



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

Fellipe Guerra David Reis

**O CANIBAL DE ROTHENBURG:  
uma análise acerca da decisão do Tribunal Alemão**

**Juiz de Fora**

**2010**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

Fellipe Guerra David Reis

**O CANIBAL DE ROTHENBURG:  
uma análise acerca da decisão do Tribunal Alemão**

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do Título de bacharel em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora.

**Juiz de Fora**

**2010**

Fellipe Guerra David Reis

## **O CANIBAL DE ROTHENBURG: uma análise acerca da decisão do Tribunal Alemão**

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do Título de bacharel em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

---

**Professor Orientador Bruno Stigert de Sousa**

---

**Professora Kelly Cristine Baião Sampaio**

---

**Professor Abdalla Daniel Couri**

Juiz de Fora, 3 de dezembro de 2010

## **DEDICATÓRIA**

*Àqueles que me ajudaram nessa empreitada:*

*Bruno, Kelly, Denis e Thaís*

*“Liberdade – essa palavra que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda!.”*

Cecília Meireles

## RESUMO

O presente trabalho intenta buscar um conceito de Liberdade aplicável aos paradigmas de um Estado Democrático do século XXI, notadamente, um conceito que reflita o fim último de se promover a dignidade da pessoa humana. Para tanto se abordou a evolução histórica do conceito e a contraposição de duas formas clássicas de se lê-lo: o sentido ‘negativo’ e o sentido ‘positivo’ de liberdade. Constatou-se que, por justificar argumentos totalitários e discriminatórios, a leitura positiva da liberdade é incompatível com a pluralidade presente nas democracias atuais, portanto, o sentido ‘negativo’ é preferível. Contudo, a liberdade negativa necessita passar por uma releitura, considerando-se a função promocional do Estado Social, não sendo apenas a não-intervenção um critério suficiente. Chega-se assim não a uma contraposição, mas a uma hermenêutica de adequação principiológica entre os axiomas contidos na Liberdade e na Solidariedade. A partir de tal interpretação analisa-se o caso do alemão Armin Meiwes, o Canibal de Rothenburg, em especial a sentença proferida pela Suprema Corte de Justiça que revogou a sentença de primeira instância, condenando-o à prisão perpétua.

**Palavras-chave:** Liberdade, Solidariedade, hermenêutica, adequação, canibalismo, canibal, Rothenburg, Armin Meiwes, recurso, prisão perpétua.

## SUMÁRIO

<u>Folha de Rosto</u>	<u>01</u>
<u>Folha de Aprovação</u>	<u>02</u>
<u>Dedicatória</u>	<u>03</u>
<u>Epígrafe</u>	<u>04</u>
<u>Resumo</u>	<u>05</u>
<u>Introdução</u>	<u>07</u>
<u>Capítulo 1. A Liberdade</u>	<u>08</u>
<u>1.1. Inserindo a Liberdade na História</u>	<u>08</u>
<u>1.2. Os dois conceitos de Liberdade</u>	<u>12</u>
<u>1.2.1. Liberdade no sentido ‘negativo’</u>	<u>13</u>
<u>1.2.2. Liberdade no sentido ‘positivo’</u>	<u>16</u>
<u>1.3. Liberdade segundo John Stuart Mill</u>	<u>18</u>
<u>Capítulo 2. Liberdade e Solidariedade</u>	<u>23</u>
<u>2.1. O Conceito e o Princípio da Solidariedade</u>	<u>23</u>
<u>2.2. Liberdade e Solidariedade, um critério hermenêutico de adequação</u>	<u>24</u>
<u>Capítulo 3. O Canibal de Rothenburg</u>	<u>27</u>
<u>3.1. Strafgesetzbuch, o Código Penal Alemão</u>	<u>27</u>
<u>3.2. A história de Armin Meiwes, o Canibal</u>	<u>28</u>
<u>3.3. O Processo e a Condenação</u>	<u>30</u>
<u>3.4. Os fundamentos da decisão da Suprema Corte Federal, uma visão crítica se- gundo a hermenêutica de adequação principiológica</u>	<u>32</u>
<u>Conclusão</u>	<u>37</u>
<u>Bibliografia</u>	<u>39</u>

## Introdução

Como bem afirmou Cecília Meireles em o *Romanceiro da Inconfidência*<sup>1</sup>, Liberdade é um conceito que se encontra fundado em nossas concepções mais primitivas. É um anseio comum a todos os seres racionais que habitam essa pequena massa rochosa no cosmos: desde um catedrático da ‘Ivy League’ a um rizicultor chinês; de um fundamentalista a um modernista<sup>2</sup>.

E por qual motivo a liberdade ocupa um lugar de tal importância? Porque desde os contratualistas, notadamente Immanuel Kant, o conceito de liberdade – assim como o de igualdade – fundamenta a idéia de justiça e a preocupação com esta remonta ao momento de penetração da ‘Logos’ [razão] na sociedade política, ou seja, na Grécia clássica. Assim, logicamente, se a idéia de justiça assola os pensadores desde a Idade Antiga, e a partir dos Iluministas, associou-se à ele o conceito de liberdade, a definição de justo passa necessariamente por uma análise da liberdade.

Desta feita, jaz aí a importância, notadamente para os juristas, de se entender o conceito e os limites de liberdade. Vez que, indissociável à este, o ideal de justiça é o fundamento e fim último do Direito.

Então, qual é o limite da autonomia individual? Como deve ser a política Estatal ante a liberdade? Deve o Estado se portar de modo paternalista estimulando as práticas que a sociedade – ou o Estado propriamente – considera como ‘boas’ e reprimindo as ‘más’? Deve abster-se propiciando que os indivíduos erijam e desenvolvam, por si mesmos, seus planos de vida?

Pretensioso seria o objetivo de sanar todas as divergências existentes sobre esse tema. Contudo, intentar-se-á fazer uma análise crítica dos modelos existentes levando-se em consideração as diversas – e porque não dizer bizarras – formas de manifestação da subjetividade. Para tanto, utilizar-se-á o caso ocorrido na Alemanha no ano de 2001 do vulgarmente conhecido Canibal de Rothenburg: Armin Meiwes.

---

<sup>1</sup> MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência* – Romance XXIV: “Liberdade – essa palavra que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda!”

<sup>2</sup> Neste sentido conferir: SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, PROED. 1995

## 1. A Liberdade

A delimitação dos contornos evolutivos do conceito de liberdade segundo seus principais expoentes, bem como a diferenciação entre a sua interpretação ‘positiva’ e ‘negativa’, são bases para que se determine a leitura condizente com uma democracia contemporânea notadamente complexa. O substantivo desvinculado dessa base é um conceito por demais amplo que comporta tanto valores de autonomia como também formas justificativas de governos totalitários. Assim, apenas com a delimitação de seu conteúdo, dada por tais bases, é que se pode concebê-lo como tradução de um ideal de justiça e de dignidade humana.

### 1.1. Inserindo a Liberdade na História

Immanuel Kant (1724-1804) não foi o único a dar à liberdade um enfoque distinto, mais relevante, do até então adotado pelos que o precederam. Com ele também Locke, Montesquieu e Rousseau constataram a importância desta para a justiça<sup>3</sup>.

Entretanto, Kant foi, sem dúvidas, o protagonista, pois viu a necessidade de uma ética universal que fosse capaz de inserir o homem na esfera do *Sollen* (dever-ser) e não mais do *Sein* (ser), quis uma natureza humana estável e não variável, como os filósofos empiristas ingleses a conceituaram; desejava a natureza humana *livre*. Com isso, influenciou, direta ou indiretamente, todos os filósofos do século XIX e XX.

Esta manifestação do dever-ser são os imperativos categóricos, verdadeiros princípios de justiça. Através deles Kant apresenta um critério máximo para o ajuizamento da moralidade, vez que, como um dever-ser, o imperativo nos exorta a agir moralmente, ou seja, segundo máximas universalizáveis que seriam, conforme afirma Höffe citando Kant, “proposições fundamentais subjetivas do agir, que contém uma determinação da vontade e dependem de diversas regras práticas<sup>4</sup>”.

---

<sup>3</sup> Apesar de ser usualmente vinculado à idéia de comunitarismo, isto é, oposta ao liberalismo, Rousseau foi fundamental para a filosofia kantiana como o próprio Kant assim o reconheceu. Ele deixou claro que Rousseau o inspirou pelo fato de mostrar que não se encontra o ético por abstrações filosóficas, mas sim no homem comum. A grande contribuição de Rousseau para a ética kantiana foi a identificação da *liberdade* com a lei; até então, a lei era vista como entrave à liberdade, mas Rousseau redefiniu a *liberdade* como a *obediência à lei a si mesma prescrita*. É a liberdade que Kant admirou em Rousseau – o homem livre de si para si.

<sup>4</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. 1º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

Na filosofia kantiana os imperativos categóricos não limitam a liberdade como pensaram – e criticaram – alguns. Pelo contrário, como ressalta Joaquim Carlos Salgado<sup>5</sup>, “*porque o homem é livre, sobreeleva-se ao instinto e só poderá viver em sociedade com outros seres também livres, se o seu arbítrio é limitado por regras, por normas, por um dever ser*”.

Além, inserida no conceito kantiano de liberdade, encontra-se a idéia de autonomia identificada como autonomia da razão ou moral. E que, como bem traduz Denis Franco Silva citando J.B. Schneewind<sup>6</sup>, é “uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas de caráter natural ou teológico<sup>7</sup>”.

Pode-se assim, sintetizar o conceito kantiano de liberdade nas palavras de Otfried Höffe como:

[...] a independência de toda natureza, revela-se na Ética como a liberdade prática (moral), como a autodeterminação. A vontade livre de toda a causalidade e determinação estranha dá a si mesma sua lei. Por conseguinte, o princípio de todas as leis morais encontra-se na autonomia, na autolegislablidade da vontade<sup>8</sup>.

Em conseqüência, um Estado Racional (ou livre) seria um Estado governado por leis que todos os homens racionais acatariam livremente; isto corresponde a dizer, leis que eles mesmos teriam promulgado se lhes tivessem perguntado quais.

Começando, como dito, com os contratualistas, o liberalismo é uma doutrina que tem vários patronos e, entre eles John Stuart Mill (1806-1873), cuja obra *Sobre a Liberdade* é fundamental para o presente trabalho.

<sup>5</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, PROED. 1995

<sup>6</sup> SILVA, Denis Franco. “O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução”. In: *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>7</sup> Embora a noção kantiana de autonomia moral tenha inspirado a construção do conceito de autonomia privada dentro do direito privado, conforme ressalta Denis Franco Silva, “[...] Não há que se falar, portanto, na existência de equivalência entre a construção kantiana de autonomia e o modo pelo qual se estruturou, tradicionalmente, aquilo que chamamos de autonomia privada na ciência do direito.” E continua citando Maria Venegas Grau: “[...] pode-se falar somente de uma influência indireta da filosofia das luzes, e não de uma transposição desta para o âmbito do direito positivo.” Ou então, segundo Georges Rouhette, “da influência de uma “vulgata kantiana”, na qual, melhor do que invocar a conversão dos juristas ao pensamento kantiano, diretamente tomado de seus textos, seria afirmar uma inspiração dos mesmos por uma autonomia da vontade simplificada e, até mesmo, falseada”. Cf.: SILVA, Denis Franco. “O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução”. In: *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>8</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. 1º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 219.

A tradição liberal francesa protagonizada por Montesquieu, Benjamin Constant, Tocqueville, entre outros, tratava das condições sociais da ação política e elaborava uma perspectiva liberal levando-se em conta a distinção entre as instituições políticas e a estrutura social. Os franceses buscaram construir a teoria política liberal com base em uma teoria de mudança social e histórica<sup>9</sup>. Por sua vez não foi este o caminho trilhado pelos ingleses que começando com Locke e continuando com Hume e Stuart Mill, foram filósofos da mente e edificaram os seus argumentos políticos com base em uma teoria do conhecimento de cunho empírico, no contexto de uma preocupação metodológica com regras de rigor e possibilidades de verificação<sup>10</sup>.

A obra de Mill, *‘Sobre a Liberdade’*, obedece à tradição inglesa assim como o estilo dedutivo do reformismo utilitarista característico do autor. Sua vertente utilitarista se deu, notadamente, pela criação que recebeu de seu pai, James Mill, amigo e companheiro de Bentham na luta das idéias. Entretanto, – e está aí algo que poucos conhecem ou reconhecem – como o próprio Stuart Mill afirma em sua autobiografia, ele passou por um processo de amadurecimento afastando-se da ortodoxia utilitarista por achá-la reducionista<sup>11</sup>. Por conta dessa mudança em seu pensamento, foi visto de uma maneira dicotômica: elitista *versus* democrático. Assim, “no esforço importante de conciliar essas duas imagens contrastantes, Gertrude Himmelfarb buscou mostrar que existem dois Stuart Mill. O jovem dos anos 30, um conservador-elitista que reaparece depois da morte de sua mulher Harriet Taylor em 1858, e o Stuart Mill do *Sobre a Liberdade* e dos escritos sobre a paridade dos sexos, profeta da liberdade e teórico, por excelência, do liberalismo democrático<sup>12</sup>,”

*Sobre a Liberdade* parte do princípio geral que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. Tal princípio e as suas derivações serão objeto de análise mais detida adiante.

Seguindo o critério cronológico, no século XX tem-se, principalmente, Isaiah Berlin (1909-1997)<sup>13</sup>, importante filósofo do século passado e lembrado como o principal expoente da escola liberal de sua geração; John Rawls (1921-2002); e Carlos Santiago Nino (1943-1993).

---

<sup>9</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2º Ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 12

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> MILL, John Stuart. op. cit. p. 13

<sup>12</sup> MILL, John Stuart. op. cit. p. 15

<sup>13</sup> Há que se ressaltar que Berlin se preocupou em descrever as vertentes existentes de liberdade, apontando-lhes críticas, contudo, não pretendeu construir uma teoria própria sobre elas.

A teoria da justiça de John Rawls tem uma matriz eminentemente kantiana como o próprio autor afirma, tendo ele, inclusive, dedicado vários capítulos de sua obra *'História da Filosofia Moral'* ao pensamento de Kant. Entretanto, houve distanciamentos. Rawls pretendeu que seu liberalismo construtivista fosse meramente político, não ético, como de Kant e também de Hume<sup>14</sup>; distanciou-se, desde logo, da perspectiva de primeira pessoa kantiana, que eleva a máxima de sua ação à lei universal propondo, ao revés, dois princípios substantivos de justiça<sup>15</sup>:

- 1) Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas compatíveis com um sistema de liberdade similar a todos;
- 2) As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de modo que sejam:
  - a) para o maior benefício dos que têm menos vantagens e;
  - b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade de oportunidade equitativas<sup>16</sup>.

Ademais, Rawls foi de encontro ao racionalismo puro de Kant e procurou sanar as falhas derivadas da teoria do filósofo de Königsberg de ser uma teoria monológica e não dialógica da moralidade<sup>17</sup>.

Ainda neste contexto faz-se mister observar, como faz Will Kymlicka, que Rawls não está endossando um princípio geral de liberdade de tal modo que qualquer coisa possa ser assim chamada, ele está, propriamente, dando proteção especial ao que chama de 'liberdades básicas', termo que usa para designar os direitos-padrão civis e políticos nas democracias liberais.

<sup>14</sup> NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 85.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. Trad. Luís Carlos Borges. 1º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 67

<sup>17</sup> Há quem considere, como Habermas, que Rawls não logrou êxito nessa tentativa de construção dialógica da moralidade. Por sua vez, *"Habermas propõe uma mudança de paradigma: da filosofia da consciência para a teoria da interação, da razão reflexiva para a razão comunicativa. Com essa nova "revolução copernicana" Habermas procura resgatar a validade da teoria cognitiva da razão sem incorrer nas limitações impostas por Kant. A razão comunicativa proposta por Habermas é essencialmente dialógica, substituindo o conceito monológico da razão pura de Kant. Ela não mais se assenta no sujeito epistêmico, mas pressupõe o grupo numa situação dialógica ideal. A verdade produzida nesse novo contexto é processual e depende dos membros integrantes do grupo. Nesta nova concepção da razão comunicativa a linguagem torna-se elemento constitutivo."* Cf.: FREITAG, Barbara. *A Questão da Moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas*. Disponível em: < <http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/pdf/vol01n2/a%20questao.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2010.

Concluindo o propósito de classificar historicamente o pensamento de alguns dentre os mais eloqüentes expoentes da idéia de liberdade, esbarra-se em Santiago Nino.

Santiago Nino, como ele próprio afirma, estaria entre Rawls e Habbermas, pois adotou uma abordagem construtivista que intentava deduzir seus princípios éticos fundamentais das pressuposições do discurso moral. Esses princípios substanciais, que compreendem o núcleo de uma teoria que aspira capturar os componentes essenciais do liberalismo político são: o princípio da autonomia; o princípio da inviolabilidade; e o princípio da dignidade. O primeiro princípio expressa a concepção do autor do bom: aquelas coisas, e somente elas, que foram avaliadas pelo indivíduo em questão. O segundo impõe restrições deontológicas à perseguição daquele bem. E, o terceiro princípio, admite o consentimento individual permitindo às pessoas renunciarem os direitos reconhecidos pelo segundo.

Nota-se que o que Nino denominou ‘autonomia da pessoa’ é o que foi chamado pelos demais de liberdade e, embora haja um esforço teórico para diferenciar tais conceitos, tal distinção, por ser extremamente tênue, não se mostra necessária para os fins do presente estudo.

## **1.2. Os dois conceitos de Liberdade.**

Como bem asseverou Isaiah Berlin, quase todos os moralistas na história humana têm entoado loas à liberdade com os mais diversos significados que o termo poderia abarcar: felicidade e bondade, natureza e realidade, etc. O significado do termo não poderia ser mais poroso. Assim como delimitou o referido autor os sentidos de liberdade os quais trabalharia, dentre “*os mais de duzentos sentidos dessa palavra protéica registrados*”<sup>18</sup>, também assim se faz, analisando-se os aspectos da Liberdade em sentido “positivo” e “negativo”.

Por detrás desses dois conceitos de liberdade está a controvérsia sobre se a mera imoralidade de um ato constitua razão suficiente para que o direito nele interfira<sup>19</sup>. A posição liberal sustenta, nesse sentido, que o direito não pode estar dirigido à impor modelos de condutas pessoais ou planos da vida que, por sua vez, pressupõe modelos de ‘virtude’. A posição oposta, os conservadores, afirmam que é missão do Estado fazer com que os homens se orientem corretamente elegendo para si formas de vida virtuosa e ideais de excelência.

---

<sup>18</sup> BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 135

<sup>19</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel S.A., 1989. p. 202.

Segundo Ronald Dworkin, conforme é citado por Santiago Niño, ambas as posições derivam de uma interpretação diferente do princípio da igualdade:

A primeira teoria [liberal] da igualdade supõe que as decisões políticas devem ser, na medida do possível, independentes de qualquer concepção sobre a vida boa ou sobre o que dá valor à vida. Desde que os cidadãos de uma sociedade difiram em suas concepções, o governo não os trata como iguais se prefere uma concepção à outra, seja porque os funcionários pensam que uma delas é intrinsecamente superior ou porque ela é sustentada pelo grupo social mais numeroso ou mais poderoso. A segunda teoria [conservadora] argúi, pelo contrário, que o conteúdo do tratamento igualitário não pode ser independente de alguma concepção do bom para o homem ou do que é bom na vida, já que tratar uma pessoa como um igual significa tratá-la de uma forma em que uma pessoa boa e sábia desejaria ser tratada. O bom governo consiste em promover ou ao menos reconhecer aquelas vidas que são boas; o tratamento igualitário consiste em tratar a cada pessoa como se ela estivesse desejosa de materializar a vida que é realmente boa ao menos na medida do possível.<sup>20</sup> (grifo nosso)

### 1.2.1. Liberdade no sentido ‘negativo’

O conceito negativo clássico de liberdade se relaciona intimamente com o ideal político liberal e sua tradução mais recorrente é no princípio da autonomia da pessoa humana que, nas palavras de Santiago Niño, prescreve:

sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução

---

<sup>20</sup> “La primera teoría (liberal) de la igualdad supone que las decisiones políticas deben ser, en la medida de lo posible, independientes de cualquier concepción sobre la vida buena o sobre lo que da valor a vida. Desde que los ciudadanos de una sociedad difieren en sus concepciones, el gobierno no los trata como iguales si prefiere una concepción a otra, sea porque los funcionarios piensan que una de ellas es intrínsecamente superior o porque ella es sostenida por el grupo social más numeroso o más poderoso. La segunda teoría (conservadores) arguye, por el contrario, que el contenido del tratamiento igualitario no puede ser independiente de alguna concepción de lo bueno para el hombre o de lo que es bueno en la vida, ya que tratar una persona como a un igual significa tratarla de la forma en que una persona buena y sabia desearía ser tratada. El buen gobierno consiste en promover o al menos reconocer aquellas vidas que son buenas; el tratamiento igualitario consiste en tratar a cada persona como si ella estuviese deseosa de materializar la vida que es realmente buena al menos en la medida que esto es posible.” DWORKIN, Ronald. apud NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel S.A., 1989. p.204

individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais que cada um sustenta, impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução <sup>21</sup>. (traduziu-se)

É, portanto, o conceito negativo de liberdade a eleição individual de planos de vida e sua persecução segundo as convicções próprias de cada indivíduo, devendo o Estado abster-se de as valorar negativamente como também de qualquer forma de intervenção que possa influir nessas eleições e persecuções. Ademais, cabe também ao Estado proteger os sujeitos de interferências externas, ou seja, de terceiros que possam também influir nas formas de concretização desses ideais subjetivos. Sobre isso afirmou Stuart Mill, um dos mais celebrados defensores desse conceito:

Todos os erros que um homem é passível de cometer, apesar de conselhos e advertências, são em muito sobrepujados pelo malefício de permitir que outros o constrejam a fazer o que consideram bom <sup>22</sup>.

A liberdade é, deste modo, traduzida como não-intervenção onde os sujeitos podem, livremente e segundo seus valores, perseguirem os ideais que elegem para sua vida. Não há, nessa idéia de liberdade, qualquer interferência das valorações morais objetivas por parte do Estado e/ou sociedade sobre o bom, o justo, o certo, etc.

Por sua vez, as conseqüências dessas valorações subjetivas de bem-estar devem estar relacionadas ao sujeito que as elegeu e apenas a ele, ou seja, independentemente de qual será a conseqüência da realização de seus planos da vida, estas não podem influir, direta ou indiretamente, em terceiros, isto é, não podem interferir nos planos da vida destes

Embora as fronteiras as quais devam ser traçadas as referidas áreas de não-interferência dentre os liberais seja extremamente controversa e um campo ilimitado de discussões – o direito objetivo, os direitos naturais, da utilidade ou em termos de um imperativo categórico, da sacralidade do contrato social, ou qualquer outro conceito utilizado

---

<sup>21</sup> *“siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.”* NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel S.A., 1989 p. 204

<sup>22</sup> MILL, John Stuart. apud BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 140

para justificar as próprias convicções<sup>23</sup> – o limite máximo seria sempre a individualidade do outro. Apesar de móveis, as fronteiras são sempre identificáveis.

Críticas não faltam sobre a liberdade no sentido de meta ‘negativa’, contrapondo-se à interferência. Alguns liberais, notadamente Stuart Mill, defenderam que essa forma de liberdade é uma condição necessária para o aperfeiçoamento do gênio humano, o que foi alvo de implacáveis críticas. O mais notável nessa empreitada foi James Stephen<sup>24</sup> que asseverou que sentimentos como integridade, amor à verdade e individualismo apaixonado, intensificam-se na mesma frequência em comunidades rigidamente disciplinadas, ou sob a disciplina militar, do que em sociedades mais tolerantes ou indiferentes, ou seja, tais sentimentos poderiam aflorar em sociedades onde o dogma castra o pensamento, não sendo, necessariamente, derivados do aperfeiçoamento do gênio humano causado pela liberdade.

Foi também alvo de críticas a idéia que essa suposta não-interferência seria impossível vez que os homens, em grande parte, são interdependentes e nenhuma atividade é completamente privada de modo que jamais venha a produzir efeitos na esfera de terceiros de uma forma ou outra: “A liberdade do tubarão é a morte para as sardinhas<sup>25</sup>”. Essa afirmação, embora verídica, foi utilizada em um discurso crítico de políticas economicamente liberais, ou seja, como usufruiria um camponês da liberdade se lhe faltava o que comer?

Outras críticas deram-se, mas como se relacionam com o *perfeccionismo* – intimamente relacionado com o conceito de liberdade positiva – serão abordadas a frente.

Um ponto sobre o qual merece que sejam tecidas algumas considerações foi a afirmação feita acima de que a tradução da liberdade em sentido de não-intervenção – negativa – não realiza valorações sobre o bom, justo e o certo. Essa afirmação pode gerar controvérsias falaciosas, infundadas como acontece na assertiva de Santiago Nino: “o liberalismo, indubitavelmente, descansa em uma concepção do bom, ou do que é socialmente bom, segundo o qual a autonomia dos indivíduos para eleger e materializar projetos e estilos de vida é intrinsecamente valiosa<sup>26</sup>” (traduziu-se).

De fato, os liberais valoram positivamente a idéia de liberdade traduzida no princípio máximo da autonomia da pessoa humana. Tal princípio é tanto individualmente quanto socialmente bom. Contudo, isto não guarda relação com a assertiva retro mencionada, pois, o

---

<sup>23</sup> BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 139

<sup>24</sup> BERLIN, Isaiah. op. cit. p. 141.

<sup>25</sup> BERLIN, Isaiah. op. cit. p. 137

<sup>26</sup> NINO. Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel S.A., 1989. p. 209.

que se afirmou foi o fato de que o liberalismo, da forma como foi exposto, não valora moralmente expressões da subjetividade, ou seja, não há uma caracterização de uma conduta individual por critérios de moralidade postos (certo ou errado; justo ou injusto...). Tal análise cabe tão somente àqueles cujas decisões influenciarão seus respectivos planos de vida.

### 1.2.2. Liberdade no sentido ‘positivo’

A liberdade no sentido ‘positivo’ caracterizou-se inicialmente no desejo do indivíduo de ser “*seu próprio amo e senhor*”<sup>27</sup>, isto é, sem qualquer interferência externa na própria vida e nos processos de tomada de decisões.

Neste sentido, a liberdade no sentido de ser-se amo e senhor de si mesmo – sentido positivo – e a liberdade caracterizada pelo não impedimento por terceiros de se escolher o que se quer – sentido negativo – aparentam ser conceitos não muito distintos, mas apenas formas diferentes de expressá-los. Entretanto, como aponta Isaiah Berlin<sup>28</sup>, tais conceitos se desenvolveram historicamente em sentidos diferentes o que culminou no choque entre ambos.

O momento desse distanciamento entre os dois sentidos de liberdade pode ser identificado na metáfora do autodomínio adquirido. Seguindo a premissa de “não serei escravo de ninguém”, questionou-se a possibilidade de ser escravo da natureza, das paixões ‘irrefreadas’, pois tais paixões sujeitariam o indivíduo à mesma condição de escravidão repudiada. Chega-se, assim, ao embate entre o ‘ego empírico’ e o ‘ego verdadeiro’, onde este se identificaria com a “natureza superior do homem” que constrói racionalmente algo bom, que satisfaz as necessidades do sujeito a longo prazo. Tal ego é dominante em relação ao ‘empírico’ caracterizado pelos impulsos irracionais, os prazeres imediatos, ‘a natureza inferior’. Por esse contexto de turbulência entre os ‘egos’ seria possível (como algumas vezes necessário) que os mais esclarecidos determinem objetivos (o bom, o justo...) aos menos, e os coajam a persegui-los, já que estes mesmos o fariam se não fossem ignorantes, corruptos. Se fossem racionais, os dominados pelo ‘ego empírico ou heterônomo’ não imporiam resistência a tal ingerência vez que identificariam ‘melhor’ seus próprios interesses, os identificaria como o coator tão bem o faz.

O sentido positivo de liberdade perfectibiliza-se de modo que em nome de um ideal de bom, de justo, castra-se a autonomia individual determinando um modelo de conduta a ser

---

<sup>27</sup> BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 142

<sup>28</sup> Idem.

seguido. Os comportamentos desviantes, por serem irracionais e, conseqüentemente, incapazes de julgar ‘bem’ seus próprios interesses, devem ser combatidos.

A liberdade positiva, portanto, pode ser identificada com um critério objetivista, vez que afere objetivamente o que são planos de vida e interesses ‘melhores’. Em clara oposição ao sentido negativo de liberdade que, partindo de um critério subjetivista, deixa a cargo dos próprios indivíduos a eleição daquilo que se mostra melhor a eles e tão somente eles.

Baseadas, direta ou indiretamente, nessa idéia objetiva de liberdade, algumas doutrinas filosóficas surgiram em oposição ao liberalismo e ao princípio da autonomia da pessoa, conforme ensina Santiago Nino, constituindo uma das formas, dentre tantas outras, de visão totalitária da sociedade: o perfeccionismo, o holismo, e o determinismo normativo<sup>29</sup>. Atualmente, contudo, filósofos defensores deste critério objetivista, de concepção política perfeccionista, afirmaram a compatibilidade de tal critério com o liberalismo – conseqüentemente abrandou-se a concepção perfeccionista tradicional. Charles Taylor, Vinit Haksar e Joseph Raz são os citados por Nino nessa empreitada<sup>30</sup>.

Taylor sustenta que as teorias negativas de liberdade não dão conta de que muitas vezes elegemos mal nossos objetivos, nossos planos de vida, ou tais desejos estão determinados por causas internas fora de nosso controle. Portanto, as restrições à esfera privada são importantes para a vida humana<sup>31</sup>.

Por sua vez Vinit Haksar, mais diretamente, defende que a concepção perfeccionista valora positivamente os planos da vida que expandem a autonomia individual, o que implica que outros planos têm um status inferior ainda que não se siga que os indivíduos que os elegem ou executam sejam inferiores e, tão pouco que tais planos não devam ser realizados. O que, segundo Haksar, o Estado pode fazer é abster-se de facilitar a execução desses planos da vida degradantes e, por outro lado, incentivar a propagação dos planos melhores. O compromisso é, em suma, desestimular as formas inferiores de vida, tolerando-se quem as deseja seguir e ainda permitindo a livre discussão dos méritos de tais formas<sup>32</sup>. Similar a Haksar, na interpretação de Nino, Joseph Raz afirma que é impossível ser indiferente a ideais de bom excluindo-os da ação política<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Não nos adentraremos pelas especificidades de cada uma, mas apenas no seu argumento de liberdade. Cf.: NINO. Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel S.A., 1989. p. 199.

<sup>30</sup> NINO. Carlos Santiago. op. cit. p. 205-211.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Idem.

Apesar de todo esse esforço conciliatório, é pertinente a afirmação de Berlin quando aduz que “*todas as formas de adular os seres humanos, de pegá-los e moldá-los aos nossos padrões, contra a sua própria vontade, todos os controles e condicionamentos do pensamento, tudo isso é uma negação do que há de homem no homem e em seus valores finais*”<sup>34</sup>.

Portanto, não se pode conformar o sentido ‘positivo’ de liberdade a um Estado notadamente heterogêneo do século XXI, pois, mesmo que se intente o contrário, seu argumento fundamental, sua construção, é justificadora de argumentos totalitários, argumentos hodiernamente intoleráveis.

### 1.3. A Liberdade segundo John Stuart Mill

Como já afirmado, Stuart Mill possui um viés utilitarista até pela sua criação extremamente próxima a Bentham, um dos precursores desta corrente. Entretanto, não deve ser de pronto desmerecido vez que, como salientou Gertrude Himmelfarb<sup>35</sup> em seu segundo momento caracterizou-se pelo viés eminentemente democrático.

Ele não trata da liberdade do querer e sim da liberdade civil ou social, ou seja, a natureza e os limites do poder de a sociedade, legitimamente, exerça sobre o indivíduo. Isso o torna, indiscutivelmente, atual, pois mesmo nos dias atuais, a despeito de a grande quantidade de produção científica nesta área, tais limites ainda não foram bem delimitados e, se assim foram por alguns, não se levou em conta as peculiaridades intrínsecas da subjetividade capaz de se manifestar, especialmente nos dias atuais, de inúmeras formas.

Para Mill, a luta entre Liberdade e Autoridade remonta aos tempos antigos da Grécia e Roma, contudo, nesta fase, esse debate se travou entre os súditos, ou alguma classe deles, e o governo. “*Liberdade significava a proteção contra a tirania dos governantes*”<sup>36</sup>. O poder destes governantes era encarado como necessário, mas altamente perigoso, uma arma que usariam contra seus súditos não menos do que contra inimigos externos. Desta feita, a finalidade dos patriotas consistia em pôr limites ao exercício desse poder de modo a “*evitar que os membros mais fracos da comunidade fossem pilhados por inumeráveis abutres*”<sup>37</sup>. Tal limitação era o que entendiam por liberdade e foi tentada de duas maneiras: 1) o

<sup>34</sup> BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 147.

<sup>35</sup> Vide considerações acima p. 10.

<sup>36</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2° Ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 45

<sup>37</sup> Idem.

reconhecimento de certas imunidades, conhecidas por liberdades ou direitos políticos cuja infração era considerada quebra de dever justificando uma resistência específica ou uma rebelião geral; e 2) posterior ao primeiro, consistia no estabelecimento de freios constitucionais, pelos quais o consentimento da comunidade, ou de algum corpo que se supunha representar os interesses da mesma, se tornava uma condição necessária para alguns dos mais importantes atos de poder do dominante.

Com o início da aspiração por governantes eleitos temporariamente – a democracia – pensou-se que se havia dado uma importância excessiva no interesse de limitar o poder dos governantes, pois como prosseguisse a luta para fazer o poder dirigente emanar da escolha dos governados, e os governantes eleitos compartilhariam da mesma ‘vontade’ dos que o elegeram, não haveria motivo do povo se proteger contra a própria vontade. Mas, nas palavras de Mill, “*em matéria de teorias políticas e filosóficas, como em matéria de pessoas, o sucesso revela defeitos e fraquezas que o insucesso poderia ter ocultado à observação*<sup>38</sup>”.

Com a mudança da forma de governo em boa parte do globo para as repúblicas democráticas, as observações e críticas foram surgindo. Constatou-se que o ‘poder do povo sobre si próprio’ não exprimia o verdadeiro estado das coisas, pois o ‘povo que governava’ não era o mesmo do ‘povo governado’. “*Ademais, a vontade do povo significava, propriamente, a vontade da mais numerosa e ativa parte do grupo*<sup>39</sup>”. O ‘povo’ pode desejar oprimir uma parte de si mesmo e as precauções para tanto são tão necessárias contra qualquer outra forma de abuso de poder.

Os mais refletidos, conforme Mill, perceberam que quando a própria sociedade é o tirano contra os indivíduos separados que a compõe, seus abusos não se restringem a atos praticados por seus agentes públicos. Assim, “*se ela (a sociedade) expedir mandatos relativos a coisas nas quais não deve intrometer-se, pratica uma forma de tirania social mais terrível que muitas formas de opressão política, desde que, embora não apoiada ordinariamente nas mesmas penalidades extremas que estas últimas, deixa, entretanto, menos meios de fuga que elas [...]. A tirania da opinião e do sentimento dominantes [...]*<sup>40</sup>”.

Com a constatação de tal problema e a necessidade de uma solução para ele, Mill aduz que achar uma solução é indispensável para a boa condição dos negócios humanos como a proteção contra o despotismo político.

---

<sup>38</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2º Ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 47

<sup>39</sup> MILL, John Stuart. op. cit. p. 48

<sup>40</sup> MILL, John Stuart. op. cit. p. 48-49

Um grande passo na teoria do autor em exame foi a caracterização dos sentimentos humanos como determinantes na crença de um indivíduo de que todos seriam solicitados a agir como ele. Ninguém reconheceria que o seu próprio critério de julgamento seria a sua preferência e que, para um homem comum, sua própria preferência é não apenas uma razão cabalmente satisfatória, mas, em regra, a única que ele admite para quaisquer de suas noções de moralidade, gosto e decoro.

Desta feita, conclui-se que a democracia entendida como o governo ‘do povo’ é a expressão da vontade de uma maioria ou da parcela mais ativa da sociedade. E que, sendo as preferências e aversões da sociedade, ou de parte poderosa dela, a principal determinante das normas postas para a observância geral, sob as penalidades legais ou de opinião, as formas de abusos por parte de governos democráticos podem ser mais tirânicas do que em governos autoritários. Portanto, naqueles, mister se faz a proteção da individualidade notadamente de parcelas minoritárias da sociedade. E o motivo pelo qual, segundo o autor, existiria menos incursões por parte de entidades governamentais do que da opinião pública propriamente é porque a maioria ainda não ‘aprendeu’ a sentir o poder governamental como seu próprio poder.

Um dos poucos, se não o único caso a conquistar tutela, desde o princípio, e se manter sólido foi a liberdade da crença religiosa. Pois, segundo Mill, “*o odium theologicum, num devoto sincero é um dos mais inequívocos casos de sentimento moral*<sup>41</sup>”.

Aqui faz-se algumas considerações. Mesmo após 151 anos da publicação da obra ora em exame, as alusões e problematizações do autor são sensivelmente hodiernas. Em um mundo onde, pelo alargamento das fronteiras culturais, pela complexidade que tem se apresentado a vida, as aspirações e sentimentos do homem contemporâneo ainda se pautam, não raras vezes, pelas suas próprias preferências, pelos seus critérios de certo e errado, ‘bom’ ou ‘ruim’, em detrimento (ou julgamento) dos demais. Particularmente, o sentimento religioso, embora respeitado por uma boa parcela da população mundial, é fundamento das grandes barbáries do nosso tempo<sup>42</sup>.

Retomando-se então as preleções de Stuart Mill, após aludir os marcos históricos que circundavam o termo liberdade, bem como a motivação dos seres humanos ao julgar

---

<sup>41</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2º Ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 51

<sup>42</sup> É necessário que se teça a consideração de que em absoluto estamos defendendo um ou outro lado na Guerra que vem sendo travada nos dias atuais: a chamada ‘Guerra contra o Terror’, onde, de um lado, estão fundamentalistas religiosos e de outro, governos autoritários que desprezam a soberania de outros povos. De ambos os lados, no nosso entendimento, o ódio étnico e/ou religioso é fundamento da opressão.

determinados modelos de conduta segundo seus próprios critérios, preferências, delimita o propósito da sua obra:

O objeto deste Ensaio é defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples<sup>43</sup>, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente.<sup>44</sup>

Com este fragmento, pode-se resumir o cerne do pensamento de *Sobre a Liberdade* e sua aceção altamente democrática<sup>45</sup>. A liberdade é vista como a possibilidade de se eleger e seguir os planos de vida segundo a própria concepção e caráter. Liberdade é ainda arcar com as conseqüências das referidas escolhas sem o impedimento por parte dos pares, ainda que considerem a “*conduta louca, perversa ou errada*”<sup>46</sup>, se o que se elege ou se faz não os prejudica, ou seja, pelo princípio do dano.

Convém que se sejam tecidas algumas considerações sobre o Utilitarismo de Stuart Mill.

Curiosamente o Utilitarismo é uma corrente da moral filosófica que é alvo de inúmeras e veementes críticas, podendo-se dizer inclusive, de preconceito por parte dos cientistas. E tal preconceito passa-se adiante, pois inegável é o fato que aparentemente tem-se contato com a moral utilitarista através de seus críticos e não de seus expoentes. “*Para o bem ou para o mal, quase todos os tratados de política, direito, teoria social ou Ética, se debatem contemporaneamente contra o Utilitarismo, ou antes, contra uma caricatura dele*”<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> A idéia do simples, neste contexto, pode ser remetida ao fato de que embora possuísse um viés utilitarista como já afirmado, Mill desprezava as abstrações e complexidades dessa corrente. A utilidade para ele é baseada nos interesses do homem como ser progressivo.

<sup>44</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2º Ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 53

<sup>45</sup> Por democrática queremos afirmar não a construção tradicional do termo de ser esta o ‘governo da maioria’. Pelo contrário, usamos o termo no sentido atualmente empregado pelos existencialistas, ou seja, de que democracia consiste, primordialmente, a proteção dos interesses das minorias.

<sup>46</sup> Cf. MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2º Ed. Petrópolis: Vozes, 1991. P. 56

<sup>47</sup> MARQUES, António (Cord.). *Dictionary of Moral and Political Philosophy: Utilitarismo*. Disponível em: <<http://www.ifl.pt/main/Portals/0/dic/utilitarismo.pdf>>. Acesso em 07 de novembro de 2010.

Então como poderia se caracterizar o Utilitarismo<sup>48</sup>? Em primeiro lugar, utilitarismo não tem a ver com o incremento da utilidade prática ou com o pragmatismo vulgar. “*O Utilitarismo é uma corrente agnóstica, esclarecida e radical que pretende denunciar a tirania do poder e do privilégio, especialmente no caso de Bentham ou das instituições e pressões sociais, como nos casos de Harriet Taylor Mill e John Stuart Mill, bem como o aperfeiçoamento espiritual e material do gênero humano*”<sup>49</sup>. É também hedonista, pois toma para si o pressuposto que os homens regulam suas ações de acordo com o prazer e a dor, perpetuamente tentando alcançar o primeiro e escapar à segunda. Deste modo, o princípio da utilidade, na concepção tradicional de Bentham, seria a busca pela felicidade de toda a gente, e em casos de conflitos cotidianos, adotar-se-ia as medidas que a conferissem ao maior número possível de pessoas. Era, portanto, um aspecto quantitativo.

Stuart Mill por outro lado, distanciava-se desse utilitarismo quantitativo – especialmente em sua segunda fase, ou seja, após ter convivido com Harriet Taylor Mill, sua esposa – adotando um aspecto qualitativo para determinar a utilidade, baseada nos interesses permanentes do homem como ser coletivo. Não há em Mill, portanto, como afirmam alguns, uma exortação para que se sacrifique o bem-estar próprio (ou a liberdade) em benefício de um bem-estar alheio ou mesmo público. Sua ótica jaz sobre a consideração de cada membro pelo bem estar de todos, incluindo o seu próprio, de acordo com o princípio da imparcialidade, ou seja, não é desejo de Stuart Mill o ‘sacrifício’ da felicidade de uns em prol da de um maior número.

Feitas tais considerações sobre ambos os conceitos de liberdade, e ponderadas sua aplicabilidade em um Estado democrático, utilizar-se-á como guia o conceito de liberdade em sentido negativo, como proposto por Stuart Mill. Assim se faz, pois o conceito ‘positivo’ não pode encontrar fundamento em um estado plural do século XXI e, em contrapartida, o sentido ‘negativo’ está apto a abarcar todas as formas de manifestação da subjetividade.

---

<sup>48</sup> Sobre uma visão crítica do Utilitarismo de Bentham, conferir TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: a construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Edição. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 415-454.

<sup>49</sup> MARQUES, António (Cord.). *Dictionary of Moral and Political Philosophy: Utilitarismo*. Disponível em: <<http://www.ifl.pt/main/Portals/0/dic/utilitarismo.pdf>>. Acesso em 07 de novembro de 2010.

## 2. Liberdade e Solidariedade

Apesar de a liberdade em sua leitura ‘negativa’ poder se conformar com o ideal de um Estado Democrático – contrariamente à liberdade em sentido ‘positivo’ – ela não é, por si só bastante. Com a necessidade de justificação do Estado Social, o princípio da solidariedade toma um lugar de destaque no discurso político-filosófico fazendo-se, portanto, necessária a sua apresentação e, especialmente, sua relação com paradigma liberal. É o que se fará a seguir.

### 2.1. O Conceito e o Princípio da Solidariedade

Enquanto o século XIX foi marcado pelo triunfo do individualismo, o século XX foi marcado por um tipo de relacionamento intersubjetivo completamente novo: o solidarismo.

Solidariedade nas palavras de Pedro Buck Avelino é o “*atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar por meio da ajuda ao próximo*”<sup>50</sup>.

O princípio da Solidariedade, por sua vez, baseia-se, de acordo com os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>51</sup>, na “reviravolta da consciência coletiva” ocorrida após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e pode ser traduzido na necessidade de uma atitude positiva por parte do governo e dos membros da sociedade de modo a promoverem os direitos sociais e a igualdade substancial<sup>52</sup>.

A solidariedade, assim, deriva de um critério fático: da necessidade indispensável de coexistência entre os indivíduos já que não há como conceber, inclusive historicamente, o *homo clausus*, ou seja, o ser humano isolado, solitário, como se uma ilha fosse. Além, também pode refletir-se como um valor derivado da consciência racional de interesses em comum entre os membros do grupo social, valor este que implica “*na obrigação moral de*

<sup>50</sup> AVELINO, Pedro Buck. apud SILVA, Cleber Demetrio de Oliveira da. *O Princípio da Solidariedade*. Disponível em:

<[http://www.rzoconsultoria.com.br/resources/multimedia/files/1164885118\\_Art20\\_PrincipioDaSolidariedade.pdf](http://www.rzoconsultoria.com.br/resources/multimedia/files/1164885118_Art20_PrincipioDaSolidariedade.pdf)>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

<sup>51</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 237-238.

<sup>52</sup> O conceito de igualdade substancial contrapõe-se ao de igualdade formal e aduz que “deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade.”

cada membro de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito<sup>53</sup>”. Neste sentido é também uma forma de reciprocidade.

## **2.2. Liberdade e Solidariedade, um critério hermenêutico de adequação**

Sendo, portanto, *necessária*, dada à indispensável coexistência social dos indivíduos, remetida tal convivência aos tempos do desenvolvimento do *homo sapiens sapiens*, a solidariedade como princípio regeria a interação social visando, exatamente, a idéia de que, cientes dessa necessidade, temos um compromisso objetivo de trabalhar em prol de uma sociedade melhor, substancialmente igualitária. Tal princípio é, neste sentido, a tradução do princípio da dignidade da pessoa nas relações sociais intersubjetivas.

Como assim também se mostra o princípio da liberdade, já aduzido, necessário é que se delimite a interseção entre ambos de modo a não se falar em contraposição de liberdade e solidariedade, mas em uma interpretação conforme, garantindo-se efetivamente a dignidade humana dentro de um Estado Democrático heterogêneo.

Nesta seara, o princípio da solidariedade deve ser lido tanto sob uma ótica econômica, como também [e principalmente] existencial. Conforme a primeira – mais comumente identificada – a leitura principiológica se dá segundo o fundamento de que a intervenção estatal na liberdade financeira do agente, para fins de distribuição social de riquezas, é não somente válida como também necessária, vez que, através da possibilitação de uma melhoria qualitativa de vida dos demais indivíduos, pela educação, saúde, infra-estrutura, etc., se amplia a liberdade coletiva permitindo-se que um maior número de indivíduos determinem e persigam seus planos de vida sobre uma mais larga gama de possibilidades. Ademais, a liberdade de um em acumular grandes somas encontra limite no ideal social de que, sendo a convivência indispensável ao seres humanos, esta convivência deve exercer-se na sua melhor forma e, para tanto, necessário é que se removam os freios causais<sup>54</sup> da liberdade dos demais sujeitos. Neste sentido, portanto, o princípio da solidariedade é tanto uma forma ampliativa da liberdade como também reflexiva do ideal de reciprocidade.

No viés existencial, por sua vez, lê-se o princípio como uma forma de co-participação individual nos fins sociais e, sendo a promoção da dignidade o principal dentre estes, o

---

<sup>53</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 240-243.

<sup>54</sup> Partindo-se da lógica de que toda ação precisa, necessariamente, de substratos fáticos para que seja levada a cabo, para que se cumpram os objetivos de um indivíduo é necessário que ele tenha condições fáticas, causais de fazê-lo. Se se intenta ampliar a liberdade de tal indivíduo deve-se remover tais freios causais.

respeito às liberdades subjetivas assim como a não desvalorização do indivíduo por suas escolhas morais, enxergando-se os pares como sujeitos autônomos é, inegavelmente, o respeito à liberdade, a *prima* forma de se exercer o solidarismo. Desta feita, também poder-se-ia falar na solidariedade em sentido inverso: não mais somente do indivíduo para com a sociedade, cuja convivência é, com ela, necessária e se deve estabelecer da melhor forma possível, mas ao revés, da sociedade para com o indivíduo. Sendo ele membro do grupo e, portanto, importante para a consecução dos fins comuns, é valorado positivamente, enxergado como ser humano capaz de eleger para si os próprios planos de vida segundo sua própria concepção moral.

Segundo esta dupla leitura da solidariedade, redefine-se o conceito clássico de liberdade negativa, como forma de não-intervenção, vinculando-se, ao exercício desta, o dever objetivo dos sujeitos frente aos objetivos sociais. Assim, conforme José Fernando de Castro Farias citando Duguit, “[o homem] *tem o dever de desenvolver tanto quanto possível sua individualidade física, intelectual e moral, e ninguém pode entravar esse livre desenvolvimento. Por outro lado, a liberdade do homem não exclui o dever, porque o indivíduo tem uma função social a cumprir*<sup>55</sup>”. O sujeito tem direito ao livre desenvolvimento segundo suas concepções, vedada qualquer forma de intervenção por critérios morais que não impliquem na afetação da esfera jurídica de terceiros e sua função social. Conseqüentemente, é dever do Estado assim garantir.

Contudo, concretamente, como bem asseverou Stuart Mill, os indivíduos tendem a punir socialmente os comportamentos desviantes, sendo tais punições baseadas em um juízo de valor em preferências moralmente dominantes. Estas vão além daquelas implementadas pelo Estado e, não raras vezes, se mostram mais degradantes do que as últimas. Alguns exemplos são citados neste contexto: a segregação de religiões minoritárias como o Islamismo no Ocidente; o preconceito contra a união homoafetiva; e o repúdio à eutanásia.

Isto pode ser atribuído ao fato que escapa à visão de, pela quebra das barreiras físicas para o contato com diferentes culturas assim como a complexidade de fatores aos quais os sujeitos são expostos hodiernamente durante a formação de sua subjetividade, os indivíduos refletem-se, ao mesmo tempo, como majorias e minorias morais, isto é, são moralmente identificados ora – e em um determinado âmbito – com uma determinada parcela do grupo, ora com outra. Assim, por exemplo, se se pertence à determinada religião identifica-se como maioria, mas ao se compartilhar determinada consciência política, se é minoria. Deste modo,

---

<sup>55</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 233.

todos os sujeitos se encontram em posição de serem subjugados socialmente pelas suas escolhas. Se tal circunstância fosse compreendida, o “*pôr-se na condição do outro*”, isto é, o exercício da solidariedade, poderia concretizar-se mais efetivamente já que o indivíduo se identificaria com a minoria segregada por também o ser, mesmo que em âmbito diverso.

Infere-se, em suma, que a solidariedade não é contraposta ao conceito de liberdade, ao contrário, são conceitos interdependentes, que se completam, notadamente pelo fato de ser a solidariedade o fundamento da restrição à liberdade e esta, por sua vez, é a tradução da solidariedade. Também, que uma interpretação exclusiva da liberdade ou da solidariedade conduz, respectivamente, a argumentos opressores ou totalitários, vez que o balizamento entre a convivência social e o desenvolvimento de planos de vida eleitos autonomamente é feito através de uma hermenêutica de adequação entre os dois referidos valores traduzidos do princípio dignidade. Por conseguinte, é dever do Estado zelar por tal hermenêutica de modo a cumprir com sua função promocional da dignidade humana, seu último fim.

### 3. O Canibal de Rothenburg

Com a construção do critério interpretativo exposto, far-se-á, segundo tal, uma análise crítica de um caso concreto, especificamente, do caso do Canibal de Rothenburg. Entretanto, é pertinente que primeiramente algumas breves considerações sobre a lei alemã aplicável bem como os substratos fáticos que envolvem o tema sejam tecidas.

#### 3.1. Strafgesetzbuch, o Código Penal Alemão

Diferentemente do Código Penal pátrio, o *StGB* prevê cinco modalidades de homicídio, cada qual com um tipo penal distinto e independente. Portanto, uma comparação entre ambos é, no máximo, exemplificativa e nunca cientificamente precisa<sup>56</sup>.

Começemos pelo §211 do *StGB*, *Mord*. Este tipo penal se compararia ao art. 121, §2º do CPB, ou seja, ao homicídio doloso qualificado. No direito alemão, contudo, este tipo prevê expressamente, além do motivo fútil e o homicídio para a ocultação de outro crime, como no caso do Código pátrio, o homicídio para a satisfação de desejos/impulsos sexuais, o que não existe neste diploma legal. Ademais para o crime do §211 do *StGB* a pena colimada é de prisão perpétua [*lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft*].

A segunda modalidade de homicídio, *Totschlag*, vem previsto no §212 do *StGB*, e se compararia ao homicídio doloso simples do direito brasileiro, mas não contém as circunstâncias de privilégio que o CPB prevê. Assim, segundo o texto legal:

- (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.
- (2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

A pena restritiva de liberdade prevista é não inferior a cinco anos (1) e, em casos mais graves, o autor pode ser punido com prisão perpétua (2).

*Minder schwerer Fall des Totschlags*, previsto no §213 do *StGB*, se equipararia no homicídio doloso privilegiado. Entretanto, para o caso alemão a circunstância “*impelido por*

---

<sup>56</sup> Para os fins do presente estudo, não adentraremos as peculiaridades de cada tipo penal do Strafgesetzbuch, apenas faremos uma comparação com o Código Penal brasileiro para clarear o entendimento do leitor. Cf.: MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. *A ausência de equivalentes diretos para conceitos e institutos jurídicos alemães no Direito Brasileiro: um desafio à competência tradutória*. Disponível em: <[http://www.ampamg.com/boletim/boletim4/Akten\\_Gercelia.htm](http://www.ampamg.com/boletim/boletim4/Akten_Gercelia.htm)>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

*motivo de relevante valor social ou moral*”, não existe<sup>57</sup>. A pena prevista para este tipo é de um a dez anos de prisão.

O homicídio culposo no direito alemão vêm previsto no §222 do StGB sob a denominação, *Fahrlässige Tötung* e a pena prevista é de até cinco anos de prisão ou multa. Também tal tipo não corresponde precisamente ao modelo brasileiro vez que não prevê a modalidade do §4º do art. 121 do Código brasileiro, ou seja, do homicídio culposo com causa de aumento.

Dentre as modalidades de homicídio do *Strafgesetzbuch*, tem-se, afinal, o *Tötung auf Verlangen*, disposto no §216 do StGB, que poderia ser traduzido por ‘homicídio a pedido da vítima’. Este tipo não encontra paralelo no direito brasileiro e prevê pena privativa de liberdade sensivelmente inferior às demais modalidades dolosas: seis meses a cinco anos.

Por fim, um último tipo penal do StGB cuja análise é fundamental à compreensão do caso concreto a ser examinado está previsto no §168, *Störung der Totenruhe*, podendo ser traduzido como ‘Perturbar a Paz dos Mortos’ e equivalente, no direito pátrio, ao crime de vilipêndio a cadáver. Sendo condenado a três anos de pena privativa de liberdade ou multa, quem, ilegalmente, tira a custódia do corpo da pessoa falecida ou suas partes.

### **3.2. A história de Armin Meiwes, o Canibal**

A infância de Armin Meiwes foi turbulenta e sôfrega. Quando com apenas seis anos, seu pai o abandonou levando consigo seus irmãos e deixando-o com sua autoritária mãe que, com freqüência, o maltratava publicamente.

Durante sua adolescência, Meiwes sofria humilhações na escola e, em casa, dissecava e queimava bonecas. Eram os primeiros sinais dos desejos por carne humana associando-o ao desejo sexual.

Mais velho, tornou-se militar enquanto a presença da mãe continuava marcante em sua vida, acompanhando-o tanto nos desfiles das tropas como também nos seus encontros amorosos.

Ao sair das forças armadas, Meiwes iniciou a carreira como programador e voltou a viver com sua mãe em uma pequena cidade nos arredores de Kassel, Alemanha. Quando esta morreu aos 77 anos, Meiwes sofreu demasiadamente, mas adquiriu liberdade para pôr em

---

<sup>57</sup> MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. *A ausência de equivalentes diretos para conceitos e institutos jurídicos alemães no Direito Brasileiro: um desafio à competência tradutória*. Disponível em: <[http://www.ampamg.com/boletim/boletim4/Akten\\_Gercelia.htm](http://www.ampamg.com/boletim/boletim4/Akten_Gercelia.htm)>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

prática suas fantasias sexuais. “Por volta de 1999 começou a se ocupar cada vez mais com o tema canibalismo pela internet. Se deparou então com “instruções para estripamento” do corpo humano [Schlachteinleitung] e montou em sua casa um “quarto de execução” [Schlachtraum]. Então passou a procurar homens para consumir<sup>58</sup>”, publicando na internet, com o *nickname* ‘Antropófago’ o seguinte: ‘homem gay procura homem forte 18-30 anos para abater<sup>59</sup>’.

Seus requisitos eram rigorosos. Não apenas deveriam ser homens bonitos e fortes na faixa etária indicada, como também precisavam ser interessantes, educados e, acima de tudo, que *quisessem ser comidos*.

Manteve contato com mais de quatrocentos homens interessados em canibalismo, mas, como o próprio canibal deixou claro, ou não preenchiam seus rígidos requisitos ou, como acontecera algumas vezes, estavam interessados em uma ‘encenação’ e não propriamente no desfecho do ato em si. Nesses casos – muitos já se encontravam no lugar onde, em tese, seriam executados – ele liberava-os imediatamente. Tudo isso porque o ato de ingerir a carne de uma pessoa representava, para Meiwes, a incorporação dessa pessoa, de modo que ela se tornasse parte dele próprio, uma ligação inseparável.

Em janeiro de 2001, após dois anos sem levar a cabo seus ‘apetites’, apareceu Bernd Jürgen Armando Brandes, berlinense de 42 anos – Meiwes tinha 40 – que respondeu à proposta do canibal: “*Espero que me ache saboroso*”<sup>60</sup>.

Bernd, engenheiro de computação, possuía a idéia de mais alto prazer sexual vinculada à amputação e a ingestão de seu pênis por outro homem – o que não representava o real interesse de Meiwes. A partir de então se desenvolveu uma intensa troca de emails entre ambos.

Em nove de março de 2001, Bernd tomou o trem de Berlin para Kessel, onde Meiwes o aguardava. Após chegarem à casa do canibal, iniciaram-se as brincadeiras sexuais, mas logo houve desentendimentos entre eles. Para satisfazer Bernd, o canibal mordiscava o seu pênis,

<sup>58</sup> Tradução livre da Sentença do Tribunal que apreciou o recurso da decisão de primeira instância. BUNDESGERICHTSHOF. *Urteil des 2. Strafsenats vom 22.4.2005 - 2 StR 310/04*. Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0c1607e20879c6d690a67d0cbbb2b243&nr=32675&pos=0&anz=1>>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

<sup>59</sup> O verbo originalmente utilizado neste contexto remete ao abate de um animal, notadamente, para consumo. Tradução livre do texto: “gay male seeks hunks 18-30 to slaughter”. In: *Guest Who’s Coming to Dinner?* Disponível em: <<http://fascinatingpeople.wordpress.com/category/armin-meiwes/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

<sup>60</sup> *Armin Meiwes: O Canibal Alemão*. Disponível em: <<http://oserialkiller.com.br/armin-meiwes-canibal-alemao/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

mas o fazia de modo vacilante e inseguro – já que não era esta a sua associação com o prazer sexual. Além, Bernd, segundo Meiwes, queria ser esquartejado rapidamente, o que também contrariava os interesses do canibal, vez que ele queria conhecer o berlinense melhor de modo a satisfazer seus requisitos para a ‘incorporação’. Em consequência disso, Bernd decidiu voltar para sua cidade. Meiwes então o levou de volta à estação onde tomaria o trem de volta para Berlin. Lá, no entanto, a vítima reconsiderou afirmando que ao menos a amputação do pênis deveria ser realizada. Voltaram então à casa do canibal e dirigiram-se ao ‘quarto de execução’.

Por volta das 18h30min do dia nove de março de 2001, Bernd disse ao canibal que este poderia cortar-lhe o pênis, o que após duas tentativas, de fato ocorreu. Meiwes fez um curativo na ferida de modo que a vítima não perdesse logo a consciência devido à perda de sangue e ambos consumiram o membro amputado frito com pimenta e alho.

O êxtase sexual esperado por Bernd, contudo, não aconteceu. Não obstante, manteve sua decisão de que este deveria ser seu ato final e que Meiwes poderia eliminá-lo em seguida sem deixar pistas. Ele proibiu o canibal de chamar socorro médico, e nas horas seguintes preparou-se para morrer, esclarecendo à Meiwes que ele deveria matá-lo através de golpes realizados por instrumento pérfuro-cortante assim que estivesse irreversivelmente inconsciente. Tal aconteceu por volta das 4h da manhã.

Meiwes colocou o corpo sobre um balcão no ‘quarto’ e instalou uma câmera para filmar os acontecimentos seguintes. Bernd ainda estava vivo como afirmou o canibal à câmera. Hesitou alguns momentos, mas acabou desferindo dois cortes fatais no pescoço da vítima. Após tal fato, Meiwes dissecou o corpo segundo as instruções lidas na internet e congelou cerca de vinte quilogramas de carne, a qual consumiu pela primeira vez em 12 de março de 2001.

No período subsequente, o canibal voltou a procurar por vítimas em potencial, enviando para uma delas fotos conseguidas a partir das filmagens feitas. Entretanto, uma dessas pessoas, um estudante que havia respondido ao anúncio, alertou a polícia, o que culminou no início das investigações.

### **3.3. O Processo e a Condenação**

Em janeiro de 2004 o Tribunal Regional de Kassel, indeferindo tanto os pressupostos da alegação da tese de defesa de “homicídio cometido a pedido da vítima” [*Tötung auf*

*Verlangen*] e “homicídio doloso privilegiado“ no sentido do §213 do *StGB*, quanto os agravantes [*Mordmerkmale*] em especial, a tipificação de “desejo de matar” [*Mordlust*] “para a satisfação de instinto sexual” [*zur Befriedigung des Geschlechtstriebes*], “motivo torpe” [*niedrige Beweggründe*] e “para possibilitar outro ato criminoso” [*zur Ermöglichung einer anderen Straftat*], da acusação, condenou o réu por homicídio doloso simples [*Totschlag*] a oito anos e seis meses de prisão além do confisco do computador e da câmera do réu<sup>61</sup>.

Como bem afirmou a reportagem da Folha Online:

A pena leve contra o canibal alemão traumatizou juristas e políticos da Alemanha, que pediram uma punição exemplar neste caso sem precedente nos anais da Justiça<sup>62</sup>.

Tanto a promotoria quanto a defesa apelaram para a Suprema Corte Federal (de Justiça)<sup>63</sup> alegando suas teses de primeiro grau<sup>64</sup>. E, novamente, de acordo com a Folha Online:

Os especialistas consideram que a Suprema Corte Federal alemã de Karlsruhe não confirmará a sentença e que imporá uma pena muito maior do que a determinada pela corte de Kassel<sup>65</sup>.

‘Os especialistas’ estavam corretos. Quando do julgamento do recurso, em 2005, a Corte Superior declarou de plano que “*a apelação do réu é infundada*”<sup>66</sup> e proveu o recurso da promotoria: anulou a decisão de primeiro grau; estabeleceu o tipo penal aplicável ao caso

<sup>61</sup> Tradução livre da Sentença do Tribunal que apreciou o recurso da decisão de primeira instância. BUNDESGERICHTSHOF. *Urteil des 2. Strafsenats vom 22.4.2005 - 2 StR 310/04*. Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0c1607e20879c6d690a67d0cbcb2b243&nr=32675&pos=0&anz=1>>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

<sup>62</sup> ONLINE, Folha. *Promotoria apela da sentença contra o Canibal alemão*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u68723.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

<sup>63</sup> Na Alemanha a Suprema Corte Constitucional não julga, *a priori*, tais casos, tal como o modelo brasileiro.

<sup>64</sup> Ver considerações supra.

<sup>65</sup> ONLINE, Folha. *Promotoria apela da sentença contra o Canibal alemão*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u68723.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

<sup>66</sup> Tradução livre da Sentença do Tribunal que apreciou o recurso da decisão de primeira instância. BUNDESGERICHTSHOF. *Urteil des 2. Strafsenats vom 22.4.2005 - 2 StR 310/04*. Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0c1607e20879c6d690a67d0cbcb2b243&nr=32675&pos=0&anz=1>>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

[§211 do *StGB, Mort*]; e remeteu o processo para o Tribunal Regional de Frankfurt am Main [instância inferior] para novo julgamento<sup>67</sup>.

Em janeiro de 2006, Armin Meiwes foi novamente julgado e condenado. Desta vez a prisão perpétua sendo reconhecido que matou para satisfazer desejos sexuais<sup>68</sup>.

Harald Ermel, advogado de Meiwes, recorreu novamente da decisão desta vez ao Tribunal Constitucional Alemão alegando que seu cliente não poderia ter sido condenado com base no §211 do *StGB*, pois existia o consentimento da vítima, configurando outro tipo penal, a saber, o §216 do *StGB*. Porém, em outubro de 2008 o Tribunal Constitucional confirmou a decisão de condenação entendendo que Meiwes efetivamente matou por motivos sexuais<sup>69</sup>.

O Canibal de Rothenburg, em suma, foi condenado à prisão perpétua com possibilidade de livramento condicional após quinze anos de cumprimento da pena.

#### **3.4. Os fundamentos da decisão da Suprema Corte Federal, uma visão crítica segundo a hermenêutica de adequação principiológica**

Para a Suprema Corte Federal houve a configuração da previsão legal de “satisfação de instinto sexual” entendendo que esta existe para quem quer satisfazer-se sexualmente através do ato de homicídio em si, como também para quem deseja violar o corpo de maneira necrófila após o homicídio. Assim, mesmo reconhecendo que o acusado não sentia prazer sexual no ato específico da morte, sendo seu desejo relacionado ao estripamento e a ingestão de carne humana, houve a subsunção ao tipo penal segundo esta última interpretação, a saber, a violação do corpo após o homicídio. Ademais, por ter o réu se masturbado ao assistir o vídeo na parte da dissecação do corpo [e não do ato de homicídio], mesmo decorrido um lapso temporal significativo – cerca de três dias – restou claro, segundo o entendimento da Corte, o desejo de satisfação sexual<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> ONLINE, Folha. *Canibal de Rotenburgo será novamente julgado nesta quinta feira*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u91400.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

<sup>69</sup> ONLINE, Folha. *Canibal recorrerá da sentença de prisão perpétua na Alemanha*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u96077.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

ONLINE, Folha. *Tribunal Alemão confirma condenação de Canibal à prisão perpétua*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u459853.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

<sup>70</sup> Tradução livre da Sentença do Tribunal que apreciou o recurso da decisão de primeira instância. BUNDESGERICHTSHOF. *Urteil des 2. Strafsenats vom 22.4.2005 - 2 StR 310/04*. Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0c1607e20879c6d690a67d0cbcb2b243&nr=32675&pos=0&anz=1>>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

Houve, inegavelmente, a ampliação da tipificação do §211 do StGB de forma prejudicial ao réu, vez que o referido dispositivo determina a punição do ato de homicídio para a satisfação de instinto sexual, ou seja, àquela pessoa que ceifa a vida de outrem para satisfazer-se sexualmente, colocando a vida de outra pessoa abaixo da satisfação de seu desejo sexual. Tal fato não foi pontualmente o dolo do acusado. Sua satisfação, como reconhecido, não era na morte, mas sim na dissecação e incorporação de outro ser humano.

No que tange a circunstância prevista no tipo do §211 do StGB de cometimento do homicídio “para a possibilitação de um outro crime”, a Suprema Corte de Justiça também afirmou que a conduta do acusado se enquadrava nesta agravante, pois o réu haveria também incorrido nos tipos do §131, §184 Abs. 3 e §168 todos do StGB – respectivamente: representação apologética ou banalizante da violência; divulgação de material violento-pornográfico; e perturbação da paz dos mortos.

A incursão nos dois primeiros tipos se deu porque o réu remeteu fotos provenientes do vídeo da execução e dissecação para alguns sujeitos que responderam seu anúncio *online*. Tal fato também não é objetivamente o bem jurídico protegido pelo tipo penal uma vez que não houve a ampla divulgação do material e, muito menos, o dolo de fazê-lo. Ao revés, o réu assim o fez apenas para alguns poucos interessados que o procuraram.

A Corte dedicou boa parte de sua argumentação, contudo, ao tipo ‘perturbação da paz dos mortos’. Segundo ela, há neste tipo dois bens jurídicos tutelados pelo ordenamento: o direito ao respeito póstumo e o sentimento social de piedade. Esse sentimento estaria fundado na idéia social de que a dignidade humana vai além da morte e tal dignidade impede que se impute ao ser humano um tratamento que coloque em questão sua qualidade moral. Os julgadores colocam o fundamento da configuração do tipo do §168 do StGB em um sentimento moral de piedade baseado na dignidade *post-mortem*, o que pode se mostrar problemático.

Há, sem dúvida, uma extensão da dignidade do indivíduo para além do seu falecimento, mas essa dignidade não deve ser interpretada segundo um possível sentimento geral de moralidade no destino do corpo sem vida. Afinal, o sentimento vinculado à forma de se dispor do corpo após a morte em muito está corroborada pelas concepções religiosas individuais e, através de uma análise histórica, pode-se afirmar que profundas transformações ocorreram nestas nos últimos séculos. Deste modo, para um cristão medieval o ato de se cremar um corpo humano seria fadá-lo à impossibilidade posterior de ressurreição [concepção esta herdada indiretamente dos egípcios]. Atualmente, contudo, a cremação é socialmente

aceita como forma de se dispor do corpo sem vida. Não há fundamento em se falar do sentimento de piedade baseado em uma moral posta, pois, como já dito, o sentimento de moralidade de uma maioria não pode sobrepujar as concepções individuais. Em especial porque, se tal sentimento de piedade está diretamente relacionado com concepções religiosas particulares como bem salientou Stuart Mill, a liberdade religiosa foi uma das primeiras formas de liberdade reconhecidas e é pedra fundamental de uma sociedade democrática até os dias atuais.

O consentimento da vítima em ser esquartejada e ingerida pelo acusado, segundo a Corte, se fosse válido, só teria o condão de afastar a punibilidade pelo tipo de ‘perturbação da paz dos mortos’ se o bem jurídico tutelado fosse somente o direito ao respeito póstumo. Contudo, como também haveria o bem ‘sentimento geral de piedade’ não se afastaria o tipo penal.

Ademais, o Tribunal negou de plano a tese da defesa de homicídio a pedido da vítima [§216 do StGB] por, além de afirmar que o réu sofria de uma forma avançada de masoquismo e que, portanto, seu consentimento não seria válido dada a sua incapacidade de entender o resultado morte como consequência de suas atitudes, também tal consentimento não foi a única vontade determinante para o cometimento do homicídio. O consentimento da vítima haveria concorrido com o interesse do réu e, *“o desejo de B.[Bernd], após o início dos acontecimentos, de que nenhum médico socorrista devesse ser chamado e de que o réu devesse golpeá-lo com instrumento perfuro-cortante assim que ele tivesse perdido a consciência, só pode ser entendido como a realização do acordo acertado reciprocamente entre autor e vítima, acordo esse que deveria servir única e exclusivamente para a realização de seus próprios interesses<sup>71</sup>”*. (grifou-se)

Esta postura da Corte perante o tipo do §216 do StGB foi dispare da adotada no primeiro argumento, qual seja: da que reconheceu a “satisfação de instinto sexual”. No primeiro caso, a casa julgadora interpretou ampliativamente o conceito “satisfação de instinto sexual” presente no tipo penal de modo a enquadrar nela a conduta do ofensor. Por outro lado, no que diz respeito ao tipo mais benéfico ao réu, interpretou-o de forma restritiva, não considerando o consentimento como válido e sequer determinante, também de forma prejudicial ao acusado.

---

<sup>71</sup> Tradução livre da Sentença do Tribunal que apreciou o recurso da decisão de primeira instância. BUNDESGERICHTSHOF. *Urteil des 2. Strafsenats vom 22.4.2005 - 2 StR 310/04*. Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0c1607e20879c6d690a67d0cbcb2b243&nr=32675&pos=0&anz=1>>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

Pode-se inferir, pelo aduzido, que a previsão dos ‘especialistas’<sup>72</sup> estava correta. A pena leve dada em primeiro grau, pela reprovabilidade moral da conduta, que chocou juristas e políticos alemães, precisava ser revertida pelo Tribunal Superior de modo propagar socialmente a intolerância a tais formas de manifestação da subjetividade. Neste sentido, afirma-se que a decisão possuiu um caráter mais político do que propriamente jurídico e comparável, inclusive, pelos pressupostos, à ‘Caça as Bruxas’ na Idade Média: uma forma de recado à sociedade de que comportamentos desviantes não serão tolerados.

Por outro lado, se se pauta exclusivamente pela interpretação supra definida da liberdade, consonante com o valor principiológico solidário, como expressão da dignidade, a atitude de Armin Meiwes não se mostra atentatória aos limites impostos ao exercício da autonomia. Não houve interferência, nem a imposição de ônus materiais, à terceiros ou à coletividade, senão à vítima, cujo interesse se identificou com o do canibal.

Como já aduzido, os fundamentos de um Estado intervir na eleição ou realização de determinado plano de vida individual, dependem da interferência de tais planos na esfera de outrem ou da sociedade como um todo. A interferência Estatal fora desses padrões remetem a uma forma de totalitarismo, a um argumento perfeccionista de que as atitudes desviantes dos padrões morais seriam formas de irracionalidade, insanidade, pois tais padrões foram criados por seres super racionais, cujo entendimento vai além da compreensão de seres humanos normais e que, por isso, são melhores.

Dessa forma, o exercício da autonomia por Bernd Jürgen Armando Brandes também é válido, segundo a hermenêutica de adequação, vez que nenhum outro indivíduo especificamente foi prejudicado pela sua atitude de eleger para si a vontade de ter seu pênis amputado e, após, de ser ingerido. A vítima do canibal simplesmente decidiu que a busca de seu prazer sexual máximo era um plano de vida que merecia sua atenção e a morte, como consequência desta busca, era aceitável, assim como também o era o fato de ter seu corpo ingerido por outro ser humano. Bernd tinha ciência das consequências de seus atos e as assumiu racionalmente. Questionar sua capacidade após sua morte, como fez a Suprema Corte Alemã, afirmando que sofria de uma doença psíquica grave, a saber, uma forma avançada de masoquismo sexual, é, indubitavelmente, uma forma de perfeccionismo: o comportamento tão absurdamente desviante só pode caracterizar-se como doença, em especial porque sua capacidade de discernimento, até então, jamais havia sido questionada.

---

<sup>72</sup> Conferir supra p. 31.

Foi tal sentimento que tiveram os cristãos ao perseguirem os pagãos na Idade Média; o mesmo sentimento presente quando questionou-se a autoridade concedida por Deus aos déspotas; e, em termos mais ‘contemporâneos’, os mesmos sentimentos em relação ao divórcio e ao homossexualismo.

Indiscutivelmente os planos da vida eleitos pelos sujeitos em pauta são imorais, no sentido de contrários à moral posta. Contudo, por ser esta variável segundo um critério locotemporal, ou seja, a moral de um determinado grupo social não é a mesma de outro nem a mesma desta mesma sociedade decorrido um lapso de tempo, não pode servir de fundamento à idéia de Justiça.

O único modo pelo qual se pode aferir tal idéia, após inúmeras experiências históricas, em um Estado Democrático plural, é através do princípio da dignidade da pessoa e, especificamente, para o presente caso, através de uma hermenêutica liberal-solidarista.

Falou-se em Solidariedade em sentido inverso, isto é, não apenas do indivíduo para com o grupo, mas deste para com aquele. Sendo o indivíduo socialmente importante para a consecução dos fins comuns e sua valoração positiva necessária como capaz de determinar os seus próprios planos da vida, o Estado deve não somente abster-se de qualquer intervenção autoritária na esfera individual como também tem o dever de resguardar a manifestação dessa subjetividade contra a punição social das condutas moralmente desviantes. Punição esta que, como já dito, pode se mostrar mais gravosa do que as formas de coerção legítimas por parte do Estado.

A pluralidade é o que marca a contemporaneidade e muitos esforços têm sido feitos em direção ao reconhecimento do ser humano como digno pelo seu substrato ontológico, como centro de direitos autônomos, como fundamento e fim últimos do Estado. Portanto, consequência lógica é o reconhecimento do indivíduo como passível de eleger e perseguir por si só, segundo seus valores e concepções morais, os seus planos da vida.

## Conclusão

Liberdade é um sentimento que une povos distintos, com bases morais e religiosas distintas, especialmente por ter sido vinculada, a partir dos contratualistas, à idéia de justiça. Ela insere-se profundamente cada indivíduo de modo que a sua perda, ou mesmo a ameaça, é dolorosamente sentida.

Sendo normalmente vinculada à idéia de justiça, foi conceituada de inúmeras formas e, para o presente estudo, de duas formas distintas: a liberdade em sentido ‘positivo’ e em sentido ‘negativo’.

A despeito de todo o esforço teórico em se justificar a idéia de liberdade em sentido ‘positivo’ como apta a integrar um sistema liberal democrático, esta concepção, que sempre esteve vinculada a modelos estatais totalitários como o nazismo e o fascismo, falhou em convencer de sua aplicabilidade nos dias atuais a um Estado Democrático cujas bases se fundam na dignidade da pessoa humana e na pluralidade. Deste modo, o conceito de liberdade em sentido negativo mostrou-se preferível, em especial, a idéia de liberdade conforme John Stuart Mill dado o fato de não trabalhar apenas com a idéia de liberdade individual, mas da liberdade social, isto é, os limites da interferência da sociedade na esfera privada

Através de uma adequação dos axiomas comportados nos princípios da liberdade e solidariedade, não há que se falar em contraposição entre eles, ao revés, em uma necessária correlação já que exponenciam-se mutuamente, isto é, a hermenêutica dialógica os amplia. Assim infere-se que um indivíduo  $x$ , plenamente capaz, deseja conscientemente abdicar de sua vida, ou de um membro, por motivos egoístas ou altruístas, sem interferir, com sua atitude, na esfera de terceiros, ele poderá assim proceder. Da mesma maneira, se um indivíduo  $x$  deseja amputar membros saudáveis do seu corpo, seja porque possui problemas de identificação psicológica com ela ou porque simplesmente assim o quer, poderia fazê-lo desde que não impusesse os ônus da manifestação de sua liberdade à sociedade, por exemplo, não poderia requerer benefícios governamentais, como pensão por invalidez da Previdência Social<sup>73</sup>.

De outro modo, interpretá-los autonomamente importa não só na não-maximização do princípio da dignidade humana como também pode conduzir a argumentos antidemocráticos, como ensina a História.

---

<sup>73</sup> Já existem formas de amputações voluntárias não reprovadas pelo Poder Público que estão se tornando a cada dia mais comum. A Nulificação, uma forma de BodyModification (modificação do corpo) é um exemplo.

Analisando o caso do Canibal Alemão, indaga-se: “*será que uma “maioria moral” pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais*”<sup>74</sup>? Não o sendo, o critério de justiça se dá não pela moral social, mas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, tanto a condenação à prisão perpétua de Armin Meiwes, o canibal, como a caracterização do consentimento de Bernd em ser morto e devorado como uma forma de doença psíquica é um abuso à individualidade que deve ser preservada em um estado plural, cujas barreiras culturais foram quebradas transcendendo-se as fronteiras geográficas.

É injusto o Estado que discrimina manifestações de individualidade com base em concepções mutáveis de moralidade, como também o é aquele que não protege o indivíduo contra represálias sociais por suas escolhas moralmente díspares. A liberdade como dignidade é o fundamento de uma democracia plural e deve ser de todo modo preservada contra o totalitarismo e também contra a despreocupação estatal.

---

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 643.

## Referências Bibliográficas

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BUNDESGERICHTSHOF. *Urteil des 2. Strafsenats vom 22.4.2005 - 2 StR 310/04*. Disponível em: < <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0c1607e20879c6d690a67d0cbc b2b243&nr=32675&pos=0&anz=1>>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FREITAG, Barbara. *A Questão da Moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas*. Disponível em: < <http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/pdf/vol01n2/a%20questao.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2010.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. 1º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. Trad. Luís Carlos Borges. 1º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, António (Cord.). *Dictionary of Moral and Political Philosophy: Utilitarismo*. Disponível em: < <http://www.ifl.pt/main/Portals/0/dic/utilitarismo.pdf>>. Acesso em 07 de novembro de 2010.

MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. *A ausência de equivalentes diretos para conceitos e institutos jurídicos alemães no Direito Brasileiro: um desafio à competência tradutória*. Disponível em: < [http://www.ampamg.com/boletim/boletim4/Akten\\_Gercelia.htm](http://www.ampamg.com/boletim/boletim4/Akten_Gercelia.htm)>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2º Ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NINO. Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel S.A., 1989.

ONLINE, Folha. *Canibal de Rotenburgo será novamente julgado nesta quinta feira*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u91400.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

ONLINE, Folha. *Canibal recorrerá da sentença de prisão perpétua na Alemanha*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u96077.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

ONLINE, Folha. *Promotoria apela da sentença contra o Canibal alemão*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u68723.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

ONLINE, Folha. *Tribunal Alemão confirma condenação de Canibal à prisão perpétua*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u459853.shtml>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, PROED. 1995.

SILVA, Cleber Demetrio de Oliveira da. *O Princípio da Solidariedade*. Disponível em: <[http://www.rzoconsultoria.com.br/resources/multimedia/files/1164885118\\_Art20\\_PrincipioDaSolidariedade.pdf](http://www.rzoconsultoria.com.br/resources/multimedia/files/1164885118_Art20_PrincipioDaSolidariedade.pdf)>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: a construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 2º Edição. São Paulo: Edições Loyola, 2005.