, p. 2002b, p. 180), afinal de contas, probabilismo não é vale tudo, mas precisamente a possibilidade maior de que isto ou aquilo ocorra aqui ou ali desta ou aquela maneira, e a (im)previsibilidade relativa corolária ao probabilismo não é indeterminismo, mas precisamente (des)conhecimento relativo das determinações. (Também com relação ao comportamento humano, imprevisibilidade não é indeterminismo, mas desconhecimento relativo dos motivos e dos caracteres individuais sobre os quais eles atuam.)

Ao depois, tampouco há falar em livre-arbitrismo ou algo que o valha, dado que, se os seres humanos, no tocante à agência, gozam de alguma liberdade, ela não é absoluta, mas somente relativa. Seja porque a liberdade de atualização do caráter volitivo, graças à volatilidade do médio (o saber racional) por que este se manifesta comportamentalmente, não é o mesmo que a pretensa liberdade para, indiferentemente, escolher o próprio modo de ser nuclear (como indivíduo humano, estou fadado ao caráter da espécie e ao caráter individual que faz com que eu seja eu)¹³. Seja porque a motivação abstrato-conceitual por meio da qual a vontade humana se manifesta liberta o ser humano apenas da motivação intuitiva animalesca, mas não do seu próprio determinismo motivacional abstrato-conceitual e nem de todas as outras determinabilidades (espaço-temporal, excitativa, mecânica, quântica, numênica).

Ou seja, se há alguma liberdade humana, é esta: mercê da consistência provisória, proteica e aberta do médio da manifestação empírico-comportamental da essência volitiva, o saber racional, poder atualizar tal essência, ao longo da vida, em versões várias; e mercê do *modus operandi* distinto do conhecimento humano (racional e reflexivo) em face do *modus operandi* do conhecimento animalesco (intuitivo e instintivo), poder abstrair da pressão e estreiteza do determinismo motivacional animal em prol do determinismo motivacional deliberativo, cuja marca é o jogo ou conflito de múltiplos motivos. De modo que não estar fadado a apenas um curso ou versão comportamental do caráter volitivo e não estar fadado ao determinismo motivacional animal, graças senão à prerrogativa da faculdade da razão, que, no primeiro caso, alterando-se o seu conhecimento, altera a forma de manifestação da vontade, e, no segundo caso, deliberando motivos, liberta da pressão da motivação animalesca em favor da motivação ponderada, é tudo o que se pode dizer da liberdade humana efetivamente possível, real, no plano da agência.

¹³ Cf. SCHOPENHAUER, 2005, p. 193.

Ora, para Schopenhauer (2002), independentemente de concordarmos ou não com a amplitude dessa liberdade, de resto identificável, já se vê, com uma modalidade de determinismo, qual seja, o determinismo motivacional abstrato-conceitual enraizado na faculdade da razão (determinismo este viabilizador, como visto, da possibilidade de atualizações comportamentais várias do caráter volitivo e da motivação deliberativa em face da motivação animal, é verdade, mas em si mesmo nem mais e nem menos determinismo, visto que apenas determinismo por meios abstrato-conceituais); a despeito dessa concepção da liberdade humana desagradar o nosso narcisismo, dizíamos, para Schopenhauer ela é a única em grau de viabilizar, sem subterfúgios e apelos metafísicos, a verdadeira compreensão da ética em geral, e, mais especificamente, da práxis jurídica, pois é exatamente por meio de uma tal liberdade que se faz exequível a técnica da responsabilização, ou, mais especificamente, da imputabilidade.

Centrando no direito penal, Schopenhauer diria que é somente graças a essa liberdade humana relativa que se pode falar em responsabilização ou imputabilidade penal (*lato sensu*), e, por conseguinte, em coisas como contrafactualidade, culpabilidade e modificabilidade.

Porquanto, é precisamente pelo determinismo próprio ao ser humano - repise-se: o determinismo (contra)motivacional deliberativo, abstrato-conceitual, facultado pela razão -, que é o meio pelo qual a liberdade humana possível opera, que se tem a contrafactualidade, isto é, o jogo e o conflito das possibilidades, alternativas ou opções de conduta como resultantes do jogo e conflito dos motivos sob deliberação; a culpabilidade, no sentido de sujeito dotado de liberdade para agir num sentido outro que não o do injusto, porque, quando da prática da conduta, determinável por contramotivos, *i.e.*, por motivos outros que não os motivos conducentes, dolosamente (com intenção) ou de modo estritamente culposo (sem cautela), ao injusto; e a modificabilidade, vale dizer, a influência sobre o comportamento pautada na razão, senão porque é por força precisamente do determinismo (contra)motivacional racional, e do jogo e conflito de motivos que ele implica, que se pode manipular, modificar e até melhorar, não, frise-se, a vontade em si (identificada com o caráter imutável suportador de todo o corpo-agência), mas o curso das manifestações empírico-comportamentais da vontade.

De sorte que, qualificar, sem mais, como crime, a conduta da pessoa que, quando da prática, não estava em condições satisfatórias de liberdade porque privada da possibilidade de bem exercer (*e.g.* ilusão de tipo vencível, semiputabilidade, erro de proibição inescusável, coação moral resistível) ou mesmo de sequer poder exercer

(e.g. coação física irresistível, caso fortuito ou força maior, ilusão de tipo invencível, legítima defesa, estado de necessidade, inimputabilidade, erro de proibição escusável, inexigibilidade de conduta diversa, coação moral irresistível) sua liberdade contramotivacional, seria injusto, de vez que, à toda evidência, no caso, ou seria crime passível de menor responsabilização penal ou crime algum.

Por conseguinte, também seria injusto - aliás, ainda mais injusto, considerando-se a gravidade dos efeitos - a subsequente arbitração, sem mais, da pena ou responsabilização penal (vide o direito penal de autor). Com o que se constata que, em Schopenhauer (2005, p. 440; e 2014, p. 327-328), a justiça (penal) passa pela liberdade humana possível, o que coloca nosso filósofo nos quadros da tradição iluminista propugnadora do direito penal do ato. (É a *cabeça*, não o *coração*, que interessa ao Estado.)

b II. Coculpabilidade?

Naturalmente, uma vez que, na prática, essa liberdade da vontade schopenhaueriana termina por se identificar, como visto, com um tipo específico de determinismo causal, qual seja, o determinismo causal (contra)motivacional racional - que, não é demais destacar, embora diferente dos outros tipos de determinismo causal, quais sejam, o mecânico, o excitativo e o motivacional-intuitivo, não é menos necessário que estes, sendo “apenas”, digamos, mais diversificadamente necessário, ante as inúmeras possibilidades conflitantes de determinação da conduta correlatas aos inúmeros motivos conflitantes na deliberação racional -, poder-se-ia questionar até que ponto a pessoa seria ou poderia ser realmente livre para se contramotivacionar num sentido outro que não o socialmente indesejado.

Afinal, no frigidar dos ovos, o êxito da contramotivação não dependerá apenas de se possuir a faculdade contramotivacional corolária à faculdade da razão (liberdade ou contramotivacionalidade formal), mas, também e principalmente, de se achar numa posição existencial de invulnerabilidade (ZAFFARONI, 2002) minimamente satisfatória, graças à qual o exercício da faculdade contramotivacional pode realmente garantir a vitória da contramotivação sobre os motivos, dolosos ou estritamente culposos, conducentes às condutas socialmente indesejadas (liberdade ou contramotivacionalidade material) (EAGLEMAN, 2012, p. 197).

Como não poderia deixar de ser, Schopenhauer não tem resposta para isso (até porque não levanta esse questionamento, que exigiria aprofundar nas causas sociais da contramotivacionalidade exitosa), mas, à luz daquela interpretação, como a que

estamos a fazer há algum tempo, que procura levar suas premissas até às últimas consequências, seria possível e preciso ir até o fim e reconhecer que é-se tanto mais autossuficientemente contramotivacionável, logo, livre, logo, responsabilizável, quanto menos se ressentir da (ou se acha vulnerável à) hipossuficiência daqueles bens indispensáveis - *rectius*: direitos humanos fundamentais (DURANTE, 2022) - ao desenvolvimento, ampliação, aprofundamento e robustecimento das potencialidades humanas, a começar pelas potencialidades do intelecto racional fiador da contramotivacionalidade, logo, da liberdade, logo, da responsabilidade; e vice-versa (FERRAJOLI, 2010, p. 318).

Donde, para os efeitos do assunto em tela, a conclusão no sentido de não ser, a responsabilidade pelo não desvio (o mérito dos ajustados) e o desvio (a culpa, em sentido amplo, dos desajustados), apenas pessoal, mas também (para não dizer principalmente) social. O reconhecimento desse fato exigiria, no primeiro caso, a socialização dos méritos - mesmo o mérito natural só pode medrar em condições sociais favoráveis -, e, no segundo caso, a socialização das culpas, inclusive a penal - até os *déficits* ou vulnerabilidades naturais, como, por exemplo, a crueldade sintomática do egoísmo doentio voltado à perpetração do injusto não como um meio, mas como um fim em si mesmo (SCHOPENHAUER, 2001, p. 126), podem, na impossibilidade de sua superação, ser contidos, contornados ou mitigados (RAWLS, 2016, p. 65 e ss.). Não, por óbvio, no sentido de desresponsabilizar de todo a pessoa, mas sim no sentido de não olvidar a corresponsabilidade social (MOURA, 2006), *i.e.*, de codividir socialmente os merecimentos (comerecimentos) e delitos (coculpabilidades) pessoais.

b III. O injusto criminal como ofensa ao *ser*

À parte, contudo, essa discussão mais complexa sobre a liberdade da vontade, e, por conseguinte, sobre o mérito dos não desviantes e a culpa (*lato sensu*) dos desviantes, a pergunta que não quer calar é: para Schopenhauer, em que consiste o injusto penal possibilitador e justificador da sanção ou reação penal? Ou seja, com base no jusfilosofar schopenhaueriano, o que nos permite tomar um injusto como um injusto de natureza criminal, e, por via de consequência, a sanção contra ele manejada à guisa de reação como uma sanção de natureza penal?

Ora, não poderia escapar a um pensador do calibre de Schopenhauer (2014, p. 329) a obviedade de que, sendo ou devendo ser o direito penal a *ultima ratio*, já que consistente na expressão mais crua e contundente da violência organizada que é o Estado, os injustos constantes do direito penal como crimes suscetíveis de penas

tenderão então a coincidir com aqueles tidos como os mais graves, a risco, para dizer o menos, de se banalizar o direito penal ou de se confundir, regressiva e ilegitimamente, todo o Estado com o Estado de polícia.

Tendo isso em mente, em que pese, ao longo da história, a gravidade dos injustos variar de sociedade para sociedade, poder-se-ia avançar que, de um ângulo de olhar tal como o viabilizado pelo pensamento de Schopenhauer, parecem ser as ofensas empiricamente culposas (*lato sensu*), isto é, perpetradas sob o signo da liberdade como contramotivacionalidade, aos bens tidos como de maior monta, de vez que mais elementares, as que comumente tendem a ser qualificadas pelo direito penal como crimes, e, conseqüentemente, passíveis de sanções penais, porque (é pouco mais do que provável) violadoras dos direitos afetos àqueles atributos, tais como a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade, constituidores, segundo a teoria schopenhaueriana dos bens, do *ser* humano.

Aliás, a crer nessa linha interpretativa, até mesmo os crimes contra o patrimônio (*lato sensu*), aparentemente existentes em todas as épocas e sob todos os céus, conquanto sob tipologias variadas (criminalização primária) e punições seletivas (criminalização secundária), em rigor não seriam crimes por força da agressão ao patrimônio, como tal afeto ao *ter*, mas sim por força da agressão (a algum bem afeto) ao *ser*, feito o que acontece, por exemplo, na subtração mediante emprego de violência ou grave ameaça (roubo), é verdade, mas, também e principalmente, em todos aqueles outros casos (pense-se no crimes do “colarinho branco” ou nos “crimes corporativos”, como os crimes contra o patrimônio público, os crimes contra a ordem tributária nacional, os crimes contra a ordem financeira e outros que tais) comprometedores daquela base patrimonial necessária à afirmação digna do *ser*, admitindo-se que, onticamente, o *ser* (vivo, saudável, livre) passa pelo *ter* (os recursos hábeis à satisfação do *ser*), sim, ao fim e ao cabo, o *ter* - se não todo o *ter*, certamente o *ter* sob a guia da consciência ilustrada e justa - é para *ser mais*, como diria Paulo Freire (2018, p. 101-106).

Na verdade, a relação entre o *ter* e o *ser*, em Schopenhauer, é tanto mais visceral quanto mais nos damos conta de que, o *ter*, quando justo, integra o *ser* - porventura o *ser* expandido para além dos meros limites do corpo -, graças ao empenho da vontade pessoal laboral e ou a alguma outra forma de ingresso, livre de arbitrariedade, na esfera de afirmação volitiva pessoal.

Por outro lado, injustos contra o patrimônio (na verdade, quaisquer injustos) que não tivessem por efeito algum sério comprometimento (de ao menos algum bem

relevante conformador) do *ser*, a exemplo da maior parte dos injustos atualmente tipificados, mundo afora, como crimes de “furto”, parece-nos que, sob o prisma em questão, embora injustos, não portariam gravidade bastante para poderem e tampouco deverem ser qualificados como crimes, logo, para poderem e deverem ser respondidos por meio de uma reação tão drástica como é a sanção penal.

Mutatis mutandis, o mesmo se poderia dizer dos injustos contra os bens da ordem da *representação*, isto é, da ordem do que se é do ponto de vista alheio, os quais, embora não infreqüentemente criminalizados, só o deveriam ser até e enquanto efetivamente comprometedores de algum bem da ordem do *ser*, ou, no máximo, de algo da esfera do *ter* vital à esfera do *ser*.

Dessarte, se, a partir de uma interpretação mais rente às premissas do que à literalidade textual schopenhaueriana, os bens mais valiosos tutelados pelo ordenamento jurídico-estatal tendem a ser os identificáveis com os atributos mais elementares do *ser* humano, como a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade; se até mesmo os valores dos outros bens tutelados pelo Estado, conformadores do *ter* (resumíveis na ideia mais ampla de patrimônio) ou da *representação* (que poderiam se resumir na concepção mais lata possível da ideia de nome), tendem a ser tanto mais altos e justos quanto mais pegados ao *ser*, no sentido de condicionadores da afirmação digna do *ser* (mínimo existencial); e se a sanção penal tende a figurar como a *ultima ratio*, isto é, a resposta mais severa do Estado aos injustos; logo, os injustos tipificáveis como delitos ou crimes haverão de ser, primordialmente, os injustos violadores dos direitos concernentes aos predicados mais elementares do *ser*, a par, excepcionalmente, dos injustos violadores daquele *ter* ou daquela *representação* indispensável à afirmação minimamente satisfatória do *ser*.

(Mesmo os crimes ambientais, se não todos, certamente os mais graves, parecem compartilhar dessa intuição. Sim, mesmo a punição, por exemplo, da pessoa jurídica perpetradora de grave crime ambiental, é ou deve ser punição porque esta é a resposta à altura da agressão ao patrimônio natural vital à subsistência da humanidade, e porque incidente sobre os bens mais valiosos, como o patrimônio material e o nome, do “ser” da pessoa jurídica.)

Em suma, o que torna um injusto um injusto criminal, por primeiro e antes de tudo, não é a circunstância de que a ele se está a prever prescritivamente uma sanção penal, mas sim o fato indubitável de ele consistir numa agressão injusta, direta ou indireta, a um bem capital.

Portanto, do ponto de vista da teoria da justiça, o crime, enquanto tal, não é crime porque a ele se conectou ou se pode conectar a prescrição de uma sanção penal, mas sim porque referente a um injusto insuscetível de figurar em um outro rol que não o dos mais graves injustos, de vez que atentatório de algum (ou mesmo de alguns) dos bens de maior monta perfazedores do *ser* humano, tais como, repise-se, a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade - assim como o patrimônio (*lato sensu*) e o nome (*lato sensu*) até e enquanto condicionadores da afirmação digna do *ser*.

b IV. A sanção penal como aflição do *ser*

A não ser assim, não se poderia compreender a contento a (des)legitimidade da pena nos quadros do pensamento schopenhaueriano.

Porquanto - à parte o fundamento de (des)legitimidade jusnatural de base contratual de praxe do poder punitivo, segundo o qual a punição é ou deve ser não mais que o cumprimento da lei acordada -, a justificação da sanção penal só se faz menos apelativa e mais compreensível quando nos compenetrarmos de que ela é pena, no sentido de um mal aflitivo, precisamente porque realizável sobre o *ser* do agente delinquente, *ser* este que, em Schopenhauer (2005, p. 157), não tem que ver com o *ser* vazio, abstrato, etéreo e alado dos filosofastros, mas com o que há de mais denso, imediatamente real, inegável, ineliminável e concreto, a saber, a vontade corporificada (para Schopenhauer, a vontade é como que o corpo *a priori* e este como que aquela *a posteriori*), a corporeidade (corpo + agência), ou, simplesmente, o corpo com os seus atributos cardeais, como a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade. De modo que não há confundir o *ser* com nenhuma bobagem especulativa, pois o *ser* é o corpo e vice-versa. Não temos corpo, *somos* corpo.

Nesse diapasão, a sanção penal é punição porque consistente num mal consumável sobre o corpo do agente, como tal altamente invasivo, aflitivo e doloroso (pense-se, por exemplo, na pena de morte; na prisão, que, além do cerceamento da liberdade, a começar pela ambulatorial, sujeita o apenado, não raramente, a toda sorte de degradações humilhantes, inclusive estéticas, abusos, maus-tratos, torturas, privações e vulnerabilidades; nas flagelações corporais; nas penas de açoite e nos pelourinhos outrora tão prezados pelos senhores de escravo; nas mutilações talionárias; nos castigos das galés; nos trabalhos forçados etc.), e que geralmente se maneja a título de reação pretensamente homogênea ou correspondente (a) àquela natureza especial do bem ofendido pelo injusto, qual seja, a natureza de bem conformador do *ser* da vítima, e, conseqüentemente, (b) ao nível especial de reprovabilidade do injusto.

Em outras palavras, a sanção penal comumente é ou deve ser a modalidade de reação coercitiva destinada a impingir aflição e até mesmo dor por incidir sobre algum ou alguns dos bens conformadores do *ser* do agente nos casos em que o injusto por ele perpetrado houver consistido em crime, ou, o que a essa altura é o mesmo, injusto especialmente grave porque violador de algum ou alguns dos bens conformadores do *ser* da vítima. Ao injusto “meramente” ilícito, porque atentatório de bens outros que não os conformadores do *ser*, reage-se com a sanção “meramente” reparatória (*lato sensu*), como tal também referente a uma instância outra, porventura a do *ter*, que não a do *ser*. Já aos crimes, porque atentatórios de algum ou alguns dos bens constituidores do *ser*, ou, de todo modo, vitais à afirmação do *ser* (pense-se no patrimônio pessoal ou no nome), reage-se com a sanção penal, como tal também referente ao *ser*.

Mas então, no final das contas, a sanção penal é mesmo uma questão de retributivismo e vingança?

b V. O caráter trágico da justiça penal

Como sabido, a acertada resposta schopenhaueriana à indagação *supra* - por razões (utilitariamente) necessárias, mas (eticamente) ainda insuficientes - é um altissonante não.

Por primeiro porque, conforme firmemente destacado por Schopenhauer (2005, p. 445 e ss.), a vingança tende a direcionar-se exclusivamente para o passado, embebida que está na obsessão cega de satisfação irracional e moralmente desmodulada do ódio do egoísmo ofendido, ao passo que, a pena, enquanto instrumento racional contramotivacional dissuasório, tende a direcionar-se para o futuro, quer quando *in abstracto*, em nome da - para falar à maneira dos juristas (FERRAJOLI, 2010, p. 255 e ss.) - *prevenção geral negativa*, quer quando *in concreto*, em nome agora do reforço da *prevenção geral negativa* a par de certa *prevenção especial negativa*.

E, em segundo lugar, porque - Schopenhauer não o diz, mas suas balizas jusfilosóficas nos obrigam a dizer, a risco de se incidir, como o próprio Schopenhauer incidiu ao fazer ouvidos moucos de si mesmo, nos excessos de um sistema penal preventivo puramente utilitarista (FERRAJOLI, 2010, p. 258-261), cujo ponto de chegada final, em nome da prevenção, pode ser o terrorismo penal e a defesa da pena de morte para todos os crimes (vide a defesa schopenhaueriana da pena de morte de condão preventivo para o crime tentado ou consumado contra a vida, a qual seria deveras surpreendente, caso Schopenhauer fosse apenas o filósofo

da liberdade relativa da vontade e da compaixão, em vez de, também, aquela anedota burguesa doentia e convenientemente pessimista) -, e em segundo lugar porque a pena, como íamos dizendo, permite-se alguma modulação moral pela consideração (paralelamente, como visto, à consideração do grau de responsabilidade pessoal e social) da natureza e grau de lesividade da ofensa criminal, a começar pelo fato de que só é ou deve ser pena porque definível, tal como o crime, em referência aos bens de maior monta conformadores do *ser*, que no crime são ofendidos, e na pena afligidos.

Além disso, não podemos fazer tábula rasa da lógica estritamente da justiça, na hipótese de haver alguma, da pena: sim, a restituição, na medida do possível, do *status quo ante*, isto é, do estado de justiça anterior ao injusto (o “desprejudique a todos que se tenha prejudicado” subtendido no “não prejudiques a ninguém”), mas também alguma espécie de redução de danos, na forma de compensação, por aquele mal ou sofrimento decorrente do injusto, afinal, uma coisa é a reparação do mal da ofensa em si, outra coisa é a compensação devida pelos males decorrentes do mal da ofensa.

A propósito, bem considerando, essa é a lógica por detrás do instituto do arrependimento posterior, e que o distingue daqueles outros dois institutos a ele tão assemelhados, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (MASSON, 2016, p. 387 e ss.). Pois, no caso do arrependimento posterior, além de não mais ser possível desistir, não bastará, por ineficaz à exigência de justiça, devolver, reparar ou restituir. Remanescerá ainda a exigência de se fazer frente àquela parcela de lesão ou sofrimento engendrada exatamente pela consumação, que não se consegue mais eficazmente “apagar” por reparação ou devolução e tampouco desistir. A despeito da natureza louvável do arrependimento em si, dado que prospectivamente indicativo de que a *cabeça*, logo, o agir, do agente, mudou, malgrado seu *coração* (SCHOPENHAUER, 2005, p. 383 e ss.).

Portanto, parece inevitável algum esforço de modulação moral da exigência retributivista selvagem do egoísmo vingativo (ofendido, ferido, repassado de mágoa e ressentimento), a fim de se tentar obter alguma justa redução de danos (compensação) pelo mal sofrido (GROMET; DARLEY, 2009; e RAIHANI; BSHARY, 2019) - até porque, não infrequentemente, com relação ao passado, a redução de danos de condão compensatório é só o que resta, ante a impossibilidade do “desprejudicar” -, a risco de vingança punitivista, cujo *modus operandi* é o retributivismo desbragado, cego, irracional, desmodulado, desprovido de medida ético-racional.

Na verdade, essa redução de danos na forma de compensação é (ou deveria ser) um dos momentos mais propícios para se fazer incidir a corresponsabilidade social (corolária da natureza relativa da liberdade da vontade), procurando compensar, o mais possível, de forma realmente produtiva:

(a) a vítima, pelo mal do qual a sociedade não pôde protegê-la, em vez de, à falta de autêntica redução compensatória de danos, explorar, como mormente ocorre na atuação do poder punitivista de viés retributivista (leia-se: vingança institucionalizada), midiaticamente até, os sentimentos de vendeta da vítima, de seus familiares e (a depender do potencial de espetacularização do caso) da sociedade em geral; e

(b) o agressor, por aquilo que, em seu *déficit* ou vulnerabilidade contramotivacional, logo, em seu *déficit* ou vulnerabilidade de liberdade, seria razoável supor como evitável, superável, contornável, ou, ao menos, redutível, pela prestação jurídico-estatal efetiva da tutela daqueles jusnaturais mais valiosos modernamente positivados como direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, à vítima (e ou aos seus), se poderia e deveria começar, por exemplo, indenizando e desconfiscando do conflito social que é o crime (HOGENHUIS, 1987), e, ao agressor, não humilhando, vulnerabilizando, degradando, prostituindo, corrompendo, sequestrando em instituições concentracionárias ou mesmo aniquilando (BARATTA, 2011).

O que, tudo somado, ainda poderia ter por efeito produtivo indireto contramotivacionar a sociedade no sentido de estimulá-la a chegar cada vez mais àquele reconhecimento da verdadeira, porque realmente útil e justa, prevenção redutora de danos: o ataque às causas dos conflitos sociais, de resto perfazedores de uma espécie de guerra civil em miniatura (GARLAND, 1995), desde a raiz, mediante a salvaguarda e a real prestação, com tudo o que para tanto se fizesse necessário em termos de revolução por reformas gradativas, dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de ter de continuar a lidar com os custos (ou, de todo modo, com as exigências) da redução compensatória penal de danos.

Fato é que o direito penal é trágico. E ante a tragédia - sobre a qual, como não poderia deixar de ser, Schopenhauer (2005, p. 411 e ss.), o filósofo do pessimismo, muito versou, se bem que sem extrair consequências significativas para o direito penal dos homens, contentando-se por resolvê-la na justiça eterna, metafísica, de

todos e de ninguém -, o que pode haver de justiça, se há alguma, é senão a redução ou compensação (que mais não é que uma forma de redução) de danos.

IV.- O balanço garantista, logo, atual, da justiça penal schopenhaueriana

Ferrajoli (2010, p. 259) reconhece, com razão, pelo menos três grandes virtudes garantistas nesse modelo de justiça penal teorizado por Schopenhauer, sejam elas:

(a) ao bater na tecla da função preventiva da pena (na verdade, de todo o mecanismo prescritivo contramotivacional positivo), termina por valorizar o **princípio da legalidade** (*não há crime sem lei*), afinal, é preciso poder saber - e, de preferência, do modo mais claro e exato possível - dos crimes e das penas a eles prescritivamente previstas, para então se fazer viável a contramotivacionalidade (logo, a dissuasão, logo, a prevenção), o que, por evidente, não significa que todo comportamento não-criminal é ou deva ser contramotivacionado penalmente, à maneira de um *panpenalismo jurídico* (ZAFFARONI et al, 2003, p. 118), mas sim que a contramotivacionalidade estritamente penal integra, à guisa de *ultima ratio*, aquele amplo complexo contramotivacional (como tal feito de contramotivos afínicos, complementares, ou, ao menos, não excludentes) condutor a um comportamento outro que não o criminal (SCHOPENHAUER, 2005, p. 441);

(b) ao focar na manipulação, por meio da previsão prescritiva de contramotivos penais, do curso da manifestação comportamental do caráter volitivo do agente, termina por valorizar o **princípio da materialidade** (*não há ofensa ao bem jurídico sem agência*), já que, para todos os efeitos, só a conduta é suscetível de modificação (SCHOPENHAUER, 2014, p. 327); e

(c) ao conciliar liberdade da vontade e determinismo causal na forma de uma liberdade da vontade relativa identificável com a faculdade da contramotivacionalidade racional, termina por valorizar o **princípio da (co)culpabilidade** (*não há agência sem culpa*), com a vantagem adicional de enfim nos permitir compreendê-lo, pois, partindo-se da posição crítico-determinista de Schopenhauer (2002) no assunto, faz-se possível desenvolver uma leitura afastada tanto do determinismo burdo conducente à negação da culpabilidade quanto do livre-arbitrismo conducente à ideologia da liberdade absoluta da vontade historicamente instrumentalizadora do punitivismo e da meritocracia, as vigas mestras da sociedade capitalista, a qual, como sabido, precisa do Estado de polícia para proteger o Estado mínimo da burguesia "vencedora", de um lado

culpabilizando arbitrariamente a delinquência e a pobreza, e, de outro, premiando/recompensando arbitrariamente o ajustamento social e o sucesso material.

No entanto, a partir de uma (re)leitura mais crítica, detalhada e sistemática da justiça penal schopenhaueriana como a que aqui empreendemos, seria possível pôr em relevo suas outras, se não virtudes, potencialidades garantistas, a saber:

(d) ao ter em mente, do ponto de vista estrito de um jusnatural radicado no sentimento da compaixão, a motivação moral genuína evitadora da imoralidade causadora de sofrimentos injustos, e, do ponto de vista estrito do direito penal, o levantamento de barreiras contramotivacionais penais idôneas à contenção dos sofrimentos deriváveis das ações egoísticas mais graves ofensoras dos bens de maior monta da ordem do *ser*, termina por valorizar o **princípio da lesividade** (*não há necessidade de lei ou de pena sem ofensa a bem jurídico*), pois, por mais vital, necessário ou importante que seja o bem ofendido e, por conseguinte, por mais grave que tenha sido a ofensa, esta, para se configurar como injusto criminal no sentido próprio do termo, precisará aperfeiçoar-se num desdobramento material hábil à produção de lesão ou sofrimento injusto (*e.g.* que sofrimento ou lesão há, para o dono de uma grande rede de supermercados, na “injustiça” de um furto famélico de um pacote de bolacha? E, por outro lado, que injustiça há, a despeito de eventual sentimento de lesão ou sofrimento da “vítima”, no “furto” de qualquer “propriedade” outra que não a pessoal?... a lesividade exige que tanto o injusto quanto o seu efeito, o sofrimento, sejam factíveis, quando não reais, a risco de formalismo) (SCHOPENHAUER, 2005, p. 438 e ss.);

(e) ao definir a sanção penal como “a proporção correta em relação ao crime” ou “o valor adequado ao qual ela corresponde” (SCHOPENHAUER, 2014, p. 328), ou, ainda, como a coerção aflitiva, porque incidente sobre os bens da ordem do *ser*, manejada à guisa de reação aos crimes como ofensas aos bens mais valiosos constituidores do *ser*, termina por valorizar o **princípio da consequentialidade da pena em relação ao delito** (*não há pena sem crime*);

(f) ao parecer reservar a reação mais contundente do Estado, o direito penal, para a prevenção contra os ataques aos direitos e bens mais vitais, ou, melhor dito, para a tutela dos jusnaturais fundamentais referentes aos bens mais valiosos na medida em que constantes do *ser* e não do *ter* ou da *opinião pública* - salvo se visceralmente pegados à afirmação do *ser* -, termina por valorizar o **princípio da**

necessidade/economia do direito penal (*não há lei penal sem necessidade*) (SCHOPENHAUER, 2014, p. 329); e

(g) ao diferenciar a sanção penal *in abstracto* da sanção penal *in concreto* e ao recorrentemente advertir para a diferença de vingança e sanção penal, acena ao **princípio da jurisdicionariade** (*não há culpa sem processo*) (SCHOPENHAUER, 2005, p. 441 e ss.), e, por conseguinte, aos outros princípios a este conexos - perfeitamente acomodáveis ao paradigma ético-epistemológico de Schopenhauer (2005, p. 112 e ss.; 2019, p. 223 e ss.) - , tais como o **princípio do acusatório** (*não há processo sem acusação*), o **princípio do ônus da prova ou da verificação** (*não há acusação sem prova*) e o **princípio da defesa ou falseabilidade** (*não há prova sem ampla defesa*).

Por derradeiro, não nos esqueçamos, todavia, das limitações da justiça penal schopenhaueriana, as quais, pelo o que nos parece, não têm por causa o Schopenhauer filósofo do pessimismo, mas, sobretudo, o Schopenhauer racionalizador do pessimismo, como tal dado a convenientemente postar-se cético quanto às chances de êxito (*e.g.* Estado de direito forte, garantista, democrático e autorizado, na impossibilidade de se prescindir de todo do direito penal, a buscar a dissuasão preventiva das injustiças mais graves sob o signo da redução de danos) e apressurado quanto às formas de combate (*e.g.* Estado de direito mínimo, policialesco, autocrático e com licença para, em nome da dissuasão preventiva, valer-se de quaisquer meios, inclusive a pena de morte) de tudo o que figurasse contrário ou prejudicial aos seus interesses de classe e preconceitos mais arraigados.

Naturalmente, alguém poderia objetar que não seria lá muito justo afirmar que Schopenhauer fundamenta a pena de morte (*este ponto de convergência das debilidades jusfilosóficas schopenhauerianas*) unicamente no utilitarismo preventivo, dado que, como visto, a pena capital, em parte, também se justificaria pelo contrato social (todos se comprometeriam com abrir mão do homicídio, dando como garantia a própria vida no caso de descumprimento), e, em parte, também estaria cingida, ao menos, por alguma proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade do talião, segundo a qual, no caso, contra aquele que tenta matar ou que mata, deve-se reagir preventivamente com a execução de sua vida.

Mas a essa objeção - procedente do ponto de vista da literalidade do texto de Schopenhauer - se poderia facilmente responder chamando a atenção para:

(a) a circunstância de que os contraentes bem poderiam haver firmado um outro acordo a esse respeito, porventura à luz dos escrúpulos menos peremptórios, porque mais humanos, de que, se, de um lado, ninguém está livre da possibilidade de cometer um assassinato e de se arrepender (assente que, a despeito da imutabilidade do *coração*, a *cabeça*, pela qual aquele se manifesta comportamentalmente, é mutável), assim como, uma vez cometido, da tendência de querer escapar da punição, tanto mais se esta consistir na pena capital, e se, por outro lado, tendo em vista que ninguém está livre de ser assassinado, faz-se preciso prevenir e reagir à altura contra o homicídio, logo, que a pena para o crime capital seja grave, mas não a ponto de implicar a morte do assassino e tampouco de tornar a sua vida um destino pior que a morte;

(b) a escandalosa contradição entre as indisfarçáveis propensões vingativas ínsitas à proporcionalidade taliônica de uma tal pena de morte e sua pretensa função estritamente penal-preventiva; e

(c) as implicações sociais de uma liberdade da vontade de natureza relativa tal como a concebida por Schopenhauer (2002), as quais, ou se nega (ingênua ou cinicamente?) com aquele argumento tipicamente liberal de que “inúmeras pessoas vivem em iguais condições e não cometem crime, logo, a culpa é pessoal, logo, a pena, inclusive a capital, é justa, desde que proporcional, inclusive talionicamente, à culpa pessoal, e em grau de prevenir” (argumento da maçã podre), ou se enfrenta com o reconhecimento - no mais, deveras compatível a um humanismo compassivo - de que é-se tanto mais hipossuficientemente contramotivacionável, logo, só formalmente livre, logo, irresponsabilizável, quanto mais se padece da falta dos direitos e garantias fundamentais hábeis para, se não superar, ao menos mitigar os *déficits* ou vulnerabilidades comprometedores do exercício exitoso da faculdade contramotivacional, logo, da liberdade material, logo, da responsabilidade (argumento do barril podre).

Inclusive, admitindo-se que o ser humano não é só natureza ou só cultura, mas natureza (o dado) via cultura (o construído) (REALE, 2002a, p. 23 e ss.), mesmo os autores dos crimes mais nefastos, como os do colarinho branco/corporativos, os hediondos e os a estes equiparáveis, não deveriam ser submetidos a qualquer reação punitivista especialmente drástica e ou executados, não fosse por outra razão para, em nome da prevenção social contramotivacional futura presentemente calibrada pela coculpabilidade, se poder estudá-los, com vistas à identificar, além das eventuais causas naturais, as causas das falhas sociocontramotivacionais que terminaram por conduzi-los a comportamentos delitivos tão perniciosos. Obviamente, a sociedade

não pode, por impossível, evitar todos os crimes. Mas pode e deve se esforçar por aprender a evitar o mais possível, (sempre) *nos limites éticos da liberdade humana relativa*, todo e qualquer crime.

V.- Conclusão

Eis aí, pois, num jusfilosofar de coloração tirante a Schopenhauer, o direito penal tal como, em maior ou menor medida, sempre foi, é e se tentou e tenta justificar: aparato jurídico-estatal destinado ou que deve se destinar a (contra)motivacionar a conduta do destinatário da norma num sentido outro que não o conducente aos crimes ou injustos mais graves, mediante sanções penais previstas (legalmente) *in abstracto* e aplicadas (judicialmente) e executadas (administrativamente) *in concreto*, e cujo caráter justo se deve, para além de qualquer recondução do poder punitivo positivo à pressuposição de um jusnatural compassivo ou contratualismo social, à homogeneidade substancial que aparenta ter com o crime, dado que ambos tendem a se referenciar a uma mesma instância de bens, qual seja, a instância dos bens de maior monta conformadores do *ser* humano - que, do ponto de vista da criminalização, são ofendíveis, e, da punibilidade, afligíveis -, a par da devida apreciação do grau de responsabilidade pessoal e social.

Por fim, na medida em que nessa conclusão se verifica a pressuposição de um determinado modelo de direito natural, faz-se preciso advertir, a fim de evitar quaisquer mal-entendidos, que, isso inobstante, aí não vai nenhuma falácia naturalista, pois, se é certo que o *dever-ser* (positivo) não decorre necessariamente deste ou daquele *ser*, não é menos certo que o *dever-ser* (positivo) não advém do nada ou subsiste no vácuo, assente que advém de (e subsiste em) algum *poder-ser*, no caso, o *poder-ser* egoísmo ilustrado (des)legitimável por um jusnaturalismo de base compassiva objeto de um contrato social. Em outras palavras: todo *dever-ser* é não mais que a positivação de uma *possibilidade de ser* em detrimento de outra, no caso, a positivação do egoísmo ilustrado modulado compassivamente em detrimento do egoísmo puro e simples.

VI.- Referencial bibliográfico

- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CARDOSO, Renato César. A ideia de justiça em Schopenhauer. Belo Horizonte: Argumentvm, 2008.

- DURANTE, Felipe. Entre heresias e atualidades de Arthur Schopenhauer. Campinas, SP: Editora Phi, 2022.
- EAGLEMAN, David. Incógnito: As vidas secretas do cérebro. Trad. Rytta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 66 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.
- HOGENHUIS, Stijn. The disappearance of a victim-position. In: The criminal justice system as a social problem: An abolitionist perspective, Rotterdam, 1987, p. 167 e ss.
- GARLAND, David. Punishment and modern society: A study in social theory. Oxford, Clarendon Press, 1995.
- GROMET, Dena M.; DARLEY, John M. Punishment and beyond: Achieving justice through the satisfaction of multiple goals. In: Law & society review, Vol. 43, Number 1 (2009), p. 1-38.
- KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Trad. Valério Rohden. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KROON, Annette Godart-van der. Schopenhauer's theory of justice and its implication to natural law. In: Jahrbuch der Schopenhauer-Gesellschaft, Frankfurt am Main: Verlag Königshausen & Neuman Würzburg, Band 84, 2003, p. 121-145.
- LEFRANC, Jean. Compreender Schopenhauer. Trad. Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 2005.
- MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado - Parte geral - Vol. 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- MEDEIROS JÚNIOR, Waldir Severiano de. O fundamento de possibilidade crítico-determinista da imputabilidade jurídica - Schopenhauer e Kelsen. São Paulo: Dialética, 2023a.
- _____; CARDOSO, Renato César. O crime como fato típico ilícito culpável porque (contra)motivacionável: O contributo de Schopenhauer à teoria analítica do crime. In: Revista magister de direito penal e processual penal, v. 112, 2023b, p. 32-61.
- _____. Com Schopenhauer, para além de Schopenhauer: As virtudes, as limitações e as potencialidades garantistas da justiça penal

- schopenhaueriana. In: Revista LEX de criminologia & vitimologia, v. 8, 2023c, p. 7-44.
- _____; FRANÇA, Mhardoqueu Geraldo Lima. Um Schopenhauer anarquista? Os fundamentos de legitimidade e de funcionalidade da propriedade pessoal. No prelo. 2023d.
 - MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da coculpabilidade. Niterói: Impetus, 2006.
 - RAIHANI, Nichola J.; BSHARY, Redouan. Punishment: One tool, many uses. In: Evolutionary human sciences 1, e12, 2019, p. 1–26. (<https://doi.org/10.1017/ehs.2019.12>).
 - RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
 - REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.
 - _____. Filosofia do direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002b.
 - SCHOPENHAUER, Arthur. Aphorism on the wisdom of life. In: Parerga and paralipomena. Trans. E. F. J. Payne. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 1974 (Reissued 2000), p. 311-497.
 - _____. Sobre o fundamento da moral. Trad. Maria Lúcia Mello e Oliveira Cacciola. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
 - _____. Sobre la libertad de la voluntad. In: Los dos problemas fundamentales de la ética. Trad. Pilar Lopéz de Santa María. 2 ed. Madri: Siglo XXI, 2002, p. 35-132.
 - _____. O mundo como vontade e como representação. Trad. Jair Barboza. Tomo I. São Paulo: UNESP, 2005.
 - _____. O mundo como vontade e representação. Trad. Eduardo Ribeiro da Fonseca. Tomo II, Vol. 2. Curitiba: Ed. UFPR, 2014.
 - _____. Sobre a quadrúplice raiz do princípio de razão suficiente: Uma dissertação filosófica. Trad. Oswaldo Giacoia Jr. e Gabriel Valladão Silva. Campinas: Editora da Unicamp, 2019.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad, Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002.
 - _____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: Primeiro volume - Teoria geral do direito penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.